



Comisión
Nacional
de Energía

**RESOLUCIÓN DE LA COMISION
NACIONAL DE ENERGIA, EN EL
PROCEDIMIENTO AEV 1/2001, SOBRE
LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN
INSTADA POR “LA CAIXA”, AL
AMPARO DEL NUMERO CINCO DEL
ARTICULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY
6/2000, DE 23 DE JUNIO**



Comisión

Nacional

de Energía

RESOLUCIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA, EN EL PROCEDIMIENTO AEV 1/2001, SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN INSTADA POR “LA CAIXA” AL AMPARO DEL NUMERO CINCO DEL ARTICULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. En el ejercicio de las funciones que le atribuye la Disposición Adicional Undécima Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acordó, en su sesión celebrada el día 24 de julio de 2001, aprobar la lista de operadores principales en el sector de hidrocarburos gaseosos, figurando dentro de dicha lista como operadores principales, con el número 1 el grupo de sociedades REPSOL-YPF, S.A. (en adelante REPSOL-YPF) (y dentro del mismo su sociedad filial GAS NATURAL SDG, S.A., en adelante GAS NATURAL), y con el número 3 el grupo de sociedades ENDESA, S.A. (en adelante ENDESA).

- II. Con fecha de 6 de septiembre de 2001, fue remitida comunicación de la CNE a la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (en adelante LA CAIXA) por la que se notifica que, según consta a esta Comisión, esa sociedad es poseedora de participaciones accionariales en exceso sobre el 3 % del capital social en más de un operador principal en el sector de hidrocarburos gaseosos, en concreto, por un lado participaciones en el grupo REPSOL-YPF (tanto en la sociedad matriz

como en la sociedad filial GAS NATURAL), y por otro lado, participaciones en ENDESA, por lo que se le requiere para que, en el plazo de un mes, y en cumplimiento de las limitaciones referidas en el artículo 34 del RDL 6/2000, opte por el ejercicio de derechos de voto y nombramiento de consejeros en uno sólo de dichos operadores.

- III. Con fecha de 1 de octubre de 2001 tuvo entrada en la CNE escrito de LA CAIXA en el que comunica que pretende ejercitar sin restricción alguna los derechos de voto y de designación de miembros del órgano de administración en el Grupo REPSOL-YPF renunciando, en consecuencia, tanto al ejercicio del derecho de nombramiento de consejeros en ENDESA, sociedad en la que manifiesta no tener en estos momentos ningún consejero, como al ejercicio del derecho de voto por más del 3 por ciento en esta sociedad.

No obstante, en el propio escrito, y al amparo de lo dispuesto en el número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, solicita a la CNE autorización para mantener el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso del 3 por ciento en ENDESA, es decir hasta el 5,004 por ciento, renunciando al derecho a la designación de miembros en el Consejo de Administración, y entendiendo que de esta manera *“no existiría motivo de intercambio de información estratégica entre operadores ni riesgo de coordinación, pues la información que se recibiría de ENDESA, como accionista, sería en todo caso la misma y el porcentaje suplementario de votos difícilmente podría implicar cambios en los comportamientos estratégicos”*.

- IV. Con fecha de 3 de octubre de 2001, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acordó la iniciación del procedimiento administrativo para la tramitación de la solicitud de autorización realizada por LA CAIXA, al amparo de lo establecido en el número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, y en la misma sesión acordó igualmente designar para la instrucción del

procedimiento a la Subdirección de Régimen de Competencia de la Dirección de Regulación y Competencia de la Comisión Nacional de Energía.

- V. Con fecha de 11 de octubre de 2001, fue remitida a LA CAIXA por el órgano instructor la comunicación referida en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, haciendo constar el procedimiento aplicable, el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo, asignando al expediente la referencia AEV 1/2001.
- VI. Con fecha de 29 de octubre de 2001, el órgano instructor remite escrito a la sociedad ENDESA, en el que, a los efectos del artículo 34 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, comunica la tramitación del procedimiento AEV 1/2001 para que, en su caso, se persone dicha sociedad y formule cuantas alegaciones estime convenientes a su derecho.

En el mismo escrito, y como acto de instrucción necesario para la tramitación del procedimiento, el órgano instructor requiere a la sociedad ENDESA, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que, en el plazo de diez días hábiles desde la recepción del escrito, aporte documentación relativa a su composición accionarial; copia de los estatutos sociales; copia de otros acuerdos o pactos entre accionistas que afecten a su gestión o a la adopción de acuerdos por la Junta General y no figuren en sus estatutos; copia de las actas de las dos últimas Juntas Generales Ordinarias de Accionistas y de las Juntas Generales Extraordinarias celebradas en los dos últimos años, incluyendo la lista de asistentes; declaración sobre la existencia o no de acuerdos o pactos de participación recíproca en el capital o derechos de voto entre LA CAIXA y otros accionistas de ENDESA; declaración sobre la

existencia o no de pactos o acuerdos entre LA CAIXA y cualquier otro accionista directo o indirecto de ENDESA, que puedan implicar la adopción o el bloqueo de decisiones o actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de ENDESA; declaración sobre la existencia o no de intereses comunes entre LA CAIXA y cualquier otro accionista directo o indirecto de ENDESA, que propicien el desarrollo de una acción concertada que influya en la estrategia competitiva de la empresa.

- VII. Con fecha de 29 de octubre de 2001, el órgano instructor remite escrito a la sociedad REPSOL-YPF, S.A. (en adelante REPSOL-YPF) en el que, a los efectos del artículo 34 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, comunica la tramitación del procedimiento AEV 1/2001 para que, en su caso, se persone y formule cuantas alegaciones estime convenientes a su derecho.

En el mismo escrito, y como acto de instrucción necesario para la tramitación del procedimiento, el órgano instructor requiere a la sociedad REPSOL-YPF, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que, en el plazo de diez días hábiles desde la recepción del escrito, aporte documentación relativa a su composición accionarial; copia de los estatutos sociales; copia de otros acuerdos o pactos entre accionistas que afecten a su gestión y no figuren en sus estatutos; información sobre los miembros del Consejo de Administración de REPSOL-YPF, así como los miembros de las Comisiones ejecutivas de dicha sociedad que hubieran sido nombrados directa o indirectamente por LA CAIXA, refiriendo los poderes concretos de intervención en la administración y gestión de dicha sociedad.

- VIII. Con fecha de 29 de octubre de 2001, el órgano instructor remite escrito a la sociedad GAS NATURAL, SDG, S.A. (en adelante GAS NATURAL) en el que, a los efectos del artículo 34 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, comunica la tramitación del procedimiento AEV 1/2001 para que, en su caso, se persone y formule cuantas alegaciones estime convenientes a su derecho.

En el mismo escrito, y como acto de instrucción necesario para la tramitación del procedimiento, el órgano instructor requiere a la sociedad GAS NATURAL, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que, en el plazo de diez días hábiles desde la recepción del escrito, aporte documentación relativa a su composición accionarial; copia de los estatutos sociales; copia de otros acuerdos o pactos entre accionistas que afecten a su gestión y no figuren en sus estatutos, y en particular si los acuerdos de 11 de enero de 2000 entre LA CAIXA y REPSOL-YPF siguen vigentes o han sido objeto de modificación; información sobre los miembros del Consejo de Administración de GAS NATURAL, así como los miembros de las Comisiones ejecutivas de dicha sociedad que hubieran sido nombrados directa o indirectamente por LA CAIXA, refiriendo los poderes concretos de intervención en la administración y gestión de dicha sociedad.

- IX. Con fecha de 29 de octubre de 2001, el órgano instructor remite escrito a LA CAIXA en el que, como acto de instrucción necesario para la tramitación del procedimiento, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, requiere a dicha sociedad para que en el plazo de diez días acredite el cumplimiento de las condiciones exigidas por el artículo 34.5 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, para que pueda otorgarse la autorización, y para que aporte documentación relativa al número de acciones y demás valores poseídos por LA CAIXA en el capital social de ENDESA, REPSOL-YPF y GAS NATURAL, sus características y derechos específicos que atribuye, así como cualesquiera otras participaciones accionariales indirectas; declaración sobre la existencia o no de algún acuerdo o pacto de participación recíproca en el capital o derechos de

voto entre LA CAIXA y otros accionistas de los operadores ENDESA, REPSOL-YPF o GAS NATURAL; declaración sobre la existencia o no de pactos o acuerdos entre LA CAIXA y cualquier otro accionista directo o indirecto de ENDESA, REPSOL-YPF o GAS NATURAL que puedan implicar la adopción o el bloqueo de decisiones o actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de dichos operadores; declaración sobre la existencia o no de intereses comunes entre LA CAIXA y cualquier otro accionista directo o indirecto de ENDESA, REPSOL-YPF o GAS NATURAL que propicien el desarrollo de una acción concertada que influya en la estrategia competitiva de dichos operadores; información sobre los acuerdos suscritos entre LA CAIXA y REPSOL de 11 de enero de 2000 respecto a la gestión de GAS NATURAL; e información sobre los miembros del Consejo de Administración y de las Comisiones Ejecutivas de REPSOL y GAS NATURAL nombrados por LA CAIXA, refiriendo los poderes concretos de intervención en la administración atribuidos.

X. Con fecha de 13 de noviembre de 2001 tiene entrada en la CNE escrito de GAS NATURAL por el que se da cumplimiento, dentro de plazo, al requerimiento del órgano instructor, remitiendo la siguiente información y documentación:

- composición accionarial del capital social de GAS NATURAL, que según manifiesta esta sociedad, de acuerdo con los últimos datos de los que dispone, es la siguiente:

| | |
|------------|-----------------|
| REPSOL-YPF | 47 por ciento |
| LA CAIXA | 26,1 por ciento |
| Resto | 26,9 por ciento |

Asimismo remite copia de los estatutos sociales, copia del Acuerdo de 11 de enero de 2000 suscrito por LA CAIXA y REPSOL-YPF, y detalle de los Consejeros que integran el Consejo de Administración de GAS NATURAL, quedando constancia de que (...) de los (...) miembros,

entre ellos el Presidente, son nombrados a propuesta de (...), y a su vez, que de entre los (...) miembros que integran la Comisión Ejecutiva, (...) (entre los cuales se encuentra el Presidente) son nombrados a propuesta de (.....). GAS NATURAL señala en su escrito que de los citados Consejeros sólo (.....) ostenta por vía de apoderamiento las facultades conferidas por el Consejo de Administración para ejercer las correspondientes funciones representativas e institucionales.

