

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL CONSEJERO D. JORGE FABRA UTRAY EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DE LA CNE EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE E.ON 12 PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES EN EL GRUPO VIESGO

El Consejero que suscribe la presente explicación de voto considera que la resolución aprobada por el Consejo de Administración autorizando sin condiciones la solicitud de E.ON 12 para la adquisición del Grupo VIESGO, contraviene los principios de la regulación eléctrica española y los criterios regulatorios de la C.E.

El Estado español, en el proceso de liberalización del sector eléctrico ha optado por un modelo de mercado donde las actividades de generación y suministro se encuentran completamente separadas de la explotación de la red. Así lo han establecido todas las leyes sobre la materia desde 1985 y en particular la vigente Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Por su parte, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad establece de manera rotunda la incompatibilidad entre las actividades de operación de sistemas eléctricos y de generación y suministro aunque estas se realicen en distintos estados miembros de la U.E.

La regulación eléctrica en España reconoce que la integración en un mismo grupo empresarial de actividades de generación y de operación del sistema (gestión de la red de transporte) conlleva un conflicto potencial de intereses, especialmente en presencia de una pluralidad de generadores pertenecientes a distintos propietarios conectados a un mismo sistema generación-transporte. Por esta razón, la regulación española no sólo incompatibiliza la responsabilidad de la operación del sistema con la de generación y suministro,



sino que además establece la limitación de la participación directa o indirecta a un máximo del 1% en el capital social del Operador del Sistema (Gestor de la Red de Transporte) para aquellos sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico distintas del transporte y para aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de estos con una cuota superior al 5%,¹.

E.ON Energie, sociedad cabecera de la unidad de negocio "Europa Central" de E.ON, controla el 100% de varias empresas (filiales) que son propietarias y gestoras de actividades de generación, transporte y distribución/venta de electricidad. Entre ellas, E.ON Netz es propietaria y responsable del transporte de electricidad y de la operación del sistema. La red de transporte que esta empresa opera cubre una superficie de 200.000 km² que se extiende de norte a sur, desde Dinamarca a Austria, con interconexiones internacionales con Austria, Dinamarca, Holanda, Polonia y la República Checa. E.ON Netz, además de actuar como operador de este sistema de generación-transporte, proporciona también los correspondientes servicios de regulación primaria y secundaria, de balance generación-demanda y de gestión de restricciones técnicas del sistema.

La resolución de autorización aprobada por la CNE implica que los activos de generación de VIESGO pasarán a gestionarse dentro de una sociedad que ejerce, a través de una de sus filiales, las funciones de operador de un sistema de transporte de electricidad parte integrante del sistema de transporte europeo. Esta situación se compadece muy mal con la filosofía que ilustra la regulación eléctrica española antes mencionada.

¹ Artículo 34 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, según redacción modificada por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.



Comisión

Nacional

de Energía

Si E.ON adquiere VIESGO, la estrategia de gestión de sus activos de generación pasará a ser establecida por el centro corporativo del grupo. Adicionalmente, teniendo en cuenta el amplio nivel de interconexión de la red regional de E.ON Netz con la red de transporte europea, y el hecho de que, en el medio-largo plazo la red española tendrá previsiblemente un mayor nivel de interconexión con la europea, la adquisición propuesta implicaría que un importante operador de un sistema eléctrico comunitario sería propietario de activos de generación situados en varios países europeos, con distintas regulaciones pero conectados a la misma red, o, lo que es lo mismo, una empresa española estaría vinculada a la operación del sistema de una parte del sistema eléctrico europeo en el marco del mercado interior emergente. La unión de estas dos circunstancias implica, conceptualmente, la existencia de una fuente de conflicto entre el Sistema Eléctrico Español y VIESGO, cuyos intereses, como filial del grupo E.ON, se identificarán con el objetivo prioritario de satisfacer intereses legítimos pero extraños a los generales del Sistema Eléctrico Español.

Todas estas consideraciones ya fueron expuestas de manera más extensa por este Consejero en su explicación de voto emitido en relación con la resolución de la CNE en el expediente sobre la solicitud de autorización de la OPA de E.ON sobre ENDESA, y por tanto en ese documento se encontrará un mayor desarrollo de los argumentos hasta aquí considerados.

Por otra parte, desde aquel posicionamiento, realizado en julio de 2006, a la fecha actual, tanto la legislación española como la europea han avanzado en un camino que esta autorización puede comprometer.



La Ley 17/2007², de 4 de julio, modificó el artículo 35 de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del Sistema Eléctrico estableciendo en el apartado 2 que: ...*“el gestor de la red de transporte actuará como transportista único desarrollando la actividad en régimen de exclusividad en los términos establecidos en la presente Ley.”* Por tanto a las incompatibilidades entre, por una parte, los agentes de generación, distribución y comercialización del sistema eléctrico y, por otra parte, el gestor del sistema, se agregan ahora las incompatibilidades con la actividad de transporte.

