

2. MERCANTIL

LA TOMA DE PARTICIPACIÓN EN EMPRESAS ESPAÑOLAS ENERGÉTICAS A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

I. INTRODUCCIÓN

Pese a la postura privatizadora que llevó a cabo el Estado español en los años noventa del pasado siglo sobre determinadas empresas, dicha liberalización no fue total. De esta forma el Estado español se reservó la posibilidad de injerencia en el devenir de las empresas privatizadas, fundamentalmente a través de lo que se conoció como «acción de oro» (*Golden Share*) que, entre otras cosas, implicaba un régimen de autorización administrativa previa a la adquisición de una toma de participación en el capital de las mismas.

Esta regulación se llevó a cabo mediante la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y por el Real Decreto 1525/1995, que la desarrollaba (1); legislación que fue recurrida por la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE»), al haberse considerado dicho régimen de autorización administrativa previa contrario a los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales que se declaran en los artículos 43 y 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea («Tratado CE»).

Antes de resolver sobre dicho recurso contra la normativa española de las *Golden Share*, el TJCE, mediante sentencia de 4 de junio de 2002, resolvió los asuntos C-367/98, Comisión c. Portugal; C-483/99, Comisión c. Francia; y C-503/99, Comisión c. Bélgica, también sobre *Golden Share*. Así, declaró compatible con el Tratado CE la legislación belga, puesto que el veto gubernamental de carácter objetivo se limita a aquellas decisiones que pongan en peligro la política energética belga, declarándose, por otro lado, incompatibles con el Tratado CE las legislaciones portuguesa y francesa, puesto que las acciones de dichos gobiernos no estaban sujetas a ninguna condición, ni se aclaraban las circunstancias que permitían el ejercicio de las mismas.

Con estos precedentes, el TJCE declaró en su sentencia, de 13 de mayo de 2003 (asunto C-463/00), que la citada normativa española sobre *Golden Share*, era también contraria al Tratado CE por vulnerar los derechos de establecimiento y de libre circulación de capitales.

(1) Para las empresas específicas, su régimen jurídico se individualizó del siguiente modo: Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, de aplicación a Repsol, S. A.; Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, de aplicación a Telefónica de España, S. A.; Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, de aplicación a Corporación Bancaria de España, S. A. (Argentina); Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, de aplicación a Tabacalera, S. A., y Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, de aplicación a Endesa, S. A.

Con el objeto de intentar dar cumplimiento a la referida sentencia del TJCE y por considerarse necesario el control administrativo previo en determinadas situaciones, el Reino de España procedió a modificar su particular régimen de *Golden Share*, mediante la Disposición Adicional vigésima quinta de la Ley 60/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. No obstante dicha modificación normativa, la Comisión Europea mediante carta de emplazamiento dirigida al Gobierno español el día 7 de julio de 2004, le comunicó que el régimen normativo fruto de dicha reforma tampoco resultaba conforme con el Derecho Comunitario Europeo.

En este contexto, finalmente la Ley 13/2006, de 26 de mayo, derogó finalmente el régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, establecido por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo, entre las que se encontraba la Disposición Adicional vigésima quinta y la Disposición Adicional vigésima sexta de la Ley 60/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, siendo la razón de dicha norma —según su Preámbulo— «...superar de manera definitiva las dificultades surgidas en orden a la adaptación de la normativa española al Derecho Comunitario Europeo, y dar debido cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto indicado anteriormente, evitando así la inminente imposición a España de sanciones ex artículo 228.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Y por otro lado, de dar la solución que un análisis objetivo y realista de la situación actual muestra como más adecuada. Dicha solución consiste en desactivar el sistema de controles públicos que, hasta ahora, se aplicaba a las operaciones objeto de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, dado que, como se ha expuesto anteriormente, la situación actual refleja su innecesariedad. Siendo así, carecería de sentido prorrogar la vigencia de dichos controles una vez que su finalidad se ha cumplido».

