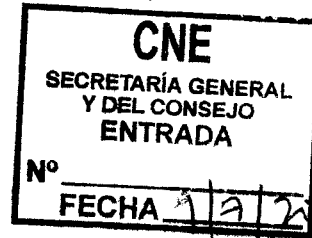




Comisión
Nacional
de Energía



Jorge Fabra Utray
Consejero

EXPLICACIÓN DE VOTO QUE EMITE EL CONSEJERO D. JORGE FABRA UTRAY EN RELACIÓN CON LA “RESOLUCIÓN DE LA CNE POR LA QUE SE ACUERDA OTORGAR LA AUTORIZACIÓN SOLICITADA POR ACCIONA, S.A. Y ENEL ENERGY EUROPE, S.R.L. PARA LA ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES DE ENDESA, S.A., QUE RESULTEN DE LA LIQUIDACIÓN DE LA OPA, TANTO POR ACCIONA, S.A. (QUE PODRÁ ALCANZAR HASTA UN 25,01 POR CIENTO) COMO POR ENEL ENERGY EUROPE, S.R.L. (QUE EVENTUALMENTE PODRÍA LLEGAR HASTA EL 74,99 POR CIENTO)”

El Consejero que suscribe la presente explicación de voto considera que la Resolución de la CNE mediante la que se autoriza la solicitud a la que nos referimos, incluye algunas condiciones adecuadas para preservar intereses legítimos relacionados con la seguridad pública en materia de abastecimiento energético, cuestión en la que debe centrarse la autorización con condiciones que fue aprobada por el Consejo de la CNE (en votación anterior con el voto concurrente de este Consejero). Sin embargo, la Resolución incorpora otras condiciones que adolecen de una excesiva intervención en asuntos que deben corresponder, exclusivamente, al ámbito de gestión de las empresas ENEL, ACCIONA y ENDESA, sin que ese exceso de intervención encuentre justificación o soporte en las normas españolas, en las normas europeas ni tampoco en la eficacia que merece la defensa o preservación de los intereses generales mencionados. Estas son las razones que han llevado a este Consejero a emitir un voto de abstención en la votación de la propuesta aprobada por la mayoría del Consejo así como a la presentación de una propuesta alternativa, que resultó rechazada.

J.F.



Comisión

Nacional

de Energía

El Reglamento de Concentraciones Europeo constituye una norma de aplicación directa en los Estados de la Unión. Este Reglamento establece, de acuerdo con lo dispuesto su artículo 21.2, que corresponde a la Comisión Europea la competencia exclusiva para autorizar operaciones de concentración de ámbito comunitario y que los Estados nacionales han de abstenerse de aplicar, en estos casos, su normativa nacional. Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con el artículo 21.4 del Reglamento, los Estados nacionales podrían sin embargo adoptar, en relación con este tipo de operaciones, medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en dicho Reglamento siempre que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. En particular, considera la citada norma un interés legítimo, en el indicado sentido y en conjunción con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, la seguridad pública en materia de abastecimiento energético.

De este modo, la CNE sólo debe recurrir – cuando se trate de concentraciones de ámbito comunitario, como es este el caso – a la aplicación de su Función Decimocuarta en la medida en que constituya una norma eficaz para regular la protección de los intereses generales compatibles con la mencionada norma comunitaria y sin desbordar los límites en ella establecidos.

Sin embargo, en opinión de este Consejero, la Resolución de la CNE podría desbordar esos límites incurriendo en consideraciones que implícitamente apelan al principio de reciprocidad para justificar, en tal apelación, el condicionado de su autorización, tal y como se pone de manifiesto en parte de la Condición ONCE de la Resolución. La limitación a la participación en el capital de ENEL en porcentaje superior al 3% para aquellos accionistas que no sean públicos, constituye una cuestión cuya evaluación corresponde a la Comisión Europea y nunca puede erigirse en argumento para la imposición por un Estado tercero de condiciones que tengan por objeto restringir derechos



Comisión

Nacional

de Energía

económicos amparados por las normas comunitarias. Por su parte la presencia de capital público en el accionariado de ENEL no puede ser considerada contraria a la libertad de circulación de capitales ni a ninguna otra norma del derecho comunitario. La presencia de capital público, en España, está, incluso, prevista y amparada por la Constitución Española (Art. 128.2).