Asimismo, en opinión de este Consejero, la resolución de la CNE debe considerarse un paso atrás en el camino emprendido por la Comisión Europea con su propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

La propuesta de Directiva de la Comisión Europea, que viene a confirmar que la ausencia de una regulación común entre los estados miembros está provocando inconvenientes en el buen funcionamiento del mercado (cuestión subrayada por este Consejero en la explicación de voto citada), realiza, en su exposición de motivos, la siguiente reflexión que oportunamente se transcribe:

“...la actual legislación europea exige que la explotación de la red esté separada jurídica y funcionalmente de las actividades de suministro y generación. Los Estados miembros han dado cumplimiento a esta obligación aplicando diferentes estructuras organizativas. Varios de ellos han creado una empresa completamente separada para la explotación de

² La Ley 17/2007, de 4 de julio, modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en 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.

la red, mientras que otros han establecido una entidad jurídica dentro de una empresa integrada...la experiencia ha mostrado que cuando un gestor de la red de transporte es una entidad jurídica dentro de una empresa integrada, surgen problemas.”

A continuación, la exposición de motivos menciona los conflictos de intereses presentes con la integración de la generación, el transporte y la operación del sistema, parte de los cuales se desarrollan en este voto particular, y concluye que es necesaria una separación más efectiva de los gestores de redes de transporte. El apartado 1.3 *Aspectos relativos a los terceros países*, de la exposición de motivos, resulta extremadamente clarificador sobre cómo debe analizarse el caso de empresas operando en distintos Estados miembros.

“La presente propuesta obliga a la separación efectiva entre, por una parte los gestores de redes de transporte y, por otra parte, las actividades de suministro o producción, no sólo al nivel nacional sino al de toda la UE. Ello implica, en particular, que ninguna empresa de suministro o producción que opere en la UE puede poseer o explotar una red de transporte en ningún Estado miembro comunitario.”

La separación efectiva entre actividades de producción y suministro y explotación de la red se establece mediante el Artículo 8 de la Directiva, citado, en lo que aquí interesa, a continuación:

«Artículo 8. Separación de las redes de transporte y de los gestores de redes de transporte

1. Los Estados miembros garantizarán que, a partir de [fecha de transposición más un año]:

a) toda empresa propietaria de una red de transporte actúe como gestor de la red de transporte;



b) la misma persona o personas no tengan derecho:

i) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, ni a ejercer control, de manera directa o indirecta, o poseer intereses o a ejercer derechos en un gestor de red de transporte o en una red de transporte, o

ii) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte y a ejercer control, de manera directa o indirecta, o poseer intereses o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro;

c) la misma persona o personas no tengan derecho a nombrar a los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, de un gestor de red de transporte o una red de transporte, y, directa o indirectamente, ejercer control, poseer intereses o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro;

d) la misma persona o personas no tengan derecho a ser miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, a la vez de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro y de un gestor de red de transporte o una red de transporte.

2. Los intereses y derechos indicados en el apartado 1, letra b), incluirán, en particular:

(a) la propiedad de parte del capital o de los activos de la empresa, o

(b) la facultad de ejercer derechos de voto,

(c) la facultad de designar a miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o

(d) el derecho a percibir dividendos u otras formas de participación en los beneficios.

Por consiguiente, los argumentos desarrollados por este Consejero en la solicitud de autorización de E.ON para la adquisición del capital social de



Comisión

Nacional

de Energía

ENDESA, calificados entonces, como “forzados”, resultan ahora coincidentes con la posición de la C.E contenida en su propuesta de Directiva comunitaria. Merece la ocasión traer al cabo algunas ideas allí desarrolladas:

“La red de transporte española es una fracción de la red eléctrica europea, a la que está conectada a través de las interconexiones pirenaicas. La limitada capacidad de las interconexiones restringe la circulación de la electricidad pero no impide la sincronización de la frecuencia del sistema español con la frecuencia del resto de la red europea ni la asignación a la interconexión de una imprescindible cuota de la reserva instantánea del sistema. Ello proporciona mayor robustez a la red de muy alta tensión española y, en consecuencia, mayor fiabilidad al suministro de electricidad. Efectivamente, ante oscilaciones de frecuencia que pudieran presentarse en el sistema eléctrico español, el sistema eléctrico europeo acudiría en apoyo de la estabilidad del Sistema Eléctrico Español. Esta vinculación de la fiabilidad y continuidad del suministro con los apoyos de otros sistemas eléctricos, a través de las interconexiones, es la mejor evidencia de que la red europea debe ser contemplada como una unidad sin solución de continuidad, que presta un servicio en el que los atributos de la calidad y continuidad del suministro está íntimamente relacionados con la pertenencia a esa red eléctrica europea única. En este sentido, todos los requisitos e imposiciones que operan en el sistema eléctrico español debieran extenderse, por extensión interpretativa de la normativa energética española, al resto de contexto geográfico europeo interconectado.

