



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA DOÑA CARMEN FERNÁNDEZ ROZADO A LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA DE FECHA 4 DE JULIO DE 2007 SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE ACCIONA, S.A. Y ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l., DE FECHA 3 DE MAYO DE 2007, 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

La Consejera que suscribe discrepa del Voto Mayoritario que ha dado lugar a la Resolución de esta Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE) de fecha 4 de julio de 2007 sobre la solicitud de ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l. (en adelante ENEL) y de ACCIONA, S.A. (en adelante ACCIONA) y, por ello, procede a poner de manifiesto que su disconformidad con el contenido de la misma radica en el hecho de considerar que el Acuerdo adoptado, sujeto a una serie de condiciones ex post, no elimina los riesgos reales que acompañan a la operación y que se exponen de forma rigurosa y exhaustiva a lo largo de todo el Informe de los Servicios Técnicos de la CNE y que, por lo tanto, el condicionado impuesto no resulta en modo alguno suficiente para preservar el gran problema que presenta esta operación, viéndose afectados, fundamentalmente, la seguridad del suministro y los principios básicos que rigen los mercados energéticos en España.

Papel de ENDESA en el panorama energético español

La importancia de la empresa objeto de la OPA para la seguridad y garantía de suministro en el sector de la electricidad es un hecho sobre el que no cabe ninguna duda.

En este sentido es clara la importancia que tiene el Grupo ENDESA en generación eléctrica (28% en 2006 y pivotal en el 58,6% de los días en 2005) - en

especial en la de origen nuclear y en la producida con carbón autóctono -, en distribución y en regímenes extrapeninsulares.

A pesar de que en el sector del gas natural las cuotas de ENDESA son menos significativas, tiene participación en MEDGAZ (12%), SAGGAS (20%), REGANOSA (21%), COMPAÑÍA TRANSPORTISTA DE GAS DE CANARIAS (45%), así como una participación importante en la distribución y en el suministro de gas.

Parece interesante destacar que en un país como España, con recursos energéticos autóctonos poco relevantes, tienen gran importancia algunos objetivos de política energética como el fomento de las fuentes energéticas autóctonas y también la adecuada diversificación de las fuentes de suministro. En este sentido, ENDESA ha tenido un papel de especial trascendencia ya que ha producido el 42% de la electricidad con carbón autóctono, el 42% de la hidráulica y el 42% de la energía nuclear del país. Por lo que cualquier operación que afecte a la titularidad de dicha empresa tiene un impacto extraordinariamente significativo sobre el sector energético español.

Elementos diferenciadores de esta operación con otras autorizadas por la CNE

Al margen de otras consideraciones, la operación propuesta, frente a otras analizadas por la CNE, presenta una serie de elementos diferenciadores por la relevancia y las implicaciones futuras que puede tener sobre la configuración del sector energético español. Las principales características diferenciadoras son:

En primer lugar, se trata de una operación cuyo objetivo final es adquirir el cien por cien de ENDESA por parte de ACCIONA y ENEL en dos fases: una primera, que consistió en una toma de participación inicial no mayoritaria tanto por parte de ACCIONA como por la de ENEL (21,04% y 24,99%, respectivamente) y una



segunda, a través de la formulación de una OPA por parte de las referidas empresas de manera conjunta y mancomunada en base al Acuerdo suscrito entre ellas sobre el cien por cien de las acciones de ENDESA. En función del grado de aceptación de la referida OPA, ENEL podría llegar a alcanzar el control de ENDESA con una participación de hasta el 74,990 por ciento en el capital social de la misma.

En segundo lugar, es la primera vez, en el mercado energético español, que dos compañías se aúnan para formular una Oferta Pública de Acciones, conjunta y mancomunada, por el cien por cien de una tercera empresa, para lo que se articula un complejo Acuerdo sobre Acciones de ENDESA, que tiene por objeto desarrollar un proyecto de gestión compartida de ENDESA.

En tercer lugar, una de las empresas que formula la OPA - ENEL - se encuentra controlada por el Gobierno italiano, ejerciendo una influencia significativa en defensa de los intereses de dicho Estado.

El control de ENEL por el Estado italiano

En la actualidad, el Ministerio de Economía y Finanzas italiano tiene una participación del 21,1 por ciento en ENEL. Además, la Cassa Depositi e Prestito, entidad participada en un 70% por el Ministerio de Economía y Finanzas, tiene también el 10,2 por ciento del capital de ENEL, por lo cual el Ministerio de Economía y Finanzas es el mayor accionista de ENEL ya que, de acuerdo con sus Estatutos, ningún otro accionista posee más del 2% de su capital social.

