

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)
de 21 de septiembre de 2005*

En el asunto T-87/05,

EDP — Energias de Portugal, S.A., con domicilio social en Lisboa (Portugal),
representada por los Sres. C. Botelho Moniz, R. García-Gallardo, A. Weitbrecht y J.
Ruiz Calzado, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. A. Bouquet y
M. Schneider, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

apoyada por

Gas Natural SDG, S.A., con domicilio social en Barcelona, representada por los
Sres. J. Pérez-Bustamante Köster y P. Suárez Fernández, abogados,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: inglés.

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión C (2004) 4715 final de la Comisión, de 9 de diciembre de 2004, por la que se declara incompatible con el mercado común la operación de concentración mediante la que EDP — Energias de Portugal, S.A., y Eni Portugal Investment, SpA, se proponen adquirir el control conjunto de Gás de Portugal SGPS, S.A. (asunto COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda),

integrado por los Sres. J. Pirrung, Presidente, y N.J. Forwood y S. Papasavvas, Jueces;

Secretario: Sr. J. Plingers, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 5 de julio de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

- 1 El artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre

empresas (DO L 395, p. 1), en su versión rectificada (DO 1990, L 257, p. 13), y en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n° 4064/89»), dispone:

«Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo.»

- 2 El artículo 18, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento n° 4064/89 (DO L 61, p. 1), dispone:

«Los compromisos propuestos a la Comisión por las empresas interesadas con arreglo al apartado 2 del artículo 8 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 y destinados por las partes a servir de fundamento de una decisión en virtud del apartado 2 del artículo 8 de dicho Reglamento deberán presentarse a la Comisión en el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de incoación del procedimiento. La Comisión podrá ampliar este plazo en circunstancias excepcionales.»

- 3 El punto 43 de la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento n° 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 447/98 (DO 2001, C 68, p. 3; en lo sucesivo, «Comunicación sobre las soluciones aceptables») dispone:

«[...] Cuando las partes modifiquen posteriormente los compromisos propuestos, la Comisión únicamente podrá aceptar dichos compromisos modificados en caso de poder determinar (a partir de su evaluación de la información ya recibida a lo largo

de la investigación, incluidos los resultados de anteriores pruebas en el mercado y sin necesidad de ulteriores pruebas en el mercado) que dichos compromisos, una vez ejecutados, resuelven los problemas de competencia determinados y ofrecen tiempo suficiente para la oportuna consulta a los Estados miembros.»

- 4 El artículo 3, apartado 1, de 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, p. 57; en lo sucesivo, «Segunda Directiva sobre el gas»), dispone:

«[...] los Estados miembros, de acuerdo con su organización institucional y cumpliendo el principio de subsidiariedad, velarán por que las compañías de gas natural obren con arreglo a los principios de la presente Directiva, con miras a la realización de un mercado competitivo, seguro y sostenible desde la perspectiva del medio ambiente del gas natural. Los Estados miembros no ejercerán discriminación entre esas empresas en cuanto a derechos y obligaciones.»

- 5 El artículo 1, apartado 31, de la Segunda Directiva sobre el gas define el mercado emergente como «un Estado miembro en el que el primer suministro comercial de su primer contrato de suministro a largo plazo de gas natural se haya efectuado hace menos de diez años».

- 6 El artículo 28, apartados 2 y 3, de la Segunda Directiva dispone:

«2. Todo Estado miembro que reúna los requisitos para ser considerado mercado emergente y que, debido a la aplicación de la presente Directiva, experimente problemas importantes, podrá establecer excepciones al artículo 4, al artículo 7, a los

apartados 1 y 2 del artículo 8, a los artículos 9 y 11, al apartado 5 del artículo 12, a los artículos 13, 17 y 18, al apartado 1 del artículo 23 o al artículo 24 de la presente Directiva. Dichas excepciones quedarán automáticamente sin efecto en el momento en que el Estado miembro deje de reunir los requisitos para ser considerado mercado emergente. Cualquier excepción de esta índole se notificará a la Comisión.

3. En la fecha en que expire la excepción a que se hace referencia en el apartado 2, la definición de clientes cualificados dará como resultado una apertura del mercado igual al menos al 33 % del consumo anual de gas del mercado nacional del gas. Dos años después se aplicará la letra b) del apartado 1 del artículo 23, y tres años después, la letra c) del apartado 1 del artículo 23. Hasta la aplicación de la letra b) del apartado 1 del artículo 23, el Estado miembro mencionado en el apartado 2 podrá decidir no aplicar el artículo 18 por lo que respecta a los servicios auxiliares y de almacenamiento temporal con miras al proceso de regasificación y el subsiguiente abastecimiento de la red de transporte.»

Antecedentes del litigio

- 7 La demandante, EDP — Energias de Portugal, S.A. (en lo sucesivo, «EDP» o «demandante»), es la tradicional compañía eléctrica nacional portuguesa. Tiene como actividades principales la producción, distribución y suministro de electricidad en Portugal. EDP cotiza en la Bolsa Euronext de Lisboa (Portugal). El Estado portugués es su accionista principal, con una participación, directa o indirecta, del 30 %; el resto del accionariado está muy repartido. EDP controla Hidrocantábrico, compañía que opera en los sectores de la electricidad y el gas en España. EDP posee participaciones en Turbogás (20 %) y en Tejo Energia (10 %), compañías que operan en la producción de electricidad en Portugal. EDP posee también el 30 % de Rede Eléctrica Nacional, S.A., gestora de la red eléctrica portuguesa.
- 8 Eni SpA es una compañía italiana presente en todos los niveles de la cadena de suministro y distribución de energía.

- 9 Gás de Portugal SGPS, S.A. (en lo sucesivo, «GDP»), es la tradicional compañía nacional portuguesa del gas. GDP es una filial al 100 % de la compañía portuguesa Galp Energia SGPS, S.A. (en lo sucesivo, «Galp»). En la actualidad, Galp está controlada por el Estado portugués y por Eni y tiene intereses tanto en el sector del petróleo como en el sector del gas. GDP y sus filiales cubren todos los niveles de la cadena de suministro del gas en Portugal. A través de su filial Transgás, GDP importa gas natural en Portugal mediante un gasoducto y mediante el terminal LNG («Liquefied Natural Gas», gas natural líquido) de Sinès y es responsable de su transporte, almacenamiento, distribución y suministro mediante gasoductos de alta presión (en lo sucesivo, «red de gas»). GDP opera también en el suministro de gas natural a los grandes clientes industriales y en el desarrollo y la futura gestión de la primera instalación de almacenamiento subterráneo de gas natural. A través de su filial GDP Distribuição Energia, S.A., GDP controla también cinco de las seis compañías locales de distribución de gas.
- 10 Rede Eléctrica Nacional, S.A. (en lo sucesivo, «REN»), es una compañía portuguesa resultante de la independización («spin-off»), en 1994, de la red eléctrica portuguesa perteneciente anteriormente a EDP. En la actualidad, REN gestiona la red eléctrica portuguesa y actúa como «comprador único», en el sentido de las Directivas comunitarias, comprando electricidad a los productores y revendiéndola a los distribuidores/suministradores para su suministro a los clientes «no cualificados», es decir, a los clientes que no pueden elegir proveedor. El Estado portugués controla, directa o indirectamente, el 70 % de REN.
- 11 En 2003, el Gobierno portugués fijó su política de reestructuración del sector de la energía en Portugal con vistas a la próxima liberalización completa de este sector, exigida por las Directivas comunitarias pertinentes. Tal como la concibió en un principio el Gobierno portugués, esta reestructuración debía consistir en las siguientes fases:
- división de las actividades de Galp relativas al gas y al petróleo en tres partes separadas: a) transporte de gas (Transgás), b) distribución y suministro de gas (GDP) y c) refinado y distribución de productos petrolíferos (Petrogal);

- promoción de la integración de las actividades relativas al gas y a la electricidad en el seno del mismo grupo económico;

 - adquisición por REN de las actividades de transporte del gas (en particular la red de gas y, potencialmente, de otros elementos reglamentados).
- 12 Conforme a un acuerdo de compra de acciones de 31 de marzo de 2004, EDP, Eni (a través de su filial al 100 %, Eni Portugal Investment, SpA) y REN debían comprar conjuntamente a Galp la totalidad del capital de GDP. El mismo día se celebró otro acuerdo relativo a la participación temporal de REN en GDP y a la futura venta de la red de gas a REN a cambio de su participación en GDP. La perfección de la transacción en su integridad estaba condicionada a su completa autorización por las autoridades competentes en el ámbito de la competencia.
- 13 El 9 de julio de 2004, la Comisión recibió una notificación de la transacción en su integridad, conforme al artículo 4 del Reglamento nº 4064/89. Estimando que el conjunto de la transacción conducía a dos operaciones distintas, una dirigida al control exclusivo de la red de gas por REN y la otra dirigida a la adquisición del control conjunto de GDP por EDP y Eni (en lo sucesivo, «Partes») mediante la compra de participaciones, la Comisión consideró que esta última operación (en lo sucesivo, «Concentración») tenía una dimensión comunitaria (DO C 185, p. 3).
- 14 En la misma fecha, se notificó a la autoridad portuguesa en materia de competencia la adquisición por REN del control exclusivo de la red de gas.
- 15 Tras un examen previo, la Comisión llegó a la conclusión de que la Concentración planteaba serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común. En consecuencia, el 12 de agosto de 2004, la Comisión incoó un procedimiento al respecto, conforme al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 4064/89.

- 16 El 12 de octubre de 2004, la Comisión envió a las Partes un pliego de cargos en el que se resolvía, con carácter provisional, que la Concentración era incompatible con el mercado común.
- 17 El 27 de octubre de 2004, las Partes respondieron al pliego de cargos.
- 18 El 28 de octubre de 2004, las Partes propusieron compromisos destinados a resolver los problemas de competencia identificados por la Comisión en el pliego de cargos.
- 19 El 29 de octubre y el 4 de noviembre de 2004, la Comisión envió un cuestionario, conforme al artículo 11 del Reglamento n° 4064/89, a los potenciales competidores de la entidad fusionada, a las autoridades reguladoras española y portuguesa y al operador de la red de gas española (en lo sucesivo, «estudio de mercado»).
- 20 El 17 de noviembre de 2004, las Partes presentaron modificaciones a sus compromisos anteriores.
- 21 El 26 de noviembre de 2004, las Partes presentaron nuevas modificaciones a sus compromisos relativos al sector eléctrico y anunciaron nuevas modificaciones a sus compromisos relativos al sector del gas. El 3 de diciembre de 2004 por la tarde, comunicaron a la Comisión la versión definitiva de las modificaciones relativas al sector del gas.

- 22 Mediante Decisión de 9 de diciembre de 2004 [asunto COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP C (2004) 4715 final] (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), la Comisión declaró que la Concentración era incompatible con el mercado común.
- 23 A los efectos del caso de autos, la Decisión impugnada puede resumirse como sigue.
- 24 En primer lugar, la Comisión identificó los siguientes ocho mercados que podían verse afectados por la Concentración:
- En cuanto a la electricidad:
 - el mercado del suministro eléctrico al por mayor en Portugal;
 - el mercado del suministro eléctrico al por menor a grandes clientes en Portugal;
 - el mercado del suministro eléctrico al por menor a pequeños clientes industriales, comerciales y domésticos en Portugal;
 - el mercado del equilibrio entre la oferta y la demanda de electricidad («balancing power»; en lo sucesivo, «equilibrio») y de los servicios auxiliares en Portugal;

- En cuanto al gas:
 - el mercado del suministro de gas a los productores de electricidad mediante centrales de gas («Combined Cycle Gas Turbine»; en lo sucesivo, «CCGT») en Portugal;
 - el mercado de suministro de gas a las empresas locales de distribución («Local Distribution Companies»; en lo sucesivo, «LDC») en Portugal;
 - el mercado del suministro de gas a grandes clientes industriales en Portugal;
 - el mercado del suministro de gas a pequeños clientes industriales, comerciales y domésticos en Portugal o a escala local.

25 En segundo lugar, al valorar las repercusiones sobre la competencia, la Comisión estimó que la Concentración:

- En los mercados de la electricidad:
 - eliminaría a los posibles competidores significativos de GDP en el mercado de la electricidad al por mayor (efecto horizontal);

- eliminaría a los posibles competidores significativos de GDP en cada mercado de la electricidad al por menor (efecto horizontal);

- eliminaría a los posibles competidores significativos de GDP en el mercado del equilibrio y de los servicios auxiliares (efecto horizontal);

- proporcionaría a EDP el conocimiento de los costes de compra y de las necesidades diarias de gas de sus actuales competidores y disuadiría o retrasaría la entrada de posibles competidores que tuvieran la intención de gestionar una nueva CCGT (efecto no horizontal);

- proporcionaría a EDP un acceso privilegiado y preferencial a los recursos de gas natural disponibles en Portugal (efecto no horizontal);

- proporcionaría a EDP la posibilidad y la incitaría a excluir de forma significativa a sus competidores, aumentando el nivel de los precios del gas y/o reduciendo la calidad del suministro (efecto no horizontal);

- bloquearía la demanda en el mercado de suministro de gas a los productores de electricidad (efecto no horizontal).

- En los mercados del gas:
 - bloquearía la demanda en el mercado del suministro de gas a las LDC (efecto no horizontal);

- eliminaría a los posibles competidores significativos de EDP en el mercado del suministro de gas a grandes clientes (efecto horizontal);

- eliminaría a los posibles competidores significativos de EDP en el mercado del suministro de gas a pequeños clientes (efecto horizontal).

26 Como se ha señalado anteriormente, las Partes propusieron a la Comisión varios compromisos, el 28 de octubre de 2004 (A-P), el 17 de noviembre de 2004 (EDP.1 — EDP.5; ENI.II — ENI.XIV), el 26 de noviembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2004. Estos compromisos contenían las siguientes soluciones:

- venta del terminal de regasificación de Sinès a REN (A/ENI.II);

- venta de las instalaciones de almacenamiento subterráneo de Carriço a REN (B/ENI.III);

- venta anticipada de la red de gas a REN (ENI.IV);

- garantías de acceso a la red de gas a la espera de la publicación del código de acceso a la red para terceros o la venta de la red a REN (C/ENI.V);

- liberación de capacidades de gas en Campo Maior, punto de entrada del gasoducto en Portugal, actualmente reservadas e inutilizadas por Transgás (D/ENI.VI);

- compromiso de no reservar capacidades adicionales en Campo Maior (E/ENI.VII);

- compromiso de no reservar capacidades adicionales del gasoducto de Extremadura (F/ENI.VIII);

- compromiso de poner a disposición capacidades del gasoducto de Extremadura y/o de Campo Maior bajo determinadas condiciones (ENI.IX);

- modificación del acuerdo de venta de 31 de marzo de 2004, relativo a los derechos de GDP llamados «mecanismo de equiparación con la mejor oferta» sobre las ofertas de suministro de gas a corto plazo de EDP en el mercado (G/ENI.X);

- medidas destinadas a eliminar las inquietudes relativas a un posible acceso privilegiado a la información sobre los precios (H/ENI.XI);

- medidas destinadas a garantizar una liberalización efectiva de la demanda de los grandes clientes (I/ENI.XII);

- compromiso de vender una o varias LDC controladas por las Partes (J/ENI.XIV);

- compromiso de no realizar ofertas simultáneas de gas natural y electricidad a grandes y a pequeños clientes hasta que estos mercados estén liberalizados (K/ENI.XIII);
- reducción de la participación de EDP en el capital de REN del 30 % hasta alrededor del 5 % (L/EDP.1);
- moratoria para la construcción de nuevas CCGT (M/EDP.3);
- compromiso de ceder en arrendamiento temporalmente la capacidad de una de las tres CCGT de EDP situadas en Ribatejo («TER») (N/EDP.4);
- compromiso de vender la participación de EDP en Tejo Energia (O/EDP.2);
- compromiso de suspender temporalmente determinados derechos de voto de EDP en Turbogás y de nombrar miembros independientes en su Comité ejecutivo (P/EDP.5).

²⁷ En tercer lugar, la Comisión realizó una valoración de los efectos de la serie de compromisos de 28 de octubre de 2004 y, posteriormente, de los efectos de la serie de compromisos modificada de 17 de noviembre de 2004 y llegó a la conclusión de que ningún compromiso resolvía los problemas de competencia que había identificado. La Comisión consideró que la serie de compromisos modificada, presentada el 26 de noviembre de 2004, no eliminaba completamente y sin ambigüedades los problemas de competencia, salvo en el mercado del suministro de gas a las LDC, y que dichos compromisos eran, en parte, meras intenciones. Rechazó también la serie de compromisos modificada propuesta el 3 de diciembre de 2004, que tenía por objeto confirmar la de 26 de noviembre de 2004, por un doble motivo.

Por una parte, porque había sido presentada demasiado tarde y, por otra parte, porque no hacía sino aplicar los compromisos presentados el 26 de noviembre de 2004.

- 28 En definitiva, por las razones anteriormente expuestas, consideradas individualmente o en conjunto, la Comisión llegó a la conclusión de que, a pesar de los compromisos propuestos por las Partes, la Concentración reforzaba las posiciones dominantes de EDP en los mercados de la electricidad al por mayor, del equilibrio y de los servicios auxiliares, así como de la electricidad al por menor para grandes y pequeños clientes en Portugal, y también las posiciones dominantes de GDP en los mercados del suministro de gas a las CCGT, a grandes y pequeños clientes, con el resultado de que la competencia se vería seriamente obstaculizada en una parte sustancial de mercado común. Procedía, en consecuencia, declarar la Concentración incompatible con el mercado común, conforme al artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 29 Mediante escrito de demanda registrado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 25 de febrero de 2005, la demandante interpuso el presente recurso contra la Decisión impugnada.
- 30 Mediante escrito separado presentado el mismo día, solicitó también la sustanciación del recurso en un procedimiento acelerado, de conformidad con el artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.
- 31 En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, previstas en el artículo 64 del Reglamento de Procedimiento, se convocó a las partes demandante y demandada a una reunión informal con el Juez Ponente el 6 de abril de 2005, para

examinar la posibilidad de sustanciar el recurso en un procedimiento acelerado. Al término de la reunión informal, la demandante se comprometió a presentar su demanda en forma abreviada, conforme a las exigencias de las Instrucciones prácticas dadas por el Tribunal de Primera Instancia a las partes, y la Comisión solicitó una prórroga del plazo para preparar su defensa. El Juez Ponente estableció un calendario estimativo del procedimiento. El 22 de abril de 2005, la demandante presentó su demanda abreviada, que difiere principalmente de la original en la omisión de los motivos primero y segundo. El 14 de mayo de 2005, la Comisión presentó su escrito de contestación a la demanda.

32 El 25 de mayo de 2005, la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia, a la que se había atribuido el asunto, decidió sustanciarlo en un procedimiento acelerado.

33 Mediante auto del Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de junio de 2003, tras escuchar a las partes principales y de conformidad con el artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento, se autorizó a Gas Natural a intervenir durante la vista en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión, y se aceptó también la petición de tratamiento confidencial, sin perjuicio de las observaciones de la coadyuvante. Ésta confirmó que no tenía nada que objetar respecto de la petición de tratamiento confidencial.