De esta forma, una vez derogado el régimen español de *Golden Share*, el control administrativo para la toma de participación en empresas energéticas españolas pivotaba fundamentalmente mediante dos disposiciones normativas, a saber: i) la Disposición Adicional vigésima séptima de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada a la misma por el artículo 94 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que limitan los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por entidades públicas en las empresas españolas del sector energético (la conocida como «Ley Rato»); y ii) la función decimocuarta de la Comisión Nacional de la Energía enumerada en la Disposición Adicional undécima, tercero 1, de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, modificada por el artículo único del Real Decreto-Ley 4/2006 (la conocida «función 14 de la CNE»).

Pues bien, a la Ley Rato se ha dedicado la sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 2008, mientras que a la función 14 de la CNE lo ha sido la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008, para declarar la no compatibilidad de las mismas con los principios del Tratado CE, cuyos argumentos expondremos a continuación.

No obstante las mencionadas sentencias recientes del TJCE, entendemos que de las mismas y al amparo del propio Tratado CE, existen posibilidades para los Estados miembros de restringir los principios de libertad de derecho de establecimiento y de libre circulación de capitales cuando la operación en sí afecte a la seguridad del Estado en cuestión.

Por ello, es importante recordar que el propio artículo 58 del Tratado CE permite a los Estados miembros: «...establecer procedimientos de declaración

de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública...».

Pero igual de importante es traer a colación el mecanismo normativo existente en nuestro Ordenamiento Jurídico que al amparo de lo dispuesto en el Tratado CE, prevé la existencia de la suspensión particular del régimen de liberalización de inversiones cuando se vea afectada la «seguridad pública». Así, el artículo 10 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, prevé expresamente lo siguiente:

«ARTÍCULO 10. Suspensión del régimen de liberalización.

1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia, y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores podrá acordar, de forma motivada, con carácter general o particular, la suspensión del régimen de liberalización establecido en el presente Real Decreto y siempre que las inversiones por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas aunque sólo sea de modo ocasional con el ejercicio de poder público, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud públicas.

2. Una vez suspendido el régimen de liberalización, el inversor afectado deberá solicitar autorización administrativa previa respecto de las operaciones de inversión que, a partir del momento de la notificación de la suspensión se propusiera realizar. La solicitud de autorización se dirigirá al Director General de Política Comercial e Inversiones Exteriores, correspondiendo su resolución al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

Transcurridos seis meses desde el día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente para resolver, sin que haya recaído resolución expresa se producirán los efectos previstos en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Las inversiones autorizadas, de acuerdo con el apartado anterior, deberán realizarse dentro del plazo que específicamente hubiere señalado la autorización o, en su defecto, en el de seis meses, transcurrido el plazo sin haberse realizado la inversión, se entenderá caducada la autorización, salvo que se obtenga prórroga».

Es decir, el propio Derecho Comunitario considera contrario a los principios de derecho de establecimiento y de libre circulación de capitales las restricciones administrativas a una inversión, aunque por otro lado, también estima como conforme al Derecho Comunitario la existencia de un régimen de autorización administrativa previa para la inversión en cuestión cuando la misma pueda afectar a la «seguridad pública». Pues bien, ésa es evidentemente nuestra opinión en el marco de las adquisiciones de participaciones en empresas energéticas españolas, cuando en función de las circunstancias objetivas y subjetivas de la adquisición en cuestión pueda ponerse en peligro la «seguridad pública», concepto dentro del cual ha de comprenderse necesariamente también la «seguridad energética», según los argumentos que expondremos

con posterioridad en el presente trabajo, en cuanto al alcance y contenido de dicho concepto en el marco energético español.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 14 DE FEBRERO DE 2008

La Disposición Adicional vigésimo séptima de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada a la misma por el artículo 94 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, tiene el siguiente contenido:

«DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA SÉPTIMA. Participaciones públicas en el sector energético.