Pero, no sólo es aquí donde la Resolución de la CNE desborda los límites de intervención de la CNE admisible por el Derecho comunitario. Los Organismos Reguladores, y la CNE desde luego, deberían delimitar con suficiente claridad el alcance de sus competencias en relación con la gestión empresarial y más si ese alcance se adentra en la gestión de los órganos societarios sin añadir eficacia alguna a la cuestión que debe ser preservada: la seguridad de abastecimiento. Así por ejemplo, la Condición UNO obliga a al mantenimiento de la marca ENDESA o la Condición DOS al mantenimiento de un ratio financiero (Deuda Financiera Neta/ EBITDA) por debajo de un valor verdaderamente caprichoso: 5,25 (¿por qué no 5,23 o 4,99 o 6,002, por ejemplo?). Ambas cuestiones se encuentran alejadas de tener influencia sobre la seguridad pública española y, por el contrario, sí tienen mucho que ver con la política comercial y la gestión financiera de ENDESA que no deberían quedar restringidas por la CNE sino sólo por una gestión eficiente de la empresa orientada y encauzada por los requerimientos de los mercados.

También la CNE alcanza a condicionar (Condición TRES) las decisiones estratégicas de ENDESA prescribiendo la permanencia obligada de los planes de inversión 2007-2011 de la Sociedad aprobados por sus administradores en 2006. De esta forma, la CNE no alcanza a garantizar más que la pervivencia de los criterios de gestión de los administradores a quienes los actuales accionistas tienen delegada la gestión de ENDESA. Estos planes de inversión, por otra parte, además de no vincular a los administradores que los aprobaron (puesto que ni ellos mismos están obligados a no cambiar sus propias



Comisión

Nacional

de Energía

decisiones), no son otra cosa que simulaciones de futuro tendentes a transmitir a los accionistas y a los mercados la imagen de la dimensión industrial y financiera que (los administradores) desean tenga la empresa en el complejo contexto que los evalúa.

Uno debe suponer, que un cambio en el accionariado de una empresa – que acarrea un profundo cambio en su control – como el que aquí nos ocupa, puede tener alguna consecuencia en la gestión de la empresa sin que ese cambio en nada incomode a los intereses generales que corresponde preservar a la CNE. La CNE no debería perpetuar, a través de las condiciones que impone en su autorización, un modo de gestión u otro, y menos el modo de gestión establecido por unos accionistas para el supuesto de que dejen de serlo. Y la CNE, de alguna manera, es lo que hace al establecer como condición la asunción y realización de los planes de inversión de la empresa a los solicitantes de la autorización. Son otras las condiciones necesarias para preservar todo aquello que pueda tener alguna relación con la seguridad de abastecimiento, y ya están en otras partes de la Resolución aprobada.

En esta misma dirección, la Condición CUATRO, en su punto 2, se inmiscuye en la organización interna de ENDESA al imponerle el mantenimiento (o creación) de una “unidad orgánica” ¿? a la que se le asigne la responsabilidad de la política y gestión de sus activos nucleares. Sinceramente, este Consejero no tiene más remedio que reconocer que carece de opinión sobre si el mejor modo de organizar dentro de una empresa de las características de ENDESA la gestión de los activos nucleares es el que establece como condición la Resolución de la CNE. Incluso, el Consejero que suscribe se atrevería a sugerir algún otro modo de gestión del asunto distinto al antes citado. Pero considera que, además de no ser este el sitio para tales sugerencias, a nadie le importaría lo que al respecto pudiera opinar, pues la seguridad en materia nuclear – motivo de preocupación fundamental para un organismo como la

J.F.



CNE – poco tiene que ver con que en ENDESA existan una o dos (o vaya usted a saber el qué y cómo) “unidades orgánicas” que entiendan del asunto.