34 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió iniciar la fase oral y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, instó a la coadyuvante a entregar por adelantado el plan detallado de su intervención en la vista. A raíz de una petición de la demandante, el Tribunal de Primera Instancia instó a la Comisión y a la coadyuvante a presentar el acta de una reunión que habían mantenido en Madrid el 27 de agosto de 2004, haciéndolo éstas. Finalmente, el Tribunal de Primera Instancia planteó por escrito una serie de preguntas a las partes principales, instándolas a responderlas en la vista. El día anterior a la vista, la demandante presentó una respuesta escrita a todas las preguntas planteadas (en lo sucesivo, «respuesta para la vista»). Dicha respuesta fue comunicada a las otras partes ese mismo día.

35 En la vista celebrada el 5 de julio de 2005, se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia. Los documentos presentados por la demandante durante la vista no se incorporaron a los autos.

36 La parte demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

37 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

38 La coadyuvante solicita al Tribunal de Primera Instancia que desestime el recurso.

Sobre el fondo

39 Con carácter preliminar, procede señalar que, debido a las limitaciones que impone la sustanciación del asunto mediante procedimiento acelerado y, por lo demás, con el acuerdo de las partes principales, sólo se mencionará en principio, y únicamente

en la medida en que sea necesario, lo fundamental de las alegaciones de la parte que pierda el motivo considerado. A este respecto, se han tenido en cuenta todas las alegaciones de las partes que pudieran influir en el resultado del litigio, incluidas las que no están expresamente recogidas en el informe para la vista, aprobado por las partes con algunas modificaciones menores. En consecuencia, la exposición del razonamiento del Tribunal de Primera Instancia se limita a la fundamentación necesaria para apoyar de forma plena y completa el fallo de esta sentencia (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2000, Dorsch Consult/Consejo y Comisión, C-237/98 P, Rec. p. I-4549, apartado 51).

- 40 El Tribunal de Primera Instancia señala que, a condición de que se sustanciase el asunto mediante procedimiento acelerado, la demandante aceptó expresamente desistir de sus dos primeros motivos, así como de la tercera parte del tercer motivo de la demanda inicial, con objeto de contribuir a la rápida adopción de una decisión judicial. El desistimiento estaba motivado por el hecho de que a priori, en el supuesto de que se anulase la Decisión impugnada a causa de esos dos primeros motivos, basados en defectos de forma, a saber, falta de acceso al expediente y falta de motivación, o a causa de la tercera parte del tercer motivo, basada en la vulneración del principio de buena administración, la Comisión, en el caso de que dictase una nueva Decisión, no se hubiera visto obligada a adoptar un enfoque sobre la competencia distinto del que había adoptado en la Decisión impugnada. Al haberse acordado sustanciar el asunto mediante procedimiento acelerado, el Tribunal de Primera Instancia toma nota del desistimiento de estos dos motivos y de la tercera parte del tercer motivo.

- 41 Según la demanda abreviada, la demandante invoca cuatro motivos. En primer lugar, la demandante invoca que la Comisión no tuvo en cuenta la excepción a la que se había acogido la República Portuguesa en virtud del artículo 28, apartado 2, de la Segunda Directiva sobre el gas. En segundo lugar, la demandante invoca una infracción del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, al no haber demostrado la Comisión el cumplimiento del segundo requisito contemplado en este artículo. En tercer lugar, la demandante invoca infracciones formales, o de procedimiento, del artículo 8, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 4064/89. En cuarto lugar, la demandante invoca errores de apreciación por parte de la Comisión, en lo que se refiere a los compromisos presentados en virtud del artículo 8, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 4064/89.

- 42 Con carácter preliminar, debe señalarse que determinados motivos de carácter general, es decir, no vinculados específicamente a uno de los mercados en cuestión, pueden dar lugar, por sí mismos, a la anulación de la Decisión impugnada. En consecuencia, procede examinar en primer lugar estos motivos de carácter general, a saber, los motivos segundo y tercero, a continuación, el primer motivo relativo, principalmente, a los mercados del gas y, en último lugar, el cuarto motivo.
- 43 Durante la vista, la Comisión manifestó sus reservas sobre el hecho de que la demandante hubiera presentado por escrito su respuesta para la vista. Debe recordarse, a este respecto, que de las 23 preguntas planteadas a las partes principales, el Tribunal de Primera Instancia sólo había pedido a la demandante dos respuestas por escrito. Sin embargo, ésta presentó por escrito la totalidad de sus respuestas el día anterior a la vista y, durante ésta, se limitó a hacer referencia a dicho escrito. En la medida en que la Comisión pretende alegar que se ha producido una vulneración de sus derechos de defensa, procede subrayar que se le dio traslado de este escrito al final de la tarde del día anterior a la vista, y que tuvo la posibilidad material de comentar dicho escrito en la vista. Aunque ciertamente breve, el plazo concedido a la Comisión se mantiene dentro de los límites de lo aceptable, en el marco del procedimiento acelerado que caracteriza este asunto, procedimiento en el que se han impuesto a todas las partes, así como al Tribunal de Primera Instancia, plazos extremadamente breves. Además, la posibilidad que se dio a la Comisión de conocer lo esencial de las respuestas de la demandante el día anterior a la vista en lugar del mismo día, garantizó un mejor desarrollo del procedimiento contradictorio.

I. Sobre el segundo motivo, relativo a la infracción del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89

- 44 Mediante el presente motivo, la demandante alega, fundamentalmente, en primer lugar, que el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89 contiene dos requisitos distintos y, en segundo lugar, que en la Decisión impugnada la Comisión no examinó si se cumplía el segundo de éstos.

- 45 El Tribunal de Primera Instancia recuerda que el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 4064/89 contempla, en efecto, dos requisitos acumulativos relativos, el primero, a la creación o al reforzamiento de una posición dominante y, el segundo, al hecho de que la competencia efectiva en el mercado común sea obstaculizada de forma significativa por la creación o el reforzamiento de una posición de este tipo (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 1994, *Air France/Comisión*, T-2/93, Rec. p. II-323, apartado 79; de 27 de noviembre de 1997, *Kaysersberg/Comisión*, T-290/94, Rec. p. II-2137, apartado 156, y de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval/Comisión*, T-5/02, Rec. p. II-4381, apartado 146).
- 46 Sin embargo, en algunos casos, la creación o el reforzamiento de una posición dominante pueden, por sí mismos, tener como consecuencia un obstáculo significativo para la competencia.
- 47 Así, el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce dicha posición mediante la adquisición de un competidor, hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculice sustantivamente la competencia, puede constituir un abuso de posición dominante (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, Rec. p. 215, apartado 26). La pertinencia de esta jurisprudencia se ve reforzada por el hecho de que la situación analizada por el Tribunal de Justicia en esa sentencia, en una época en que no existía el Reglamento nº 4064/89, está muy cerca de la situación que puede resultar de una operación de concentración en el sentido de dicho Reglamento.
- 48 Igualmente, en el ámbito de las concentraciones, una posición dominante se caracteriza por una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, *Gencor/Comisión*, T-102/96, Rec. p. II-753, apartado 200).

- 49 Resulta de lo anterior que la prueba de la creación o del reforzamiento de una posición dominante, en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, puede venir, en determinados casos, por la demostración de un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Esta afirmación no significa en absoluto que el segundo requisito se confunda jurídicamente con el primero, sino sólo que un mismo análisis fáctico de un mercado dado puede mostrar que se cumplen ambos requisitos.
- 50 En consecuencia, en la medida en que de los considerandos de una Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, incluidos los dedicados formalmente a un análisis de la creación o del reforzamiento de una posición dominante, resulta que esta operación producirá efectos perjudiciales significativos sobre la competencia, no puede considerarse que esta Decisión sea ilegal por el único motivo de que la Comisión no haya relacionado, de forma explícita y específica, la descripción de esos elementos con el segundo requisito del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89, ni en lo que se refiere a la obligación de motivación, prevista en el artículo 253 CE, ni en cuanto al fondo. En efecto, el enfoque inverso impondría a la Comisión una obligación puramente formal que la obligaría a invocar dos veces determinadas consideraciones idénticas, primero en su análisis de la creación o del reforzamiento de una posición dominante sobre un mercado dado y, una segunda vez, respecto del obstáculo significativo para la competencia en el mercado común.
- 51 En el caso de autos, con carácter preliminar, debe desestimarse la tesis de la Comisión según la cual este motivo se basa en una falta de motivación. Suponiendo que de la Decisión impugnada resultase que la Comisión no examinó si se cumplía el segundo criterio del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, o no demostró dicho cumplimiento, procedería concluir que no se había ajustado a esta disposición. En efecto, en el marco de este Reglamento, la falta de motivación a este respecto sólo puede ser el resultado de la falta o insuficiencia del examen del cumplimiento del segundo criterio y no de que se haya realizado tal examen pero se haya omitido su exposición.

- 52 En lo que se refiere la principal imputación de la demandante, debe constatarse que, en la Decisión impugnada, la Comisión se esforzó en declarar que se cumplieran los dos criterios del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, para cada uno de los mercados afectados. Así, la Comisión resolvió que la Concentración reforzaría las posiciones dominantes preexistentes de EDP y de GDP, con la consecuencia de que la competencia efectiva se vería obstaculizada significativamente en el mercado de la electricidad al por mayor (considerandos 364, 379, 410, 428 y 429), en el mercado del equilibrio y de los servicios auxiliares (considerando 432), en los mercados de la electricidad al por menor (considerando 473), en los mercados del suministro de gas a los productores de electricidad (considerando 528), a las LDC (considerando 538), a grandes clientes (considerando 550), a pequeños clientes (considerando 602) y en general (considerando 609), incluso tras el examen de todos los compromisos (considerando 914).
- 53 Ciertamente, procede señalar también que, en la Decisión impugnada, la Comisión examinó conjuntamente y sin distinción los elementos que la condujeron a declarar que se reforzaban las posiciones dominantes preexistentes de EDP y de GDP y los que la llevaron a declarar que la Concentración tendría, además, como consecuencia, que la competencia efectiva sería obstaculizada de forma significativa.
- 54 Sin embargo, teniendo en cuenta el hecho de que los elementos que demuestran el reforzamiento significativo de las posiciones dominantes de EDP y de GDP y los que demuestran el obstáculo significativo para la competencia como consecuencia de la Concentración, expuestos en la Decisión impugnada, son a menudo los mismos, el simple hecho de que la Comisión no dedicara apartados específicos al análisis del obstáculo significativo para la competencia no conduce a la conclusión de que la Comisión ignorase el segundo requisito del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. Así, en el caso de autos, la mayor parte, si no todas las consideraciones de la Comisión que la llevan a declarar que se refuerzan las posiciones dominantes preexistentes, se basan en una restricción efectiva de la competencia tal como ésta podría existir de no producirse la Concentración y, por lo tanto, tienen también por objeto demostrar el cumplimiento del segundo requisito del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En particular, en la medida en que la Concentración no conduce, o sólo lo hace de manera accesorio, a un aumento de las cuotas de mercado de las Partes en uno de los mercados en cuestión, los efectos perjudiciales de la

Concentración sobre la competencia resultan principalmente, si no esencialmente, según la Comisión, de las restricciones efectivas para la competencia en cada uno de los mercados en cuestión. Por ejemplo, la prueba del reforzamiento de las posiciones dominantes de EDP y de GDP por el hecho de la desaparición de un competidor potencial importante o significativo en la mayor parte de los mercados considerados en la Decisión impugnada, se apoya en la demostración de un obstáculo significativo para la competencia que se haría efectivo, según la Comisión, como consecuencia de la Concentración (véanse, por ejemplo, en lo que se refiere a la desaparición de GDP como competidor potencial más probable en el mercado al por mayor de la electricidad, los considerandos 335 a 364, en los mercados de la electricidad al por menor; los considerandos 450 a 473, o, en lo que se refiere a la desaparición de EDP como competidor potencial más significativo en el mercado del gas al por menor, los considerandos 559 a 599).

- 55 De lo anterior resulta también que, contrariamente al argumento de la demandante, la Comisión, en la Decisión impugnada, no trató la cuestión de si se cumplía el segundo requisito del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 como una consecuencia automática del primer requisito, sino que, por el contrario, apoyó su razonamiento sobre el hecho de que los obstáculos significativos resultantes para la competencia reforzaban las posiciones dominantes de EDP o de GDP.
- 56 En consecuencia, el análisis de los compromisos que realizó la Comisión basándose en este razonamiento tampoco adolece del vicio que alega la demandante. Así, cuando la Comisión declaró que los compromisos eran insuficientes para resolver los problemas de competencia previamente identificados, consideró que seguía existiendo el reforzamiento de las posiciones dominantes de EDP o de GDP por subsistir los obstáculos significativos para la competencia (véanse, por ejemplo, en lo que se refiere a la desaparición de GDP como competidor potencial más probable en el mercado de la electricidad al por mayor; los considerandos 650 a 675, en los mercados de la electricidad al por menor; los considerandos 708 a 714, o, en lo que se refiere a la desaparición de EDP como competidor potencial más significativo en el mercado del gas al por menor; los considerandos 735 a 738).

57 Finalmente, procede señalar que el motivo de la demandante no va más allá de una crítica *a priori*. En particular, en el marco de este motivo, la demandante no alega ni, *a fortiori*, demuestra que, en uno de los mercados afectados, las consideraciones sobre la competencia aducidas por la Comisión no sean aptas para demostrar materialmente la existencia de un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

58 De lo anterior resulta que la Comisión no ignoró el segundo requisito del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En consecuencia, procede desestimar el presente motivo.

II. Sobre el tercer motivo, relativo a la infracción del artículo 8, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 4064/89

59 La demandante articula su motivo sobre los compromisos en cuatro partes relativas, en primer lugar, a la vulneración de la carga de la prueba, en segundo lugar, a la ignorancia del carácter global de los compromisos, en tercer lugar, a un abuso de poder, y, en cuarto lugar, a la exageración de las dificultades del control del cumplimiento de ciertos compromisos.

A. Sobre la primera parte del tercer motivo, relativa a la carga de la prueba

60 Según la demandante, por una parte, la Comisión se basó erróneamente en la presunción de que correspondía a las Partes demostrar que sus compromisos eliminaban las inquietudes identificadas por la Comisión en el ámbito de la

competencia. La demandante precisa que, al hacerlo, la Comisión aplicó un nivel de control equivocado en relación con el expuesto en el punto 6 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables.

- 61 Procede recordar que, en virtud del artículo 2, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, la Comisión debe declarar («declarará») compatible una operación de concentración que no cree ni refuerce una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común. De ello se desprende que incumbe a la Comisión probar que una operación de concentración no puede ser declarada compatible con el mercado común.
- 62 A continuación, en virtud del artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, la Comisión debe declarar mediante Decisión que la operación de concentración es compatible con el mercado común, si constata que una operación de concentración notificada, «en su caso tras las modificaciones practicadas por las empresas interesadas», responde al criterio definido en el apartado 2 del artículo 2, del Reglamento nº 4064/89. De lo anterior resulta que una operación de concentración modificada por compromisos responde a los mismos criterios, en lo que se refiere a la carga de la prueba, que una operación no modificada.
- 63 En consecuencia, por una parte, la Comisión tiene el deber de examinar una operación de concentración tal como ha sido modificada por los compromisos válidamente propuestos por las partes de la operación (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, ARD/Comisión, T-158/00, Rec. p. II-3825, apartado 280) y, por otra parte, la Comisión no puede declararla incompatible con el mercado común más que si estos compromisos son insuficientes para impedir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que tenga como consecuencia un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Sin embargo, debe recordarse a este respecto que, al tratarse de apreciaciones económicas complejas, la carga de la prueba que incumbe

a la Comisión no prejuzga su amplia facultad de apreciación en este ámbito (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003, *Petrolescence y SG2R/Comisión*, T-342/00, p. II-1161, apartado 101, y la jurisprudencia que allí se cita, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, *Comisión/Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec. p. I-987, apartado 38).

64 Por otra parte, el hecho de que el punto 6 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables señale que «es responsabilidad de las partes demostrar que las soluciones propuestas [...] eliminan la creación o fortalecimiento de tal posición dominante determinada por la Comisión» no puede modificar esta situación jurídica. Incluso suponiendo que la Comisión pretenda así hacer recaer sobre las partes de una operación notificada la demostración –que se corresponde con los intereses de éstas– de la eficacia de los compromisos propuestos, no puede llegar a la conclusión de que, en la duda, está obligada a prohibir la operación. Por el contrario, corresponde en última instancia a la Comisión demostrar que tal operación, en su versión modificada, en su caso, por compromisos, debe ser declarada incompatible con el mercado común por persistir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que obstaculiza significativamente una competencia efectiva.

65 Resulta de lo anterior que corresponde a la Comisión demostrar que los compromisos válidamente presentados por las partes en una operación de concentración no convierten esta operación, así modificada por tales compromisos, en compatible con el mercado común.

66 La Comisión afirma que, a este respecto, debe distinguirse entre los compromisos presentados antes o después del plazo previsto en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento n° 447/98 para presentar compromisos. En el caso de autos, consta que las Partes presentaron modificaciones a su primera serie de compromisos tanto antes de expirar el plazo, el 17 de noviembre de 2004, como después, el 26 de noviembre de 2004 e incluso el 3 de diciembre de 2004. Ahora bien, el punto 43 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables, interpretado a la luz de sus puntos 41 y 42, no hace distinciones entre si la modificación de los compromisos se presenta

antes o después del plazo señalado. Sin embargo, este punto 43 dispone que los compromisos modificados deben, concretamente, permitir a la Comisión determinar claramente, sin necesidad de investigaciones complementarias, que dichos compromisos, una vez ejecutados, resuelven los problemas de competencia determinados y ofrecen tiempo suficiente para la oportuna consulta a los Estados miembros.

- 67 A este respecto, por una parte, el texto del punto 43 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables no dispone que corresponda a las partes de una operación de concentración probar que sus compromisos modificados eliminan de forma clara los problemas de competencia identificados. Por otra parte, aunque la Comisión se haya obligado a aceptar, previo cumplimiento de determinados requisitos, los compromisos modificados, no por ello dispone de la facultad de invertir la carga de la prueba establecida en el Reglamento n° 4064/89, con vistas a la adopción de una Decisión final, con arreglo al artículo 8, apartados 2 o 3, de este Reglamento, basada en que la operación cumple los requisitos del artículo 2, apartados 2 o 3, de dicho Reglamento. En consecuencia, de acuerdo con los requisitos especiales previstos en el punto 43 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables, corresponde también a la Comisión demostrar que los compromisos modificados no bastan para determinar claramente, sin necesidad de investigaciones ulteriores o a falta de un plazo útil para consultar a los Estado miembros, que eliminarán los problemas de competencia identificados.

- 68 Finalmente, procede subrayar que, según la lógica del procedimiento administrativo en materia de concentraciones, la Comisión identifica, con carácter provisional, los problemas de competencia planteados, según ella, por la operación de concentración, en un primer momento, al explicar por qué razones considera necesario incoar el procedimiento con arreglo al artículo 6, párrafo 1, del Reglamento n° 4064/89 y, más adelante, al enviar un pliego de cargos a las partes de la operación. En esta fase, las partes de la operación pueden impugnar la existencia misma de problemas de competencia y/u ofrecer compromisos que puedan resolverlos, ya sea en su respuesta al pliego de cargos o en un punto ulterior de las discusiones. Resulta evidente de esta forma que, al proponer compromisos, las partes de la operación pretenden convencer a la Comisión de que los compromisos resuelven completamente los problemas de competencia previamente identificados. A la inversa, al considerar que los compromisos son insuficientes, la Comisión estima necesaria-

mente que las partes en la operación no la han convencido del valor de sus compromisos destinados a eliminar el o los problemas de competencia provocados por la operación en cuestión.