1. *Las entidades o personas de naturaleza pública y las entidades de cualquier naturaleza, participadas mayoritariamente o controladas en cualquier forma por entidades o Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, que directa o indirectamente tomen el control o adquieran participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos deberán notificar a la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y PYMES de la toma de control o adquisición que se haya efectuado, con especial referencia a las características y condiciones de la adquisición.*

2. *La Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y PYMES, cuando haya sido notificada, o de oficio en el caso en que dándose el supuesto del número anterior no haya tenido lugar la notificación, instruirá un expediente, de conformidad con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto tenga conocimiento, y en el que informará preceptivamente la Comisión Nacional de Energía.*

3. *El Consejo de Ministros previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en el plazo máximo de dos meses podrá resolver reconociendo o no el ejercicio de derechos políticos correspondientes, o sometiendo el ejercicio de los mismos a determinadas condiciones en atención, entre otros, a los principios de objetividad, transparencia, equilibrio y buen funcionamiento de los mercados y sistemas energéticos.*

En todo caso, desde que se produzca la toma de control o la adquisición de participaciones significativas de sociedades de ámbito estatal que realicen actividades en los mercados energéticos y hasta que no se pronuncie el Consejo de Ministros, por resolución expresa o por silencio, si no resuelve expresamente dentro del plazo máximo de que dispone, las entidades o personas a que se refiere el número 1 de la presente disposición no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a las participaciones en el mismo indicadas.

La resolución del Consejo de Ministros, que será motivada, tendrá en cuenta si la toma de control o adquisición de participaciones significativas tiene como consecuencia la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades desarrolladas por las empresas en los mercados energéticos con el fin de garantizar la adecuada gestión y prestación de servicios por las mismas dentro del sistema energético, de conformidad con los criterios objetivos que se especifica en el apartado siguiente.

La falta de resolución del expediente, en el plazo a que se refiere el párrafo primero del presente apartado, permitirá el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las mismas.

4. A los efectos previstos en el apartado anterior, la existencia de riesgos significativos o efectos negativos se apreciará en función de:

- a) La transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda incorporarse la entidad como consecuencia de la operación y, en general, la existencia de dificultades para obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades.*
- b) Los vínculos que, como consecuencia de la operación, la entidad en cuestión pueda mantener con otras personas físicas o jurídicas, siempre que tales vínculos puedan obstaculizar el buen ejercicio de la ordenación y supervisión de la correspondiente entidad.*
- c) La posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de cualesquiera otras actividades desarrolladas por los adquirentes.*
- d) El riesgo que la estructura financiera de la operación haga recaer sobre las actividades de la entidad sometidas a regulación, y sobre los recursos obtenidos por dichas actividades, en especial cuando se trate de rentas de origen regulados que se transfieren a actividades distintas de aquellas que las originan.*
- e) Seguridad del suministro o de la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios y, en particular, en la necesidad de preservar y desarrollar la estructura de los mercados en cuestión con una calidad adecuada, y de forma accesible a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica; en especial, la protección frente al riesgo de una inversión insuficiente en infraestructuras a largo plazo que no permita garantizar, de forma continuada, la disponibilidad de una capacidad suficiente.*
- f) Protección del interés general en el sector correspondiente afectado y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial.*

La anterior resolución se entenderá sin perjuicio de las autorizaciones que resulten pertinentes en virtud del ordenamiento jurídico vigente.

5. A los efectos de la presente disposición, se considerarán participaciones significativas aquellas que, directa o indirectamente, alcancen al menos el 3 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la sociedad.

6. Se entenderá que existe una relación de control a los efectos de esta disposición, siempre que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores».

Pues bien, en relación con el análisis sobre dicha Disposición Adicional vigésimo séptima y como apreciaciones previas al respecto, el TJCE declara que la libre circulación de capitales puede verse limitada por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 TCE o por razones imperiosas de interés general, no pudiéndose negar que el objetivo de garantizar, en caso de crisis, la seguridad del abastecimiento de energía en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública (véanse las sentencias de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, C-483/99, y Comisión/Bélgica C-503/99) que pueden justificar, even-

tualmente, un obstáculo a la libre circulación de capitales. Aunque la seguridad pública, a estos efectos, sólo puede alegarse cuando exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase, en particular, la sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, C-54/99).