Con estas consideraciones sobre el condicionado de la Resolución aprobada, la presente explicación de voto quiere manifestar, en resumen, que la CNE, como órgano regulador, nunca debería interferir o sustituir ningún aspecto de las tareas de gestión que corresponden a los administradores de las empresas, y constatar que algunas condiciones impuestas por la CNE a los solicitantes se inmiscuyen en la gestión empresarial, para interferirla, sin que ello contribuya, además, a preservar ningún interés general legítimo relacionado con las preocupaciones de la CNE. Se trata, en definitiva, de una actitud ineficientemente intervencionista que en opinión de este Consejero no contribuye a preservar los intereses generales y restringe innecesariamente, sin embargo, algunos aspectos de la libertad de gestión de las empresas y, con ello, la eficiencia de su gestión.

Otras condiciones establecidas por la CNE en su Resolución podrían ser completamente ociosas por estar ENDESA ya obligada por los planes públicos o los reglamentos aplicables a sus actividades. Son el caso de las Condiciones CUATRO.1 y CINCO. Por su parte, la Condición SEIS parecería que autoriza a que ENDESA enajene – transcurridos cinco años – “las sociedades gestoras de los activos de transporte, distribución y generación de los sistemas eléctricos extra peninsulares” cuando tal cuestión estará sometida, de todas formas, a una específica autorización por esta CNE – si fuera el caso – con independencia de que, tal y como la propia Resolución establece explícitamente en su Condición DIEZ, pueda dar lugar a la revocación o revisión parcial.

Finalmente, pero sin ánimo exhaustivo, las Condiciones OCHO y NUEVE de la Resolución aprobada establece (prescindiendo del esquema de control

J.F.F.



conjunto planteado en la solicitud) especiales obligaciones -de significado incierto- a uno de los futuros accionistas (ENEL), de las que se derivarían (bajo determinados supuestos) graves consecuencias para ENDESA como podría ser la revocación de sus acuerdos societarios (por imposición indirecta de la CNE) o incluso la misma revocación de la autorización concedida a la OPA. Con independencia de la consistencia jurídica de tales condiciones – sobre las que este Consejero no quiere pronunciarse – los objetivos perseguidos quedan, en opinión de quien suscribe, suficientemente amparados en la Condición DOCE, aunque sea – esta última –, más que una condición, una confirmación de la actitud de supervisión especial que, en relación con ENDESA, mantendrá la CNE sobre la seguridad de abastecimiento energético.

Estas son las razones del voto de abstención, que aquí se explica, y la presentación de una propuesta alternativa cuyo sentido no fue otro que el apoyo a la Resolución propuesta por el Consejero Ponente pero limpia de cuestiones que están fuera de lugar – por ser ajenas a las funciones de la CNE – o superfluas o inconvenientes para la finalidad perseguida.

A continuación se transcribe la propuesta de ACUERDA que fue presentada – sin éxito – por el Consejero que suscribe y que ilustra la posición mantenida en el debate de la Resolución.

“ACUERDA

Otorgar la autorización solicitada por ACCIONA, S.A., y ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l., para la adquisición de las acciones de ENDESA, S.A., que resulten de la liquidación de la OPA, tanto por ACCIONA, S.A., (que podrá alcanzar hasta un 25,01 por ciento) como por ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l. (que eventualmente podría llegar hasta el 74,99 por ciento)

J.F.



Cualquier otro negocio jurídico, derivado o no del Acuerdo sobre Acciones de ENDESA suscrito entre el Grupo ENEL (ENEL) y el Grupo ACCIONA (ACCIONA), el 26 de marzo de 2007, que, por recaer sobre las acciones de ENDESA, S.A. o directamente sobre los activos del Grupo ENDESA (ENDESA), precise la autorización previa de la CNE, con arreglo a la función decimocuarta de la Disposición Adicional undécima, tercero, 1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, deberá ser sometido a un nuevo procedimiento autorizador en los términos previstos en la antedicha función.