- 69 Resulta de lo anterior que el hecho de que la Comisión considere insuficientes unos compromisos válidamente presentados, es decir, ya sea como proposición inicial, ya sea, conforme al punto 43 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables, como modificación de los compromisos iniciales, solo constituye una inversión indebida de la carga de la prueba si la Comisión fundamenta esa apreciación de insuficiencia no tanto en una valoración de los compromisos basada en criterios objetivos y verificables como en el aserto de que las partes no han aportado pruebas suficientes para que se pueda realizar una apreciación sobre el fondo. En efecto, en este último caso, las partes no disfrutarían del beneficio de la duda y procedería declarar que se ha producido una inversión de la carga de la prueba de la compatibilidad de tal operación con el mercado común.
- 70 En el caso de autos, la demandante cita un único ejemplo, basado en el considerando 833 de la Decisión impugnada, relativo a los compromisos de 17 de noviembre de 2004, presentados antes del vencimiento del plazo, según el cual «subsisten dudas e incertidumbres considerables sobre si el efecto combinado [de las medidas propuestas] compensará, suficientemente, la desaparición de EDP como principal competidor potencial» en el mercado del suministro de gas a grandes clientes. En la Decisión impugnada, la Comisión basa explícitamente esta apreciación en la Comunicación sobre las soluciones aceptables.
- 71 Procede señalar que la Comisión terminó el considerando en cuestión en tono muy firme, sosteniendo que las medidas propuestas por las Partes no impedían el reforzamiento de la posición dominante de GDP en el mercado considerado como resultado de la Concentración. Al hacerlo así, la Comisión alcanzó la conclusión de que los compromisos eran insuficientes para permitir la autorización de la Concentración.

72 Además, las dudas e incertidumbres que manifestó la Comisión se referían, concretamente, a si los compromisos eran incondicionales y ciertos. En el considerando 832 de la Decisión impugnada, señaló cinco razones por las que consideraba que los compromisos en cuestión eran insuficientes para garantizar que las capacidades adicionales de gas se pondrían efectivamente a disposición de terceros (exclusión de las filiales españolas de las Partes del compromiso de no reservar capacidades adicionales; carácter no obligatorio de la autorización del código de acceso a terceros por parte del regulador español; derecho de las Partes de reservar capacidades llamadas «estratégicas»; escasa eficacia del compromiso de liberar capacidades en Campo Maior, dadas las limitadas capacidades actuales del gasoducto y las consecuencias negativas sobre las capacidades disponibles en el terminal LNG de Sinès; derechos especiales de las Partes respecto del operador de ese terminal y posibilidad de construir un lugar de almacenamiento de gas natural). En consecuencia, las dudas manifestadas no se referían a eventuales perjuicios para la competencia resultantes de la Concentración, sino, efectivamente, a la imposibilidad de garantizar que los compromisos en cuestión fueran plenamente operativos. Pues bien, la Comisión tiene derecho a rechazar compromisos no vinculantes o, lo que viene a ser lo mismo, compromisos cuyos efectos pueden ser reducidos, incluso eliminados, por las Partes. Al hacer esto, la Comisión no transfirió a las Partes la carga de la prueba, sino que niega la existencia del carácter cierto y mensurable que debían tener estos compromisos. Finalmente, procede señalar que, en el marco de este motivo, la demandante no discutió ante el Tribunal de Primera Instancia el carácter incierto de los efectos de los compromisos en cuestión.

73 A la vista de lo anterior, procede señalar que, en la Decisión impugnada, la Comisión no invirtió la carga de la prueba que recaía sobre ella en cuanto a su obligación de probar que la Concentración era incompatible con el mercado común. Por el contrario, intentó demostrar las razones por las que debía prohibirse la Concentración, a pesar de los compromisos propuestos.

74 En consecuencia, procede desestimar la primera parte del tercer motivo.

B. Sobre la segunda parte del tercer motivo, relativa a la apreciación global de la Concentración, en su versión modificada

- 75 La demandante alega, fundamentalmente, que la Comisión no valoró la situación tal como sería después de la Concentración, habida cuenta de los compromisos, respecto de la que existiría de no producirse la Concentración. En su respuesta escrita para la vista, la demandante concretó su alegación en el sentido de reprochar a la Comisión que hubiera apreciado las debilidades que se podían atribuir a los compromisos, en lugar de los efectos probables de la Concentración, en su versión modificada, sobre un mercado dado, lo que conducía a un resultado distinto. La demandante añade que la Comisión valoró los compromisos estudiando cada uno de ellos de forma aislada. En su respuesta escrita, la demandante citó como ejemplo el examen diferenciado de los compromisos destinados a resolver el problema horizontal en el mercado de la electricidad al por mayor y los relativos a los problemas no horizontales en ese mercado.
- 76 Procede señalar que la Decisión impugnada está estructurada formalmente de manera que expone, sucesivamente, la identificación de los problemas de competencia provocados por la Concentración, tal como fue notificada, sobre cada uno de los mercados (considerandos 280 a 609), a continuación la valoración de las repercusiones sobre la competencia de los compromisos de 28 de octubre de 2004 (considerandos 650 a 738), después los de 17 de noviembre de 2004 (considerandos 741 a 841) y, finalmente, los de 26 de noviembre de 2004 (considerandos 860 a 912). Al realizar su apreciación, la Comisión examinó sucesivamente cada uno de los compromisos que estimó pertinentes para cada uno de los mercados en cuestión. Cuando identificó varios problemas de competencia en un mismo mercado, la Comisión examinó sucesivamente los compromisos en el marco de cada uno de esos problemas. Llegó a la conclusión de que, en todos los casos, salvo en el mercado del suministro de gas a las LDC, los compromisos eran insuficientes para eliminar el problema de competencia identificado y/o el reforzamiento de la posición dominante en cuestión (véanse, en cuanto al mercado de la electricidad al por mayor, elegido como ejemplo por la demandante, en lo que se refiere al problema horizontal, los considerandos 675, 767 y 868 o, en lo que se refiere a los problemas no horizontales, los considerandos 700, 702, 703, 801, 874 y 875).

- 77 Procede recordar que la Comisión tiene el deber de examinar una operación de concentración tal como ha sido modificada por los compromisos válidamente propuestos por las partes (véase el apartado 63 *supra*). Sin embargo, como reconoció la demandante en la vista, este postulado no prohíbe un examen sucesivo de los problemas de competencia provocados por esta operación y, a continuación, de los compromisos propuestos por las partes de la operación para eliminar esos problemas, ni un examen sucesivo de cada uno de los compromisos pertinentes respecto de esos problemas, siempre que la Comisión llegue, *in fine*, a una apreciación global de la operación de concentración, en su versión modificada, es decir, de los efectos de esta operación sobre cada uno de los mercados identificados, habida cuenta del conjunto de los compromisos pertinentes para este mercado.
- 78 Además, corresponde a la Comisión examinar todos los compromisos pertinentes relativos a un problema de competencia identificado en uno de los mercados en cuestión, incluidos los que no están explícitamente designados como tales por las partes en una operación de concentración. Sin embargo, la Comisión no comete un error de Derecho al apreciar solamente los compromisos específicos de un solo mercado o de un solo problema de competencia respecto de ese mercado o de ese problema, si los demás compromisos no son pertinentes y no tienen significado económico real en ese marco.
- 79 En el caso de autos, la imputación de la demandante tiene su origen en un postulado no realista y en una interpretación errónea de la Decisión impugnada.
- 80 En primer lugar, procede recordar que los compromisos propuestos por las partes en una operación de concentración están destinados específicamente a resolver los problemas de competencia previamente identificados. En consecuencia, es inevitable que la Comisión, cuando se enfrenta a un compromiso, se pregunte en primer lugar sobre el alcance del mismo y, en particular, sobre sus eventuales debilidades intrínsecas, y verifique, a continuación, si el compromiso es apto, en todo o en parte, para resolver el problema identificado. En efecto, el análisis de los efectos probables de la operación de concentración, en su versión modificada, supone valorar, lo primero, el alcance de dicha modificación. A este respecto, es importante señalar

que la demandante, en su demanda y en los anexos de ésta, siguió los mismos pasos, conduciendo al Tribunal de Primera Instancia, a fin de cuentas, a hacer lo mismo. Además, es irrealista imaginar que la Comisión, con los límites de tiempo que le impone el Reglamento n° 4064/89, pueda volver a empezar desde el principio su análisis de una operación de concentración, cuando se le presenten compromisos, como si esta operación le hubiera sido notificada de nuevo, en su versión modificada por los compromisos. Esta exigencia chocaría con el imperativo de celeridad que caracteriza el sistema general del Reglamento n° 4064/89 (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 1999, Endemol/Comisión, T-221/95, Rec. p. II-1299, apartado 68). El carácter irrealista del procedimiento propuesto implícitamente por la demandante se ve reforzado, en el caso de autos, por el hecho de que se habían propuesto sucesivamente tres, incluso cuatro, series de modificaciones y la o las últimas de ellas en una fecha tardía, cuando terminaba el procedimiento. A este respecto, la alegación de la demandante, según la cual estas series sucesivas no son más que modificaciones de los compromisos precedentes y no nuevos compromisos, no cambia este análisis. En esta situación, la Comisión está obligada, cada vez, a contrastar con su análisis estos nuevos elementos, con objeto de examinar si las modificaciones pueden invalidar sus conclusiones anteriores.

- 81 En segundo lugar, en la Decisión impugnada, la Comisión se esforzó en explicar por qué razón las debilidades de cada uno de los compromisos no le permitían resolver, por sí mismo, el problema de competencia en cuestión. Sin embargo, añadió sistemáticamente a este análisis puntual la conclusión de que el conjunto de los compromisos pertinentes respecto de ese problema era igualmente insuficiente para resolver dicho problema. Para los compromisos de 18 de octubre y de 17 de noviembre de 2004, precisó que subsistía el reforzamiento de la posición dominante en cuestión (véanse, por ejemplo, en lo que se refiere al problema horizontal en el contexto del mercado de la electricidad al por mayor, propuesto como ejemplo por la demandante, los considerandos 675 y 767 o, en lo que se refiere a los problemas no horizontales, los considerandos 700, 702, 703 y 801). Cuando lo estimó necesario, examinó también otros compromisos, distintos de los propuestos específicamente por las Partes para resolver un problema de competencia dado (considerandos 809 a 812). Al hacer esto, el análisis de la Comisión equivalía a un análisis de la Concentración, en su versión modificada por los compromisos. En cuanto a los compromisos de 26 de noviembre de 2004, si bien la Comisión se limitó a declarar que eran insuficientes para resolver los problemas de competencia en cuestión, realizó, sin embargo, una apreciación global de tales compromisos en relación con

dichos problemas (véase, en lo que se refiere al problema horizontal en el mercado de la electricidad al por mayor, el considerando 868 o, en lo que se refiere a los problemas no horizontales en ese mercado, los considerandos 874 y 875). Además, puesto que el examen de los compromisos tardíos responde a requisitos especiales comprendidos en la Comunicación sobre las soluciones aceptables, del hecho de que la Comisión no declarase de forma explícita que se reforzaban las posiciones dominantes examinadas, no puede deducirse que no realizó un análisis global de la Concentración, en su versión modificada.

- 82 De lo anterior resulta que la Comisión realizó efectivamente un análisis global de la Concentración, en su versión modificada por los compromisos propuestos por las Partes.
- 83 En cuando al ejemplo del examen aislado de los compromisos relativos al problema horizontal y a los problemas no horizontales en el mercado de la electricidad al por mayor que cita la demandante, procede constatar que esta alegación se confunde por completo con la alegación expuesta en el marco del cuarto motivo, según el cual los compromisos sobre los problemas no horizontales permitan la entrada al mercado a un determinado número de competidores, mientras que GDP no era más que un competidor potencial. Suponiendo que la Comisión se hubiera equivocado al considerar que podía permitirse descuidar el examen del alcance indirecto de determinados compromisos respecto de un problema de competencia o de un mercado para el que no fueran directamente pertinentes, la Comisión no habría incurrido en un error de Derecho, sino en un error de apreciación. En efecto, si bien la Comisión tiene el deber de examinar todos los compromisos pertinentes respecto de un problema de competencia identificado en uno de los mercados en cuestión, incluidos los que no han sido específicamente designados como tales por las partes en una operación de concentración, la cuestión de determinar si un compromiso u otro es pertinente respecto de un problema específico planteado por una operación de concentración corresponde a la apreciación económica de la operación en cuestión, y debe examinarse en este contexto.
- 84 Puesto que la demandante ha formulado también esta alegación en el marco de su cuarto motivo relativo a la existencia de errores de apreciación de la Comisión respecto de la Concentración, en su versión modificada, procede tratarla cuando se examine este motivo.

85 Habida cuenta de todo cuanto antecede, debe desestimarse la segunda parte del tercer motivo.

C. Sobre la tercera parte del tercer motivo, relativa a la existencia de una desviación de poder

86 La demandante afirma, fundamentalmente, que la Comisión se extralimitó en las facultades que le confiere el Reglamento nº 4064/89 al exigir que los compromisos tuvieran por objeto la liberalización de los mercados de la electricidad o del gas.

87 Según una jurisprudencia reiterada, el concepto de desviación de poder se refiere al hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquélla para la que le fueron conferidas. Una decisión solamente está viciada de desviación de poder cuando resulte, en función de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que fue adoptada con dicha finalidad (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 24, y de 10 de mayo de 2005, Italia/Comisión, C-400/99, Rec. p. I-3657, apartado 38). En el caso de pluralidad de finalidades, aunque a los motivos válidos se una uno injustificado, no por ello la Decisión estará viciada de desviación de poder, siempre y cuando no sacrifique la finalidad esencial (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 1954, Italia/Alta Autoridad, 2/54, Rec. pp. 73 y ss., especialmente p. 103, y, en este sentido, sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Comisión, T-266/97, Rec. p. II-2329, apartado 131).

88 Con carácter preliminar, procede señalar que ha quedado demostrado que la Concentración entra en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 4064/89 (considerandos 12 y 13 de la Decisión impugnada). Debe también señalarse que la demandante no alega que la Concentración no debía haber sido objeto de una decisión de incoación del procedimiento de examen previsto en el artículo 6 del Reglamento nº 4064/89 y, en consecuencia, de una decisión final, conforme al

artículo 8 de dicho Reglamento. A este respecto, la demandante reconoce, concretamente en su respuesta escrita para la vista, que la Concentración, tal como fue notificada, reforzaba las posiciones dominantes de EDP en los mercados de la electricidad. En consecuencia, era inevitable que las Partes presentasen compromisos con objeto de obtener una Decisión que declarase que la Concentración era compatible con el mercado común.

- 89 Debe constatar que, al tener en cuenta los compromisos propuestos para adoptar la Decisión impugnada, la Comisión situó plenamente su acción en el marco del Reglamento nº 4064/89. La Comisión persiguió así el objetivo del Reglamento, dirigido a impedir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que tuviera como consecuencia un obstáculo significativo para una competencia efectiva.
- 90 Sin embargo, la demandante alega que la Comisión exigió mucho más que los citados compromisos, y se excedió de lo que era necesario para garantizar que no se reforzasen las posiciones dominantes de EDP o de GDP. Precisa que la Comisión exigió un grado de apertura del mercado que iba más allá de la solución al problema de competencia provocado por la Concentración.
- 91 Los numerosos ejemplos citados por la demandante –según los cuales, fundamentalmente, la Comisión estimó que los compromisos eran insuficientes para garantizar la entrada de nuevos competidores en los mercados en cuestión (véanse, en especial, los considerandos 659, 665, 707, 714, 725, 749, 805, 812, 862, 879 y 888 de la Decisión impugnada)– demuestran simplemente que la Comisión perseguía el objetivo del Reglamento nº 4064/89, a saber, evitar que una operación de concentración supusiera la creación o el reforzamiento de posiciones dominantes de resultados de las cuales la competencia efectiva fuera obstaculizada de forma significativa. En efecto, la entrada de nuevos competidores en los mercados en los que consta que EDP y GDP ostentan posiciones dominantes muy fuertes constituye una preocupación esencial desde el punto de vista de la competencia en el marco de la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En consecuencia, el objetivo esencial perseguido por la Comisión en su negativa a modificar su postura una vez estudiados los compromisos, se inscribe plenamente en el marco del Reglamento nº 4064/89.

- 92 A este respecto, procede señalar que, en el marco de su motivo relativo a la apreciación, desde el punto de vista de la competencia, de la Concentración en su versión modificada, la demandante se apoya en el hecho de que la Concentración supondría un avance importante con vistas a la apertura a la competencia de los mercados del gas y de la electricidad. En consecuencia, salvo que se contradiga a ella misma, reconoce que la solución de los problemas de competencia planteados por la Concentración, a través de los compromisos, y la finalidad de abrir los mercados a la competencia, pueden coexistir.
- 93 Incluso suponiendo, cuestión que se tratará más adelante, que la constatación de la insuficiencia de uno de los compromisos propuestos o la exigencia de un compromiso particular por parte de la Comisión sean considerados excesivos respecto de la resolución de los problemas de competencia identificados por ésta en la Decisión impugnada, tal error constituiría una infracción del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, y no una desviación de poder.
- 94 Además, la demandante considera que la Comisión parece haberse sentido atraída por la tesis expuesta en un informe elaborado por Cambridge Economic Policy Associates, a petición de la autoridad portuguesa en el ámbito de la competencia, titulado «Informe sobre los mercados de la electricidad y el gas en Portugal», según el cual, en opinión de la demandante, la Comisión debía utilizar activamente la Concentración para mejorar las condiciones de la competencia. Sin embargo, procede señalar que, en los apartados de la Decisión impugnada que citaban este informe (véanse, en especial, los considerandos 137, 172, 333 y 573), la Comisión no se apropió en absoluto del objetivo eventualmente propuesto por el informe, si no que se limitó a extraer de él apreciaciones económicas objetivas. Las referencias a este informe no pueden, por tanto, constituir un indicio de una desviación de poder.
- 95 En cuanto a los demás elementos adelantados por la demandante, concretamente las declaraciones del Sr. Monti, entonces miembro de la Comisión responsable de la competencia, u otras Decisiones de la Comisión en materia de concentraciones en el sector de la energía (Decisión de la Comisión de 7 de febrero de 2001, asunto COMP/M.1853 — EDF/EnBW; Decisión de la Comisión de 19 de marzo de 2002, asunto COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico), no pueden

constituir indicios pertinentes para demostrar la existencia de una desviación de poder en este caso, puesto que estos elementos no fundamentan la Decisión impugnada. Además, incluso si estas dos Decisiones en materia de concentraciones adolecieran del vicio que afirma la demandante, a saber, exigir una apertura de los mercados innecesaria respecto de los problemas de competencia identificados en las mismas, esto no significaría que la Decisión impugnada, basada en una situación de la competencia propia del asunto, adoleciera del mismo vicio.