Es decir, conforme a lo anterior, la seguridad pública puede suponer una justificación a la libre restricción de capitales, según prevé el propio artículo 58 del TCE.

Ahora bien, el carácter público del inversor, por sí sólo, que recoge la mencionada Disposición Adicional vigésimo séptima, no supone, a juicio del TJCE, un peligro para el abastecimiento de energía de un Estado miembro, no pudiendo consistir el interés en reforzar la estructura competitiva del mercado de que se trate una justificación válida para el establecimiento de restricciones a la libre circulación de capitales (sentencia Comisión/Italia, C-174-04).

Además, y como alegó la Comisión Europea, el TJCE considera que la supervisión de la entidad pública exclusivamente en el momento en que ésta tome el control de una empresa española que opere en el sector de la energía o en el momento en que adquiriera una participación significativa en ella no permite garantizar que, una vez reconocidos los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por dicha entidad, ésta vaya a utilizarlos de una forma adecuada que garantice la seguridad del abastecimiento energético.

Por otro lado, el TJCE recuerda que el régimen de la Disposición Adicional vigésimo séptima analizado no es asimilable al examinado en el asunto Comisión Europea/Bélgica, antes citado, ya que este último constituye un régimen de oposición *a posteriori* a los acuerdos adoptados por la sociedad, mientras que la norma española suspende el ejercicio de los derechos de voto y permite su no reconocimiento o su limitación, produciendo sus efectos aun antes de que la sociedad haya adoptado una decisión, es decir, sin que haya demostrado la existencia de un riesgo, siquiera potencial, de perjudicar a la seguridad del abastecimiento de energía.

III. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 17 DE JULIO DE 2008

En esta sentencia el TJCE falla sobre el recurso planteado por la Comisión Europea en relación con la medida que establece el régimen de autorización previsto en el apartado 1, párrafo segundo, de la función decimocuarta atribuida a la Comisión Nacional de la Energía.

Dicha norma sectorial prevista en la Disposición Adicional undécima de la Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos, modificada por el Real Decreto-Ley 4/2006, establece lo siguiente:

«La autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10 por 100 del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades».

Con carácter preliminar a las apreciaciones sobre la legalidad de dicha norma, el TJCE recuerda que el artículo 56 del TCE, apartado 1, hace efectiva la libre circulación de capitales entre los Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. A tal fin, esta disposición establece que quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y países terceros.

Ante la inexistencia de un concepto de «movimientos de capitales» en el sentido del referido artículo 56 del TCE, ha de entenderse por tal cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de la actividad económica (vid. sentencias del TJCE, de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania, C-112/05, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, C-274/06). Debiendo entenderse por «restricciones», las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las sociedades afectadas o disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas (vid., por ejemplo, la sentencia del TJCE, de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, C-367/98).

El TJCE, acogiendo las alegaciones de la Comisión Europea en el análisis del régimen de autorización administrativa analizado, considera que no necesariamente todas las adquisiciones de participaciones en una sociedad superiores al 10 por 100 de su capital ni todas las adquisiciones directas de activos permiten ejercer una influencia real en las decisiones de la sociedad en cuestión y determinar sus actividades. Por ello, dicho régimen de autorización administrativa previa puede vulnerar no sólo la prohibición de restricciones a los movimientos de capitales en aplicación del artículo 56 del TCE, sino también el relativo a la libertad de establecimiento que establece el propio artículo 43 del TCE (vid. sentencia del TJCE, de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimant in the FII Group Litigation*, C-446/04).