Por traer al caso ejemplos que se visualizan con mayor facilidad por su cercanía geográfica cabría preguntarse si tiene sentido, en la construcción el Mercado Ibérico o del Sudoeste de Europa, que se permitiera a una empresa española, cuya presencia en el Operador del Sistema español ha sido limitada al 1%, tomar una participación relevante en el Operador del Sistema portugués o en el Operador del Sistema francés. Se trataría sin duda de una contradicción regulatoria que vaciaría de contenido los criterios normativos y regulatorios que aconsejan no sólo la completa separación jurídica sino también la incompatibilidad de la presencia de los generadores en el capital del Operador del Sistema español. Naturalmente, este razonamiento cabe ser hecho también en relación con cualquier generador español que obtuviera –de un modo u otras– posiciones societarias en un operador del Sistema Europeo más alejado geográficamente –aunque no tanto eléctricamente, tal sería el caso del Sistema de generación-transporte propiedad de E.ON a través de E.ON



NETZ- (a pesar de las congestiones existentes en las interconexiones internacionales existe un flujo, que aunque restringido, opera sobre los mercados y sobre la gestión de la seguridad).

Este planteamiento interpretativo de la regulación española sobre la materia, orientado, como se ha reiterado, hacia la gestión eficaz y segura de los equilibrios del sistema –y por consiguiente, de la garantía de suministro- contiene una consistencia indudable analizada desde los planteamientos y prioridades del “Libro verde” impulsor de esquemas futuros en los cuales podrá operar un mercado interior de la electricidad pleno en el que estarán presentes todos los generadores y en los que los operadores de los sistemas gestionarán las interconexiones y serán garantes de la fiabilidad del suministro.”

En resumen, la posición de este Consejero no es contraria a la adquisición de Viesgo por E.ON, sino a su autorización sin condiciones. La legislación española no permite que una empresa española que ejerza actividades de generación de energía eléctrica (Electra de Viesgo, en este caso) ejerza también, de modo directo o indirecto, actividades relacionadas con la Operación de un Sistema de Generación-Transporte (EON es operador de uno de los mayores sistemas de Generación-Transporte de la Unión Europea).

Podrá argüirse que esa limitación legal se refiere sólo a la Operación del Sistema de Generación Transporte del Sistema Eléctrico Español, pero -en contra de ese tipo de argumentos- considero que la limitación legal debe ser interpretada de manera extensiva a toda "Operación" de sistemas eléctricos interconectados a la red eléctrica europea a la que está interconectado nuestro sistema. Esta interpretación, que contempla el ejercicio de la potestad regulatoria en su pleno sentido, no responde a una posición personal o aislada. Es una posición también compartida por la Comisión de la Unión Europea, como ha puesto de manifiesto de manera rotunda en las propuestas de su "Tercer paquete legislativo" en la que se predica la completa incompatibilidad



entre Generación y Operación del Sistema aunque esas actividades sean ejercidas -una u otra-en distintos países de la Unión.

De este modo, no merece cuestionamiento alguno afirmar que la adquisición de VIESGO por parte de E.ON violenta tanto el principio de separación efectiva de la regulación española como los criterios contenidos en la propuesta de la Comisión Europea. Estas son las razones que justifican el voto particular de este Consejero a la autorización sin condiciones acordada por el Consejo de Administración de la CNE.

Sin embargo, no es esta la única objeción de este Consejero. Las obligaciones de servicio público que el Gobierno de la República Federal Alemana tiene impuestas a EON en relación con la seguridad pública en materia de abastecimiento energético -único fundamento en el que puede asentarse la existencia y continuidad corporativa del complejo EON-RhurGas- inhabilitan a Viesgo (empresa energética española con una cuota de mercado no insignificante) para quedar bajo control de E.ON por resultar, tal circunstancia, inconveniente para el ejercicio de las responsabilidades constitucionales del Estado Español en materia de abastecimiento energético. Es cierto que al respecto, el Reglamento Europeo de Concentraciones se refiere a una "amenaza grave" sobre la seguridad pública (en materia de suministro energético) y si bien esta era una cuestión que se presentaba de manera obvia en el caso de ENDESA, por ser la principal empresa energética española, no se presenta de igual modo en el caso de Viesgo (de mucha menor dimensión en todos los sentidos) pero sí desde una perspectiva conceptual equivalente.

En este punto quiero señalar que si bien esta última objeción -que no la primera referida a la integración vertical- pudiera serle hecha también a ENEL, actual propietaria de Viesgo, por la participación determinante del Estado Italiano en



su Capital, el Derecho comunitario impide cualquier consideración al respecto por ser neutral en relación con la naturaleza privada o pública de la propiedad de los capitales societarios y por no ser explícita la imposición a ENEL por el Gobierno Italiano de ninguna condición de servicio público de igual alcance.

En fin, la posición de este Consejero en relación con la solicitud de E.ON para la adquisición de Electra de Viesgo es, como no puede ser de otro modo, consistente con la posición que ya mantuvo con motivo de la OPA de E.ON sobre ENDESA, si bien, en esta ocasión, no puede por menos que considerarse reafirmada a la vista de las iniciativas adoptadas por la CE -y no sólo la mencionada- y por la experiencia suministrada en el tiempo transcurrido desde entonces.

Madrid, 10 de diciembre de 2007

Jorge Fabra Utray