- 96 La alegación de la demandante de que la Comisión perseguía, en realidad, el cumplimiento de los objetivos de la Segunda Directiva sobre el gas, cuando esta Directiva se fundamenta en el artículo 47 CE, apartado 2 (derecho de establecimiento), en el artículo 55 CE (libre prestación de servicios) y en el artículo 95 CE (aproximación de las legislaciones) no prueba que la Comisión pretendiera, sin justificación, perseguir dichos objetivos. Por una parte, la base jurídica de esta Directiva demostraría más bien que la Comisión no pudo perseguir más que de manera muy indirecta los objetivos de aquélla, al privilegiar la entrada de nuevos competidores, especialmente nacionales, en los mercados en cuestión. Por otra parte, procede señalar que 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, p. 1; en lo sucesivo, «Primera Directiva sobre el gas»), y la Segunda Directiva sobre el gas tienen por efecto, si no por objeto, introducir la competencia en un sector hasta ese momento tradicionalmente no sujeto a ésta [véanse los considerandos 2, 6, 21, 22, 26 y, especialmente, 31 de 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, p. 37; en lo sucesivo, «Segunda Directiva sobre la electricidad»), y los considerandos 2, 7, 19, 21, 25, 27 y, especialmente, 30 de la Segunda Directiva sobre el gas; véase igualmente, en lo que se refiere a la 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, p. 20), la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, Rec. p. I-4983 apartado 62]. Resulta de lo anterior que una de las finalidades de la Segunda Directiva sobre el gas está claramente vinculada a la competencia. Por lo tanto, no resulta sorprendente que el objetivo de fomento de la competencia del Reglamento nº 4064/89 haya sido también asumido como uno de los de la Segunda Directiva sobre la electricidad y de la Segunda Directiva sobre el gas. En consecuencia, la finalidad de dar cumplimiento a la Segunda Directiva sobre el gas no puede constituir un indicio de desviación de poder puesto que su objetivo es también aquel para el que el Reglamento nº 4064/89 concedió sus facultades a la Comisión.

- 97 Finalmente, la demandante alega que la liberalización de los sectores de la energía habría debido realizarse por la vía de la aplicación del artículo 86 CE. Sin que proceda zanjar la cuestión de si la Comisión podía aún utilizar las facultades que le concede ese artículo, a pesar de la existencia de la Segunda Directiva sobre la electricidad y de la Segunda Directiva del gas, la alegación de la demandante no es pertinente en el marco de esta parte del tercer motivo. En efecto, incluso suponiendo que el artículo 86 CE permitiese realizar la liberalización de los mercados afectados, tal suposición no podría conducir más que a la constatación de que tal norma de competencia y el Reglamento nº 4064/89, cuyos objetivos ya se ha visto que han sido correctamente perseguidos por la Comisión, pueden aplicarse concomitantemente.
- 98 Habida cuenta de todo cuanto antecede, procede desestimar la tercera parte del tercer motivo.

D. Sobre la cuarta parte del tercer motivo, relativa a las dificultades de control de determinados compromisos de comportamiento

- 99 La demandante afirma que la Comisión desestimó determinados compromisos porque eran compromisos de comportamiento y porque era necesario controlarlos *ex post*. Según la demandante, al hacer esto, la Comisión vulneró la jurisprudencia y su práctica administrativa reciente y no tuvo en cuenta la posibilidad de encargar a las autoridades portuguesas la realización ese control *ex post*.
- 100 Procede recordar, con carácter preliminar, que los compromisos de comportamiento no son insuficientes por su propia naturaleza para impedir la creación o el reforzamiento de una posición dominante y deben valorarse caso por caso, de la misma forma que los compromisos estructurales (sentencias Gencor/Comisión, citada en el apartado 48 *supra*, apartado 319, y Tetra Laval/Comisión, citada en el apartado 45 *supra*, apartado 161, confirmada a este respecto por la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, citada en el apartado 63 *supra*, apartado 85).

101 Sin embargo, la imputación de la demandante tiene su origen en una interpretación equivocada de la Decisión impugnada, puesto que, en los tres ejemplos que cita, la Comisión no rechazó los compromisos en cuestión únicamente por tratarse de compromisos de comportamiento o por las dificultades de control de los mismos, sino a causa de su insuficiencia global respecto de los problemas de competencia identificados.

102 Así, ciertamente, la Comisión estimó en el considerando 663 que el compromiso relativo al arrendamiento de la capacidad de producción equivalente a una CCGT del TER estaba lejos de ofrecer las ventajas de un compromiso estructural y que requería de su parte ulteriores comprobaciones por extenso. Sin embargo, la Comisión pretendía subrayar así que las Partes habían previsto el vencimiento anticipado de ese compromiso a partir del momento en que se dieran condiciones complejas, y que le habían pedido que verificase la realidad del acaecimiento de una de esas condiciones. Así, la Comisión consideró principalmente que estas condiciones introducían grandes incertidumbres en este compromiso. En primer lugar, lo que motivó que la Comisión rechazase este compromiso, no fue, en consecuencia, su naturaleza de compromiso de comportamiento. En segundo lugar, la dificultad de control de las condiciones resultaba de su complejidad y de su falta de adecuación y no de una negativa de la Comisión a realizar un control *ex post*. En tercer y último lugar, los considerandos 662 y 664 citan distintos factores que justificaban asimismo, a los ojos de la Comisión, el rechazo de este compromiso, como son, concretamente, el hecho de que el arrendatario no podría gestionar la CCGT de forma autónoma y se volvería dependiente de EDP, o el de que las condiciones de vencimiento anticipado del compromiso se basaban en consideraciones transnacionales, aun cuando el mercado seguiría siendo nacional.

103 En el considerando 678, la Comisión sólo alegó como razón adicional y marginal el hecho de que el compromiso relativo a la venta del terminal LNG de Sinès exigiera un control detallado ulterior por su parte. No se basó en absoluto en que se trataba de un compromiso de comportamiento y la casi-totalidad del considerando se centra en otras cuestiones, concretamente, en la fecha de la desinversión, en los puntos débiles del acceso de terceros a las capacidades de gas y en el mantenimiento de una participación minoritaria de GDP en el operador que gestiona el terminal, que llevaron a la Comisión a concluir, en el considerando siguiente, que los efectos positivos de este compromiso corrían el peligro de verse seriamente reducidos.

104 Ciertamente, en el considerando 719, la Comisión consideró que el compromiso relativo a la suspensión de los derechos de voto de EDP en el Comité Ejecutivo de Turbogás sobre las cuestiones relacionadas con el suministro de gas y las inversiones y relativo al nombramiento de miembros independientes en el Comité Ejecutivo de Turbogás, era un puro compromiso de comportamiento y sería difícil de controlar. Sin embargo, este aspecto sólo se subrayó con carácter complementario y se ubica a continuación de tres razones principales por las que la Comisión consideró que el compromiso era insuficiente, a saber, el hecho de que la independencia de los miembros que se nombrasen no estuviera garantizada, el hecho de que EDP conservase sus derechos de voto sobre cuestiones importantes y pudiera influir de forma indirecta en la elección del proveedor de gas y en el hecho de que la suspensión de los derechos de voto se limitase a tres años.

105 Finalmente, en cuanto a la imputación de que la Comisión no tuvo en cuenta la posibilidad de que las autoridades portuguesas competentes pudieran realizar los controles necesarios para verificar el acaecimiento de las condiciones que darían lugar al vencimiento anticipado de los compromisos en cuestión, procede señalar, en primer lugar, que, en lo que se refiere al arrendamiento del TER, son las propias Partes las que habían previsto de forma explícita solicitar a la Comisión la verificación del acaecimiento de esas condiciones. Salvo que modificase por sí misma el compromiso propuesto, lo que no entra en el ámbito de su competencia, la Comisión no podía confiar dicho control a las autoridades nacionales. De la misma forma, en cuanto a los otros dos compromisos invocados por la demandante, la Comisión no estaba obligada, aunque tuviera la posibilidad de hacerlo en el marco de las conversaciones con las Partes, a instaurar un sistema de vigilancia particular, sobre todo delegado en las autoridades nacionales competentes. Por el contrario, correspondía a las Partes proponer compromisos completos y eficaces desde todos los puntos de vista, especialmente si los compromisos de comportamiento presentaban puntos débiles intrínsecos en lo relativo a su carácter vinculante, que justificaban una vigilancia *ex post*.

106 Habida cuenta de todo cuanto antecede, procede desestimar la cuarta parte del tercer motivo.

107 En consecuencia, debe desestimarse el tercer motivo en su totalidad.

III. Sobre el primer motivo, relativo a la excepción a la que se ha acogido la República Portuguesa, en virtud de la Segunda Directiva sobre el gas

- 108 La demandante considera, fundamentalmente, que, cuando la Comisión apreció la situación de la competencia en los mercados no abiertos a la misma, no tuvo en cuenta, en primer lugar, la excepción temporal al calendario de la liberalización a la que se había acogido la República Portuguesa en virtud de la Segunda Directiva sobre el gas ni, en segundo lugar, el artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, al proyectar su análisis de la competencia a más de cinco años después de la Concentración.

A. Observaciones preliminares

- 109 Con carácter preliminar, procede recordar que, antes de la adopción de la Primera y de la Segunda Directiva sobre el gas, los mercados de la electricidad y del gas en la Comunidad eran, *de facto*, mercados no necesariamente abiertos a la competencia por razón de los monopolios nacionales existentes en determinados Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de recordar que las disposiciones sobre la competencia contenidas en el Tratado CE son aplicables a las decisiones de las empresas que operan en esos sectores (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, Rec. p. I-1477, apartados 34 a 51). Sin embargo, la Primera Directiva sobre el gas y, posteriormente, la Segunda Directiva sobre el gas, que aceleró el calendario previsto en la primera, se basan en el postulado de que los Estados miembros no están obligados a abrir los mercados del gas a la competencia de forma inmediata, en el momento de la aplicación de estas Directivas. En consecuencia, debe admitirse que los distintos mercados del gas no están obligatoriamente sometidos a la competencia antes de los plazos marcados por la Segunda Directiva sobre el gas.
- 110 La Segunda Directiva sobre el gas tiene por objeto la creación de un mercado interior del gas en el que predomine una competencia leal (considerando 30 de la Segunda Directiva sobre el gas), es decir, permitir a todos los consumidores elegir libremente a su suministrador y a todos los suministradores abastecer libremente a sus clientes (considerando 4 de la Segunda Directiva sobre el gas). Uno de los

principales ejes de esta liberalización de los mercados del gas consiste en el establecimiento de un calendario de apertura progresiva de estos mercados, basado en el aumento progresivo del número de clientes cualificados, es decir, clientes que tienen la libertad de comprar el gas al proveedor elegido por ellos. En virtud de la Segunda Directiva sobre el gas, todos los clientes no domésticos debían ser cualificados el 1 de julio de 2004, y la totalidad de los clientes deberá serlo el 1 de julio de 2007.

111 Sin embargo, de acuerdo con artículo 28, apartado 2, de la Segunda Directiva sobre el gas, todo Estado miembro que reúna los requisitos para ser considerado mercado emergente está sujeto a un calendario excepcional. Hasta las fechas previstas en dicho calendario, estos Estados miembros pueden establecer excepciones a las siguientes obligaciones: autorización no discriminatoria para la construcción o explotación de instalaciones de gas, designación de los gestores de red, definición de las funciones de estos gestores, independencia jurídica de los gestores de red de transporte, designación de los gestores de red de distribución, definición por parte del gestor de red de las tareas de equilibrio de la red de distribución, independencia jurídica de los gestores de red de distribución, separación de las contabilidades, establecimiento de un sistema de acceso de terceros a la red de gas natural y a las instalaciones de GNL, establecimiento del calendario de liberalización y establecimiento de un régimen para las líneas directas (véase el apartado 6 *supra*).

112 Resulta claramente que esta excepción exonera al Estado miembro de que se trate de la obligación de aplicar las principales disposiciones de la Segunda Directiva sobre el gas que garantizan la apertura de los distintos mercados a la competencia y una competencia efectiva. En consecuencia, procede concluir que, en virtud de esta excepción, los mercados del gas de que se trata no están abiertos a la competencia hasta que el Estado miembro correspondiente no los abra.

B. Sobre la primera parte del primer motivo, relativa a la inobservancia de la excepción concedida a la República Portuguesa

113 Mediante la primera parte de su motivo, la demandante afirma que, al apreciar los efectos de la Concentración sobre los mercados no abiertos a la competencia, la

Comisión vulneró el derecho de la República Portuguesa a reestructurar el sector del gas en el plazo que le concedía la excepción prevista en el artículo 28 de la Segunda Directiva sobre el gas. Por el contrario, la Comisión considera, en primer lugar, que la Concentración resulta únicamente de decisiones adoptadas por empresas y que debe ser examinada, ante todo, a la luz del Reglamento nº 4064/89. En segundo lugar, estima que ha salvaguardado la coherencia necesaria entre este Reglamento y la Segunda Directiva sobre el gas al no apreciar los efectos de la Concentración durante el período cubierto por la excepción. En tercer lugar, considera que esta excepción no da derecho a un Estado miembro a favorecer una operación de concentración que tendrá efectos significativos sobre la competencia después de expirar el plazo de la excepción.

- 114 Es cuestión pacífica que la República Portuguesa se ha acogido a la excepción prevista en el artículo 28, apartado 2, de la Segunda Directiva sobre el gas y que esta moratoria terminará en 2007, lo que conllevará la aplicación del calendario de apertura progresiva de los mercados del gas a la competencia.
- 115 La República Portuguesa ha aprovechado esta excepción para crear una industria nacional del gas que opera en régimen de monopolio en todos los sectores del gas (transporte, almacenamiento, distribución, suministro). Procede señalar que la creación de estos monopolios no ha sido objeto de impugnación por parte de la Comisión. Igualmente, en el caso de autos, el Gobierno portugués tampoco ha abierto aún a la competencia de forma oficial ninguno de los mercados afectados. La Comisión alega, en concreto, que la apertura del mercado del suministro de gas a los productores de electricidad se había previsto para 2004 y se pospuso a 2005 (considerando 211 de la Decisión impugnada). Sin embargo, no se ha aportado ninguna prueba documental de la apertura efectiva de este mercado. Además, según la propia Comisión, este mercado no estaba abierto a la competencia en la fecha de adopción de la Decisión impugnada. Por otra parte, la Comisión se apoya en el hecho de que la República Portuguesa contempla seriamente la posibilidad de adelantar la liberalización de todos los mercados del gas. Sin embargo, incluso suponiendo que se produzca tal aceleración del calendario de liberalización en Portugal, antes de toda liberalización efectiva, todos los mercados del gas afectados quedan cubiertos por la excepción. Además, nada indica que la República Portuguesa vaya a aceptar adelantar el calendario de liberalización si no se lleva a cabo la Concentración.

- 116 Resulta de lo anterior que los mercados del gas en Portugal no estaban abiertos a la competencia en la fecha de adopción de la Decisión impugnada. Esta circunstancia afecta, directa e inevitablemente, a la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89 a esos mercados.
- 117 Por una parte, el primer requisito del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, a saber, la creación o el reforzamiento de una posición dominante, no puede aplicarse, ya que GDP ostenta actualmente una situación monopolística en los mercados del suministro de gas a los productores de electricidad, a las LDC y a grandes clientes (considerando 475 de la Decisión impugnada). En efecto, en un mercado concreto, un monopolio representa la posición dominante absoluta, que no puede, por esta circunstancia, verse reforzada en tal mercado. El único mercado en el que podría reforzarse la posición dominante de GDP es el del suministro de gas por las LDC a pequeños clientes, en la medida en que GDP sólo posee cinco de las seis LDC que existen. Sin embargo, debe señalarse que cada una de estas LDC ostenta un monopolio geográfico que impide toda competencia efectiva entre ellas.
- 118 Por otra parte, el segundo requisito del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, a saber, el obstáculo significativo para una competencia efectiva, que ya se ha visto que constituye un criterio autónomo, tampoco puede cumplirse en el marco de un mercado cerrado a la competencia. En efecto, en la fecha de adopción de la Decisión impugnada, a falta de competencia, ninguna competencia efectiva puede resultar obstaculizada de forma significativa por la Concentración.
- 119 Este análisis está plenamente corroborado por la jurisprudencia general en materia de competencia. Así, en materia de prácticas colusorias y de abuso de posición dominante, se ha declarado que si una legislación nacional crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 81 CE y 82 CE (sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 71 y 72, y de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. I-6265, apartado 33; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 1130). Asimismo, en materia de ayudas de Estado, el Tribunal de Primera Instancia ha declarado que «un régimen de

ayudas establecido en un mercado inicialmente cerrado a la competencia debe considerarse, en el momento de la liberalización de este mercado, un régimen de ayudas existente, en la medida en que no entraba, en el momento de su establecimiento, en el ámbito de aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado, aplicable únicamente en los sectores abiertos a la competencia, habida cuenta de los requisitos enunciados en esta disposición, relativos a la incidencia sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y a las repercusiones sobre la competencia» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2000, *Alzetta y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Rec. p. II-2319, apartado 143, confirmado indirectamente en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Italia/Comisión*, C-298/00 P, Rec. p. I-4087, apartados 66 a 68).

- 120 Procede señalar que esta situación solo afecta al cumplimiento de los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 y no a su aplicación o a la aplicabilidad del conjunto de dicho Reglamento a la Concentración. En efecto, cuando una operación de concentración entra en el ámbito de aplicación de este Reglamento, conforme a su artículo 1, la operación está sujeta a dicho Reglamento, pero no puede prohibirse por razón de sus efectos sobre mercados cerrados a la competencia.
- 121 A este respecto, debe señalarse que la Comisión afirma haber respetado la excepción, al proyectar su análisis de la competencia, en la Decisión impugnada, a una fecha en la que los mercados del gas deberían estar abiertos a la competencia, ya sea en virtud del calendario previsto por las autoridades portuguesas, ya sea en virtud del calendario, más tardío pero vinculante, de la excepción. Al hacer esto, la Comisión confirma en parte el análisis anterior sobre la imposibilidad del cumplimiento de los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 en el caso de mercados no abiertos a la competencia.
- 122 Procede desestimar el argumento de la Comisión. En efecto, el hecho de posponer el objeto del análisis de la competencia a una fecha posterior a la del final de la moratoria no significa que ésta se haya tenido en cuenta. Al prohibir al operador

monopolístico en el mercado del gas realizar inmediatamente operaciones económicas dirigidas a modificar su posición competitiva, cuando la excepción reconocida a la República Portuguesa le exonera de las reglas comunes en materia de competencia, la Comisión no tuvo en cuenta la facultad que tenía este Estado de estructurar libremente su mercado del gas durante la vigencia de la excepción. En otras palabras, la Comisión prohibió a las Partes aprovechar los efectos de la Concentración en los mercados del gas durante un período en que, por aplicación del Reglamento nº 4064/89 y de la Segunda Directiva sobre el gas, la Concentración no podía prohibirse.

123 Además, al valorar únicamente los efectos futuros de la Concentración sobre los mercados del gas en la fecha en que podrían cumplir los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, a saber, cuando los mercados estuvieran abiertos a la competencia, la Comisión de abstuvo deliberadamente de tener en cuenta los efectos inmediatos de la Concentración sobre estos mercados.

124 Sin embargo, cuando, en el marco de la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, la Comisión examina una operación de concentración, debe determinar si la creación o el refuerzo de una posición dominante, de resultados de la cual se obstaculice de manera significativa y duradera la competencia efectiva existente en el o los mercados de que se trate, sería la consecuencia directa e inmediata de la concentración. Si la competencia preexistente no se modifica de manera sustancial, debe autorizarse la operación (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 58, y la jurisprudencia que se cita). Es cierto que la Comisión puede, en su caso, tener en cuenta los efectos de una operación de concentración en un futuro próximo (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión, T-5/02, Rec. p. II-4381, apartado 153), e incluso basar su prohibición de una operación de concentración en tales efectos futuros. Sin embargo, esto no la autoriza a abstenerse de analizar los efectos inmediatos de tal operación, si existen, y tenerlos en cuenta en su apreciación global de la operación.

