



**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO D. JOSÉ SIERRA LÓPEZ EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DE LA CNE SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE ACCIONA, S.A. Y ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l., PARA LA PLENA EJECUCIÓN DEL ACUERDO SOBRE ACCIONES DE ENDESA (OPA MANCOMUNADA) Y PARA ADQUIRIR LA CAPACIDAD DE EJERCER EL CONTROL CONJUNTO SOBRE ESTA SOCIEDAD**

---

1. A continuación, se exponen sucintamente las motivaciones básicas que justifican el voto de este Consejero en el sentido de denegar la solicitud de autorización de ACCIONA, S.A. y ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l. para la plena ejecución del acuerdo sobre acciones de ENDESA (OPA mancomunada) y para adquirir la capacidad de ejercer el control conjunto sobre esta sociedad. Vaya por delante que, desde el punto de vista analítico se comparte y se tiene en cuenta el examen de riesgos que figuran en la Resolución de la CNE, que se completa en algunos aspectos.  
No se está de acuerdo, sin embargo, con el criterio mayoritario de pretender resolver los problemas planteados mediante la imposición de numerosas condiciones. El problema es de fondo ya que la situación planteada afecta a los principios que rigen los mercados energéticos, nacional y europeo, y la seguridad de los mismos.

La responsabilidad española sobre la seguridad energética

2. El fin primordial perseguido por la denominada Función 14, de aplicación al caso que nos ocupa, es, en la perspectiva del funcionamiento eficiente de los mercados, velar por los “intereses generales de la política energética española y, en particular, por la seguridad pública” en los procesos de concentración empresarial.  
Hay que tener presente, de manera indiscutible, que en las energías de red —caso de la electricidad y del gas natural—, la ausencia de interconexiones



suficientes con el resto de la UE, produce un aislamiento físico que hace que sea prácticamente imposible beneficiarse del mercado interior y de los posibles mecanismos de solidaridad europea. En este último sentido, y como se suele decir, España es una "isla energética". Por estas razones, la seguridad del suministro es inevitablemente, para la electricidad y el gas natural, una responsabilidad exclusivamente española.

### ENDESA Y ENEL

3. Como esta CNE ha puesto de manifiesto, en repetidas ocasiones, a ENDESA, empresa privatizada, le corresponde, de hecho, un papel singular en el mercado español y en su seguridad, por su dimensión nacional y por la diversificación de sus tecnologías y por su presencia geográfica. Además, las políticas sectoriales de los gobiernos españoles han favorecido que ENDESA limitara su crecimiento en España, adquiriendo dimensión europea con su presencia en diversos países como Francia e Italia.

Por su parte, ENEL también ocupa una situación singular en Italia, de derecho y de hecho esta vez. ENEL está obligada legalmente a defender los intereses esenciales de Italia, por encima de criterios de mercado, para lo cual, entre otros aspectos, tiene limitada la participación relativa de los accionistas privados. Asimismo, el Gobierno italiano tiene la prerrogativa de condicionar y vetar sus decisiones más importantes.

En diversas ocasiones, la Comisión Europea (CE) y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) han condenado esta situación de intervención gubernamental por considerarla incompatible con el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), sin que el Gobierno italiano haya puesto las medidas correctoras correspondientes, ni de una manera general, ni siquiera mostrando la voluntad de hacerlo en el caso concreto que nos ocupa.



Los efectos negativos de los condicionamientos de ENEL

4. Este Consejero no se opone al control de ENDESA por ENEL porque esta sea una empresa extranjera de la UE, ni porque su capital sea público. Incluso, haciendo abstracción de las actitudes de la CE y del TJCE, se puede entender que, en la ausencia, por el momento, de un verdadero mercado interior europeo de la energía, y de una seguridad energética común, Italia, al igual que otros países europeos, mantenga campeones nacionales, fuertemente intervenidos, aunque ello sea incompatible, en sistemas aislados, con el funcionamiento de los mercados en competencia. Sin embargo, lo que parece inaceptable es que se pretenda extender a terceros países la vigencia de esas servidumbres gubernamentales propias, como ocurre en este caso, mediante la adquisición del control de la empresa energética más importante de España; se perturba así el funcionamiento de los mercados, lo que constituye una amenaza real a la seguridad de los mismos, en particular, por los conflictos de intereses, reiteradamente descritos en la Resolución de la CNE, que se plantean. Este es el problema de fondo que no se puede resolver con condiciones, salvo una, única, consistente en que el Gobierno de Italia renuncie a sus poderes especiales sobre ENEL y le permita comportarse con criterios puramente mercantiles.

Y no se puede dejar de tener presente un efecto secundario, aunque lamentable. La operación propuesta, por medio del programa subsiguiente de desinversiones previstas, afectará, de forma negativa, a la política sectorial española, a causa de la desaparición de la dimensión europea e internacional de ENDESA, que tantos esfuerzos costó construir y que es parte de la seguridad energética española.

Y no se piense erróneamente que se está invocando aquí cuestión alguna de reciprocidad. Se trata simplemente de que los actores que participan en el mercado español, y que como todos los integrantes del mismo deben contribuir a su seguridad, no estén perturbados en sus conductas por condicionamientos ajenos a los empresariales.