La presente autorización está sujeta a las siguientes condiciones:

UNO.- *ACCIONA y ENEL mantendrán ENDESA S.A. como empresa autónoma, con plena responsabilidad operativa en el cumplimiento de su plan de negocio, y sociedad cabecera de su grupo con su domicilio social en España, al igual que su centro efectivo de dirección y de decisión.*

DOS.- *ACCIONA y ENEL asumirán y realizarán, a través del control que ejercen sobre ENDESA todas las inversiones en actividades reguladas de gas y electricidad, tanto de transporte como de distribución, así como las inversiones comprometidas por ENDESA en activos estratégicos de ambos sectores (según están definidos en la función decimocuarta de la Disposición Adicional undécima, tercero, 1, de la Ley 34/1998), contempladas en: (1) en el documento Planificación de los sectores de gas y de electricidad. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2012, aprobado por el Consejo de Ministros y sometido al Parlamento, así como en (2) el Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura de la CNE.*

Asimismo, ACCIONA y ENEL cumplirán los plazos de realización de las infraestructuras previstos en los documentos anteriormente mencionados.



La presente obligación se entiende sin perjuicio de la posible adaptación, debidamente justificada, de los planes de inversión de ENDESA a circunstancias excepcionales que pudieran darse en el sector, como alteraciones en la demanda energética o en las condiciones regulatorias.

Los recursos generados por ENDESA atenderán con carácter prioritario a la financiación y ejecución de los planes anteriores. Durante el periodo 2007-2012, las sociedades de ENDESA que desarrollen actividades reguladas o cuenten con activos estratégicos en España sólo podrán repartir dividendos cuando los recursos generados por ellas (definidos como flujo de caja o suma de beneficio neto del ejercicio y amortizaciones) sean suficientes para atender tanto sus compromisos de inversión, como el servicio de la deuda financiera y los correspondientes gastos financieros.

Para facilitar el control y seguimiento de los compromisos de inversión en distribución, ACCIONA y ENEL presentarán a la Comisión Nacional de Energía, en el plazo de tres meses desde la eventual toma de control de ENDESA, el citado plan de inversión en actividades reguladas en el que se detallen las inversiones en distribución por zonas o comarcas así como su programación temporal. Para el sector del gas, el plan de inversiones distinguirá entre instalaciones en alta y baja presión. En las inversiones en alta presión el plan incluirá el detalle de instalaciones concretas y precisará los activos que sean financiados por la propia empresa y aquéllos cuya financiación recaiga sobre los usuarios. Para el sector eléctrico, el plan de inversiones distinguirá entre instalaciones de alta y baja tensión. En las inversiones en alta tensión, el plan incluirá el detalle de instalaciones concretas y precisará los activos que sean financiados por la propia empresa y aquellos cuya financiación recaiga sobre los usuarios.

J.F.



ACCIONA y ENEL remitirán anualmente a la Comisión Nacional de Energía, con anterioridad al 1 de abril de cada año, información sobre las inversiones efectivamente realizadas, desglosadas por Comunidades Autónomas, dando cuenta del grado de cumplimiento de los compromisos de inversión.

TRES.- *Dadas las especiales características que presentan los activos nucleares en relación con la seguridad pública, ACCIONA y ENEL, en el ejercicio de su control sobre ENDESA, tendrán que asumir y mantener las obligaciones y reglamentaciones vigentes sobre energía nuclear y, en concreto, el cumplimiento de todos aquellos códigos y acuerdos con el resto de los socios en la gestión de centrales nucleares en relación con la seguridad y el aprovisionamiento de uranio.*

CUATRO.- *En relación a los contratos de aprovisionamiento de combustibles de ENDESA se observarán las siguientes obligaciones:*

- 1. El centro de gestión y operación de todos los contratos de aprovisionamiento de combustibles de ENDESA se mantendrá con gestión autónoma e independiente como parte integrante de la estructura de ENDESA.*
- 2. Se mantendrá la titularidad de ENDESA sobre los contratos actuales y futuros para cubrir la demanda de combustibles, aun cuando dichos contratos puedan negociarse de forma conjunta con otros contratos dentro de una cartera mayor. Además, salvo casos debidamente justificados, los contratos de ENDESA: (1) si la negociación se hiciera conjuntamente con la de otros contratos propios de las empresas solicitantes o de sus participadas, no incluirán estipulaciones desfavorables en relación con la estructura y condiciones negociadas para los otros contratos de dicha cartera, sin perjuicio de posibles adaptaciones al funcionamiento de los mercados de destino; (2) no*

V.F.



establecerán cláusulas que prevean circunstancias particulares para el caso de cambio de control de las partes; y (3) contemplarán, preferentemente, una relación directa contractual y de suministro con el proveedor, ajeno a las compañías solicitantes, con el que se negocie el contrato.