XI. Con fecha de 13 de noviembre de 2001 tiene entrada en la CNE escrito de REPSOL-YPF por el que da cumplimiento, dentro de plazo, al requerimiento del órgano instructor, remitiendo la información y documentación siguientes:

- Composición accionarial del capital social de REPSOL-YPF, según consta en la lista de asistentes a su última Junta General de Accionistas, celebrada el día 28 de marzo de 2001 y según los datos publicados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en cumplimiento de la normativa sobre comunicación y publicidad de participaciones significativas:

| | |
|----------|--|
| LA CAIXA | 8,48 % directamente y <i>(información eliminada por tener carácter confidencial)</i> |
| BBVA | 9,7 % |

(información eliminada por tener carácter confidencial)

(información eliminada por tener carácter confidencial)

En el mismo escrito, la sociedad REPSOL-YPF remite copia de los estatutos sociales, y señala, en contestación a las preguntas del órgano instructor, que no tiene constancia de que existan acuerdos o pactos entre accionistas de REPSOL-YPF que afecten a la gestión de dicha sociedad y no figuren en sus estatutos.

En cuanto a la composición actual del Consejo de Administración, la sociedad detalla la identidad de los (...) Consejeros que lo componen, señalando que de entre ellos, (...) tienen de conformidad con el Reglamento del Consejo de Administración de la Sociedad la consideración de Consejeros institucionales, en tanto propuestos por los titulares de participaciones significativas estables en el capital social de la sociedad que representan un valor estratégico para la misma, pudiendo considerarse a (...) de ellos, (.....), como Consejeros Institucionales propuestos por (.....). Señala igualmente la sociedad REPSOL-YPF en su escrito que (*información eliminada por tener carácter confidencial*) forma parte de la Comisión Ejecutiva y que (*información eliminada por tener carácter confidencial*) forma parte del Comité de Auditoría.

- XII. Con fecha de 14 de noviembre de 2001 tiene entrada en esta Comisión escrito de ENDESA por el que, dentro de plazo y en respuesta al requerimiento de información realizado por el órgano instructor, remite información en soporte informático sobre composición accionarial, facilitado por la Sociedad de Compensación y Liquidación de Valores, llamado documento X 25, con ocasión de la celebración de una Junta General; copia visada de los estatutos sociales; Actas Notariales de las dos últimas Juntas Generales Ordinarias de ENDESA, haciendo constar que en los dos últimos años no se han celebrado Juntas Generales Extraordinarias; copia en soporte informático de las listas de asistentes a las Juntas Generales celebradas en los dos últimos años.

En el mismo escrito, ENDESA señala que no tiene conocimiento de la existencia de acuerdos o pactos de accionistas que afecten a la gestión

de la Sociedad para la adopción de acuerdos de la Junta General, así como que ningún hecho conocido por ENDESA le ha permitido deducir la existencia de pactos de esa naturaleza. Asimismo, señala que no tiene constancia de la existencia de algún acuerdo o pacto de participación recíproca en el capital o derechos de voto entre LA CAIXA y otros accionistas de ENDESA, no pudiendo tampoco deducirse de ningún hecho conocido por ENDESA la existencia de pactos de esa naturaleza. Tampoco tiene constancia ENDESA de la existencia de pactos o acuerdos entre LA CAIXA y otros accionistas directos o indirectos de ENDESA, que puedan implicar la adopción o el bloqueo de decisiones o actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de ENDESA, ni se ha podido deducir de ningún hecho conocido por ENDESA la existencia de pactos de tal naturaleza; y por último, ENDESA indica que no tiene constancia de la existencia de intereses comunes entre LA CAIXA y cualquier otro accionista directo o indirecto de ENDESA que propicien el desarrollo de una acción concertada, ni se puede deducir, según manifiesta la sociedad, la existencia de tal actuación concertada de ningún hecho conocido por ENDESA.

- XIII. Con fecha de 16 de noviembre de 2001 tiene entrada en esta Comisión escrito de LA CAIXA por el que se da cumplimiento, dentro de plazo, al requerimiento de información realizado por el órgano instructor.

En el mencionado escrito, LA CAIXA realiza una serie de alegaciones en relación con las condiciones señaladas en el número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, para que pueda otorgarse la autorización, que se reproducen de manera resumida en el apartado de Fundamentos Jurídico-Materiales de la presente Resolución.

Asimismo, y en respuesta a los extremos del requerimiento realizado por el órgano instructor, LA CAIXA señala que las acciones sobre el capital social de ENDESA son ostentadas indirectamente a través de

dos sociedades filiales de la primera, CAIXA HOLDING, S.A. Sociedad Unipersonal (en adelante CAIXA HOLDING), que es titular de 52.775.235 acciones que representan un 4,985 % del capital y CAIXA BARCELONA VIDA D'ASSEGURANCES I REASSEGURANCES (en adelante CAIXA VIDA), que es titular de 200.000 acciones que representan un 0,019 % del capital, ascendiendo de esta manera al 5,004 % el total de las participaciones accionariales indirectas de LA CAIXA sobre el capital social de ENDESA.

En cuanto a su presencia en el capital social de REPSOL-YPF, LA CAIXA manifiesta que ostenta participaciones accionariales indirectas sobre el capital social de la primera, a través de CAIXA HOLDING representativas del 9,979 % del capital, haciendo constar además que la sociedad REPINVES, S.A., participada por LA CAIXA en un 39,236 % pero según ella misma manifiesta no controlada por esta última, posee acciones representativas del 5,942 % del capital social de REPSOL-YPF, careciendo de representación en el Consejo de Administración de esa sociedad.

LA CAIXA indica que es titular de participaciones accionariales (acciones ordinarias sin derechos específicos) en GAS NATURAL a través de CAIXA HOLDING y a través de CAIXA VIDA, que representan en total un 26,374 % de su capital social.

LA CAIXA señala que no existe ningún pacto de participación recíproca en el capital o derechos de voto entre esa sociedad y otros accionistas de ENDESA, REPSOL-YPF o GAS NATURAL; y responde negativamente respecto a los requerimientos realizados por el órgano instructor en cuanto a la existencia de pactos o acuerdos entre LA CAIXA y otros accionistas de ENDESA, REPSOL-YPF que puedan implicar la adopción o el bloqueo de decisiones o actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de dichas sociedades; respecto a GAS NATURAL, LA CAIXA señala tener suscritos acuerdos con el otro accionista de dicha sociedad, REPSOL-

YPF, de fecha 11 de enero de 2000, relativos a la gestión de GAS NATURAL, que siguen vigentes, habiéndose modificado solamente la titularidad de las acciones de GAS NATURAL por LA CAIXA pasando a ser indirecta a través de CAIXA HOLDING.

En cuanto a la existencia o no de intereses comunes entre dicha sociedad y cualquier otro accionista directo o indirecto de ENDESA, REPSOL-YPF o GAS NATURAL, SDG que propicien el desarrollo de una acción concertada que influya en la estrategia competitiva de dichos operadores, responde LA CAIXA que no conoce quienes son todos los accionistas de ENDESA, REPSOL-YPF y GAS NATURAL, conociendo sólo que un accionista significativo de REPSOL-YPF es el BBVA, a cuya propuesta se han designado también Consejeros en REPSOL-YPF, así como que REPSOL-YPF es accionista de GAS NATURAL en un porcentaje aproximado del 47 %.

En cuanto a la última pregunta del órgano instructor, señala LA CAIXA que de un total de (...) miembros del Consejo de Administración de REPSOL, (.....) ha nombrado a (...) siendo (.....) también de la Comisión Delegada; y en cuanto a GAS NATURAL, de un total de (.....) fueron nombrados a propuesta de (.....) (...), siendo (.....) de ellos miembros asimismo de la Comisión Ejecutiva, refiriendo además los poderes que corresponden a cada uno de ellos.

- XIV. Con fecha de 21 de noviembre de 2001 el órgano instructor requiere a LA CAIXA para que en el plazo de cinco días remitiera información en relación con una serie de extremos:

Declaración sobre si LA CAIXA o sus sociedades filiales directamente titulares de acciones de ENDESA han asistido a las reuniones de las Juntas Generales Ordinarias de Accionistas celebradas por esa sociedad y correspondientes a los ejercicios 1999, 2000 y 2001, y en caso afirmativo, con qué número de acciones, si lo hicieron personalmente o por representación, indicando en su caso la persona a

favor de quien se autorizó la misma y si esta última ejerció por delegación los derechos de voto de LA CAIXA, con el detalle del alcance y sentido de la delegación.

Asimismo se requiere a LA CAIXA para que indique si otros accionistas de ENDESA han delegado en LA CAIXA o en sus filiales el ejercicio de sus derechos de voto, con el detalle del número de acciones y el alcance y sentido de la delegación conferida; por último se requiere a LA CAIXA para que indique el sentido (favorable, en contra o abstención) del voto ejercido por LA CAIXA o sus filiales respecto a cada uno de los puntos del orden del día de las mencionadas Juntas Generales de Accionistas celebradas en 1999, 2000 y 2001, incluyendo los votos que en su caso hubiesen sido delegados por LA CAIXA en favor de otro accionista, así como el sentido de los derechos de voto ejercidos por delegación por LA CAIXA o sus filiales correspondientes a acciones ostentadas por otros accionistas.

- XV. Con fecha de 22 de noviembre de 2001, y ante la imposibilidad de proceder a la lectura de los archivos remitidos por ENDESA en soporte informático y la necesidad de disponer de información agregada de los datos que constan en dichos archivos, así como otras informaciones adicionales, el órgano instructor requiere a ENDESA para que en el plazo de cinco días remita información sobre la composición accionarial de ENDESA, detallando los principales accionistas de esa sociedad de los que tenga constancia y en particular de aquellos que dispongan de participaciones accionariales iguales o superiores al 1 %.

Asimismo, se requiere a ENDESA la lista de asistentes a las reuniones de las Juntas Generales Ordinarias de Accionistas celebradas durante los ejercicios de 1999, 2000 y 2001, haciendo constar al menos la identidad de los accionistas relevantes que asistan concurriendo con un porcentaje de votos igual o superior al 1 %, indicando el porcentaje que representan en el total de acciones computadas a efectos del quórum de constitución de la Junta;

Se le requiere igualmente a ENDESA para que indique el sentido de los votos cuyo ejercicio corresponde a dichos accionistas relevantes, ya fuesen emitidos personalmente o por delegación, indicando en este último caso la identidad de dichos accionistas y el sentido de su propio voto respecto a cada uno de los puntos del orden del día, señalando el porcentaje que representan los votos emitidos por cada accionista relevante respecto del total de votos emitidos.

ENDESA es requerida igualmente para que remita resumen, en términos porcentuales del capital social y del capital computado a efectos de la constitución de la Junta, de las acciones cuyos titulares hayan delegado su voto a favor de LA CAIXA en las tres últimas Juntas Generales de Accionistas, señalando el alcance y sentido de la delegación.

Por último, el órgano instructor requiere a ENDESA la remisión de copia del acta de la Junta General Ordinaria de Accionistas del ejercicio de 1999, y asimismo que manifieste si los acuerdos entre ENDESA y GAS NATURAL suscritos el 14 de octubre de 1998 (exceptuado el relativo a la distribución de gas en Andalucía y Aragón), siguen vigentes, si han sufrido alguna modificación y en qué sentido, así como el estado de aplicación de los mismos y si han sido desarrollados mediante otros instrumentos complementarios.