Cabe destacar también los poderes especiales que el Ministerio de Economía y Finanzas posee sobre diversos aspectos, independientemente de su participación, para el caso de que considere que las decisiones tomadas puedan ser perjudiciales para los intereses nacionales italianos. En este sentido, puede mostrar su oposición sobre adquisiciones relevantes de acciones (iguales o superiores al 3%) y sobre



acuerdos relevantes entre accionistas. Adicionalmente tiene poder de veto sobre: cambios relevantes en la estructura y objeto social de ENEL y en los poderes especiales, entre otros: cambios que impliquen disolver, fusionar, transmitir o escindir ENEL, transferir el domicilio social al extranjero, cambiar el objeto social de la compañía o modificar los Estatutos de modo que queden modificados los poderes del Ministerio.

Por otra parte, seis de los nueve miembros del Consejo de Administración de ENEL, incluidos el Presidente y el Consejero Delegado, han sido designados a partir de las listas presentadas por el Ministerio de Economía y Finanzas. Cabe señalar que este Consejo de Administración es responsable de la gestión de la compañía, así como de la fijación de sus políticas estratégicas y organizativas, teniendo delegadas en el Consejero Delegado y en el Presidente la mayor parte de las decisiones que afectan a la gestión.

Por lo tanto, y en base a todo lo anteriormente expuesto, es evidente que el Gobierno italiano tiene una influencia decisiva sobre ENEL, por lo que, en el caso de que triunfe la OPA, podrá tener igualmente una influencia decisiva sobre ENDESA y, como consecuencia, también la tendrá sobre el sector energético español.

Procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea que tienen por objeto disposiciones italianas que afectan a ENEL

Tal y como señala el Informe de los Servicios Técnicos de la CNE, debe de ponerse de manifiesto *“la incompatibilidad del Gobierno Corporativo de ENEL con las normas de Derecho Comunitario en materia de libre circulación de capitales”*.

A este respecto cabe indicar que la Comisión Europea ha abiertos diversos procedimientos de infracción contra disposiciones italianas que afectan a ENEL.



Éstas son: Ley 474/1994, Ley 350/2003, de 24 de Diciembre, que modifica la Ley 474/1994 y Ley 301/2001.

En relación con la Ley 474/1994, su artículo 2 establece que *“el Presidente del Consejo de Ministros determinará por Decreto qué compañías controladas directa o indirectamente por el Estado, y que operan en los sectores de defensa, transporte, telecomunicaciones, energía y otros sectores públicos, han de recoger en sus Estatutos, por decisión adoptada en junta de accionistas extraordinaria antes de la adopción de cualquier medida que resulte en la pérdida de control, una disposición que confiera al Ministro de Economía y Finanzas poderes especiales”*.

A este respecto, el Tribunal de Justicia (TJCE), por Sentencia de 23 de Mayo de 2000, ha declarado que *la República italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52, 59 del Tratado CE (ahora artículos 43 y 49) y el artículo 73 B del Tratado (ahora 56)*.

En relación con la Ley 350/2003, que modificó el régimen de autorización previo (Ley 474/1994), considerado incompatible con el Derecho Comunitario por el TJCE en la referida Sentencia de Mayo de 2000 por un derecho menos restrictivo de oposición, cabe indicar que la Comisión Europea ha considerado insuficiente la modificación de la legislación italiana y, por ello, ha presentado una denuncia ante el TJCE que en la actualidad se encuentra pendiente de sentencia.

Adicionalmente, en lo que respecta a la Ley 301/2001, el TJCE, en Sentencia de 2 de Junio de 2005, declara que: *“Italia ha incumplido sus obligaciones en materia de libre circulación de capitales, puesto que la suspensión de los derechos de voto impide la participación de los inversores en la gestión y control de las empresas italianas que operan en los sectores de electricidad y gas, sin que afecte a tal consideración el hecho de que la medida sólo afecte a las empresas públicas que tienen una posición dominante en sus mercados domésticos”*.

Con fecha de 12 de Octubre de 2006 la Comisión Europea ha emitido una Nota de Prensa en la que señala que Italia ha adoptado el Decreto-Ley 81/2005 de 14 de Mayo por el que se modifica la norma antes referida y objeto de la sentencia aludida, razón por la cual se dirige de nuevo al Estado italiano requiriéndole para que proceda a la ejecución de dicha sentencia.

En conclusión, la Consejera que formula este Voto Particular está de acuerdo con la Resolución de la CNE en cuanto que *“La gestión de ENDESA no puede quedar albur del ejercicio discrecional de poderes especiales destinados a defender intereses vitales del Gobierno italiano bajo los cuales no ha de atenderse necesariamente a los objetivos de la garantía de suministro en España, de lo que se deduce que el mantenimiento de tales poderes así como el mantenimiento de las cláusulas de los estatutos de ENEL, que incumplen flagrantemente el Derecho comunitario, no pueden mantenerse sin vulnerar el objetivo de protección del interés general y de garantía de suministro”*.