De sumo interés resulta la declaración del TJCE consistente en que la libre circulación de capitales puede verse limitada por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 del TCE (ya recogido con anterioridad en este trabajo) o por razones imperiosas de interés general, siempre que no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses (vid., por ejemplo, la sentencia del TJCE, de 28 de septiembre de 2006, *Comisión/Países Bajos*, C-282/04).

A este respecto, el TJCE concluye que en este caso no existe la armonización comunitaria antes citada, ya que la Directiva 2004/67/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a las medidas para garantizar el suministro del gas natural, y la Directiva 2005/89/CE del Parlamento y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura, aunque formulan medidas dirigidas a proteger un nivel adecuado de seguridad en el suministro, respectivamente, de gas natural y electricidad, sólo establecen únicamente un marco dentro del cual los Estados miembros han de definir las políticas generales en materia de seguridad del suministro energético.

Por lo tanto, hasta ahora puede comprobarse cómo en función de los anteriores razonamientos del TJCE, la libre circulación de capitales puede verse mermada en determinados casos que afecten a la seguridad del Estado en cuestión, por ello, el TJCE afirma también que el objetivo de garantizar la energía en

el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública (vid. las sentencias del TJCE, de 4 de junio de 2002, Comisión/Francia, C-483/99, y la propia sentencia antes citada de 14 de febrero de 2008, Comisión/España).

No obstante, el TJCE ha mantenido que las exigencias de seguridad pública, como excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales, han de interpretarse en sentido estricto, pudiendo invocarse tan sólo en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (vid. la sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, C-54-59).

Por ello, el TJCE confirmó la postura de la Comisión Europea al mantener que el Reino de España había incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud del TJCE, al haber adoptado las disposiciones que figuran en el apartado 1, párrafo segundo, de la función decimocuarta de la Comisión Nacional de la Energía, con el fin de someter a autorización previa de este órgano administrativo español la adquisición de ciertas participaciones en las empresas que realicen determinadas actividades reguladas del sector de la energía, así como la adquisición de los activos precisos para desarrollar tales actividades, vulnerándose también con esta medida el artículo 43 del TJCE, relativo a la libertad de establecimiento, ya que se encuentra dentro de dicha libertad las disposiciones nacionales que son de aplicación a la posesión de un nacional del Estado miembro de que se trate de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiera una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permita determinar las actividades de ésta [vid. las sentencias del TJCE, *Baars* (TJCE 200, 87), *Cadbury Sweppes* y *Cadbury Sweppes Overseas* (TJCE 2006, 243) y *Test Claimants in the Tin Cap Group Litigation* (TJCE 2007, 59)].

En resumen, cabe reseñar que el TJCE en esta sentencia no rechaza la posibilidad de un mecanismo de control consistente en una autorización previa, sino que exige que ésta se configure y regule de modo proporcional respecto al fin perseguido.

IV. LA FUNCIÓN DECIMOCUARTA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA TRAS LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 17 DE JULIO DE 2008

Como hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad, la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008, ha declarado incompatible con el Derecho Comunitario el párrafo segundo del apartado 1 de la Función 14.^a que le incumbe a la Comisión Nacional de la Energía, quien ha decidido en tanto no se produzca a su derogación o modificación no aplicarlo en lo sucesivo (vid. Acuerdo de la Comisión Nacional de Energía en relación con la consulta de Gas Natural SDG, S. A., de fecha 4 de septiembre de 2008, sobre su intención de adquirir el control sobre Unión Fenosa, S. A.) (2).

El hecho de que el propio TJCE haya excluido del alcance de la referida sentencia al párrafo primero del apartado 1 de la Función 14.^a, ha provocado que existan opiniones discrepantes incluso en el seno de la propia Comisión Nacional de Energía en cuanto a la aplicabilidad del mismo o no.

(2) Disponible en la página web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es

Si bien la redacción originaria de la Función 14.^a sólo requería autorización administrativa cuando una sociedad con actividades reguladas tomase participaciones en otra que realizase actividades mercantiles (reguladas o no), la redacción de dicha Función 14.^a tras el Real Decreto-Ley 4/2004 extiende el régimen de dicha autorización a los casos en que cualquier sociedad (energética o no, regulada o mercantil) tome una participación significativa en una sociedad que ejecute operaciones reguladas.