- XVI. Con fecha de 28 de noviembre de 2001 tuvo entrada en la CNE escrito de ENDESA por el que responde, dentro de plazo, al requerimiento del órgano instructor referido en el apartado anterior.

ENDESA señala que su capital está constituido por anotaciones en cuenta, por lo que la única información que posee sobre su accionariado es la que con ocasión de una Junta General ofrece la Sociedad de Compensación y Liquidación de Valores, mediante el llamado documento X-25. Tras revisar los correspondientes a las Juntas

celebradas los años de 1999, 2000 y 2001, ENDESA ofrece la relación de los principales códigos de cuenta de valores de accionistas o depositarios con participación igual o superior al 1 %, señalando que el X-25 no permite diferenciar en todos los casos a los accionistas de los depositarios de las acciones. De la información remitida se desprende que la composición accionarial de la sociedad, al 5 de abril de 2001, con el detalle de participaciones iguales o superiores al 1 %, pero sin diferenciar entre accionistas y depositarios, es la siguiente:

(información confidencial)

CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID 5,01 %

(información confidencial)

CHASE MANHATTAN BANK* 5,38 %

(información confidencial)

STATE STREET BANK AND TRUST CO.* 4,55 %

(información confidencial)

* Respecto a estas entidades financieras, procede señalar que en principio parecen actuar como depositarios de las acciones de sus titulares, tal como se pone de relieve en la página 39 de la presente Resolución.

Téngase en cuenta que la participación accionarial que aparece en esta lista de CAIXA HOLDING en ENDESA no recoge la totalidad de la participación accionarial del grupo LA CAIXA en esa sociedad, pues a ella habría de sumarse el 0,019 % de participación detentado por CAIXA VIDA, que no figura en esa relación por no superar el 1 %, ascendiendo en total la participación del grupo LA CAIXA en ENDESA al 5,004 %.

Asimismo, ENDESA remite la información solicitada respecto a los accionistas asistentes a las Juntas de accionistas celebradas los ejercicios de 1999, 2000 y 2001, su porcentaje sobre el quorum de asistencia y, solamente respecto a la Junta de 2001, el sentido de su voto y la ponderación de esos votos en el total de votos emitidos. Señala también ENDESA que no tiene constancia de que ningún accionista haya delegado en LA CAIXA la representación de sus acciones en las citadas Juntas.

ENDESA remite igualmente copia del Acta de la Junta General Ordinaria de Accionistas celebrada en el año 1999, así como la información requerida respecto a los acuerdos entre ENDESA y GAS NATURAL suscritos el 14 de octubre de 1998.

- XVII. Con fecha de 29 de noviembre de 2001 tiene entrada en la CNE escrito de LA CAIXA por el que da cumplimiento, dentro de plazo al requerimiento del órgano instructor referido en el apartado XIV del presente epígrafe.

En dicho escrito, LA CAIXA señala que asistió a la Junta General Ordinaria de Accionistas de ENDESA celebrada en 1999, delegando su representación en el Consejero de ENDESA (.....), que a la Junta General Ordinaria de Accionistas de ENDESA celebrada en 2000 no asistió ni directamente ni por representación y que a la Junta General Ordinaria de la misma sociedad celebrada en 2001 CAIXA HOLDING S.A. asistió por representación, delegando sus votos en dos consejeros de ENDESA, no asistiendo ni directamente ni por representación CAIXA VIDA.

Todas las delegaciones de voto referidas se efectuaron sin instrucciones sobre el sentido del voto, suponiendo LA CAIXA que fueron votados a favor.

LA CAIXA señala que para la Junta de Accionistas de ENDESA celebrada en 1999 recibió delegaciones de voto por (....) acciones de ENDESA de sus clientes, trasladando dichas delegaciones a un Consejero de ENDESA, sin instrucciones de voto y suponiendo que fueron votadas a favor; que para la Junta de Accionistas de ENDESA del año 2000 no ejercitó ni trasladó a terceros delegaciones de voto, y que para la Junta del año 2001 recibió de sus clientes delegaciones de voto por (.....) acciones de ENDESA, que trasladó al Presidente del Consejo de Administración de ENDESA, sin que contuvieran instrucciones de voto, suponiendo que fueron votadas a favor.

- XVIII. Con fecha de 30 de noviembre de 2001, el órgano instructor del procedimiento remite escrito a LA CAIXA por el que, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se pone de manifiesto el expediente a LA CAIXA como interesado en el procedimiento, por un periodo de diez días naturales a contar desde el siguiente al de la recepción de la notificación, a fin de que pueda examinar el mismo, presentar los documentos y justificaciones que estime oportunos y formular las alegaciones que convengan a su derecho.
- XIX. Con fecha de 12 de diciembre de 2001 tiene entrada en la CNE escrito de LA CAIXA en el que, dentro de plazo, realiza alegaciones en el trámite de audiencia, por las que, en resumen, estima que toda la documentación obrante en el expediente pone de relieve que la autorización solicitada, sin participar en la designación de miembros de los órganos de administración de ésta, puede ser otorgada con arreglo al apartado 5 del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, puesto que ello no favorece el intercambio de información estratégica entre operadores ni implica el riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.

XX. Finalmente, como Antecedente de Hecho cabe igualmente poner de manifiesto la composición del Consejo de Administración de ENDESA.

De acuerdo con lo previsto en los estatutos de ENDESA, existen tres tipos de consejeros en esa sociedad: los que estén vinculados, profesionalmente y, de modo permanente, a la sociedad; los que su vinculación con la sociedad se circunscriba a la condición de miembro del Consejo; y los que su pertenencia al Consejo de Administración derive de la participación patrimonial en el capital de la sociedad.

De acuerdo con los datos que obran en la web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en el apartado de Participaciones Significativas, subapartado Consejeros; e igualmente en el apartado relativo al Código de Buen Gobierno), el Consejo de Administración de ENDESA está compuesto por dos “consejeros externos dominicales”, es decir, consejeros cuya pertenencia al Consejo se deriva de la participación patrimonial en el capital social: D. Manuel Pizarro Moreno (Vicepresidente) nombrado a propuesta de IBERCAJA, y D. Miguel Blesa de la Parra, nombrado a propuesta de CAJA MADRID (en sustitución de D. Francisco González Rodríguez, tras presentar éste su dimisión con fecha de 17 de octubre de 2000).

Tanto el Presidente como el Consejero Delegado tendrían la consideración de Consejeros vinculados profesionalmente a la sociedad. Por último, el resto de consejeros tendrían el carácter de consejeros externos independientes, siendo éstos mayoría. A tal efecto, los estatutos de ENDESA señalan que este tipo de consejeros será mayoría respecto del total de Consejeros que, en cada momento, formen el Consejo, siempre que lo permita el número de Consejeros elegidos en ejercicio del derecho de los accionistas a tener representación en el Consejo, proporcional a su participación en el capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES

I. Competencia de la Comisión Nacional de Energía para resolver el presente procedimiento

El número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, establece que *"... la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos"*.

Por tanto, en relación con los sectores energéticos, la CNE es el organismo competente para tramitar las solicitudes de autorización realizadas al amparo del citado número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

Asimismo, en el número Siete del mencionado precepto se establece que *"La Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones están legitimadas, dentro de sus respectivas competencias, para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo"*.

Por último, la CNE tiene atribuidas, como organismo regulador de los sectores energéticos, amplias funciones en la Disposición Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Dentro de la Comisión Nacional de Energía, corresponde a su Consejo de Administración aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE.

II. Procedimiento aplicable y carácter de la decisión

No habiendo en el momento de iniciación del expediente norma especial reguladora del procedimiento, el mismo se ha tramitado con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que la CNE debe sujetar su actuación cuando ejerce potestades administrativas, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Undécima Primero.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Por la misma razón, el plazo para resolver el presente procedimiento es el de tres meses desde la entrada de la solicitud en el registro de la CNE, plazo establecido con carácter general en el artículo 42.3 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Finalmente, en cuanto a los efectos del silencio administrativo, no habiendo norma expresa sobre los efectos de falta de resolución expresa dentro de plazo, es de aplicación la norma general que establece el artículo 43 de la Ley 30/1992, según el cual el efecto del silencio es positivo.

No obstante, en el curso de la tramitación del procedimiento, ha tenido lugar la publicación del Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, si bien su entrada en vigor se ha producido con posterioridad a la iniciación de este expediente.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

III. Sobre la finalidad de las limitaciones previstas en el artículo 34 Uno del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, y su relación con la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, convalidado mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000 y modificado por la Ley 14/2000, de 29 de junio, establece determinadas limitaciones aplicables a las personas físicas o jurídicas que directa o indirectamente participen, en una proporción igual o superior al 3 por ciento del total, en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número Dos del mismo artículo.

Estas limitaciones se concretan en la prohibición del ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 por ciento del capital social en más de uno de dichos operadores, y en la prohibición de designación de miembros de los órganos de administración en más de una de dichas entidades.

La finalidad del precepto, según se señala en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, es la de *“prevenir la coordinación de comportamientos competitivos de operadores de determinados mercados en procesos de liberalización derivada de la presencia de accionistas comunes. Con este fin, se establecen ciertas limitaciones a la presencia simultánea en el Consejo de Administración de operadores competidores en dichos mercados, así como al ejercicio de los derechos de voto correspondientes al capital de los mismos”*.

Esta misma finalidad fue la que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Competencia en el análisis de las operaciones de concentración celebradas en el sector financiero, entre el Banco Santander y el Banco Central Hispano (Informe del TDC en el expediente C 39/99), y entre el Banco Bilbao Vizcaya y Argentaria,

Caja Postal y Banco Hipotecario (Informe del TDC en el expediente C 47/99) considerando adecuado, en los respectivos informes que realizó sobre las citadas fusiones, no oponerse a las mismas, subordinándolo no obstante a que el Grupo empresarial resultante de la fusión en ambos casos no ostentara participaciones significativas, directa o indirectamente, en más de una empresa eléctrica ni en más de un grupo de empresas de telecomunicaciones, ni estuviera presente en más de un consejo de administración de las empresas participadas de forma significativa y competidoras entre sí, en los sectores eléctrico y de telecomunicaciones.

Atendiendo a las recomendaciones del Tribunal, el Gobierno acordó en los dos expedientes de concentración (Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 1999 sobre la fusión por absorción del Banco Central Hispano por el Banco Santander, publicado en el BOE de 24 de septiembre de 1999; Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de marzo de 2000 sobre la fusión por absorción de Argentaria Caja Postal y Banco Hipotecario S.A. por el BBV, S.A., BOE del 25 de marzo de 2000) subordinar la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones, consistentes en la obligación para los respectivos grupos financieros resultantes de limitar, no sólo los derechos de voto, sino las participaciones accionariales en sí mismas, ya fueran directas o indirectas, en exceso sobre el 3 %, en un sólo de los principales operadores de cada mercado, y en la obligación de designar representantes solamente en el Consejo de Administración de uno de dichos operadores, obligando para ello a la entidad resultante de la fusión a presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia en el plazo de dos meses un programa de desinversiones y actuaciones.