### La seguridad energética en la Unión Europea

5. Por otra parte, la aplicación de la Función 14, cuya compatibilidad con el derecho comunitario ha sido recurrida por la Comisión Europea, suscita, a juicio de ésta, serios conflictos en relación con la libre circulación de capitales y con las concentraciones de dimensión europea, habiéndose puesto en tela de juicio la capacidad de imponer condiciones y, todavía más, de denegar las autorizaciones.

A estos efectos, únicamente se admiten como justificaciones excepcionales las motivadas por la protección de la seguridad pública. El problema es que el ámbito de la seguridad pública, y energética en particular (salvo en situaciones de crisis), no está regulado porque ni la UE tiene competencias para ello, y porque, por su propia naturaleza, no es posible de regular con cierta concreción. Las consecuencias son, por una parte, que la Comisión Europea adopta, en principio, una postura negativa a las excepciones nacionales a la libre circulación de capitales y a las concentraciones de dimensión comunitaria, quedando como regulación efectiva la escasa jurisprudencia existente, en casos concretos, del Tribunal de Justicia de la UE.

Se pretende, en general, para que se pueda denegar una autorización o poner condiciones, que se justifique que se trata de “una amenaza real y grave”, que se objetive ésta —lo que no siempre es factible en un dominio tan intangible— y que las medidas sean ex-post, una vez que se ha concretado tal amenaza. Aunque no deje de parecer peligroso el que en un área tan sensible como la de la seguridad no se acepten, en principio, las medidas preventivas.

En el caso concreto objeto de este voto particular, este Consejero estima que, por las razones expuestas, mientras subsista la intervención del Gobierno italiano en ENEL, el control de ENDESA por esta entidad constituye una amenaza real y grave para el funcionamiento del mercado español aislado y para su seguridad. Por todo ello, y por la insuficiencia de



regulación en esta materia, no debería ser motivo de preocupación, sino todo lo contrario, que el Tribunal de Justicia de la UE tuviera la oportunidad de pronunciarse sobre este tema, enriqueciéndose así la jurisprudencia en materia de seguridad energética.

### Seguridad y concentraciones empresariales

6. A mayor abundamiento, no se puede dejar de destacar que la situación en la que se encuentran las energías de red —electricidad y gas natural—, respecto al tratamiento de las concentraciones empresariales y a la libre circulación de capitales, es motivo de múltiples perplejidades. Para que un mercado funcione en la práctica no basta con la liberalización regulatoria; hace falta además disponer de estructuras empresariales pro-competitivas. Sin embargo, las autoridades de competencia de la UE y de sus Estados siguen permitiendo la subsistencia (p.ej.: EdF, GdF, ENEL, EdP, E.ON, RWE, etc.) y el reforzamiento (p.ej.: E.ON – Ruhrgas) de los cuasi monopolios/campeones nacionales heredados del pasado. Y hay que reiterar con claridad que la competencia es incompatible con la existencia de campeones nacionales en mercados aislados/no interconectados. Por otra parte, aunque partimos de una situación heredada de poca competencia, las normas existentes solamente permiten, ante una nueva concentración, restablecer el ya bajo nivel existente en el pasado; la ausencia de objeciones por parte de la Comisión Europea a la fusión de ENDESA y E.ON fue una oportunidad perdida en este sentido. Finalmente, se ha dado el caso que en una misma OPA, esta de ENDESA por GAS NATURAL, E.ON y ENEL, han actuado diversos órganos de competencia, nacional en el caso de GAS NATURAL y comunitario en los de E.ON y ENEL, con criterios necesariamente diversos.
7. En este contexto un caso especial es el de la participación pública en las empresas, a la que no se oponen los Tratados. Se ha señalado que se podía entender la participación pública en mercados aislados. Pero ¿cuál es



su justificación en otros mercados aislados o en un auténtico mercado interior europeo? ¿Qué intereses nacionales hay que defender en ellos? Los países que han querido jugar, de verdad, al mercado interior europeo, lo primero que han hecho es privatizar sus empresas.

Seguridad y libre circulación de capitales y de energía

8. Para terminar, no se puede dejar de destacar que existe un flagrante desacompañamiento entre la libre circulación de capitales, y con ella de campeones nacionales (privados y públicos intocables), y la escasa circulación de la energía. En la circulación de capitales si hay competencia, pero parece que sea más bien por disputarse el poder de mercado. Todo ello da lugar a tensiones en los planteamientos sobre mercados y seguridad, particularmente en sistemas nacionales aislados, como ocurre en el tema objeto de consideración. ¿No es aconsejable que se flexibilicen los principios de libre circulación de capitales para acomodarlos a la libre circulación de la energía?

A la vista de lo expuesto, muchos nos preguntamos si no nos dirigimos, de forma más o menos inexorable, a una vía intermedia, de hechos consumados, promovida por algunos de los mayores países europeos, consistente en la creación de un oligopolio de campeones nacionales/europeos, con una base geográfica, en un régimen de competencia muy restringido, en perjuicio del consumidor. Esta reflexión también la ha tenido presente este Consejero al votar en sentido contrario a la autorización de la OPA.

5 de julio de 2007

José Sierra