Dicho párrafo primero, tras la mencionada reforma, prevé expresamente la siguiente intervención de dicho órgano administrativo:

«Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial, tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español».

Pues bien, el referido Acuerdo de 4 de septiembre de 2008, de la Comisión Nacional de Energía, estimó que ha de prevalecer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación subsistente de la Función 14.^a (en lo no afectado expresamente por la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008), en particular del concepto «sociedad con actividad regulada», por lo que el citado órgano administrativo estimó que la operación de toma de control de Unión Fenosa, S. A., por parte de Gas Natural SDG, S. A., sociedad holding matriz del Grupo Gas Natural (que no desarrolla por sí misma actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial previstas en la Ley), no se encuentra sujeta tampoco a lo establecido en el párrafo primero del apartado 1 de la Función 14.^a de la Comisión Nacional de Energía (3).

Sin embargo, a favor de una inaplicabilidad de la totalidad de la Función 14.^a tras la meritada sentencia del TJCE, se pronuncia el Consejero don Jorge Fabra Utray en su explicación de voto concurrente a dicha decisión de la Comisión Nacional de Energía, al manifestar que: *«...la parte subsistente de la Función 14.^a no satisface en modo alguno los objetivos cuya tutela se perseguía con la Función 14.^a introducida por la reforma del Real Decreto-Ley 4/2006, además de resultar contraria en sí misma al Derecho comunitario e incluso a nuestro Texto Constitucional»* (4).

Es decir, sin entrar a valorar los argumentos existentes a favor o en contra de la subsistencia o vigencia del párrafo primero del apartado 1 de la Función 14.^a por no ser éste el objeto de este trabajo, sí que cabe al menos expre-

(3) Vid., por su interés, el voto particular que formula el Consejero Jaime GONZÁLEZ al acuerdo del Consejo de Administración de la CNE, por el que se decide no aplicar a la operación de toma de control de Unión Fenosa por Gas Natural SDG, S. A., la Función 14.^a, párrafo primero, apartado 1. Disponible en la página web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es

(4) Para mayor extensión sobre el análisis de dichos argumentos, también puede consultarse la explicación de este voto concurrente en la página web de la Comisión Nacional de Energía: www.cne.es

sar nuestra opinión coincidente con la incompatibilidad de dicho apartado de la Función 14.^a no analizado en la sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008, con los propios principios del TCE alegados en esta sentencia, a saber, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, por lo que el legislador español debería reaccionar ante tal sentencia si considera conveniente seguir manteniendo el régimen administrativo de control en los parámetros autorizados por el TJCE, pero hasta tanto, consideramos que las «barreras de entrada», de ser posibles, han de venir por la aplicación de otra normativa distinta a la propia y específica del sector energético, a saber, la normativa de inversiones extranjeras y la de control de concentraciones, en cuanto resulten aplicables, sobre todo desde el punto de vista de la afección de la operación de toma de control a la seguridad pública energética.

V. LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO EXCEPCIÓN. UNA REFLEXIÓN FINAL

Ya hemos manifestado como el TJCE ha admitido, si bien entendido de forma restrictiva, como la seguridad pública puede fundamentar una excepción a la libertad de movimientos de capitales tanto entre nacionales de la Unión Europea como con terceros países.