Con igual finalidad a la que acaba de exponerse, el legislador se propone, mediante la aprobación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, aplicar con carácter general a los sectores de energía y telecomunicaciones, sin que sea necesario que se celebre una concentración para su imposición, de limitaciones muy semejantes a aquellas a que se subordinaron las concentraciones en el sector financiero antes señaladas.

En este contexto, para determinar el alcance y finalidad del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, resultan elocuentes determinados fragmentos del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia en el informe sobre la concentración de las entidades financieras BBV y Argentaria, Caja Postal y Banco Hipotecario, cuando examina los efectos de la concentración en otros mercados diferentes del sector financiero, y en particular, los efectos sobre la competencia de la adquisición, por virtud de la propia fusión, de participaciones significativas en varios operadores de sectores que se encuentran en procesos de liberalización.

El Tribunal se refiere en primer lugar al concepto de influencia decisiva en el caso de control en común de empresas participadas, en los siguientes términos:

“La Comisión (Europea) define el concepto de influencia decisiva, en el caso de control en común de empresas participadas, como el “poder para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa”. Las circunstancias que permiten suponer la existencia de dicho poder de veto no incluyen solamente la mención específica de este derecho en los estatutos de la empresa participada, o en acuerdos explícitos entre los accionistas a este fin; también contemplan los casos en que los accionistas minoritarios pueden controlar la empresa mediante el ejercicio común de sus derechos de voto, a través de acuerdos jurídicamente vinculantes, o como consecuencia de la existencia de intereses comunes importantes que favorezcan una acción conjunta para evitar el perjuicio mutuo al ejercer sus derechos sobre la empresa participada. En este último caso, la existencia de vínculos previos entre los accionistas constituyen indicadores de dicho interés común.

Los derechos de veto que den lugar al control común deben referirse a decisiones sobre la estrategia competitiva de la empresa participada, pero no requieren la facultad de influir en el funcionamiento cotidiano de la misma.

La noción de “influencia decisiva” se menciona asimismo en la decisión de Consejo de Ministros de 16 de julio de 1999, publicada por Orden de 29 de

julio de 1999 en BOE de 24 de septiembre de 1999, por la que se condiciona la fusión de los bancos Santander y Central Hispano a ciertas limitaciones de la presencia indirecta de la nueva entidad bancaria en dos o más empresas pertenecientes a determinados sectores.

Pero dado que el examen del Tribunal se refiere a participaciones significativas que no necesariamente confieren control, su razonamiento no se detiene con la referencia al concepto de influencia decisiva, en los términos empleados por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, en el Reglamento CEE 4064/89, de 21 de diciembre de 1989 sobre control de concentraciones, sino que lo extiende a la consideración de la *“posible influencia con efectos negativos”* en casos de participaciones que no impliquen el control.

Señala el Tribunal:

En la consideración de la posible influencia con efectos negativos sobre la competencia se tienen en cuenta otros factores. Aún cuando las participaciones accionariales no impliquen el control de las empresas participadas competidoras entre sí, o la participación en su gestión, el hecho de ser un accionista relevante en las mismas permite conocer e intercambiar información estratégica. El entramado de intereses cruzados entre las matrices de empresas competidoras entre sí contribuye así mismo a la adopción de comportamientos contrarios a la competencia efectiva, especialmente si ello permite rentabilizar las elevadas inversiones requeridas para la participación en diversos sectores estratégicos”. (el subrayado es nuestro)

En suma, el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que a través de participaciones accionariales que no confieran el control de las empresas participadas competidoras entre sí puede, no obstante, intercambiarse información estratégica y adoptarse comportamientos contrarios a la competencia efectiva.

El intercambio de información entre competidores es susceptible de constituir una práctica restrictiva de la competencia, contraria al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, o al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, según han señalado en reiteradas ocasiones tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia en el ámbito español¹, como la Comisión Europea y el Tribunal de Luxemburgo, en el contexto de la Unión Europea².

Por otro lado, la expresión "*adopción de comportamientos contrarios a la competencia efectiva*" que emplea el Tribunal, similar a la referida en el número Cinco del artículo 34 ("riesgo de coordinación de comportamientos estratégicos") remite con carácter general a la posibilidad de adopción de cualesquiera prácticas restrictivas de la competencia, o incluso de posición dominante colectiva, prohibidas por los preceptos de la legislación española y comunitaria antes mencionados (añadiendo en este caso los relativos al abuso de posición dominante antes no referidos, es decir, el artículo 6 de la Ley española antes señalada y el artículo 82 del Tratado mencionado).

El razonamiento del Tribunal puede ser de utilidad para interpretar el alcance de las limitaciones previstas en el artículo 34, su finalidad y los riesgos que pretende evitar, y en la misma medida, la interpretación de los términos en que se expresa la autorización contemplada en el número Cinco del artículo 34, a cuyo amparo se insta por LA CAIXA la solicitud objeto del presente expediente.

¹ Ver Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia siguientes: Resolución de 6 de marzo de 1992, en el Expte. 306/91, Henkel Ibérica, Camp, Procter & Gamble España y Lever España; Resolución de 25 de mayo de 1993, en el Expte. 322/92 Faconauto; ; Resolución de 3 de junio de 1996, en el Expte. A 164/96, Servicio Trip/Asnef; Resolución de 7 de julio de 1997, en el Expte. A 209/97, Fichero Asnef-Sic.

² En su Séptimo Informe de Defensa de la Competencia, la Comisión Europea señala la distinción entre acuerdos de intercambio de información legales o anticompetitivos, dependiendo del tipo de información intercambiada (secretos de negocios) y la estructura de mercado. Ver también las siguientes decisiones en las que la Comisión Europea consideró contrarios al artículo 85 del Tratado CE acuerdos de intercambio de información entre competidores: Glass Containers (OJ L 160/1, 1974); Fatty Acids DOCE L , 1987 y UK Tractors DOCE L 68, 1992).

IV. Sobre la cláusula autorizatoria prevista en el número Cinco del artículo 34 del RDL 6/2000, de 23 de junio

El número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, establece, en su primer párrafo:

“No obstante lo señalado en el número primero, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”.

En el ámbito de los sectores energéticos, la Comisión Nacional de Energía es el organismo competente para otorgar la autorización, lo que podrá hacer *“siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”*, todo ello en el contexto de la finalidad perseguida por la norma, y de la doctrina de las autoridades de defensa de la competencia antes expuesta.

Al amparo del citado apartado, LA CAIXA solicita a esta Comisión autorización para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 por ciento en el capital social de ENDESA, renunciando a la designación de Consejeros en la citada entidad.

Son dos pues los aspectos o circunstancias a los que se refiere el número Cinco del artículo 34 del RD-L 6/2000 para que pueda otorgarse la autorización: que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores, ni a su vez implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos, cuya concurrencia o no en este expediente se examina en los apartados siguientes.

V. Sobre la concurrencia o no en el presente expediente de las circunstancias exigidas en el número Cinco del artículo 34 para el otorgamiento de la autorización

V.1. Sobre las alegaciones de LA CAIXA respecto a la concurrencia de las circunstancias necesarias para el otorgamiento de la autorización

En el escrito de fecha 14 de noviembre de 2001 remitido por LA CAIXA al órgano instructor del expediente, esa sociedad señala, en cuanto al intercambio de información estratégica que *“no estando presente la Caixa en los órganos de administración de Endesa, la información que tiene de la misma no es otra que la información pública que tiene cualquier otro accionista de Endesa y que además está a disposición del público en general al cotizar esta sociedad en Bolsa. El poder votar no sólo por el 3 %, sino por el 5,004 % no le otorgará en Endesa ninguna mayor cualificación como accionista para tener una información superior a la que tiene votando sólo con el 3 % y a la que tiene cualquier otro accionista o potencial inversor”*.

Continúa señalando LA CAIXA que *“la autorización para votar por las acciones que tiene “la Caixa” excedentes del 3 % no favorece en nada un posible intercambio de información estratégica entre el grupo Repsol/Gas Natural SDG y Endesa, puesto que la información de que dispondrá “la Caixa” de Endesa seguirá siendo la misma que tiene votando sólo con el 3 %, que no es otra que la información hecha pública por Endesa y a disposición de cualquier accionista o potencial inversor”*.

En cuanto al riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos, considera que *“al no estar presente “la caixa” en los órganos de administración de Endesa, el incremento de voto del 3 % al 5,004 % no implica ningún riesgo del tipo señalado por dos razones:*

1º.- Porque el voto se ejerce en el seno de la Junta General y normalmente no se definen en ésta los comportamientos estratégicos de una compañía, sino en el seno de su Consejo de Administración.

2º.- Porque el exceso sobre el 3 % que tiene “la caixa”, que es un 2,004 % no es suficientemente significativo para pensar que a través de una votación en la Junta General puede implicar una coordinación de comportamientos estratégicos”.

En el trámite de audiencia, LA CAIXA realiza alegaciones por las que estima que toda la documentación obrante en el expediente pone de relieve que la autorización solicitada, sin participar en la designación de miembros de los órganos de administración de ésta, puede ser otorgada con arreglo al apartado 5 del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, puesto que ello no favorece el intercambio de información estratégica entre operadores ni implica el riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.

En particular, LA CAIXA considera que del expediente resulta que *“no se da participación alguna de ningún tipo, ni siquiera asomo de influencia, por parte de LA CAIXA en la gestión o en la definición estratégica de ENDESA”.*

LA CAIXA señala que a su juicio, de los antecedentes que obran en el expediente no resulta que una diferencia en el voto entre el 3 % y el 5,004 % haya de tener significación o trascendencia alguna en los comportamientos estratégicos de ENDESA, ni influiría tampoco en el nivel de información estratégica, alegando estar por debajo del umbral del 25 % de participación accionarial referido en el artículo 112.2 de la Ley de Sociedades Anónimas por encima del cual se tiene derecho eventualmente a determinadas informaciones adicionales a las del resto de accionistas.

LA CAIXA entiende que la autorización solicitada puede ser un elemento de estabilidad para la propia compañía de ENDESA y que ayude a su funcionamiento, dado que de la información que obra en el expediente y facilitada por ENDESA se deduce que es de los pocos accionistas significativos que de manera indudable son los titulares últimos de las participaciones y que la tenencia de las acciones es en nombre propio y por cuenta propia.

Una vez señaladas las alegaciones de LA CAIXA, procede el examen por este organismo de la concurrencia o no de los elementos referidos en el artículo 34.5 del Real Decreto-Ley 6/2000 para el otorgamiento de la autorización.

V.2. Sobre la concurrencia o no del requisito de que no se favorezca el intercambio de información estratégica

En el examen de la concurrencia del requisito de que no se favorezca el intercambio de información estratégica entre los operadores principales, configurada como condición necesaria para el otorgamiento de la autorización solicitada, cabe constatar, en consonancia con las alegaciones de LA CAIXA, que la renuncia por parte de esa sociedad a la designación de Consejeros en ENDESA, reduce en gran medida las posibilidades de persistencia de dicho riesgo.