En este mismo sentido, la Consejera que suscribe no se opone al control de ENDESA por ENEL porque ésta sea una empresa pública ni porque sea un país miembro de la Unión Europea, sino porque se extiendan a España la vigencia de los poderes especiales señalados anteriormente mediante la adquisición y control de la empresa energética más grande de España, perturbando el correcto funcionamiento de los mercados energéticos. En consecuencia, el problema de fondo de esta operación no puede resolverse con condiciones ex post; únicamente se resolvería si el Gobierno italiano renunciase a los poderes especiales que tiene sobre ENEL y se comportase con criterios puramente mercantiles.



La situación de control conjunto sobre ENDESA y sus consecuencias sobre la seguridad de suministro

Es necesario examinar las consecuencias que pueden derivarse de una posición de control conjunta de ACCIONA y ENEL sobre ENDESA y que se resumen en las siguientes:

- El cambio al control conjunto de ENDESA va a traer consigo la pérdida de independencia de la misma, convirtiéndose en una filial de los dos grupos, en lugar de ser una sociedad independiente como lo es en estos momentos.
- La necesidad de conjugar los intereses de tres sociedades: los propios de la empresa opada y los de las dos matrices ACCIONA y ENEL.

Como ya se puso de manifiesto en la Resolución de la CNE – EON / ENDESA, también en esta operación se producirá:

- La pérdida de independencia de los órganos sociales de ENDESA.
- La posible aparición de conflictos de intereses entre cada uno de los grupos y los de la sociedad que va a ser controlada.
- La eventual pérdida de autonomía patrimonial de ENDESA por los riesgos inherentes a la operación: política de recursos, derechos, bienes y también cargas, deudas y obligaciones entre las sociedades del grupo.

Por otro lado, este conflicto de intereses al que se acaba de hacer referencia se intensifica en esta situación de control conjunto debido a que intervienen dos grupos de sociedades y cada uno de ellos tenderá a incrementar el valor de su

respectivo grupo. Por ejemplo, maximizar los dividendos en el corto – medio plazo (tal y como está pactado en el Acuerdo), poner en marcha políticas de transferencia de rentas u otros recursos, etc.

Todo ello tiene consecuencias muy graves desde el punto de vista de los intereses generales y de la seguridad de suministro en España, dado que ENEL será la que adopte el papel protagonista en relación a la gestión de ENDESA. En este punto cabe recalcar nuevamente el importante papel que ENDESA tiene en el sector energético español y las evidentes distorsiones que la participación pública genera en una compañía como ENEL ya que las decisiones estarán influidas, además, por los intereses energéticos nacionales italianos.

Por último, no podemos dejar de reseñar que la finalidad de la Función 14 es velar por los intereses generales de la política energética española y, en especial, por la seguridad pública en los procesos de control empresarial.

La peculiaridad española de ausencia de interconexiones con el resto de la Comunidad Europea produce un aislamiento físico que hace que no sea posible beneficiarse del mercado interior y de los mecanismos de solidaridad europea.

Es por todas estas razones por la que la seguridad de suministro, en el caso de la electricidad y del gas natural, es una responsabilidad exclusivamente “española”.

Otras consideraciones

Frente a todas las anteriores consideraciones y a los riesgos de la operación, la CNE, por voto mayoritario de cuatro de sus miembros, aprueba la operación



sujeta a doce condiciones, dos de las cuales permiten revocar la autorización o las condiciones, respectivamente.

Llama especialmente la atención que la CNE, en su condición décima, establezca que en supuestos de incumplimiento o de especial gravedad pueda revocar la autorización concedida.

El hecho de que esta condición se haga figurar en el Acuerdo de la Resolución revela la existencia de riesgos inherentes a la operación, siendo necesario considerar dos aspectos diferenciados:

Uno, primero, la vaguedad de la condición diez, en la que no se realiza un análisis de los supuestos de especial gravedad derivados de los riesgos inherentes a la operación objeto de la autorización.

Y uno, segundo, de seguridad jurídica, derivado del anterior, al quedar la revocación a expensas de criterios indefinidos, poniendo en situación de riesgo no sólo el interés general por el que la CNE debe de velar, sino los intereses particulares de terceros, que harán en el futuro inviable la aplicación de esta condición.

Por último, aunque la Resolución única y exclusivamente autoriza la adquisición de las acciones de ENDESA que resulten de la liquidación de la OPA tanto por ACCIONA como por ENEL y no se manifiesta sobre la ejecución de los mecanismos de control conjunto en los términos del Acuerdo pactado sobre Acciones de ENDESA, no puedo dejar de referirme al elevado riesgo que el plan de desinversiones previstas en una segunda fase afectará de forma negativa a la política energética española debido a la desaparición del componente europeo que actualmente tiene ENDESA, cuya construcción costó tantos esfuerzos y es parte de la seguridad energética española. A este respecto, señalar que no se está haciendo



referencia al criterio de reciprocidad sino que los agentes que participan en el mercado español deben de contribuir a la seguridad energética del país, basando sus estrategias en criterios meramente empresariales y no en otro tipo de consideraciones.

Madrid, a nueve de Julio de dos mil siete

La Consejera

~~María del Carmen Fernández Rozado~~