Excepciones que realmente se encuentran recogidas tanto en nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 10 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores) como en el Ordenamiento Comunitario. Así el artículo 21.4 del Reglamento CE, número 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») prevé que: *«los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho Comunitario. Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales»*. Posibilidad establecida por el referido artículo 21.4, que no está de más recordar, ya fue alegada por el Reino de España en el Asunto número COMP/M.4197 - EON/Endesa - C (2006), relativo a las condiciones que fijó la Comisión Nacional de Energía para la adquisición por parte de EON del control sobre Endesa, si bien la sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 2008, sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de tales medidas mantuvo que: *«...procede señalar, sin que sea necesario examinar si las medidas nacionales controvertidas se adoptaron para proteger un interés legítimo, como la seguridad pública en el sentido del artículo 21, apartado 4, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones (LCEur 2004, 278), que la validez de las decisiones de la Comisión no pueden cuestionarse en el marco del presente recurso por incumplimiento»*.

En relación con el concepto de seguridad pública y más concretamente de seguridad energética, cabe señalar que la misma es *«...un concepto elusivo con un componente subjetivo importante que conviene definir de forma tan precisa como sea factible para poder emplearlo como instrumento de análisis. El aspecto al que normalmente se alude es, en realidad, la seguridad de abastecimiento, dejando de lado otras dimensiones de la seguridad energética como la social, la medioambiental, la seguridad de las instalaciones o la eficiencia de los mercados. En términos operativos, la política de seguridad de los suministros puede definirse como una estrategia para gestionar los riesgos que plantean la dependencia,*

la vulnerabilidad y el aislamiento, variables todas ellas que pueden ser cuantificadas sólo con relativa objetividad...» (5).

Por ello, a nuestro juicio, es y con carácter eminente la seguridad de abastecimiento, y como consecuencia de ello, el análisis de la dependencia de España de las importaciones de energía las que han de servir como parámetro para la valoración de la seguridad energética como cuestión de seguridad pública, a los efectos aquí analizados.

En este contexto resulta de interés el trabajo de Paul ISBELL, *La dependencia energética y los intereses de España* del Real Instituto Elcano (marzo, 2006) donde concluye que: «España padece una alta dependencia tanto de los hidrocarburos problemáticos (petróleo y gas) como de su importación. Por lo tanto, la economía española es bastante vulnerable a los volátiles cambios en los precios internacionales del petróleo y del gas. Geográficamente, esta dependencia se concentra en países no totalmente fiables ni en sus suministros o en sus políticas. Las perspectivas para el futuro sugieren que el escenario energético se complicará más a medio y largo plazo. Por eso, España debe considerar el reto de diversificar su mezcla energética y de reducir su dependencia de los hidrocarburos como una prioridad nacional». Afirmando, por otro lado, en su análisis económico que: «En términos generales, España depende en la actualidad de un grupo reducido de países para sus importaciones de energía, principalmente Rusia, Argelia, Nigeria, Libia, Arabia Saudí y México... Más del 54 por 100 de todas las importaciones energéticas de España provienen de estos seis países, y las cuotas de Rusia y Nigeria han aumentado casi un 75 por 100 en los últimos cuatro años». El análisis geopolítico de las importaciones de petróleo españolas es realizado por ISBELL, afirmando lo siguiente:

«...Lo que es más, España importa más del 50 por 100 de su petróleo total de seis miembros de la OPEP (Arabia Saudí, Libia, Nigeria, Irán, Irak y Argelia), que son países que no están consolidados democráticamente o que tienen regímenes que no son estables o predecibles. Otro 11 por 100 proviene de países africanos con características semejantes. Los socios europeos (como el Reino Unido y Noruega), que sí son fiables, contribuyen apenas el 6 por 100 de las importaciones españolas, sin la posibilidad de aumentar esta proporción mucho más, dada su producción limitada. México sigue siendo un socio importante (el segundo proveedor en el período 2002-2005, y el primero en 2005), pero no tiene la posibilidad de aumentar su producción fácilmente.

Queda Rusia, el proveedor de petróleo más importante para España en los últimos años, pero que tampoco tiene la capacidad de aumentar sus exportaciones rápidamente en el corto plazo, ni es el régimen más fiable en términos de suministro energético, como se ha puesto de manifiesto con la última crisis de Ucrania y con la deriva en general de la política energética rusa durante los últimos años. Al fin y al cabo, si consideramos el hecho de que más del 75 por 100 del total de las importaciones españolas de petróleo (equivalente al 40 por 100 de la energía primaria consumida) viene de regímenes no democráticos o inestables (los de Oriente Medio, África y Rusia), llegamos rápidamente a la conclusión de que la economía española padece un alto grado de riesgo político».