Al renunciar a los derechos de designación de Consejeros que le reconoce la Ley de Sociedades Anónimas, LA CAIXA tendrá atribuidos por su mera condición de accionista, aparte del derecho de voto (cuyas consecuencias en este expediente se examinan en el apartado siguiente), el resto de derechos políticos que se reconocen por su propia condición a cualquier otro accionista, derechos entre los que figura el derecho de información a que se refieren los artículos 48 y 112 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ciertamente, los órganos a través de los cuales se tiene normalmente acceso a información sensible de la compañía son los órganos de administración y gestión de la sociedad.

Por otro lado, el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que los administradores de la sociedad estarán obligados a proporcionar a los accionistas que lo soliciten con anterioridad a la reunión de la junta los informes o aclaraciones que estimen precisos sobre los asuntos del orden del día, salvo en los casos en que a juicio del presidente la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales, si bien esta excepción, según se recoge en el

número 2 del mismo artículo, no procederá cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

En consecuencia, el contenido del derecho de información atribuido a un accionista con una participación superior al 3 % del capital social no difiere del que tiene atribuido cualquier otro accionista cuyo porcentaje de participación no exceda de dicho porcentaje, salvo si su participación excede del 25 % en cuyo caso con arreglo a la Ley de Sociedades Anónimas tendría un derecho de información en cierta medida cualificado respecto al del resto de accionistas.

Por ello, si la información a que puede tener derecho LA CAIXA respecto a la sociedad ENDESA mediante una participación accionarial que no excede del citado porcentaje del 25 %, una vez ha renunciado a tener presencia en su Consejo de Administración, es la misma que la de cualquier otro accionista de dicha sociedad con una participación que no supere el 3 %, podría entenderse que resulta indiferente, en el examen del cumplimiento de la condición negativa que se analiza en el presente apartado, que se permita o no el ejercicio de derechos de voto en exceso sobre los que corresponden a una participación semejante, pues en todo caso, la información suministrada al accionista por su propia condición de tal accionista sería la misma, aunque se limitaran sus derechos de voto, no siendo "limitables" al 3 % los derechos de información.

Sin embargo, no cabe duda que LA CAIXA tiene acceso a información estratégica del operador principal REPSOL-YPF/GAS NATURAL, información que si bien en principio no puede llegar a los órganos de administración y gestión de ENDESA, en los que no está presente, sí podría eventualmente ser tenida en cuenta en el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta de Accionistas de Endesa, para coordinar los comportamientos competitivos de esta última con los del otro operador principal, todo lo cual sólo es posible en cuanto LA CAIXA sea capaz de influir en la gestión de ENDESA mediante el ejercicio de los derechos de voto que le corresponden por su participación accionarial.

En definitiva, si bien el no tener LA CAIXA presencia en los órganos de administración y gestión de ENDESA disminuye con carácter general el riesgo

que se examina, este requisito debe ser analizado igualmente en relación con la otra circunstancia que se exige en el artículo 34.5 del RDL 6/2000 para poder otorgar la autorización, la verificación del requisito de inexistencia de riesgo de coordinación de comportamientos competitivos, en el apartado siguiente.

V.3. Sobre la concurrencia o no del requisito de inexistencia de riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos de los operadores principales

V.3.1. Sobre la limitación del ejercicio de derechos de voto por encima del 3 por ciento del capital social

La posibilidad de otorgamiento de la autorización solicitada está condicionada, en el número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, a que ello no implique para los operadores principales *“riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”*.

Referido al presente expediente, la autorización no puede ser otorgada si implica el riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos de, por un lado, ENDESA, y por otro lado, REPSOL-YPF y GAS NATURAL, definidos previamente por esta Comisión como operadores principales del sector de hidrocarburos gaseosos.

En el examen de esta circunstancia, si se aceptara el argumento de LA CAIXA respecto a que en la Junta no se suelen definir los comportamientos estratégicos de una compañía sino que ello se hace en el seno de su Consejo de Administración, tendríamos necesariamente que concluir que el legislador podría haberse limitado, al establecer las prohibiciones contenidas en el número Uno del artículo 34, a contemplar sólo la relativa a la designación de Consejeros, pues nada importaría que los derechos de voto se ejercieran en un porcentaje muy superior al 3 % del capital social si de esa manera no pudiese influirse en la definición de los comportamientos estratégicos, cuando además no existe intercambio de información estratégica a través de la Junta de Accionistas.

Sin embargo el legislador claramente establece limitaciones que, destinadas a la misma finalidad, se refieren a dos aspectos diferenciados, la limitación de los derechos de voto y la prohibición de designación de Consejeros, y en tal medida, el cumplimiento de uno sólo de los dos aspectos o limitaciones no supone en todas las ocasiones una garantía de la inexistencia de los riesgos que la norma pretende evitar.

La imposición con carácter general de una limitación referida al ejercicio de derechos de voto en la Junta de Accionistas, diferenciada de la relativa a la designación de Consejeros, está justificada en el hecho de que mediante el mero ejercicio de esos derechos, sin necesidad de que se acompañe de una presencia del mismo accionista en el Consejo de Administración, puede eventualmente influirse en la estrategia competitiva de la empresa (en cuanto los asuntos tratados en la citada Junta afecten a la definición de aquella estrategia), suponiendo un riesgo potencial de coordinación de comportamientos estratégicos.

LA CAIXA señala igualmente que el exceso de participación accionarial sobre el 3 %, un 2,004 %, no es suficientemente significativo para que la votación en la Junta General implique el riesgo de coordinación de comportamientos estratégicos.

Pero el porcentaje de participación accionarial del 3 % referido en el artículo 34 del RDL 6/2000 supone el umbral a partir del cual el legislador presume que existe un riesgo de coordinación de los comportamientos competitivos de los operadores principales, razón por la cual establece a partir de dicho porcentaje la limitación del ejercicio de derechos de voto referida en su número Uno.

En consecuencia, la posesión de un pequeño porcentaje en exceso sobre el 3 por ciento (como en este asunto) no supone en todas las ocasiones la inexistencia de los riesgos que la norma pretende prevenir, presumiéndose por el contrario su existencia siempre que se supere ese porcentaje, con independencia de su cuantía, estableciendo por esa razón el legislador las limitaciones del número Uno del artículo 34.

Este porcentaje del 3 por ciento no ha sido establecido al azar, sino que corresponde al mismo que fue establecido por el Gobierno como límite al imponer las condiciones de desinversión de participaciones a las que subordinó la aprobación de las concentraciones celebradas en el sector financiero antes referidas, como porcentaje representativo de “*participaciones significativas*”, y coincide por lo demás con el porcentaje que el Tribunal de Defensa de la Competencia tomó en consideración en sus correspondientes informes sobre las mismas concentraciones.

Por otro lado, no es ajeno al citado porcentaje el que viene establecido en el Real Decreto 1815/1991, sobre normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, en cuyo artículo 5 establece que tendrán la consideración de sociedades asociadas, a los únicos efectos de la consolidación, aquéllas, no incluidas en la consolidación, en las que alguna o varias sociedades del grupo ejerzan una “*influencia notable*”, presumiendo que se ejerce dicha influencia cuando una o varias sociedades del grupo posean una participación en el capital de una sociedad que no pertenezca al grupo, del 20 por ciento, o del 3 por ciento si ésta cotiza en Bolsa.

El carácter significativo o no del exceso sobre el 3 por ciento deberá ser objeto de examen en cada caso, atendiendo a la importancia relativa del accionista en el conjunto de la composición accionarial de la sociedad participada, y de otras circunstancias, tales como la entidad de las participaciones ostentadas en ambos operadores, su presencia en los órganos de administración y gestión, el grado de influencia ejercido en dichos operadores, etc.

Antes de valorar la entidad del exceso de participación sobre el 3 por ciento ostentado por LA CAIXA en ENDESA y su incidencia sobre el análisis de la concurrencia del requisito de ausencia de riesgo de coordinación de comportamientos competitivos, procede con carácter previo examinar el contexto de la influencia ejercida por LA CAIXA en el otro operador principal, pues no es de relevancia solamente la influencia ejercida sobre la sociedad respecto de la cual se solicita autorización para ejercitar los derechos de voto, sino igualmente

aquella que se ejerza sobre el otro operador principal (en este caso dos sociedades de un mismo grupo considerado operador principal) sobre el que han optado, dado que las posibilidades de coordinación de comportamientos competitivos dependen precisamente de su presencia en ambos operadores.

V.3.2. Sobre la presencia de LA CAIXA en el operador principal REPSOL-YPF/GAS NATURAL

Para valorar la influencia de LA CAIXA sobre el operador principal REPSOL-YPF/GAS NATURAL, se han de examinar de manera conjunta tanto los porcentajes de participación accionarial como otros elementos de influencia, como la presencia en los órganos de administración y gestión de la sociedad.

En el presente expediente ha quedado acreditado, con la información requerida por el órgano instructor y remitida al mismo por las sociedades requeridas, que LA CAIXA ejerce una influencia no sólo significativa o notable sino una influencia mucho mayor en GAS NATURAL, aunque no pueda ser calificada de “decisiva” debido a que el control de la sociedad correspondería más bien al otro accionista de referencia, la sociedad REPSOL-YPF, tal como se desprende de los acuerdos entre esa sociedad y LA CAIXA de 11 de enero de 2000.

Este grado elevado de influencia en la gestión de GAS NATURAL le viene conferido no sólo por la importante participación accionarial que posee en su capital social (26,1 %) sino igualmente por su acusada presencia en los órganos de administración y gestión de esa sociedad, de acuerdo con lo dispuesto en los citados acuerdos entre LA CAIXA y REPSOL-YPF de 11 de enero de 2000.

Así, de los (.....) miembros del Consejo de Administración de GAS NATURAL, (.....) miembros son nombrados por (.....), incluyendo entre ellos al Presidente (a su vez Director General de LA CAIXA), y de los (.....) miembros de su Comisión Ejecutiva, (.....) son nombrados igualmente por (.....) (estando incluido entre esos tres el Presidente).

Adicionalmente, aunque en menor medida, LA CAIXA dispone en la sociedad matriz de GAS NATURAL, REPSOL-YPF, de una importante participación accionarial (en este punto no son coincidentes los datos ofrecidos por REPSOL-YPF y LA CAIXA, pues la primera señala que la segunda posee sobre su capital social una participación directa del 8,48 % e indirecta del (.....) a través de REPINVES; mientras que LA CAIXA informa que a través de su filial CAIXA HOLDING posee participaciones sobre REPSOL-YPF del 9,979 %, y a través de la sociedad no controlada REPINVES, participada por LA CAIXA en un 39,236 %, posee un (.....) del capital social de REPSOL-YPF), y está presente en sus órganos de administración, según se acredita en los Antecedentes de la presente Resolución, todo lo cual viene a reforzar su presencia en este operador principal, ya sea directamente o a través de su sociedad matriz.