125 En este asunto, la Comisión no examinó el período comprendido entre la fecha de la Concentración y la fecha de la apertura de los mercados del gas a la competencia, es decir, un período que abarca, dependiendo de los mercados, de tres a ocho años después de la Concentración. Sin embargo, la Concentración, en su versión modificada por los compromisos, tenía efectos inmediatos significativos sobre los mercados del gas, consistentes principalmente en un adelanto de alrededor de dos a tres años respecto del calendario previsto por la excepción para la apertura de estos mercados. En efecto, si bien la apertura legal de estos mercados a la competencia había de llevarse a cabo de conformidad con los propósitos que el Gobierno portugués había anunciado en este sentido, numerosos compromisos garantizarían la efectividad misma de esta apertura, particularmente en lo que se refiere al acceso de terceros a las capacidades de gas. Esta omisión de la Comisión está lejos de ser neutra desde el punto de vista de la competencia, en la medida en que no puede ignorarse completamente el paso anticipado de una situación de monopolio a una situación en la que se vuelve posible la existencia de competidores, especialmente mediante el acceso no, o menos, discriminatorio de terceros a los recursos de gas y la posibilidad de que éstos intervengan en mercados cerrados hasta ese momento.

126 A este respecto, procede desestimar la alegación de la Comisión según la cual las empresas en cuestión sólo están sujetas al Reglamento nº 4064/89 y no pueden acogerse a la excepción que la Segunda Directiva sobre el gas concede al Estado miembro de que se trate. Es cierto que este Reglamento y esta Directiva tienen bases jurídicas y destinatarios distintos. También debe aceptarse que la Concentración resulta de decisiones adoptadas por empresas, aunque de los autos se desprenda que el Estado portugués es parte en esta Concentración, en la medida en que la ha esperado visiblemente, si no organizado (véase el apartado 11 *supra*). Sin embargo, contrariamente a la premisa de la Comisión, el Reglamento nº 4064/89 y la Segunda Directiva sobre el gas no pueden analizarse separadamente. Tal como se ha recordado anteriormente, la falta de competencia en los mercados del gas, en virtud de la excepción formalmente reconocida en la Segunda Directiva sobre el gas, impide la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En efecto, no puede reprocharse a unas empresas que restrinjan de forma significativa una competencia efectiva cuando ésta no existe en virtud de las legislaciones nacional y comunitaria.

127 Ciertamente, como subraya la Comisión en la Decisión impugnada (considerandos 210 a 214), si no puede apreciar los efectos futuros de la Concentración sobre la

competencia en mercados todavía no abiertos a la misma, esto le impide completamente apreciar los efectos de la Concentración sobre los mercados del gas. En particular, aunque los mercados en cuestión deban abrirse a la competencia de acuerdo con un calendario estricto y vinculante conforme a la Segunda Directiva sobre el gas, ella no puede apreciar si la Concentración impide la introducción de una competencia efectiva en el marco de este calendario.

128 Si bien la consecuencia de este análisis, como subraya la Comisión, es que las empresas no están plenamente sujetas a las reglas habituales de la competencia, incluidas las promovidas por la Segunda Directiva sobre el gas, justo antes de que les sean aplicables, tal resultado es, en el caso de autos, fruto de la voluntad del legislador, tal como éste la formalizó en la excepción establecida en el artículo 28, apartado 2, de esta Directiva.

129 Además, la Comisión no puede ampararse en el hecho de que las Partes notificasen la Concentración para concluir que, de esta forma, reconocieron la aplicabilidad del Reglamento nº 4064/89. Por una parte, en este caso no se cuestiona la aplicabilidad del Reglamento en su conjunto, sino la aplicación de su principal disposición de prohibición a una parte de la Concentración. Por otra parte, la notificación seguía siendo obligatoria, en virtud del artículo 1 de este Reglamento. Además, la aplicabilidad del Reglamento nº 4064/89 no puede depender de la voluntad de las partes de una operación de concentración.

130 Por consiguiente, es obligado concluir que, al basar la prohibición de la Concentración en el reforzamiento de posiciones dominantes que producen un obstáculo significativo para la competencia en los mercados del gas no abiertos a la competencia en virtud de la excepción reconocida por el artículo 28, apartado 2, de la Segunda Directiva sobre el gas, la Comisión no tuvo en cuenta los efectos y el alcance de esta excepción.

- 131 Sin embargo, procede destacar que el error cometido por la Comisión reside únicamente en el hecho de que consideró que se cumplían los requisitos de aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 respecto de mercados no abiertos a la competencia. Por el contrario, sus apreciaciones respecto de la competencia basadas en el Reglamento nº 4064/89, relativas a la situación de los mercados del gas anteriores a la Concentración, las relativas a la situación de los mercados del gas en la fecha previsible de apertura de estos mercados y las relativas a la situación de los mercados de la electricidad antes y después de la Concentración no están afectadas por dicho error. En efecto, la situación de la competencia en la fecha de adopción de la Decisión impugnada o en la fecha de apertura a la competencia de los mercados en cuestión constituye un dato objetivo que no se ve afectado por la falta de aplicación de un criterio jurídico.
- 132 También debe señalarse que la imposibilidad de cumplir los requisitos impuestos por el artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 se limita al sector en el que la competencia no existe, y este artículo sigue siendo plenamente aplicable a otros sectores eventualmente afectados por la operación notificada. A este respecto, debe recordarse que el Reglamento nº 4064/89 está ligado al análisis de una o varias posiciones dominantes en el o los mercados a los que afecta una operación de concentración. Es perfectamente posible, incluso frecuente, que una operación de concentración sólo produzca restricciones significativas de la competencia en uno o algunos de los mercados en cuestión, sin provocar tales efectos en los demás. En ese supuesto, la operación debe, sin embargo, prohibirse, de acuerdo con el artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89. En consecuencia, el error relativo a los mercados del gas no afecta a la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 a los mercados de la electricidad.
- 133 Habida cuenta de las consideraciones que preceden, procede declarar que la Decisión impugnada adolece de un error de Derecho, en la medida en que declara que se refuerzan las posiciones dominantes preexistentes de GDP en los mercados del suministro de gas a los productores de electricidad, a grandes y a pequeños clientes, con el resultado de que una competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa.

C. Sobre la segunda parte del primer motivo, relativa a una excesiva proyección en el futuro

- 134 La demandante considera que la Comisión infringió el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89 al proyectar su análisis sobre la competencia en los mercados del gas más allá de cinco años después de la Concentración.
- 135 En primer lugar, debe recordarse que se ha declarado que la Decisión impugnada adolece de un error de Derecho en lo que se refiere a la aplicación del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89 a los mercados del gas. En consecuencia, ya no procede pronunciarse sobre esta parte del primer motivo en lo que se refiere al reforzamiento de las posiciones dominantes de GDP en esos mercados.
- 136 Sin embargo, en su análisis de los mercados de la electricidad, la Comisión se apoyó en su análisis de la competencia en los mercados del gas, sin que esta iniciativa adolezca del error de Derecho constatado anteriormente. Al ser interrogada sobre la cuestión de cuáles eran las interacciones entre los mercados del gas y de la electricidad expuestas en la Decisión impugnada, la demandante citó numerosos considerandos que son todos relativos al suministro de gas a las CCGT, ya sea de forma directa (considerandos 336, 340, 365 y 506), ya sea de forma indirecta, en el marco de los efectos no horizontales de la Concentración, a saber, la posibilidad de que la entidad fusionada utilizase su nueva posición de fuerza sobre el gas para perjudicar a los competidores productores de electricidad (considerandos 367 a 429).
- 137 En consecuencia, no procede pronunciarse sobre esta parte del primer motivo en lo que se refiere a las apreciaciones de la Comisión sobre la competencia respecto de los mercados que no sean el del suministro de gas a las CCGT, a saber, los mercados de suministro de gas a las LDC, a grandes y a pequeños clientes.

- 138 En cuanto al mercado del suministro de gas a las CCGT, su apertura a la competencia debía realizarse en 2004, de acuerdo con las Decisiones nº 63/2003 y nº 68/2003 del Consejo de Ministros portugués, pero esta apertura se pospuso a 2005 (considerandos 203 y 505). La demandante no ha cuestionado esta última fecha. En todo caso, por razón del tamaño y de la naturaleza de este mercado, que representa en la actualidad casi la mitad del consumo total en Portugal y que tiene una finalidad industrial, éste sería uno de los primeros mercados sujetos a la obligación de apertura a la competencia en 2007 en virtud de la excepción, es decir, a más tardar, tres años después de la Concentración.
- 139 La demandante sólo imputa a la Comisión el haber sobrepasado el período máximo habitual de examen de tres a cinco años después de la Concentración.
- 140 En consecuencia, no procede pronunciarse sobre esta parte del primer motivo en lo que se refiere al mercado del suministro de gas a las CCGT.
- 141 Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, no procede pronunciarse sobre esta parte del primer motivo.

IV. Sobre el cuarto motivo, relativo a la existencia de errores de apreciación en lo que se refiere a los compromisos

A. Observaciones preliminares

- 142 Con carácter preliminar, debe recordarse que, en lo que se refiere a los mercados del gas, no podían cumplirse los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento

nº 4064/89. En consecuencia, no procede pronunciarse sobre la segunda parte del cuarto motivo, relativa a la existencia de errores de apreciación en cuanto a la insuficiencia de los compromisos respecto de los problemas de competencia identificados en el sector del gas.

- 143 La Comisión afirma que basta que uno de los compromisos de 26 de noviembre de 2004 no resuelva uno solo de los problemas de competencia identificados en la Decisión impugnada, para que se mantenga la Decisión impugnada.
- 144 De acuerdo con una jurisprudencia consolidada, en la medida en que determinados motivos de una Decisión puedan, por sí mismos, justificarla de modo suficiente en Derecho, los vicios de los que pudieran adolecer otros motivos de ese acto carecen de influencia sobre el fallo [véanse, por analogía, las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, Comisión y Francia/TF1, asuntos acumulados C-302/99 P y C-308/99 P, Rec. p. I-5603, apartados 26 a 29 y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, Dalmine/Comisión, T-50/00, Rec. p. II-2395, apartados 134 y 146, recurrida en casación (*sub judice*)].
- 145 En materia de concentraciones, la Comisión tiene el deber de prohibir una operación de concentración cuando se cumplen, aunque sólo sea respecto de uno de los mercados en cuestión, los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.
- 146 En consecuencia, según un criterio jurisprudencial ya consolidado, una decisión sobre concentraciones por la que se declara la incompatibilidad con el mercado común de una operación de concentración, sólo puede anularse si se comprueba que los motivos que no adolecen de ilegalidades, en particular los que se refieren a uno de los mercados en cuestión, no bastan para justificar su parte dispositiva (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002, Schneider Electric/Comisión, T-310/01, Rec. p. II-4071, apartado 412).

- 147 Sin embargo, cuando se examina un mercado en particular, la anterior constatación no elimina la necesidad de examinar igualmente la situación de la competencia en los otros mercados, si la Decisión en cuestión se apoya, ya sea, de forma general, sobre los efectos de la operación de concentración en los diferentes mercados de que se trata, ya sea sobre el reforzamiento mutuo de determinados efectos de la operación sobre la competencia en estos otros mercados.
- 148 En este asunto, en la Decisión impugnada, la Comisión terminó su análisis de cada uno de los mercados examinados con la consideración de que la Concentración provocaría un reforzamiento de la posición dominante en cuestión sobre ese mercado, sin hacer referencia a los demás mercados. Sin embargo, al haberse apoyado la Comisión en la situación de la competencia en los distintos mercados de la electricidad y en la situación de la competencia en los distintos mercados del gas para constatar los problemas de competencia en uno u otro de los mercados de la electricidad, procede examinar, en la medida en que sea necesario, el fundamento de todas estas apreciaciones sobre la competencia en los mercados afectados. A este respecto, debe recordarse que, conforme al apartado 131 *supra*, la apreciación de la situación de la competencia en los mercados del gas no resultaba afectada, en sí misma, por el hecho de que no pudieran cumplirse los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.
- 149 En particular, la pretensión de la Comisión de que se desestime el presente motivo por la única razón de que la demandante no ha impugnado seriamente el reforzamiento de las posiciones dominantes de EDP en los mercados de la electricidad relativos al equilibrio o a los servicios auxiliares y a los mercados al por menor debe desestimarse, por la razón de que la motivación de la Decisión impugnada respecto de estos mercados se apoya efectivamente, como afirma la demandante, al menos en parte, en apreciaciones sobre la competencia en el mercado de la electricidad al por mayor, y la anulación de la apreciación relativa a este mercado puede acarrear la anulación de la apreciación relativa a los mercados de que se trata.
- 150 Procede además desestimar la tesis de la Comisión según la cual la demandante ha reconocido que los compromisos de 28 de octubre y de 17 de noviembre de 2004 no bastaban para resolver los problemas de competencia identificados por la Comisión. Si bien, en lo que se refiere a este motivo, la demandante admitió en su demanda que la Concentración, tal como fue notificada, reforzaba las posiciones dominantes de

GDP y, en su respuesta para la vista, que la Concentración, tal como fue notificada, reforzaba las posiciones dominantes de EDP, sin embargo no admitió que los compromisos propuestos el 28 de octubre, el 17 de noviembre, o el 26 de noviembre de 2004, fueran insuficientes para resolver los problemas de competencia identificados.

151 Según una jurisprudencia reiterada, el control ejercido por el juez comunitario sobre las apreciaciones complejas de orden económico realizadas por la Comisión en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación que le otorga el Reglamento nº 4064/89 debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder (véanse la sentencia *Petrolessence* y *SG2R/Comisión*, citada en el apartado 63 *supra*, apartado 101, así como la jurisprudencia que se cita y, en este sentido, la sentencia *Comisión/Tetra Laval*, citada en el apartado 63 *supra*, apartado 38).

152 A este respecto, al destacar el hecho de que la demandante haya invocado en ningún momento de forma explícita la existencia de un error manifiesto de apreciación, la Comisión afirma implícitamente que tal omisión hace que el presente motivo resulte inoperante. Esta tesis debe desestimarse. Puesto que la demandante invoca un error de análisis y la jurisprudencia exige que tal error sea manifiesto, no sería razonable deducir de esta falta de precisión formal una razón para desestimar un motivo esencial en el presente recurso, y procede, por tanto, considerar que la demandante pretendió invocar errores manifiestos de apreciación. No obstante, para que los errores invocados por la demandante puedan conducir a la anulación de la Decisión impugnada, deben tener un carácter manifiesto.

153 Finalmente, en el escrito de interposición de la demanda, la demandante hace numerosas referencias a un informe económico realizado por Lexecon a petición de ella (en lo sucesivo, «informe Lexecon»), titulado «EDP-Eni/GDP: una valoración económica de la tesis favorable a la prohibición de la Concentración, en su versión modificada», de febrero de 2005.

154 A este respecto, procede admitir la crítica de la Comisión según la cual determinadas remisiones genéricas al informe Lexecon deben declararse inadmisibles.

- 155 En efecto, según una jurisprudencia reiterada, a fin de garantizar la seguridad jurídica y una buena administración de la justicia, para que pueda acordarse la admisión de un recurso es preciso que los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basa dicho recurso resulten, al menos de forma sumaria, pero de modo coherente y comprensible, del propio texto de la demanda (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1961, *Société Fives Lille Cail y otros/Alta Autoridad*, asuntos acumulados 19/60, 21/60, 2/61 y 3/61, Rec. pp. 561 y ss., especialmente p. 588, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de marzo de 2004, *Danske Busvognmænd/Comisión*, T-157/01, Rec. p. II-917, apartado 45). A este respecto, aunque el texto de la demanda puede apoyarse y completarse, en aspectos específicos, mediante remisiones a partes de los documentos que se le adjuntan, una remisión global a otros escritos, incluso adjuntos a la demanda, no puede paliar la falta de elementos esenciales de la argumentación jurídica que, en virtud de las disposiciones pertinentes, deben figurar en la demanda (auto del Tribunal de Primera Instancia de 21 de mayo de 1999, *Asia Motor France y otros/Comisión*, T-154/98, Rec. p. II-1703, apartado 49, y, en este sentido, sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 94 a 101).
- 156 Así, en la medida en que la demandante no haga referencia a un punto preciso del informe Lexecon, en particular, cuando aluda a la conclusión general de este informe, o cuando se remita a un pasaje que no se encuentre sustancialmente en la demanda, procede declarar la inadmisibilidad de las referencias a dicho informe.
- 157 Por razón de su brevedad y de las dificultades ocasionadas por la remisión al informe Lexecon, se reproducen casi íntegramente las alegaciones de la demandante relativas a los errores de apreciación económica de la Comisión, expuestas en el marco del cuarto motivo.
- 158 Finalmente, la Comisión no puede invocar, de forma general, respecto del informe Lexecon la jurisprudencia según la cual la legalidad del acto impugnado debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el mismo (sentencia *Kaysersberg/Comisión*, citada en el apartado 45 *supra*, apartado 140). En efecto, la elaboración de una argumentación,

en un momento posterior a la fecha de adopción de la Decisión impugnada, con objeto de que el Tribunal de Primera Instancia declare la existencia de errores de apreciación económica en dicha Decisión, tiene su origen en el mero ejercicio de los derechos de defensa, y no en un intento de modificar el marco jurídico y fáctico sometido previamente a la Comisión con vistas a la adopción de tal Decisión. Sin embargo, la Comisión puede alegar en su defensa el hecho de que, en algunos puntos determinados, el informe no tiene en cuenta las declaraciones expresas o las omisiones de las Partes durante el procedimiento administrativo.

B. Sobre la primera parte del cuarto motivo, relativa a la consideración de los compromisos de 26 de noviembre de 2004

- 159 Con objeto de que se examine la legalidad de la apreciación de la Comisión sobre la Concentración en su versión modificada, la demandante expone esta Concentración, en su versión modificada por los compromisos de 26 de noviembre de 2004, y afirma que éstos se presentaron a tiempo para ser tenidos en cuenta con vistas a la adopción de la Decisión final. La Comisión niega que estos compromisos se hayan presentado dentro de plazo y considera que no resolvían claramente, sin necesidad de investigaciones adicionales, todos los problemas de competencia identificados. Por estas razones, según la Comisión, procede desestimar este motivo.
- 160 Con carácter preliminar, procede señalar que los compromisos presentados, en parte, el 26 de noviembre de 2004, lo fueron después de la fecha de vencimiento del plazo, el 17 de noviembre de 2004.
- 161 De la lectura del artículo 8 del Reglamento nº 4064/89, en relación con el artículo 18 del Reglamento nº 447/98, resulta que los Reglamentos en materia de concentraciones no obligan a la Comisión a aceptar compromisos presentados fuera de plazo. Tal limitación de fecha tiene su explicación fundamental en el imperativo de celeridad que caracteriza el sistema general del Reglamento nº 4064/89 (sentencia Endemol/Comisión, apartado 80 *supra*, apartado 68).