(5) Vid. Gonzalo ESCRIBANO, *Seguridad energética: concepto, escenarios e implicaciones para España y la Unión Europea*. Documento de Trabajo, núm. 33/2006, diciembre de 2006. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos.

Así pues, la situación energética española pasa por depender de un elevado grado de inestabilidad política de sus importadores lo que, en definitiva, implica que cualquier toma de posición que pudiera afectar a la antes mencionada seguridad de abastecimiento se convierta en España, con mayor acento que en otros países comunitarios, como de una auténtica cuestión de seguridad pública, incluso perteneciente al ámbito de la estrategia en seguridad nacional. Ya conocemos, como recientemente se han elaborado estrategias de seguridad nacional en Holanda, Reino Unido, Alemania y recientemente Francia. En este contexto, el Gobierno español ya ha mostrado su interés en la elaboración de un plan de estrategia de seguridad nacional, entre la que debe incluirse en nuestra opinión las cuestiones de seguridad energética, por las razones apuntadas, en las que debería definirse con mayor precisión este concepto a los efectos, entre otros, de poder ser utilizado como excepción o restricción (si se prefiere) a los principios de libertad de movimiento de capitales y de derecho de establecimiento en operaciones de toma de posición en empresas energéticas españolas, que pudieran comprometer la seguridad pública.

Por ello, aunque es cierto que tras la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha mermado considerablemente el ámbito de actuación del Gobierno español a la hora de someter a autorización administrativa previa estas operaciones de toma de participación en empresas energéticas españolas, no es menos cierto que existen instrumentos jurídicos tales como la normativa de inversiones extranjeras en España y la normativa comunitaria de concentraciones empresariales que ponen en manos del Gobierno la posibilidad de adopción de medidas que supongan un análisis de la operación empresarial a realizar en aras de velar por la seguridad energética española y más ampliamente, por nuestra seguridad pública.

Al margen de lo anterior, no estaría de más volver a apuntar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es que haya negado con carácter absoluto la posibilidad de tales medidas preventivas, sino que éstas deberían adecuarse escrupulosamente a los dictados del acervo comunitario, por lo que debe ser tarea responsable del buen gobernante reformular las disposiciones normativas españolas enjuiciadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con el objeto de salvaguardar las seguridades señaladas, la energética, y por ende la pública y nacional.

Esta preocupación por el sector energético se ha visto también en el ámbito comunitario. Por ello el pasado 10 de octubre de 2008, el Consejo de Energía de la Unión Europea acordó la llamada «cláusula Gazprom», que establece que el control de las redes por parte de compañías de terceros países debe asegurar, de forma no proteccionista, que las compañías afectadas cumplen con las mismas leyes que se aplican a las empresas europeas. Al menos en las adquisiciones de redes, se vienen tomando medidas por parte de las instituciones europeas, lo que debería servir de estímulo para que las autoridades nacionales en el ámbito de sus competencias puedan también ejecutar actuaciones consecuentes para la defensa de la seguridad energética.

RESUMEN

*PARTICIPACIÓN EN EMPRESAS
ENERGÉTICAS*

En el presente trabajo se exponen las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que analizan la incompatibilidad con el Tratado CE de ciertas medidas de control administrativo por el Estado español sobre las participaciones en empresas energéticas, así como el concepto de seguridad pública como legitimadora de las mismas.

ABSTRACT

INTERESTS IN POWER COMPANIES

This paper covers the recent rulings of the Court of Justice of the European Communities analysing the incompatibility with the EC Treaty of certain administrative control measures taken by the Spanish national government concerning interests in power companies, as well as the concept of public security as a legitimising basis for such measures.