El examen de estas circunstancias permite constatar la existencia de indicios claros de una elevada posibilidad de influencia y de una fuerte presencia de LA CAIXA en uno de los dos operadores principales, el grupo REPSOL-YPF, siendo su presencia directa muy acusada precisamente en la sociedad más relevante en el ejercicio de las actividades del sector de hidrocarburos gaseosos (GAS NATURAL). Además de la elevada influencia que puede ejercer, la presencia de LA CAIXA en los órganos de administración y gestión de REPSOL-YPF y de GAS NATURAL, le permite además obtener información estratégica sobre dichas sociedades.

V.3.3. Sobre la presencia de LA CAIXA en el operador principal ENDESA

Concluido lo anterior, procede ahora ponderar el grado de influencia que LA CAIXA es capaz de ejercer sobre la sociedad ENDESA, asumiendo como premisa la imposibilidad para dicha sociedad de disponer de información estratégica sobre ENDESA ni intercambiarla con el grupo REPSOL-YPF/GAS NATURAL, por carecer de representación en los órganos de administración y gestión de la primera, por lo que la valoración de la posible influencia se centra en la que pueda ejercerse mediante el ejercicio de derechos de voto en la Junta, sin olvidar, no obstante, la necesidad de examinar asimismo los eventuales efectos de la

posibilidad para LA CAIXA de utilizar información estratégica de REPSOL-YPF/GAS NATURAL en el ejercicio de dichos derechos de voto.

A continuación se exponen los criterios a utilizar para determinar, en el contexto de ausencia de presencia de LA CAIXA en los órganos de administración y gestión de ENDESA, y a través solamente del ejercicio de sus derechos de voto en la Junta, la posibilidad o no de ejercicio de una influencia significativa por la primera en la segunda.

V.3.3.1. Sobre los criterios para determinar el grado de influencia ejercido por LA CAIXA sobre la sociedad ENDESA

Para determinar el grado de influencia de LA CAIXA en la sociedad ENDESA cabe recurrir a criterios de análisis como la cuantía de participación accionarial ostentada, el grado de dispersión de la composición accionarial de la sociedad participada y la importancia relativa que tiene aquel porcentaje en ese contexto, la importancia real de tal participación accionarial en las reuniones de las Juntas de Accionistas, los resultados de las votaciones de las últimas Juntas Generales de Accionistas y la incidencia de la participación accionarial del accionista en las mayorías requeridas para la adopción de los acuerdos sociales, las delegaciones de voto conferidas y el sentido en que se han realizado.

En este sentido, cabe recurrir en este asunto a criterios de valoración similares a los que emplea la Comisión Europea en su práctica decisoria en el marco del control de concentraciones, bajo el Reglamento CEE número 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, para determinar cuándo la adquisición de participaciones minoritarias permiten el ejercicio de una influencia decisiva, sea de manera exclusiva o conjunta.

Si bien procede señalar, como queda de manifiesto más adelante, que el empleo de estos criterios no significa que el objeto de los procedimientos de autorización al amparo del artículo 34.5 del RDL 6/2000 que tramite la CNE para la verificación de la concurrencia del requisito de ausencia de riesgo de coordinación de

comportamientos estratégicos, sea el de determinar que la sociedad poseedora de acciones ejerce una influencia decisiva (equivalente a control) sobre la sociedad participada, pues el citado riesgo de coordinación puede presentarse eventualmente sin necesidad de disfrutar de un grado de influencia tan elevado. Así ha quedado de manifiesto en la cita del fragmento del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia realizada en el epígrafe III de la presente Resolución.

No obstante, siendo los métodos de análisis a emplear en este asunto muy similares a los utilizados por la Comisión Europea, se exponen éstos seguidamente. En la Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de concentración (DOCE C 66/5, de 2 de marzo de 1998), esa institución comunitaria considera que *“un accionista minoritario puede también ejercer el control exclusivo de hecho. Este es el caso, por ejemplo, cuando es muy probable que el accionista obtenga la mayoría en la junta de accionistas ya que las restantes acciones están muy repartidas..... Para determinar si existe o no control exclusivo se tendrá en cuenta la presencia de accionistas en años anteriores. Cuando, dado el número de accionistas presentes en la junta general, un accionista minoritario tiene una mayoría estable de los votos en dicha reunión, se considera que ejerce el control exclusivo”*.

Y en cuanto al control conjunto, éste existe *“cuando los accionistas (empresas matrices) deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada (empresa en participación)”*, pero señala que *“también existe cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. En este contexto influencia decisiva significa el poder para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa”*.

Son de gran interés a estos efectos las consideraciones de la Comisión Europea en relación con el ejercicio de control en común cuando los accionistas minoritarios disponen de derechos de veto sobre las *“decisiones capitales para la estrategia competitiva de la empresa en participación”*. Señala la Comisión Europea que *“los derechos de veto deben referirse a las decisiones estratégicas sobre la política comercial de la empresa en participación y deben ser más*

completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación”.

Teniendo en cuenta estos criterios, y trasladando su aplicación al presente asunto, bastaría con verificar el disfrute por LA CAIXA, merced a su participación accionarial en ENDESA, de una capacidad de bloqueo de las decisiones que afecten a la estrategia competitiva de la empresa (aunque dispusiera sólo de poder para bloquear dichas decisiones y no para adoptarlas), para entender que ostenta una capacidad de influencia suficiente (aunque no sea decisiva por sí sola) para adoptar comportamientos competitivos y coordinarlos, en contra de las normas de defensa de la competencia, con los de GAS NATURAL.

En suma, no sería necesario verificar que LA CAIXA disfruta de una capacidad de influencia decisiva con carácter exclusivo sobre ENDESA, sino que sería suficiente, a los efectos de denegar la autorización solicitada, identificar indicios de riesgo de coordinación de comportamientos competitivos, en el marco de aplicación del artículo 34 del RDL 6/2000, simplemente mediante la constatación de la capacidad de una *influencia significativa*, considerando a tales efectos la que pueda ejercerse bloqueando la adopción de decisiones estratégicas de la empresa, no necesariamente adoptándolas.

Con carácter previo al examen en el presente asunto del cumplimiento del criterio que acaba de referirse, resulta necesario delimitar el ámbito de decisiones que consideramos que afectan a la estrategia competitiva de la empresa, y determinar si las mismas son adoptadas en el seno de la Junta de Accionistas.

La citada Comunicación de la Comisión Europea distingue a tal efecto entre derechos de veto otorgados generalmente a los accionistas minoritarios para la protección de sus intereses financieros, que guardaría relación con la adopción de *“decisiones que afectan a la esencia misma de la empresa en participación: modificaciones de los estatutos, aumento o reducción del capital, liquidación, etc....”*, y derechos de veto que dan lugar al control en común, que *“se refieren habitualmente a decisiones y cuestiones tales como el presupuesto, el programa*

de actividad, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos. No obstante, la adquisición de control en común no exige que quien lo adquiere tenga la facultad de ejercer una influencia decisiva en el funcionamiento cotidiano de una empresa. Lo importante es que los derechos de veto permitan a las empresas matrices ejercer dicha influencia sobre la estrategia competitiva de la empresa en participación”.

En suma, pertenecen al ámbito de decisiones que afectan a la estrategia competitiva de la empresa, según la Comisión Europea, el presupuesto, el programa de actividad, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos. Respecto a este último, LA CAIXA manifiesta que renuncia a la designación de Consejeros en ENDESA, por lo que se mitiga en gran medida el riesgo prevenido por la norma, quedando no obstante otros asuntos que forman parte de la estrategia competitiva y cuyas decisiones pueden eventualmente adoptarse en la Junta.

V.3.3.2. Sobre la aplicación de dichos criterios a la participación de LA CAIXA en el capital social de ENDESA

V.3.3.2.1. La cuota de participación accionarial de LA CAIXA en el contexto de la estructura accionarial de ENDESA

La cuantía de participación accionarial de LA CAIXA en el contexto de estructura accionarial de carácter disperso que tiene ENDESA ofrece ya indicios de la importancia de la presencia de LA CAIXA en esa sociedad.

En respuesta al requerimiento del órgano instructor, ENDESA remite la relación de accionistas con un porcentaje accionarial igual o superior al 1 %, tomando como base la información remitida por la Sociedad de Compensación y Liquidación de Valores con ocasión de la celebración de la última Junta General de Accionistas de 2001, que no siempre distingue entre accionistas y depositarios.

En dicha relación, sólo un accionista, la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (CAJA MADRID), supera, aunque en un porcentaje mínimo, a LA CAIXA en cuota de participación accionarial en el capital social de ENDESA, con un 5,01 % frente al 5,004 % ostentado por LA CAIXA.

El resto de accionistas relevantes en la citada relación son la (...) con un (...) % de participación accionarial, (...) con un (...) %, a los que se suma un conjunto de accionistas extranjeros constituido por entidades financieras y depositarios, entre los que destaca por ejemplo el CHASE MANHATTAN BANK, con una participación accionarial del (...) %, que según consta a esta Comisión (si bien están todavía tramitándose por la CNE actuaciones administrativas para determinar la aplicabilidad del artículo 34 del RDL 6/2000 a los titulares de las acciones custodiadas por el CHASE), parece actuar como custodio de las acciones de sus titulares, no ejercitando los derechos de voto correspondientes a esas acciones salvo por delegación de aquellos titulares, previas las correspondientes instrucciones.

La estructura accionarial que acaba de exponerse pone de manifiesto que LA CAIXA no es el accionista mayoritario de ENDESA, por lo que no sólo no dispone de la mayoría absoluta del capital social sino que tampoco es previsible que cuente con la mayoría absoluta del capital asistente a las reuniones de las Juntas de Accionistas (salvo que la Junta se constituyera en segunda convocatoria, no deba adoptar acuerdos extraordinarios, pues en tal caso se requiere el “quórum” específico del 25 % de capital social con derecho a voto que se refiere en el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas, y asista además de LA CAIXA un porcentaje de accionistas muy reducido).

No obstante, queda de manifiesto que constituye uno de los accionistas más significativos, junto a CAJA MADRID, en la composición accionarial de ENDESA, y que el resto del capital está disperso entre varias entidades financieras extranjeras y una multitud de accionistas individuales, por lo que la importancia de los dos accionistas relevantes antes señalados y del (...) y (...) es todavía mayor.

En el siguiente apartado se subraya la citada importancia de los accionistas significativos de ENDESA al analizar la cuota de capital asistente a las juntas que esos accionistas alcanzan.

V.3.3.2.2. Análisis del capital asistente y de las votaciones en las Juntas de Accionistas de ENDESA

ENDESA remite al órgano instructor del procedimiento administrativo información relativa al capital asistente a las tres últimas Juntas Generales Ordinarias de Accionistas de ENDESA, con el detalle del porcentaje que representan las acciones de LA CAIXA y del resto de accionistas asistentes respecto al total de capital asistente, e información relativa a las votaciones en la Junta de 2001.