- 3. ACCIONA y ENEL deberán garantizar el aprovisionamiento de gas natural al mercado español, al menos, con las cantidades anuales previstas por ENDESA en sus planes 2007-2011. La presente obligación se entiende sin perjuicio de la posible adaptación, debidamente justificada, de los planes de ENDESA.*
- 4. ACCIONA y ENEL promoverán que ENDESA elabore un informe anual sobre sus políticas de aprovisionamiento, con especial referencia a los aspectos relacionados con la seguridad de suministro y los aspectos mencionados en el punto 2 anterior. Dicho informe se elevará al Consejo de Administración de ENDESA para su examen y aprobación. Asimismo, será remitido a la CNE. A su vez, ENEL y ACCIONA elaborarán para cada una de ellas, y remitirán a la CNE, un informe equivalente de carácter complementario al anterior que atienda especialmente al tratamiento relativo que se dispense a ENDESA respecto al resto de compras de aprovisionamiento de las solicitantes. Los primeros informes se presentarán antes de 120 días contados desde la toma de control de ENDESA. Esta Comisión, cuando lo considere necesario, podrá requerirles aclaraciones o información adicional.*

CINCO.- *Con carácter anual, y, en todo caso, a petición de la CNE, el Consejo de Administración de ENDESA y/o el de la Sociedad Holding presentarán un informe detallado ante esta Comisión explicando su estrategia corporativa a corto, medio y largo plazo en aspectos que afecten al interés general o a la seguridad pública españoles. Tendrán la consideración de aspectos de la*

J.F.



estrategia corporativa que afectan a dichos intereses aquellos relativos a los activos estratégicos, actividades reguladas y otras actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, definidas en la función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, tercero, 1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre. El primer informe se presentará antes de 90 días contados desde la toma de control de ENDESA-

SEIS.- *La CNE podrá proceder a la revocación de la presente autorización, incluida la revocación parcial consistente en una modificación de las condiciones, previa la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en los siguientes casos:*

- *En supuestos de especial gravedad para el interés general o la seguridad pública españoles derivados de los riesgos inherentes a la operación objeto de la presente autorización.*
- *Si se afectasen de forma sustancial las características de ENDESA señaladas en la condición UNO anterior así como su configuración actual, o se alterase la estructura de control de ENDESA planteada en la solicitud, en relación con la cual se han valorado los riesgos de la operación.*

En los casos de revocación, iniciado el procedimiento, esta Comisión podrá acordar la suspensión provisional del ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las acciones de ENDESA, S.A. que hubieran sido adquiridas como consecuencia de las operaciones de adquisición objeto de la presente autorización por la sociedad o sociedades de que se trate.

En supuestos de revocación total de la autorización, ésta comportará la obligación de transmitir las acciones de ENDESA, S.A. que hubieran sido adquiridas como consecuencia de las operaciones de adquisición objeto de la presente autorización, en un plazo de seis meses, para lo cual deberán

J.F.



obtenerse las autorizaciones que resulten preceptivas. Durante ese tiempo, y hasta que se culmine la transmisión de las acciones de ENDESA, S.A., subsistirá la suspensión de los derechos de voto de las acciones de la compañía que estén pendientes de transmisión. En todo caso, el órgano de administración de ENDESA limitará su actuación a la gestión ordinaria de la compañía, absteniéndose de realizar o concertar cualquier operación que no sea propia de la actividad ordinaria de la empresa.

SIETE.- *La CNE podrá dirigirse al Gobierno, a fin de que éste, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 54/1997, de 27 de Noviembre, y el artículo 101 de la Ley 34/1998 de 7 de Octubre, y con el objeto de garantizar el suministro energético en las situaciones de emergencia relativas a la escasez o riesgo cierto en la prestación del mismo, así como en el supuesto de desabastecimiento de alguna o algunas fuentes de energía primaria, adopte las medidas descritas en las citadas disposiciones.*

Contra la presente Resolución, podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima, Tercero, 5, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la presente notificación.”

Madrid, 9 de julio de 2007

Jorge Fabra Utray