- 162 Sin embargo, mediante la Comunicación sobre las soluciones aceptables, que la vincula de forma voluntaria, la Comisión aceptó examinar compromisos modificados, en concreto cuando se presentan después del plazo previsto en el Reglamento n° 447/98, «en caso de poder determinar (a partir de su evaluación de la información ya recibida a lo largo de la investigación, incluidos los resultados de anteriores pruebas en el mercado y sin necesidad de ulteriores pruebas en el mercado) que dichos compromisos, una vez ejecutados, resuelven los problemas de competencia determinados y ofrecen tiempo suficiente para la oportuna consulta a los Estados miembros» (punto 43).
- 163 Resulta de lo anterior que pueden tenerse en cuenta los compromisos de las partes en una operación de concentración notificada, presentados extemporáneamente, si se cumplen dos requisitos acumulativos, a saber, por una parte, que dichos compromisos resuelvan claramente y sin necesidad de investigación adicional los problemas de competencia identificados y, por otra parte, que haya tiempo suficiente para consultar a los Estados miembros sobre estos compromisos.
- 164 En el caso de autos, las Partes presentaron los compromisos controvertidos la misma mañana de la reunión del Comité Consultivo prevista para la tarde del 26 de noviembre de 2004. Además, en lo que se refiere a los compromisos relativos al sector del gas, los compromisos del 26 de noviembre de 2004 constituían un mero anuncio de la intención de las partes de realizar modificaciones a sus compromisos anteriores (considerando 859 de la Decisión impugnada). El texto definitivo de los anunciados compromisos relativos al sector del gas se presentó el 3 de diciembre de 2004 por la tarde.
- 165 En cuanto a los compromisos de 26 de noviembre de 2004 relativos al sector de la electricidad, la Comisión no afirmó, en la Decisión impugnada, que debían rechazarse porque no disponía de suficiente tiempo para consultar a los Estado miembros. Por el contrario, aceptó examinar estos compromisos a la luz del primer requisito del punto 43 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables (considerandos 855 a 881). En el caso que nos ocupa, puesto que la Comisión, en

la Decisión impugnada, aceptó libremente tener en cuenta dichos compromisos, procede aceptar el examen de la Concentración, en su versión modificada por tales compromisos, pero con la salvedad de que tengan la cualidad particular que les exige el punto 43.

166 En cuanto a los compromisos de 26 de noviembre de 2004 relativos al sector del gas, que tienen por objeto resolver tanto determinados problemas de competencia en los mercados del gas, como determinados problemas en los mercados de la electricidad, no se convirtieron en completos e incondicionales hasta el 3 de diciembre de 2004. En consecuencia, procede considerar que su fecha efectiva es el 3 de diciembre de 2004. En la Decisión impugnada, la Comisión analizó brevemente el proyecto de 26 de noviembre de 2004 relativo a estos compromisos, subrayando que su carácter provisional bastaba para desestimarlos (considerando 882). Además, invocó expresamente el hecho de que la versión definitiva de estos compromisos le había sido presentada demasiado tarde para poder tenerla en cuenta con vistas a la Decisión final (considerando 913). Debe señalarse que la Comisión estaba en su derecho de rechazar los compromisos por el único motivo de su extrema extemporaneidad. Por una parte, estos compromisos se presentaron siete días después de la consulta al Comité Consultivo y sólo tres días laborables antes de la adopción de la Decisión final. Por otra parte, la Comunicación sobre las soluciones aceptables no garantiza que puedan tenerse en cuenta los compromisos presentados después de la fecha de la consulta al Comité Consultivo. A este respecto, procede recordar que la Comisión tiene la obligación, salvo circunstancias excepcionales que no se dan en este caso, de fijar la fecha de la reunión del Comité consultivo con una antelación de catorce días a su celebración (artículo 19, apartado 5, del Reglamento nº 4064/89). En consecuencia, puesto que este Comité aceptó que la Comisión no le presentara estos compromisos si los estimaba insuficientes, la Comisión no tenía ninguna obligación ni, a la vista de lo anterior, el tiempo material de reunir nuevamente al Comité.

167 La alegación de la demandante de que estos compromisos no eran sino la modificación de los anteriores y se inscribían en el marco de intensas conversaciones con la Comisión no puede alterar esta conclusión. En efecto, suponiendo que los compromisos de 3 de diciembre de 2004 no hubieran contenido más que modificaciones menores respecto de los compromisos anteriores, sin embargo, no se presentaron a tiempo para ser sometidos al Comité Consultivo.

- 168 En consecuencia, en el marco del presente procedimiento, sólo deben tenerse en cuenta los compromisos de 26 de noviembre de 2004 relativos al sector de la electricidad.
- 169 En cuanto al examen de estos compromisos a la luz del primero de los requisitos previstos en el punto 43 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables, la demandante subraya la distorsión existente entre aquél y su expresión en la Decisión impugnada, según la cual los compromisos presentados extemporáneamente deben «resolver completamente y sin ambigüedades, es decir, de forma directa, los problemas de competencia identificados durante la investigación» (considerando 859 de la Decisión impugnada). Sin embargo, la demandante se limita a señalar esta diferencia, sin extraer consecuencias, y a afirmar que los compromisos de 26 de noviembre de 2004 eliminaban totalmente los problemas de competencia previamente identificados. En consecuencia, no procede examinar si esta modificación de los términos comporta consecuencias reales en el caso de autos.
- 170 Por otra parte, procede desestimar en este punto la alegación de la Comisión según la cual debe desestimarse el cuarto motivo de la demandante por la sola razón de que los compromisos se le presentaron extemporáneamente y no resolvían claramente los problemas de competencia previamente identificados. En efecto, la segunda premisa de la Comisión, según la cual los últimos compromisos son insuficientes, no puede examinarse más que en el marco de la última parte del cuarto motivo.

C. Sobre la tercera parte del cuarto motivo, relativa a la existencia de errores de apreciación de la Concentración, en su versión modificada, en lo que se refiere al sector de la electricidad

- 171 En la Decisión impugnada, la Comisión declaró que EDP ostentaba posiciones dominantes fuertes o muy fuertes en los cuatro mercados problemáticos del suministro de electricidad al por mayor, del equilibrio y de los servicios auxiliares, del suministro de electricidad al por menor a grandes y pequeños clientes.

172 En primer lugar, según la Decisión impugnada, EDP ostenta una posición dominante en el mercado al por mayor de la electricidad, dado su grado de participación en la oferta [con el 70 % de la capacidad total de producción; el resto corresponde a Turbogás (8,6 %), en la que EDP posee una participación minoritaria del 20 %, Tejo Energía (5,1 %), en la que EDP posee una participación minoritaria del 10 % y a otros productores no significativos que operan bajo el régimen especial concedido a las energías renovables; considerandos 283 a 289], y en la demanda (90 a 100 % del consumo nacional total; considerandos 299 a 301 y 433 a 443); habida cuenta del sistema «CMEC», destinado a compensar la desaparición de los acuerdos de compra garantizada celebrados en un sistema no liberalizado (considerados 294 a 298); dado el número y diversidad de sus medios de producción de electricidad (considerandos 292 y 293); dadas sus futuras capacidades de producción [tres unidades CCGT (TER); considerandos 302 a 304]; dado que la construcción de nuevas CCGT independientes previstas para 2007 es dudosa y no tendría lugar en ningún caso hasta tres años después de la Concentración (considerandos 305 a 331), y, finalmente, dada la insuficiencia de interconexiones entre las redes españolas y portuguesas para garantizar suficientes importaciones de electricidad (considerandos 332 a 334). En segundo lugar, EDP ostenta una posición dominante en el o los mercados emergentes del equilibrio y los servicios auxiliares, que no pueden ser suministrados más que por un productor de electricidad en Portugal. EDP es la única capaz de proporcionar estos servicios (considerandos 430 a 432). En tercer lugar, EDP ostenta posiciones dominantes en el mercado al por menor para grandes clientes, abierto a la competencia en 2003, con una cuota de mercado del 90 al 100 %, y en el mercado minorista para pequeños clientes. Estas posiciones dominantes resultan también del hecho de que EDP no se enfrenta más que a dos competidores menores que deben sufrir la incertidumbre que afecta a la satisfacción de sus necesidades mediante importaciones desde España; del hecho de que seguirá siendo el proveedor habitual en el sistema público regulado; del hecho de que del 70 al 80 % de los clientes que pasan del sistema público al libre continúan con EDP; del hecho de que tiene la concesión de la red eléctrica secundaria (bajo voltaje), y del hecho de que, como antiguo monopolio, tiene toda la información relativa al perfil de consumo de la clientela (considerandos 433 a 443).

173 En la Decisión impugnada, la Comisión estimó que la Concentración reforzaba las posiciones dominantes de EDP, con la consecuencia de que se produciría un obstáculo significativo para la competencia efectiva a causa, por una parte, del efecto horizontal sobre los cuatro mercados de la electricidad, consistente en la desaparición de GDP como potencial competidor principal más probable (considerandos 335 a 364; véanse en particular el considerando 363; los

considerandos 431 y 450 a 473) y, por otra parte, de los efectos no horizontales en el mercado de la electricidad al por mayor, consistentes en el acceso a informaciones confidenciales de sus competidores, en el acceso privilegiado y preferencial a los recursos de gas disponibles en Portugal, así como en la posibilidad e intención de aumentar los costes de producción de sus competidores (considerandos 365 a 428).

- 174 Procede recordar, con carácter preliminar, que la demandante no ha cuestionado la definición de los mercados de la electricidad (véase el apartado 24 *supra*). En su respuesta escrita para la vista, admite también la existencia de problemas de competencia identificados en esos mercados, aunque niega su intensidad.
- 175 La demandante formula dos alegaciones destinadas a cuestionar la persistencia tanto del efecto horizontal como de los efectos no horizontales sobre los mercados de la electricidad, a raíz de los compromisos. Además, en el marco de estas dos alegaciones, afirma, de forma indirecta, que la Concentración en su versión modificada, tendrá un impacto positivo en los mercados portugueses de la electricidad. A este respecto, se centra, de forma casi exclusiva, en el examen del mercado de la electricidad al por mayor.
- 176 En primer lugar, procede examinar la alegación relativa al efecto horizontal de la Concentración en los mercados de la electricidad.
- 177 Según la Decisión impugnada, el único efecto horizontal de la Concentración en todos los mercados de la electricidad reside en la desaparición de GDP como más probable competidor potencial importante de EDP. En lo que se refiere, en primer lugar, al mercado de la electricidad al por mayor, la Comisión señaló varios factores generales que demuestran que es racional e interesante desde un punto de vista económico, para un proveedor de gas, entrar en el mercado de la electricidad al por mayor (considerandos 335 a 344). Este incentivo general está confirmado por el estudio de mercado y por el ejemplo de otros Estados miembros en los que la liberalización de estos mercados ha abocado a tal resultado, en particular en España y en el Reino Unido. Además, durante el procedimiento ante el Tribunal de Primera

Instancia, la Comisión reveló los motivos ocultados en la Decisión impugnada, por razones de confidencialidad, que demuestran el interés individual de GDP en entrar en el mercado de la producción de electricidad (considerandos 345 a 361). En segundo lugar, en cuanto al o a los mercados emergentes del equilibrio y de los servicios auxiliares, la Comisión estima que la desaparición de GDP como nuevo operador potencial en mercado al por mayor hace también desaparecer a un operador potencial significativo en los mercados en cuestión, mientras que la entrada de GDP en el mercado al por mayor debilitaría la posición de EDP en estos mercados (considerandos 430 a 432). En tercer lugar, en lo que se refiere a los mercados de la electricidad al por menor, la Comisión considera que GDP era el competidor potencial significativo por su presencia comunitaria, por la notoriedad de su marca nacional y por su capacidad de realizar ofertas simultáneas (electricidad + gas). A este respecto, la Comisión se apoyó con creces en el estudio de mercado y en ejemplos basados en la situación de otros Estados miembros (considerandos 449 a 473).

178 La demandante admite que la Concentración, tal como fue notificada, reforzaba las posiciones dominantes de EDP en los mercados en cuestión, creando un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Por el contrario, afirma que es extremadamente dudoso que, de no producirse la Concentración, GDP tenga un fuerte incentivo para entrar en el mercado de la electricidad al por mayor. En segundo lugar, afirma que las consecuencias favorables para la estructura de la competencia que resultarían, con toda probabilidad, de los compromisos propuestos, compensan con creces toda pérdida de competencia potencial procedente de GDP.

179 Procede señalar que, si bien la Comisión hace referencia en distintos lugares de la Decisión impugnada a la desaparición de «GDP» como el más probable competidor potencial importante en los mercados de la electricidad, resulta de la Decisión, leída en conjunto, y en particular, de la parte consagrada a demostrar el interés particular de GDP en entrar en el mercado al por mayor de la electricidad (considerandos 345 a 364), que la Comisión consideró que tal entrada se haría «a través del grupo Galp» como entidad económica única, que incluye GDP y otras filiales de Galp, sin que la Comisión estimara necesario distinguir precisamente qué filial del grupo Galp ejercería qué funciones. En el análisis que sigue, el Tribunal de Primera Instancia no hará ninguna referencia explícita a Galp, ni al grupo Galp, incluida GDP (en lo sucesivo, «Galp/GDP»), a menos que sea necesario.

1. Sobre la desaparición de GDP como más probable competidor potencial importante

- 180 En lo que se refiere al incentivo para que GDP entre en el mercado de la electricidad al por mayor, la demandante critica la pertinencia de los ejemplos basados en otros Estados miembros, la importancia de la actual participación de GDP en las dos centrales de cogeneración (demanda abreviada, apartado 119, nota 105), la falta de consideración de los lazos estructurales existentes entre EDP y GDP y la falta de interés de GDP en competir con EDP (demanda abreviada, apartado 127). En cuanto al incentivo de GDP para entrar en los mercados del equilibrio y de la electricidad al por menor, la demandante se limita a afirmar que estos mercados se beneficiarían de la mejora en las condiciones de la competencia en el mercado de la electricidad al por mayor (demanda abreviada, apartado 129).
- 181 En la demanda abreviada para el procedimiento acelerado, idéntica en sustancia a la demanda original en este punto, la demandante, a través de notas a pie de página, remite a diversas partes del informe Lexecon tituladas «la perspectiva de que se materialice una fuerte competencia procedente de GDP en el sector de la electricidad es exagerada» y «un modelo formal de incentivos a la inversión en los mercados de la electricidad al por mayor en Portugal». Por consiguiente, la Comisión se limita a realizar una remisión al informe de su Economista Jefe dirigido a rebatir las afirmaciones contenidas en el informe Lexecon.
- 182 Procede recordar que debe declararse inadmisibles una remisión global a los anexos de los escritos de las partes siempre que dicha remisión no se haga para apoyar argumentos ya presentes en los escritos principales de aquéllas (véase la jurisprudencia que se cita en el apartado 155 *supra*). En efecto, en primer lugar, correspondía a la demandante presentar en su demanda las alegaciones que demostrasen que la Comisión había cometido un error manifiesto de apreciación. Las únicas alegaciones dirigidas a apoyar la afirmación de que la entrada de GDP es dudosa que figuran tanto en la demanda como en la demanda abreviada son las expuestas en el apartado 180 *supra*. Por el contrario, el informe Lexecon contiene otras alegaciones destinadas a demostrar la falta de incentivos para que GDP entre

en los mercados de la electricidad, de las que no hay rastro alguno en la demanda. Por lo tanto, la remisión al informe Lexecon sólo es aceptable en relación con las alegaciones presentes en la demanda, y las demás alegaciones deben desestimarse.

183 Debe destacarse además que el hecho de que este recurso se sustancie mediante procedimiento acelerado refuerza, más que debilita, la pertinencia de la jurisprudencia que se cita en el apartado 155 *supra*. En efecto, un procedimiento acelerado, en el que no ha habido turno de réplica y dúplica, exige que las alegaciones de la demandante estén expresadas, desde un principio, de forma clara y definitiva, en la demanda o, en su caso, en su versión abreviada. Además, la necesaria limitación de la extensión de los escritos de las partes, conforme a las Instrucciones prácticas del Tribunal de Primera Instancia a las partes (punto VI, apartados 2 y 3), e, implícitamente, la limitación del número y la complejidad de las alegaciones no pueden eludirse mediante la remisión sistemática a informes voluminosos y/o complejos.

184 En lo que se refiere, en primer lugar, a la pertinencia de los ejemplos de la liberalización española y británica, la demandante mantiene que la Comisión hubiera debido demostrar la pertinencia de estos ejemplos en relación con el mercado portugués y alega los ejemplos contrarios alemán y francés.

185 Procede señalar que estos ejemplos tenían por objeto demostrar el interés que, en general, tiene para un importante proveedor de gas una integración vertical mediante el suministro a CCGT propias. Por una parte, la demandante no ha facilitado ninguna razón por la que estos ejemplos no son pertinentes respecto de Portugal. Tampoco ha alegado ningún motivo preciso para explicar por qué los ejemplos contrarios, basados en los mercados francés o alemán, son más pertinentes en relación con Portugal. Además, al contrario que la demanda, el informe Lexecon se apoya en estos ejemplos nacionales para mostrar lo pequeña que es la cuota de las centrales construidas por nuevos operadores en el mercado de la electricidad al por mayor [informe Lexecon, 3.3 (b)]. A mayor abundamiento, este interés general para los proveedores de gas está confirmado por las respuestas al estudio de mercado que se apoyan en estos ejemplos británico y, sobre todo, español.

186 Por otra parte, y fundamentalmente, en la Decisión impugnada, la Comisión demostró, apoyándose en el estudio de mercado, las ventajas económicas que supondría para un proveedor de gas proceder a una integración vertical en la producción de electricidad, por el hecho de que las nuevas centrales eléctricas que se construyen normalmente se alimentan con gas, que tal proveedor podría así aprovechar sus condiciones económicas favorables para el acceso al gas, que el tradicional operador nacional del gas intentaba conquistar nuevos mercados en compensación de la disminución de sus cuotas de mercado en el sector del gas a raíz de su liberalización y, finalmente, que tal integración podría proseguir con la entrada de tal proveedor en los mercados de la electricidad al por menor. Pues bien, la demandante no ha alegado la existencia de error alguno, *a fortiori* manifiesto, respecto a estos factores adicionales de incentivo.

187 En segundo lugar, en lo que se refiere al interés de GDP en entrar en los mercados de la electricidad, la Comisión declaró en la Decisión impugnada que Galp, que posee la totalidad del capital social de GDP, entró en el mercado de la producción eléctrica en el año 2000, mediante una filial, Galp Power, participando en dos proyectos de centrales eléctricas de cogeneración, con una potencia de 44 MW y de 30 MW (considerando 347 de la Decisión impugnada, nota a pie de página nº 236). Como destaca la Comisión, esta participación demuestra el interés de Galp, previo a la Concentración, por la producción de electricidad. La circunstancia alegada por la demandante en su demanda –que Galp no participa en estos dos proyectos en competencia con EDP, sino en colaboración con ella– no pone en duda la muestra de interés de Galp respecto de la producción de electricidad manifestada mediante esta participación. Además, la Comisión hizo constar la declaración del Presidente de Galp, reproducida en un artículo de prensa de AFX News, según la cual su empresa deseaba entrar en los mercados de la electricidad, en particular en los de la producción, sin que sus accionistas, entre ellos EDP, hayan criticado tal declaración. Este artículo viene a confirmar la conclusión de la Comisión expuesta a este respecto en la Decisión impugnada. Finalmente, esta misma circunstancia ya no es significativa respecto de los otros proyectos que se examinan posteriormente.