Tomando como ejemplo los datos relativos a la Junta de Accionistas celebrada en 2001, consta que la cuota de capital social de CAIXA HOLDING (un 4,98 % respecto del total, ostentando el restante porcentaje de acciones de LA CAIXA en ENDESA hasta el 5,004 % su otra sociedad filial, CAIXA VIDA) supone un (...) % del capital asistente a la Junta, representando éste último un (...) % del capital social. Otros accionistas relevantes tienen el (...) % (CAJA MADRID), el (...) % (...), o el (...) % (...) respecto del total de capital asistente a la citada Junta.

En ese contexto, LA CAIXA no tiene con el (...) % la mayoría absoluta del capital asistente, necesitando llegar a acuerdos con otros accionistas relevantes para tenerla.

En otra hipótesis de capital asistente a la Junta del 25 % ("quorum" mínimo de asistencia para adoptar acuerdos extraordinarios), el 5,004 % de la participación accionarial de LA CAIXA representaría aproximadamente un (...) % del capital asistente, con lo que la importancia relativa de esa sociedad en la gestión de ENDESA se incrementa, si bien seguiría requiriendo el concurso de voluntades de otros accionistas.

Cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos Sociales de ENDESA, como regla general los acuerdos sociales se adoptarán con el voto favorable de la mayoría del capital con derecho a voto presente o representado en la Junta, sin perjuicio como es lógico de los “quórum” reforzados de constitución y de votación que se establezcan en la Ley o en los propios Estatutos. Por otro lado, existe en los citados Estatutos una limitación de los derechos de voto, de manera que ningún accionista podrá ejercitar un número de votos superior al que corresponda al 10 % del total del capital social con derecho a voto existente en cada momento y ello aunque las acciones de que sea titular superen ese porcentaje, si bien no hay en la composición accionarial actual remitida por ENDESA ningún accionista con más del 10 % de su capital social.

De acuerdo con los citados Estatutos, se entenderá que vota a favor de las propuestas de acuerdo todo accionista, presente o representado, que no manifieste expresamente su abstención o voto en contra.

En definitiva, cabría que en un contexto de asistencia muy reducida de accionistas a la Junta se produjera una situación en la que, absteniéndose un elevado porcentaje de accionistas, LA CAIXA tuviera el poder para adoptar o bloquear decisiones por mayoría simple, si bien esta hipótesis es de difícil realización práctica, sobre todo si la Junta ha de constituirse con un "quorum" del 25 %, para adoptar acuerdos extraordinarios.

Además, para concluir que LA CAIXA dispone de una capacidad de influencia significativa de carácter exclusivo en la gestión de ENDESA sería necesario verificar, no sólo que puede darse tal situación hipotética, como la descrita en el párrafo anterior, sino que puede tener una mayoría en las reuniones de la Junta no sólo ocasional sino de carácter estable, como así señala la Comisión Europea en su Comunicación, circunstancia que no puede constatarse en los datos remitidos por esa sociedad.

Por el contrario, puede concluirse, con base en los datos ofrecidos por ENDESA respecto a los accionistas asistentes a las Juntas de los tres últimos ejercicios y a

las votaciones desarrolladas en la Junta de 2001, que LA CAIXA no puede ejercer una influencia decisiva de carácter exclusivo sobre la gestión de ENDESA.

Después de esta conclusión preliminar, el análisis ha de continuar referido a la determinación de la capacidad o no para LA CAIXA de ejercer una influencia conjunta sobre ENDESA, mediante acuerdos con otros accionistas.

Así, la suma de las participaciones accionariales de los accionistas relevantes anteriores (LA CAIXA, CAJA MADRID,) representa un (...) % aproximadamente del capital asistente a la Junta de 2001, pero dicho porcentaje aumentaría progresivamente en tanto vaya disminuyendo el porcentaje de capital asistente respecto al capital total de la sociedad. Así, con una cuota de capital asistente del 25 % sobre el total de capital social, la suma de las cuotas de LA CAIXA y CAJAMADRID sobre este último sería de aproximadamente el 40 %, y si a ellos sumáramos las del (...), alcanzaría el 59 % aproximadamente.

En definitiva, si estos accionistas llegaran a acuerdos expresos o tácitos de actuación concertada podrían tener un mayor peso en la Junta de Accionistas, y cabría entonces atribuirles eventualmente una capacidad de influencia decisiva conjunta, sobre todo teniendo en cuenta que el resto de accionistas son entidades financieras extranjeras, con incidencia mucho menor en las decisiones en tanto actúen como depositarios de las acciones de sus titulares.

Estas consideraciones tienen una gran relevancia en el análisis de la capacidad para LA CAIXA, en ese contexto, de ejercer una influencia, no ya decisiva, sino “significativa”, pues bastaría con identificar un riesgo de ejercicio de esa influencia de menor amplitud que la decisiva para entender que no procede el otorgamiento de la autorización.

Recuérdese a estos efectos las consideraciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en los asuntos relativos a las fusiones celebradas en el sector financiero, que otorgaban precisamente a entidades financieras como lo es LA CAIXA, participaciones accionariales no muy superiores al 3 % en empresas de los sectores energéticos y de telecomunicaciones.

Sin necesidad de realizar un análisis detallado de la influencia (ya fuese o no decisiva o sólo "significativa" y ya fuese de carácter exclusivo o conjunto) que en la práctica pudieran ejercer las entidades fusionadas en las empresas participadas, el Tribunal, atendiendo simplemente a los indicios que representaban las participaciones accionariales y la presencia en los órganos de administración, recomendó subordinar la aprobación a la realización de desinversiones de las participaciones en exceso sobre el 3 %.

El grado de influencia requerido en estos asuntos no es el mismo que el necesario para los casos de control de concentraciones (en los que ha de haber una modificación de la estructura de control identificando el ejercicio de una influencia decisiva) porque el objeto del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, es de naturaleza preventiva, destinado a evitar los eventuales riesgos de coordinación competitiva derivados de la posibilidad de ejercer una influencia que podemos calificar de "significativa".

Adicionalmente, las posibilidades de coordinación dependen del grado de presencia que se tenga en ambos operadores, no teniendo obviamente las mismas consecuencias ser titular de pequeñas participaciones accionariales en exceso sobre el 3 % en los dos operadores principales, que disponer en uno de ellos de una presencia que se aproxima, en el caso de LA CAIXA en GAS NATURAL, aun sin serlo, al control conjunto.

Por esa razón, si bien LA CAIXA no puede ejercer una influencia decisiva exclusiva, esta Comisión entiende que la composición accionarial de ENDESA sugiere la persistencia de riesgos derivados de una eventual coordinación competitiva, pues con su participación accionarial aquella sociedad es uno de los accionistas más significativos de ENDESA, habilitándole eventualmente para ejercer con el concurso de otros accionistas una influencia conjunta, a lo que debe añadirse su elevada presencia e influencia en el otro operador principal, el grupo REPSOL-YPF/GAS NATURAL, y especialmente en GAS NATURAL.

Adicionalmente, la valoración por esta Comisión, en el marco de este procedimiento administrativo, de la eventual aparición, como consecuencia del otorgamiento de la autorización, de los riesgos analizados a lo largo de la presente Resolución, debe realizarse teniendo también en cuenta el contexto de condiciones de competencia en que se desarrollan las actividades por los dos operadores principales participados por LA CAIXA, al que no puede ser ajena esa valoración, que se realiza en el apartado siguiente.

V.3.4. Sobre el contexto de condiciones de competencia en el mercado de hidrocarburos gaseosos en el que desarrollan sus actividades los dos operadores principales

Como ya ha sido señalado en el Antecedente de Hecho I de esta Resolución, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acordó, en su sesión celebrada el día 24 de julio de 2001, aprobar la lista de operadores principales en el sector de hidrocarburos gaseosos, figurando dentro de dicha lista como operadores principales, con el número 1 el grupo de sociedades REPSOL-YPF, S.A. (y dentro del mismo su sociedad filial GAS NATURAL), y con el número 3 el grupo de sociedades ENDESA, S.A.

Como otros sectores tradicionales de servicio público, el sector de hidrocarburos gaseosos, en el que desarrollan sus actividades estos dos operadores principales, se encuentra en un proceso de liberalización, y por esa razón, se hace necesario garantizar al máximo que las condiciones de competencia que son progresivamente establecidas mediante la aplicación de la legislación adoptada con esa finalidad, no se vean entorpecidas por las actuaciones privadas de los operadores.

A esa finalidad de garantía adicional de carácter preventivo, se dirige la aprobación por el legislador del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, correspondiendo a esta Comisión, tanto en el ejercicio de las funciones específicas que se le atribuyen en el número Cinco de este precepto, como en el ejercicio de las funciones generales que como organismo regulador de los

sistemas energéticos se le atribuyen en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (como ente encargado de velar por su competencia efectiva, y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores), valorar la procedencia de la solicitud objeto de este expediente dentro del contexto de competencia existente.

Una serie de medidas adoptadas también en el marco del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, tienen por objeto introducir un mayor grado de liberalización y de competencia en el mercado, tales como la aceleración del calendario de elegibilidad, la creación de un gestor técnico del sistema gasista, o la subasta del 25 % del contrato de aprovisionamiento de gas con Argelia para su adjudicación a otros comercializadores distintos de GAS NATURAL.

Sujeto al proceso liberalizador previsto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y normas de desarrollo, el mercado de hidrocarburos gaseosos se caracteriza por un elevadísimo grado de concentración, siendo dominado por el grupo de sociedades GAS NATURAL, a su vez subholding dentro del grupo REPSOL-YPF, en las diferentes actividades de abastecimiento, transporte, distribución y comercialización.

En los últimos años se ha producido un extraordinario crecimiento del mercado, y esa tendencia se mantendrá en el futuro, motivado en parte por la participación cada vez mayor del gas natural en la producción de energía eléctrica, propiciando el desarrollo de una incipiente competencia en el sector, sobre todo en la actividad de comercialización, apareciendo progresivamente en el mercado empresas competidoras del grupo GAS NATURAL que han obtenido autorización administrativa para operar, entre las que se encuentran empresas del sector eléctrico.

A su vez, GAS NATURAL está iniciando el desarrollo de actividades en el sector eléctrico, tanto de producción como de comercialización de electricidad, y la propia sociedad ha declarado su pretensión de convertirse en un agente relevante en ese sector.

Como consecuencia de ello, se está produciendo una mayor interrelación entre los mercados de electricidad y gas natural.