188 De la Decisión impugnada, *[omissis]*, resulta que los proyectos de Galp/GDP en el ámbito de la producción de energía eléctrica superan su mera participación en las dos centrales de cogeneración de 44 y 30 MW. A través de su filial Galp Power, Galp solicitó de forma oficial en el año 2002 una autorización administrativa para

construir dos CCGT de 400 MW cada una en Sinès. Este proyecto de centrales eléctricas de gas es mucho más ambicioso que la mera participación en dos centrales de cogeneración y demuestra un gran interés en entrar por la fuerza en el mercado de la producción de electricidad. Además, según la Decisión impugnada, un estudio de viabilidad sobre la construcción de CCGT en el seno del grupo Galp analizaba en detalle la posibilidad de que GDP estuviera activa en el mercado de la electricidad al por mayor o gestionase una parte de la central. La Comisión consideró también que si este proyecto no superaba el estudio de viabilidad, sería a causa del anuncio de la Concentración por el Gobierno portugués. Sin embargo, la realización de este proyecto convertiría a Galp en uno de los primeros entrantes en el mercado de la electricidad al por mayor. Debe señalarse, a este respecto, que tras la vista, ha quedado acreditado que Galp Power consiguió efectivamente la autorización administrativa para la construcción de una CCGT de 500 MW. Para terminar, la confidencialidad solicitada por Eni con respecto a EDP sobre la Decisión en la que se describían estos proyectos, confidencialidad levantada en el presente procedimiento, indica que este proyecto se lleva a cabo al margen de cualquier colaboración con EDP. Resulta de lo anterior que Galp/EDP tiene grandes proyectos de entrar en el mercado de la producción de electricidad a través del tipo de central más eficiente en la actualidad, las CCGT.

- 189 Durante la vista, la demandante subrayó que estas licencias habían sido solicitadas por Galp Power, que no formaba parte de la Concentración, en tanto que filial directa de Galp. Esta circunstancia no tiene una incidencia real en el análisis de la Comisión. Cuando se realizó la solicitud de las licencias, Galp Power y GDP formaban parte del mismo grupo. Por consiguiente, se garantizaba plenamente en el seno del grupo Galp el objetivo de realizar una integración vertical entre gas y electricidad, expuesto por la Comisión en la Decisión impugnada. De no realizarse la Concentración, Galp/GDP conservaría sus licencias y la posibilidad de competir con EDP. Suponiendo que se lleve a cabo la Concentración, la posible pérdida de las licencias no plantearía ningún problema a la entidad fusionada, que ya se ha comprometido en la moratoria a no construir ninguna CCGT en un plazo determinado. Durante la vista, la demandante también declaró que Galp Power, con sus licencias, era un competidor potencial de la entidad fusionada. Aunque en la Decisión impugnada la Comisión no haya analizado expresamente el mantenimiento de la capacidad y el interés de Galp por entrar en el mercado de la electricidad al por mayor después de la Concentración a través de Galp Power, tal circunstancia no puede constituir un error manifiesto de apreciación puesto que no tiene ninguna consecuencia importante sobre el análisis de la situación de la competencia posterior a la Concentración. Por una parte, que Galp conserve un interés por entrar en este mercado a pesar de la gran pérdida de aliciente que supone la integración

vertical es una mera hipótesis. Por otra parte, incluso suponiendo que esta hipótesis se realice, Galp Power sería un competidor de una magnitud completamente diferente del que representaba cuando estaba unido a GDP en el seno del grupo Galp. En consecuencia, la demandante no ha demostrado que la Comisión haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al considerar que la Concentración provocaría la desaparición de GDP, a través del grupo Galp, como más probable competidor potencial importante de EDP.

190 En tercer lugar, en cuanto a la alegación de la demandante según la cual GDP está peor colocado que otros competidores potenciales de EDP por los lazos estructurales que la unen con ésta, mediante la participación accionarial de EDP en Galp, dueña de la totalidad del capital de GDP, y la participación accionarial del Estado portugués en EDP y GDP, debe recordarse que, según la Decisión impugnada (considerando 7, nota a pie de página nº 6), el Estado portugués controla directamente el 30 % e indirectamente el 18,3 % del capital de Galp, Eni es propietaria del 33,34 % y EDP del 14 %. Procede señalar que, de acuerdo con estas cifras, EDP no tiene el control de GDP. A este respecto, la Comisión subraya, con razón, que EDP siempre ha afirmado que el 20 % que posee en Turbogás no le daba el control de ésta. Sin embargo, puede darse perfectamente la vuelta a esta alegación en la medida en que la Comisión, por su parte, siempre ha considerado que, a pesar del compromiso de EDP de no utilizar sus derechos de voto en determinados ámbitos y de nombrar miembros independientes en el Comité Ejecutivo de Turbogás, tal compromiso no evitaría que EDP conservase una influencia negativa en el comportamiento de Turbogás. Según la Comisión, EDP siempre ha afirmado que el Estado no tenía el control de EDP. Sin embargo, debe señalarse que da la impresión de que el Gobierno portugués es el auténtico arquitecto de la Concentración. El hecho de que la Concentración se ajuste exactamente al escenario anunciado por el Gobierno portugués en 2003 (véase el apartado 11 *supra*), tanto en lo que respecta a EDP como a GDP, constituye una prueba de ello.

191 Sin embargo, incluso suponiendo que EDP, sola o a través del Estado portugués, conserve una influencia en GDP, la Concentración transformaría esta influencia en control puro y simple, con, *in fine*, el 51 % del capital social. De no producirse la Concentración, tal como demuestra la Decisión impugnada, el interés económico de GDP puede convencer a sus accionistas, y en particular al Estado portugués y a Eni, que son mayoritarios, de abandonar una estrategia de protección de los intereses de EDP en beneficio de los de GDP.

192 A este respecto, la Comisión recuerda, con razón, que Galp/GDP ya ha tomado la decisión de construir dos CCGT y ha conseguido una licencia. La declaración del Presidente de Galp –según la cual ningún accionista ha manifestado la más mínima duda respecto de la idea de que Galp entre en los mercados de la electricidad, aunque esto conduzca a la empresa a competir con EDP, su accionista al 14 %– confirma con vigor la Decisión impugnada respecto de este punto.

193 En cuarto lugar, la alegación de que GDP tenía un incentivo limitado en entrar en el mercado de la producción de electricidad o en facilitar la entrada de nuevos operadores para mantener sus beneficios, favoreciendo a EDP como único cliente en la siguiente fase de la comercialización, se apoya en la hipótesis de que, al aumentar la competencia en el mercado de la producción de electricidad, GDP perdería más en el mercado del suministro de gas a EDP y a los productores independientes que lo que podría ganar en el mercado de la producción [directamente, informe Lexecon, 3.3 (d) e, indirectamente, 3.3 (c)]. Esta alegación se basa en la premisa de que, en caso de que se reduzca la posición dominante de EDP en este mercado, ya sea por la entrada de GDP, o bien por la entrada de nuevos competidores, la «buena voluntad» (willingness) de EDP de pagar sus suministros de gas a un tarifa tan elevada como la actual disminuiría.

194 Aparte del hecho de que la premisa de esta alegación no está en absoluto demostrada, la Comisión se refiere, con razón, a la alegación presentada por su Economista Jefe, según la cual tal premisa no tiene en cuenta la estructura de los contratos de suministro de gas, en concreto el principio de «toma o paga» o el carácter a largo plazo de los contratos de suministro de gas. Además, incluso suponiendo que esta alegación no se refiera más que a las necesidades a corto plazo de EDP y que la competencia en el mercado de la electricidad al por mayor provocase tensiones en los precios del gas como materia prima, ni la demandante ni el informe Lexecon explican por qué o en qué medida la diferencia entre el precio de venta del gas por GDP y el coste interno en autoabastecimiento para GDP sería menor que una eventual pérdida en el mercado del suministro de gas.

- 195 En consecuencia, la demandante no ha demostrado que la Comisión cometiera un error manifiesto cuando consideró que existían muchos incentivos para que GDP entrase en el mercado de la electricidad al por mayor y que la Concentración haría desaparecer al más probable competidor potencial importante de EDP en este mercado (considerandos 344 y 868).
- 196 Finalmente, en cuanto al efecto horizontal en los mercados del equilibrio y de la electricidad al por menor, la demandante se limita a declarar que la mejora de las condiciones de la competencia en el mercado de la electricidad al por mayor se haría también extensiva a estos mercados derivados. Por una parte, al no haberse probado esta premisa y, por otra, al no haberse negado los factores expuestos por la Comisión para demostrar la existencia de un efecto horizontal en estos mercados, procede declarar que la demandante no ha demostrado la existencia de un error manifiesto de apreciación en lo que se refiere a estos mercados. En consecuencia, debe admitirse la existencia de un efecto horizontal en los mercados del equilibrio y de la electricidad al por menor. Además, demostrado tal efecto en estos mercados, debe señalarse que el incentivo para que GDP entre en ellos, en especial en los mercados al por menor, puede reforzar considerablemente su interés en entrar en el mercado de la producción de electricidad, en la medida en que supone una salida directa para su producción de electricidad.
- 197 Por consiguiente, resulta obligado declarar que la demandante no ha demostrado en absoluto la existencia de un error manifiesto de apreciación por parte de la Comisión en relación con los fuertes incentivos para que GDP entre en todos los mercados de la electricidad, incluidos los mercados del equilibrio y de los servicios auxiliares y los mercados de la electricidad al por menor (considerandos 432, 473, 876 y 881), ni en relación con la desaparición de GDP como más probable competidor potencial importante en estos mercados.

2. Sobre el efecto compensador de las condiciones de competencia atribuible a los compromisos

- 198 Debe recordarse que la Comisión está obligada a prohibir una operación de concentración cuando se cumplen los requisitos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 respecto de, al menos, uno de los mercados de que se trate (véanse los apartados 144 a 146 *supra*).

- 199 La demandante opina que el efecto combinado de los distintos compromisos relativos al sector de la electricidad compensa con creces la pérdida de la competencia potencial de GDP. Afirma igualmente que los compromisos relativos a los mercados del gas mejoran también las condiciones de la competencia en el mercado de la electricidad al por mayor.
- 200 A este respecto, debe admitirse que si, en uno de los mercados considerados, los compromisos procurasen una compensación en términos de competencia superior al obstáculo significativo para la misma provocado por la Concentración, tal como fue notificada, el balance de la Concentración en relación con la competencia en el mercado en cuestión sería positivo. En consecuencia, no podría prohibirse la Concentración respecto de ese mercado, en virtud del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.
- 201 En su respuesta escrita para la vista, y en el transcurso de ésta, la demandante afirmó enérgicamente que, debido a las fuertes interconexiones existentes entre los mercados del gas y de la electricidad y entre los distintos mercados de cada uno de estos sectores, una correcta apreciación de la situación de la competencia en cada uno de estos mercados requería tener en cuenta la situación de la competencia en los demás mercados. Por su parte, la Comisión opina que basta que los compromisos propuestos no resuelvan uno solo de los problemas de competencia identificados en uno de los mercados en cuestión en la Decisión impugnada, para que se mantenga dicha Decisión.
- 202 Con carácter preliminar, debe señalarse que estas dos tesis no son incompatibles. En efecto, la demandante reconoció en la vista que la Concentración, en su versión modificada, no podía ser objeto de un balance global desde el punto de vista de la competencia, en el que el beneficio en uno de los mercados pudiera compensar el déficit en otro. Además, la Comisión tampoco ha afirmado que la situación de la competencia en uno de los mercados en cuestión fuera completamente independiente de la de los demás.

- 203 Procede considerar que, cuando una operación de concentración afecta a varios mercados diferentes, pero relacionados, y la situación de la competencia en uno o varios de estos mercados influye en la situación de uno u otro mercado, deben tenerse en cuenta estos otros mercados para poder valorar correcta y plenamente si la operación en cuestión crea o refuerza una posición dominante en uno de los mercados afectados, de resultas de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa. Por el contrario, no es necesario constatar que la operación en cuestión tiene esta consecuencia en cada uno de los mercados en juego para que se resuelva prohibir la operación.
- 204 En el caso de autos, parece evidente que las situaciones de la competencia en cada uno de los mercados de la electricidad están relacionadas, aun cuando no dependen exclusivamente la una de la otra. Así, como señala la Comisión en la Decisión impugnada, los incentivos para entrar en el mercado de la electricidad al por mayor están reforzados por la entrada en los mercados de la electricidad al por menor (considerandos 338, 342, 343 y 362) y viceversa (considerandos 456 y 472). Igualmente, la Comisión consideró que sólo podían participar en el mercado del equilibrio y de los servicios auxiliares productores de electricidad en Portugal (considerandos 430 y 431).
- 205 Parece también que las situaciones de la competencia en cada uno de los mercados de la electricidad están relacionadas con las existentes en los mercados del gas. Así, concretamente, la entrada de competidores en el mercado de la electricidad al por mayor depende, en parte, de la posibilidad de abastecerse de gas de forma independiente, por razón de los frenos a la entrada en este mercado, señalados por la Comisión cuando identificó los efectos no horizontales de la Concentración (considerandos 365 a 428). Igualmente, el incentivo para que GDP entre en el mercado de la producción de electricidad reside en parte en los precios del gas que obtiene como proveedor (considerandos 340, 341 y 343). Además, la Comisión consideró que uno de los incentivos principales para que GDP entrase en los mercados de la electricidad al por menor era su capacidad para realizar ofertas simultáneas (considerandos 453 a 458), lo que supone obligatoriamente una influencia en la capacidad de los competidores para realizar ofertas similares y, en consecuencia, en la liberalización de los mercados del gas.

206 En consecuencia, la apreciación de los problemas de competencia en los mercados de la electricidad debe obligatoriamente tener en cuenta la situación de la competencia en los demás mercados de la electricidad o del gas, tal como resulta de la Concentración, en su versión modificada por los compromisos.

a) Sobre los compromisos relativos al sector de la electricidad

207 En relación con el efecto combinado de los distintos compromisos que se refieren al sector de la electricidad, la demandante cita la desinversión de EDP en REN y en Tejo Energia, la moratoria para la construcción de nuevas CCGT, el arrendamiento del TER y la suspensión de los derechos de voto en Turbogás haciendo una remisión, con carácter principal, a la parte del informe Lexecon titulada «Los compromisos probablemente mejoran los incentivos para que terceros entren en el mercado de la electricidad». Además, presenta alegaciones relativas a la moratoria, al arrendamiento del TER y a Tejo Energia en el marco de su crítica a los efectos no horizontales en el mercado de la electricidad al por mayor. La Comisión subraya la falta de argumentos y de elementos fácticos que apoyen el efecto combinado de estos compromisos y hace también una remisión a las dos partes del informe de su Economista Jefe. No obstante, la Comisión se esfuerza en rechazar de forma detallada las alegaciones de la demandante expuestas en la demanda.

208 Procede recordar que la remisión al informe Lexecon sólo es aceptable en relación con las alegaciones existentes en la demanda y que las demás alegaciones deben desestimarse.

209 En cuanto a la moratoria y al compromiso de arrendar el TER, debe señalarse que, de no producirse la Concentración, EDP llevaría a cabo su proyecto TER de construir tres centrales CCGT, la última de las cuales debe comenzar su producción en 2006, con una producción total de [1000 a 1500] MW, que representa cerca del 20 % del consumo actual en Portugal (considerando 302 de la Decisión impugnada). Con la Concentración, las Partes se comprometen a no construir más CCGT y a

arrendar la capacidad de producción de una o dos CCGT del TER hasta el 30 de junio de 2010 o antes, si se cumplen las condiciones suspensivas, la principal de las cuales se refiere a la concesión de licencias de construcción de CCGT otorgadas por el Gobierno a una o dos entidades no controladas por EDP.

- 210 En la Decisión impugnada, en primer lugar, la Comisión constató que la construcción de CCGT era lo único que podría abrir de forma significativa el mercado de la electricidad al por mayor, a causa de los límites estructurales de las importaciones, del atraso del mercado ibérico y de la ventaja que las CMEC conceden a los actuales productores (considerandos 292 a 334). En segundo lugar, la Comisión subrayó la limitada duración de la moratoria y del arrendamiento, el hecho de que se les podía poner fin de forma anticipada incluso antes de la construcción efectiva o la puesta en marcha de las nuevas CCGT, el hecho de que este vencimiento anticipado por la concesión de licencias a entidades no controladas por EDP no impedía a ésta tener relación con esas entidades y el hecho de que estos compromisos no impedían a EDP pedir licencias para ella misma. En cuanto al arrendamiento del TER, la Comisión estimó, además, que las incertidumbres sobre su duración iban a pesar excesivamente sobre el arrendatario, que este arrendatario no adquiriría ninguna competencia en la producción y que EDP tendría conocimiento de las informaciones esenciales sobre el arrendatario, ya que éste sólo arrendaba la capacidad, sin gestión de los medios de producción (véanse, en lo que se refiere a los compromisos de 17 de noviembre de 2004, los considerandos 743 a 753 y, en lo que se refiere a los compromisos de 26 de noviembre de 2004, el considerando 868). La Comisión llegó a la conclusión de que estaba muy lejos de ser cierto que estos compromisos fueran a procurar la entrada efectiva de nuevos productores.
- 211 En su demanda, la demandante no presentó críticas serias a los factores identificados por la Comisión, que llevaron a ésta a declarar la insuficiencia de estos dos compromisos respecto del problema de competencia identificado.
- 212 Por consiguiente, resulta obligado concluir que la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al considerar que la moratoria y el arrendamiento de CCGT de TER no podían resolver, por sí mismos, el problema horizontal en el mercado de la electricidad al por mayor.

- 213 Además, la demandante afirma que, de no producirse la Concentración, EDP seguiría en situación de construir nuevas CCGT (a falta de moratoria), lo que no dejaría más que un espacio extremadamente limitado a la entrada de terceros.
- 214 Es indudable que, de no producirse la Concentración, existe un freno real a la entrada de nuevos productores de electricidad, que resulta de la intención y de la capacidad de EDP para construir nuevas centrales en un mercado ya muy abastecido. Sin embargo, sin la Concentración, este freno a la entrada no afecta visiblemente a GDP ni al grupo Galp, ya que la Comisión ha demostrado, sin incurrir en un error manifiesto de apreciación (véanse los apartados 184 a 196 *supra*), que GDP o el grupo Galp tenían intención de entrar en el mercado de la producción de electricidad. Sin embargo la Comisión consideró, sin cometer un error manifiesto de apreciación (véanse los apartados 210 a 212 *supra*), que con la Concentración, los compromisos eran insuficientes para permitir la entrada probable de nuevos competidores en el mercado de la electricidad al por mayor, mientras que GDP desaparecería como más probable competidor potencial importante. En consecuencia, la alegación de la demandante no demuestra la existencia de ningún error manifiesto por parte de la Comisión respecto del efecto horizontal de la Concentración, en su versión modificada, en el mercado de la electricidad al por mayor.
- 215 La demandante afirma que la venta de su participación en el capital social de Tejo Energía rompe la relación estructural existente entre EDP y un productor de electricidad competidor, y que sin duda hubiera tenido un efecto estructural positivo sobre la competencia, mientras que la entrada de GDP estaba lejos de ser segura [informe Lexecon, 4.4 (c)].
- 216 En la Decisión impugnada, la Comisión reconoció de buen grado que la desinversión de EDP en Tejo Energía era positiva. Sin embargo, la Comisión afirmó, sin que la demandante se haya opuesto, que otros muchos factores impedían que Tejo Energía construyera una CCGT, en particular, las opiniones contradictorias de los accionistas sobre este asunto y el hecho de que los principales accionistas, International Power y Endesa, estuvieran unidos a EDP mediante otros acuerdos relativos a la producción de electricidad en Portugal (considerandos 669, 756 a 758,

y 867 de la Decisión impugnada). Puesto que la demandante no ha demostrado que Tejo Energía era un competidor tan importante como GDP, debe estimarse que el compromiso relativo a Tejo Energía es insuficiente para resolver, por sí mismo, el problema horizontal identificado en el mercado al por mayor.