A este contexto de condiciones de competencia señaladas, y de mayor interrelación entre los sectores eléctrico y gasista ha de añadirse la existencia de acuerdos entre los dos operadores principales participados por LA CAIXA, los acuerdos previos entre ENDESA y GAS NATURAL firmados el 14 de octubre de 1998, que denotan al menos la existencia de una cooperación de estas empresas en determinados ámbitos, y cuya referencia y análisis de su incidencia sobre este expediente (dedicado precisamente a determinar si a través de la “*sociedad participante*” común, LA CAIXA, a esos mismos operadores, ENDESA y GAS NATURAL, puede haber una coordinación de comportamientos competitivos de esas dos sociedades), no puede ni debe dejar de hacerse.

Precisamente a tal finalidad, el órgano instructor requirió determinadas informaciones a ENDESA en relación con la vigencia y en su caso modificación de que hubieran sido objeto esos acuerdos, respondiendo esa sociedad sobre esas cuestiones.

De manera resumida, se trata de los siguientes acuerdos: un contrato de suministro de gas para generación de energía eléctrica, que se encuentra vigente, y que fue objeto de algunas modificaciones de conformidad con los requerimientos de las autoridades nacionales y de defensa de la competencia; un acuerdo cooperativo de construcción de centrales eléctricas en San Roque y Besós, también plenamente vigente, y un acuerdo de colaboración y suministro, formalmente en vigor aunque no ha sido objeto de ejecución.

Como hemos señalado, progresivamente estos dos operadores se convierten en competidores no sólo en el sector de hidrocarburos gaseosos, en el que ambos son considerados operadores principales, sino igualmente en el sector de electricidad, debido a la pretensión manifestada por la sociedad GAS NATURAL de convertirse en un agente de relieve en ese sector.

Por ello, la existencia de estos acuerdos añade un elemento más a tomar en consideración por la Comisión en este expediente, pues constituye un sustrato previo de relaciones entre los dos operadores, que obliga a extremar las salvaguardas necesarias para impedir cualquier coordinación de sus comportamientos competitivos.

V.3.5. Conclusión sobre la concurrencia o no del riesgo de coordinación de comportamientos estratégicos y la procedencia de otorgamiento o no de autorización

Tras todos estos análisis puede concluirse que LA CAIXA no ejerce una influencia decisiva con carácter exclusivo sobre ENDESA, pero podría eventualmente ejercer una influencia decisiva conjunta con el concurso de voluntades de otros accionistas relevantes, siendo imposible para esta Comisión realizar un seguimiento de la existencia de acuerdos no ya expresos sino tácitos o de intereses comunes, entre los diferentes accionistas de ENDESA, que resulten en el ejercicio de una especie de influencia conjunta o simplemente de una influencia significativa.

Además, podría eventualmente utilizar la información estratégica de que dispone sobre REPSOL-YPF/GAS NATURAL en el ejercicio de esos derechos de voto de manera concertada con otros accionistas relevantes de ENDESA, como por ejemplo CAJA MADRID, accionista éste último que además tiene representación en el Consejo de Administración de aquella.

Estas consideraciones tienen una gran relevancia en el análisis de la capacidad para LA CAIXA, en ese contexto, de ejercer una influencia, no ya decisiva, sino “significativa”, pues bastaría con identificar un riesgo de ejercicio de esa influencia de menor amplitud que la decisiva para entender que no procede el otorgamiento de la autorización.

Adicionalmente, las posibilidades de coordinación dependen del grado de presencia que se tenga en ambos operadores, no teniendo obviamente las

mismas consecuencias ser titular de pequeñas participaciones accionariales en exceso sobre el 3 % en los dos operadores principales, que disponer en uno de ellos de una presencia que se aproxima, en el caso de LA CAIXA en GAS NATURAL, aun sin serlo, al control conjunto.

Por esa razón, si bien LA CAIXA no puede ejercer una influencia decisiva exclusiva, esta Comisión entiende que tanto por un lado la presencia de esa sociedad en el grupo REPSOL-YPF/GAS NATURAL, como por otro lado la composición accionarial de la otra sociedad participada, ENDESA, ofrecen indicios de la persistencia, en caso de otorgarse la autorización y aun renunciando a la designación de Consejeros, de riesgos derivados de una eventual coordinación competitiva.

Adicionalmente, estas consideraciones hay que situarlas en el contexto de condiciones de competencia y de acuerdos previos entre ENDESA y GAS NATURAL que se han señalado en el anterior apartado, que obligan a extremar las cautelas para asegurar la inexistencia de cualquier riesgo para el desarrollo de la libre competencia en un sector con un grado de concentración tan elevado como el de los hidrocarburos gaseosos, en el que la competencia es todavía muy incipiente.

Todo ello conduce a esta Comisión a entender que no sería procedente autorizar el ejercicio de derechos de voto sin establecer ninguna condición. Por el contrario, lo procedente es otorgar la autorización sólo si se cumplen determinadas condiciones.

Aun sometida a condiciones, esta autorización sólo es posible otorgarla teniendo en cuenta la renuncia manifestada por LA CAIXA a que la autorización comprenda el derecho de designar miembros en el órgano de administración de ENDESA, por lo que, de conformidad con el régimen establecido en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, LA CAIXA no puede, por ministerio de la Ley, designar Consejeros en ENDESA.

La citada prohibición debe entenderse referida tanto al derecho que se establece en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas sobre el sistema proporcional, como el que se derivaría en su caso del procedimiento de cooptación referido en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas, no pudiendo tampoco, en virtud de lo establecido en el propio artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, ejercer sus derechos de voto respecto a las propuestas de nombramiento de otros Consejeros distintos de los dominicales, es decir, Consejeros independientes o Consejeros vinculados profesionalmente a la sociedad, o a las propuestas de separación de Consejeros, que deban ser aprobadas por la Junta de Accionistas.

La autorización se subordina al cumplimiento de determinadas condiciones, en virtud de las cuales LA CAIXA no podrá ejercer sus derechos de voto en exceso sobre el 3 % respecto a aquellos asuntos que afecten a la estrategia competitiva de ENDESA en el sector de hidrocarburos gaseosos, pudiendo en consecuencia ejercer los citados derechos de voto sólo respecto a aquellas materias que guardan relación con la protección normal de los accionistas minoritarios para la defensa de sus intereses financieros como inversores de la sociedad.

Ello comporta que sólo podrían ejercer sus derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 % respecto a los asuntos relativos a la aprobación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.

No obstante, en caso de que LA CAIXA pretenda ejercer los derechos de voto en exceso sobre los correspondientes al 3 por ciento del capital social de ENDESA respecto a asuntos incluidos en el orden del día distintos a los referidos en el párrafo anterior, deberá solicitar autorización a esta Comisión en relación con el acuerdo concreto sobre el que pretenda votar, debiendo tener entrada dicha solicitud en el registro de la CNE con una antelación mínima de 12 días a la celebración de la correspondiente Junta General.

A las condiciones señaladas es necesario añadir otras, a fin de impedir cualquier riesgo de intercambio de información o de coordinación de comportamientos competitivos. En virtud de las mismas, LA CAIXA no podrá adoptar ningún pacto

de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto con otros accionistas de ENDESA,

Por otro lado, para el caso en que se reconocieran derechos de información con contenido diferente a los accionistas de ENDESA dependiendo de su cuota de participación social o de cualesquiera otras circunstancias, como accionista de ENDESA LA CAIXA sólo tendrá reconocido el derecho de información que corresponda a cualquier otro accionista con una cuota de participación en el capital social del 3 %.

Además, LA CAIXA no podrá celebrar con otros accionistas de ENDESA ningún acuerdo o pacto que tenga por objeto adoptar o bloquear la adopción de acuerdos sociales en la Junta.

LA CAIXA no podrá tampoco intercambiar información estratégica sobre REPSOL-YPF o GAS NATURAL con otros accionistas relevantes de ENDESA.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía en su sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2001

ACUERDA

Primero.- LA CAIXA no podrá designar miembros del Consejo de Administración de ENDESA, ni en virtud del sistema proporcional referido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni por el procedimiento de cooptación establecido en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas, no pudiendo tampoco, en virtud de lo establecido en el propio artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, ejercer sus derechos de voto respecto a las propuestas de nombramiento de otros Consejeros distintos de los dominicales, es decir, Consejeros independientes o Consejeros vinculados profesionalmente a la sociedad, o a las propuestas de separación de Consejeros, que deban ser aprobadas por la Junta de Accionistas.

Segundo.- Autorizar a LA CAIXA para el ejercicio de derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 por ciento en el capital social de ENDESA, subordinado al cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. LA CAIXA no podrá ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 % en el capital social de ENDESA respecto a los asuntos que afecten a la estrategia competitiva de la empresa en el sector de hidrocarburos gaseosos, por lo que sólo podrá ejercerlos respecto al ámbito de materias que guardan relación con la protección normal de los accionistas minoritarios para la defensa de sus intereses financieros como inversores de la sociedad, que se señalan en el punto siguiente.
2. De acuerdo con lo señalado en el punto anterior de este apartado, sólo podrán ejercerse los derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 % respecto a las siguientes materias: la aprobación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.
3. Adicionalmente, LA CAIXA no podrá adoptar ningún pacto de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto con otros accionistas de ENDESA,
4. Para el caso en que se reconocieran derechos de información con contenido diferente a los accionistas de ENDESA dependiendo de su cuota de participación social o de cualesquiera otras circunstancias, como accionista de ENDESA LA CAIXA sólo tendrá reconocido el derecho de información que corresponda a cualquier otro accionista con una cuota de participación en el capital social del 3 %,
5. LA CAIXA no podrá celebrar con otros accionistas de ENDESA ningún acuerdo o pacto que tenga por objeto adoptar o bloquear la adopción de acuerdos sociales en la Junta,

6. LA CAIXA no podrá intercambiar información estratégica sobre REPSOL-YPF o GAS NATURAL con otros accionistas relevantes de ENDESA.

Tercero.- En caso de que LA CAIXA pretenda ejercer los derechos de voto en exceso sobre los correspondientes al 3 por ciento del capital social de ENDESA respecto a asuntos incluidos en el orden del día distintos a los referidos en el número 2 del apartado Segundo anterior, deberá solicitar autorización a esta Comisión en relación con el acuerdo concreto sobre el que pretenda votar, debiendo tener entrada dicha solicitud en el registro de la CNE con una antelación mínima de 12 días a la celebración de la correspondiente Junta General.

Cuarto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.4 del Real Decreto 1232/2001, de 23 de noviembre, el incumplimiento de las condiciones a las que se subordina la autorización implicará automáticamente la extinción de su eficacia, dando lugar cualquier ejercicio de derechos de voto a la eventual incoación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador en los términos previstos en el artículo 34.seis del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio.

Quinto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Real Decreto 1232/2001, de 23 de noviembre, LA CAIXA deberá comunicar a esta Comisión cualquier variación en los presupuestos de hecho que determinaron el otorgamiento de la autorización.

En caso de variación de los presupuestos determinantes del otorgamiento de una autorización, el ejercicio de derechos de voto no amparada por ella, dará lugar a la incoación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador en los términos previstos en el artículo 34.seis del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio.

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Economía, 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 notificación de la presente Resolución.