- 217 La demandante alega también su compromiso relativo a la limitación de sus derechos de voto en Turbogás para las decisiones relativas a la compra de gas natural y a las nuevas inversiones, y a la sustitución de los representantes de EDP en el Comité Ejecutivo por miembros independientes.
- 218 En la Decisión impugnada (considerandos 759 a 766 y 861), la Comisión considera que EDP conserva influencia en Turbogás por razón del mantenimiento de sus derechos de voto en los ámbitos no cubiertos por el compromiso y por el carácter temporal de dicho compromiso. La Comisión subraya también el hecho de que EDP se reservara el derecho de dar instrucciones a sus representantes independientes para preservar el valor de su participación. A este respecto, menciona el interés que supone para los demás accionistas de Turbogás, en especial International Power, mantener buenas relaciones con EDP. Finalmente, la Comisión señala que EDP ha adquirido recientemente un derecho de opción sobre una participación adicional del 20 % en Turbogás y en la gestión de la capacidad de producción total de Turbogás. En sus escritos, la Comisión señaló, sin que la demandante se haya opuesto, que EDP [...] ¹. Puesto que la demandante no ha demostrado que la Comisión haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al estimar que Turbogás no era un competidor significativo, debe declararse que el compromiso relativo a Turbogás es insuficiente para resolver, por sí mismo, el problema horizontal identificado en el mercado al por mayor.
- 219 La demandante afirma también que la disminución de su participación del 30 al 5 % en REN tendrá un claro efecto positivo sobre la competencia [informe Lexecon, 4.4 (c)]. En la Decisión impugnada, la Comisión no examinó este compromiso en

1 — Datos confidenciales omitidos.

relación con el efecto horizontal sobre los mercados de la electricidad, sino en relación con los efectos no horizontales sobre estos mercados, como señalaron las Partes en su escrito de 2 de noviembre de 2004. A falta de otras indicaciones adicionales a la existencia de este compromiso, la demandante no demuestra ningún error manifiesto de la Comisión respecto del mismo.

- 220 En conclusión, debe declararse que la demandante no ha demostrado que la Comisión haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al considerar que la Concentración, en su versión modificada por todos los compromisos directamente relativos al problema horizontal, en su conjunto, debía ser declarada incompatible con el mercado común por su efecto horizontal sobre los mercados de la electricidad. En particular, si bien el conjunto de estos compromisos mejora sin lugar a dudas la posibilidad de entrada en el mercado de la electricidad al por mayor, la demandante no ha desvirtuado la conclusión de la Comisión, basada en el estudio de mercado, según la cual el conjunto de estos compromisos no creaba un entorno suficientemente competitivo para que tal entrada se hiciera probable. Además, incluso suponiendo que dicha entrada sea previsible en uno de los mercados de la electricidad, nada indica que este nuevo competidor poseyera la fuerza ni las ventajas de GDP para entrar en todos o en algunos de los mercados de la electricidad (considerandos 362 a 364, 675, 767 y 868 de la Decisión impugnada).

b) Sobre los compromisos relativos al sector del gas

- 221 La demandante se limita a afirmar que un determinado número de compromisos relativos a los mercados del gas permitirán que un nuevo operador en el mercado de la electricidad pueda abastecerse de gas de forma independiente respecto de la entidad fusionada. Sin embargo, no señala qué compromisos serían pertinentes, ni en qué medida, sino que se refiere, de forma general, a la parte de su demanda consagrada al examen de los mercados del gas. La Comisión subraya esta carencia y sólo identifica, en la parte de los escritos de la demandante dedicados a los mercados del gas, una única afirmación general según la cual «estos compromisos [relativos a los mercados del gas] crearán un entorno manifiestamente más competitivo en el sector de la electricidad».

- 222 De los autos se desprende que los compromisos sobre el sector del gas son de dos tipos, según que se dirijan *a priori* a resolver, de una parte, los problemas no horizontales identificados en el mercado de la electricidad al por mayor; fundamentalmente mediante la mejora de las condiciones del suministro de gas a los productores de electricidad competidores de la entidad fusionada (A/ENI.II a F/ENI.IX, H/ENI.XI, y L/EDP.1) o, de otra parte, los problemas horizontales y no horizontales en los mercados del gas (G/ENI.X, I/ENI.XII y J/ENI.XIV).
- 223 Debe señalarse, con carácter preliminar, que la Comisión, en la Decisión impugnada, identificó el efecto horizontal en todos los mercados de la electricidad, así como los compromisos directamente dirigidos a resolver este problema de competencia, independientemente de los efectos no horizontales en el mercado de la electricidad al por mayor y de los compromisos dirigidos a resolver estos últimos problemas de competencia (considerandos 362 a 364, 675, 767 y 868 de la Decisión impugnada). De esta forma, consideró necesariamente que debía prohibirse la Concentración, en su versión modificada, eventualmente por el único motivo de que reforzaba la posición dominante de EDP, de resultas de la cual la competencia efectiva sería obstaculizada de forma significativa en el mercado de la electricidad al por mayor; por el hecho de la desaparición de GDP como más probable competidor potencial importante. Debe por tanto examinarse si, como afirma la demandante en la segunda parte de su tercer motivo (véase el apartado 84 *supra*) y en el marco del presente motivo, la Comisión hubiera debido examinar el conjunto de los compromisos para constatar que sus efectos combinados compensaban con creces la desaparición de la posible competencia procedente de GDP.
- 224 En primer lugar, debe señalarse que los compromisos relativos a los efectos no horizontales sobre el mercado al por mayor de la electricidad (A/ENI.II a F/ENI.IX, H/ENI.XI, y L/EDP.1) no tienen más que una incidencia muy débil en el problema horizontal identificado en todos los mercados de la electricidad, a saber, la desaparición de GDP como competidor potencial de importancia más probable por el hecho de la Concentración, en su versión modificada.

225 Por una parte, estos compromisos no afectan al análisis de la Comisión relativo a GDP. En efecto, los problemas no horizontales a los que se dirigían tales compromisos no afectaban a GDP, puesto que ésta disponía, por sí misma, sin producirse la Concentración, de un acceso privilegiado al gas. Por ello, no se produce ningún cambio, ni en el incentivo para que GDP entre en los mercados de la electricidad, ni en la fuerza de dicha entrada, por el hecho de estos compromisos.

226 Por otra parte, estos compromisos sólo tienen una incidencia marginal sobre el análisis de la Comisión relativo a la fuerza de la entrada de GDP en el mercado al por mayor de la electricidad respecto de la de los demás competidores de la entidad fusionada. En efecto, la Comisión consideró que GDP tenía importantes ventajas competitivas sobre los demás competidores potenciales de la entidad fusionada en los mercados de la electricidad, a saber, principalmente, una integración vertical entre las actividades relativas al gas y a la electricidad en el seno del grupo Galp, un acceso privilegiado al gas, la notoriedad de su marca y el conocimiento de la clientela en Portugal. Incluso suponiendo que los compromisos destinados a resolver los problemas no horizontales fueran plenamente eficaces, la situación de la competencia en el mercado al por mayor de la electricidad seguiría siendo menos favorable con la Concentración que sin ella. En primer lugar, los compromisos en cuestión sólo pretendían, esencialmente, eliminar el problema de competencia creado por la propia Concentración, a saber, haber puesto al servicio de la empresa que ostentaba una fuerte posición dominante en el mercado de la electricidad al por mayor, la posición dominante de la otra empresa que ostentaba una posición dominante en el mercado del suministro de gas a los productores de electricidad. Además, incluso si estos compromisos pudieran favorecer la competencia en el mercado de la producción de electricidad por medio de CCGT, sólo conseguirían garantizar a los competidores de la entidad fusionada un acceso menos discriminatorio y más confidencial al gas. Sin embargo, la Comisión hizo del acceso al gas, de no producirse la Concentración, un freno real a la entrada en el mercado de competidores distintos de GDP, sino que se apoyó en su estudio de mercado para demostrar que era poco probable que los competidores actuales o potenciales identificados entrasen o se desarrollasen realmente en ese mercado (véanse los considerandos 305 a 331). Finalmente, la demandante no ha afirmado, lo que, por otra parte, hubiera sido difícil, que estos compromisos proporcionaran a sus competidores un acceso al gas tan fácil y tan económicamente favorable como el que tenía GDP de no producirse la Concentración. En consecuencia, subsistirían todas las ventajas competitivas de GDP respecto de los demás competidores de la entidad

fusionada. En otras palabras, desde el punto de vista de la competencia, la mejora neta en el suministro de gas a los competidores de la entidad fusionada no podía compensar de forma significativa la desaparición de GDP.

- 227 Resulta de lo anterior que los compromisos destinados a resolver los problemas no horizontales en el mercado al por mayor sólo tenían una influencia marginal en el análisis de la Comisión del problema horizontal en todos los mercados de la electricidad. En consecuencia, la Comisión podía, acertadamente y sin incurrir en un error manifiesto de apreciación, abstenerse de tener en cuenta estos compromisos para concluir que la Concentración, en su versión modificada, reforzaba la posición dominante de EDP, de resultas de la cual la competencia efectiva sería obstaculizada de forma significativa en el mercado de la electricidad al por mayor, por el hecho de la desaparición de GDP como más probable competidor potencial importante.
- 228 En segundo lugar, en cuanto a los compromisos enteramente relativos al sector del gas (G/ENI.X, I/ENI.XII y J/ENI.XIV), la demandante no ha señalado en absoluto en qué medida mejorarían la capacidad competitiva de los eventuales competidores de EDP. Pues bien, no corresponde al juez comunitario averiguar por sí mismo los efectos que tales compromisos podrían tener sobre los mercados de la electricidad ni, sobre todo, determinar la intensidad de aquéllos, con objeto de constatar un error manifiesto de apreciación cometido por la Comisión.

c) Conclusión sobre el balance global de los efectos de la Concentración, en su versión modificada, sobre la competencia en los mercados de la electricidad

- 229 Debe recordarse que la demandante no ha demostrado que la Comisión hubiera incurrido en un error manifiesto de apreciación en su conclusión de que GDP era un muy probable competidor potencial importante de EDP en los mercados de la electricidad.

- 230 La demandante tampoco ha demostrado la existencia de un error manifiesto en la apreciación de la Comisión según la cual los compromisos relativos al problema horizontal identificado por la Comisión en los mercados de la electricidad no eran adecuados para favorecer la entrada de un competidor de importancia de EDP distinto de GDP.
- 231 Además, la demandante no ha demostrado que la Comisión hubiera incurrido en un error manifiesto de apreciación, al no tener en cuenta el efecto de los compromisos propuestos para resolver los problemas de competencia no horizontales sobre los mercados de la electricidad o para resolver los problemas de competencia en los mercados del gas, a la hora de valorar el efecto horizontal sobre el mercado de la electricidad al por mayor producido por la Concentración, en su versión modificada.
- 232 En particular, la sensible mejora de la situación de la competencia en los mercados del gas a raíz de la Concentración, en su versión modificada, no resuelve los problemas de competencia en los mercados de la electricidad.
- 233 Es cierto que la situación en los mercados del gas experimentaría una clara mejora con la Concentración, en su versión modificada. Al día siguiente a la Concentración, se crearía un acceso al gas para terceros competidores, con garantías reales, aunque, en opinión de la Comisión, aún incompletas, de acceso no discriminatorio al gas, como consecuencia de los compromisos, en contraste con la situación monopolística actual de GDP antes de la Concentración. Igualmente, las propuestas presentadas por las autoridades portuguesas, especialmente en lo que se refiere a la aceleración de la liberalización de los mercados del gas, crean una situación nueva para la competencia en estos mercados. Esta situación puede provocar la entrada de nuevos operadores en los mercados del gas, nuevos operadores que, por las mismas

razones que GDP, pueden a su vez entrar en los mercados de la electricidad. Esta situación en los mercados del gas puede también mejorar la situación de la competencia en el mercado derivado de la producción de electricidad por CCGT, en la medida en que los competidores potenciales de EDP pueden esperar un suministro más competitivo y no, o menos, discriminatorio.

234 Sin embargo, la Comisión no cometió ningún error manifiesto cuando consideró que las ventajas que procuraban esos compromisos y estas propuestas no llevarían a una situación de la competencia en los mercados de la electricidad equivalente o mejor que la que resultaría de la entrada potencial de GDP en estos mercados, de no producirse la Concentración. Por una parte, ni un eventual nuevo operador en los mercados del gas, ni un eventual nuevo operador en el mercado de la electricidad al por mayor podría, al menos durante un cierto tiempo, tener la fuerza de la que dispone GDP, sin la Concentración, para entrar en los mercados de la electricidad. En particular, la Comisión subrayó las numerosas ventajas particulares de GDP debidas, en concreto, a su acceso al gas, a la notoriedad de su marca, a su conocimiento de la clientela y a sus proyectos ya definidos en materia de electricidad. Por otra parte, la mera posibilidad de competencia en los mercados del gas y, por consiguiente, la disminución correlativa de uno de los frenos a la entrada en el mercado de la producción de electricidad no permiten desvirtuar el análisis de la Comisión según el cual la entrada de otros competidores tan importantes como GDP en ese mercado seguía siendo poco probable.

235 En consecuencia, aunque la Comisión haya cometido un error al no apreciar las ventajas que suponía la Concentración para los mercados del gas (véase el apartado 123 *supra*), la comparación entre la situación actual de la competencia en estos mercados, antes de la Concentración, caracterizada principalmente por el monopolio de GDP en el suministro de gas a los productores de electricidad y las fuertes posiciones dominantes de EDP en todos los mercados de la electricidad, y la situación de la competencia después de la Concentración, caracterizada principalmente, por una parte, por una apertura significativa del mercado del suministro de gas a los productores de electricidad y, por otra parte, por la desaparición de un competidor potencial importante en todos los mercados de la electricidad, a saber,

GDP, no demuestra que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación al considerar que el balance de los efectos sobre la competencia sobre cada uno de los mercados de la electricidad, a raíz de la Concentración, era negativo.

236 A mayor abundamiento, debe señalarse que, puesto que la mejora general de la competencia en los mercados del gas como consecuencia de la Concentración, en su versión modificada, no produce efectos suficientemente importantes en los mercados de la electricidad para eliminar los problemas de competencia previamente identificados en estos últimos mercados, la Comisión no podía aceptar declarar la Concentración compatible con el mercado común por los efectos beneficiosos para la competencia en uno de los sectores en cuestión, sin tener en cuenta los efectos negativos en el otro sector. A este respecto, es importante tener en cuenta el hecho de que la mayoría de los beneficios competitivos esperados en el sector del gas, a raíz de la Concentración, si no todos, son beneficios a corto o a medio plazo, en la medida en que todas estas ventajas, o la mayor parte de ellas, se obtendrán en cualquier caso dos a tres años después de la fecha prevista por la Concentración, por el mero respeto de los plazos para la liberalización marcados por la excepción a la Segunda Directiva sobre el gas, a la que se ha acogido la República Portuguesa.

237 En consecuencia, procede declarar que la demandante no ha demostrado que la Comisión haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al declarar que la Concentración, en su versión modificada, produciría un efecto de reforzamiento de la posición dominante de EDP en los mercados de la electricidad, de resultados del cual la competencia efectiva sería obstaculizada de forma significativa.

V. Conclusión

238 Debe recordarse que la Decisión impugnada adolece de un error de Derecho en lo que se refiere a los mercados del gas en Portugal.

- 239 Por el contrario, la Decisión impugnada no está viciada por ninguno de los errores de Derecho alegados en el marco de los motivos segundo y tercero, ni por ninguno de los errores de apreciación manifiestos alegados en el marco de la segunda parte del cuarto motivo, relativa al sector de la electricidad.
- 240 En virtud de la jurisprudencia expuesta en los apartados 144 a 146 *supra*, debe declararse que los motivos no anulados de la Decisión impugnada bastan para fundamentar su fallo, según el cual la Concentración debe declararse incompatible con el mercado común.
- 241 En consecuencia, procede desestimar el recurso.

Costas

- 242 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimados los motivos formulados por la demandante, procede condenarla en costas, de conformidad con las pretensiones de la Comisión.
- 243 Dado que la coadyuvante no ha solicitado la condena en costas de la demandante, procede declarar que cada parte soportará sus propias costas relativas a la intervención.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)

resuelve:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **Condenar en costas a la demandante.**
- 3) **Cada parte cargará con las costas en que hubiere incurrido en relación con la intervención.**

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 21 de septiembre de 2005.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

J. Pirrung

Índice

Marco jurídico	II - 3754
Antecedentes del litigio	II - 3757
Procedimiento y pretensiones de las partes	II - 3767
Sobre el fondo	II - 3769
I. Sobre el segundo motivo, relativo a la infracción del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89	II - 3771
II. Sobre el tercer motivo, relativo a la infracción del artículo 8, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 4064/89	II - 3776
A. Sobre la primera parte del tercer motivo, relativa a la carga de la prueba .	II - 3776
B. Sobre la segunda parte del tercer motivo, relativa a la apreciación global de la Concentración, en su versión modificada	II - 3782
C. Sobre la tercera parte del tercer motivo, relativa a la existencia de una desviación de poder	II - 3786
D. Sobre la cuarta parte del tercer motivo, relativa a las dificultades de control de determinados compromisos de comportamiento	II - 3790
III. Sobre el primer motivo, relativo a la excepción a la que se ha acogido la República Portuguesa, en virtud de la Segunda Directiva sobre el gas	II - 3793
A. Observaciones preliminares	II - 3793
B. Sobre la primera parte del primer motivo, relativa a la inobservancia de la excepción concedida a la República Portuguesa	II - 3794
C. Sobre la segunda parte del primer motivo, relativa a una excesiva proyección en el futuro	II - 3802
	II - 3837

IV. Sobre el cuarto motivo, relativo a la existencia de errores de apreciación en lo que se refiere a los compromisos	II - 3803
A. Observaciones preliminares	II - 3803
B. Sobre la primera parte del cuarto motivo, relativa a la consideración de los compromisos de 26 de noviembre de 2004	II - 3808
C. Sobre la tercera parte del cuarto motivo, relativa a la existencia de errores de apreciación de la Concentración, en su versión modificada, en lo que se refiere al sector de la electricidad	II - 3811
1. Sobre la desaparición de GDP como más probable competidor potencial importante	II - 3815
2. Sobre el efecto compensador de las condiciones de competencia atribuible a los compromisos	II - 3821
a) Sobre los compromisos relativos al sector de la electricidad	II - 3824
b) Sobre los compromisos relativos al sector del gas	II - 3828
c) Conclusión sobre el balance global de los efectos de la Concentración, en su versión modificada, sobre la competencia en los mercados de la electricidad	II - 3831
V. Conclusión	II - 3834
Costas	II - 3835