

LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES NACIONALES EN EL SECTOR ENERGÉTICO

RAFAEL GÓMEZ-FERRER RINCÓN
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. PROBLEMA QUE SE PLANTEA.—II. SOBRE SI EXISTEN INTERESES NACIONALES AFECTADOS CUANDO UNA MULTINACIONAL ENERGÉTICA ESPAÑOLA PASA A SER ADQUIRIDA POR UNA SOCIEDAD EXTRANJERA: INTERESES DE NATURALEZA ECONÓMICA Y NO ECONÓMICA—III. SOBRE SI EL ESTADO PUEDE ACTUAR EN DEFENSA DE DICHS INTERESES NACIONALES Y A TRAVÉS DE QUÉ TÉCNICAS: PROTECCIONISMO VS. MERCADO INTERIOR EUROPEO: 1. *Proteccionismo vs. mercado interior europeo*. 2. *La regulación: el régimen español de las «acciones de oro»*: A) Planteamiento. B) El régimen español de las «acciones de oro» y su incompatibilidad con el Derecho comunitario europeo. C) Hacia una intensificación de la regulación general del sector en defensa de los intereses nacionales. D) Hacia una armonización europea en esta materia. 3. *La propiedad pública. Hacia un accionariado protector*. 4. *La constitución de «núcleos duros»*. 5. *El control de las concentraciones*. 6. *El régimen económico del sector energético y las ayudas de Estado*.—IV. SOBRE SI EL ESTADO DEBE ACTUAR EN DEFENSA DE LOS INTERESES NACIONALES A QUE NOS ESTAMOS REFIRIENDO: POLÍTICA INDUSTRIAL VS. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA.—V. VALORACIÓN FINAL.

RESUMEN

El presente trabajo parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con las denominadas «acciones de oro», así como de la adquisición de ENDESA por la sociedad italiana ENEL, para preguntarse si hay intereses nacionales afectados cuando una gran multinacional española del sector energético pasa a ser filial de un grupo extranjero y, junto a esto, para analizar cuál es el margen del Estado español para la protección de dichos intereses.

Palabras clave: energía; interés nacional; mercado interior; proteccionismo; regulación; acción de oro; empresa pública; privatización; control de concentraciones; ayudas de Estado; política industrial; política de la competencia.

ABSTRACT

Taking into account the acquisition of ENDESA by the Italian corporation ENEL, and the Court of Justice of the European Communities case law on the golden shares subject, the present paper constitutes a reflection on the national interests involved when a Spanish multinational becomes a subsidiary of a foreign company, and it also studies the margin of the Spanish State to protect such interests.

Key words: energy; national interest; internal market; protectionism; public company; privatisation; regulation; golden share; merger control; State aids; industrial policy; competition policy.

I. PROBLEMA QUE SE PLANTEA

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, «TJCE») de 17 de julio de 2008 ha declarado contrario a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento el régimen establecido por el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modificaron las funciones de la Comisión Nacional de la Energía. Como se recordará, esta norma, en pleno proceso de ofertas para la adquisición de ENDESA, otorgó a la Comisión Nacional de la Energía (en adelante, «CNE») la potestad de autorizar la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10 por 100 del capital social o cualquier otro que concediera una influencia significativa en sociedades que realizaran determinadas actividades en el sector de la energía; sociedades entre las que, evidentemente, se encontraba ENDESA.

En la misma línea, la Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 2008 había declarado contraria a la libre circulación de capitales la regulación contenida en la Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En virtud de dicha regulación, el Consejo de Ministros podía limitar el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las participaciones significativas adquiridas por entidades públicas (o por personas jurídico-privadas controladas por aquéllas) en sociedades de ámbito estatal que realizaran actividades en los mercados energéticos.

Y, ya antes, la Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 2003 había declarado contrario a la libre circulación de capitales el régimen establecido por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, relativo a la enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas; regulación que esencialmente permitía someter a una autorización administrativa previa, entre otras cosas, la adquisición de un determinado porcentaje del capital social de ciertas empresas del sector energético como ENDESA o REPSOL.

Estas decisiones se han adoptado en unos procedimientos muy discutidos, dado que el Estado español ha invocado la existencia de intereses generales de carácter nacional para justificar la restricción a dichas libertades comunitarias.

La solución adoptada por el TJCE parece que deja desprotegidos, al menos temporalmente, dichos intereses generales. Una actuación pública adecuada a esta nueva situación exige, a mi juicio, una reflexión sobre si verdaderamente existen intereses nacionales en presencia en

este tema y, en su caso, sobre cuál es el margen que tiene España para su protección.

En concreto, y dada la adquisición de una de las grandes empresas energéticas nacionales (ENDESA) por una sociedad extranjera (ENEL), que además es en parte propiedad del Estado italiano, lo que vamos a plantearnos es si existen intereses nacionales afectados cuando una gran empresa energética española pasa a ser de propiedad extranjera.

II. SOBRE SI EXISTEN INTERESES NACIONALES AFECTADOS CUANDO UNA MULTINACIONAL ENERGÉTICA ESPAÑOLA PASA A SER ADQUIRIDA POR UNA SOCIEDAD EXTRANJERA: INTERESES DE NATURALEZA ECONÓMICA Y NO ECONÓMICA

a) El primer objetivo de nuestro trabajo es el de realizar una reflexión sobre si existen intereses nacionales afectados cuando una multinacional energética española pasa a ser adquirida por una sociedad extranjera.

b) En una primera aproximación a este tema, parece posible afirmar que nuestros poderes públicos han entendido que dichos intereses públicos efectivamente existen, como lo demuestra que haya existido en el tiempo una regulación destinada a su protección (Ley 5/1995, Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 55/1999 y Real Decreto-ley 4/2006, ya citados).

A este respecto, cuando una multinacional energética española pasa a ser adquirida por una sociedad extranjera resulta posible distinguir en principio entre dos tipos de intereses nacionales afectados: intereses de naturaleza económica e intereses de naturaleza no económica.

c) Un primer interés nacional, indiscutible, y de naturaleza no económica, es el de garantizar el suministro energético. En este sentido, la CNE, con ocasión de su Resolución sobre el proyecto de adquisición de ENDESA por E.ON, ha puesto de manifiesto cómo el que esta compañía pasara a formar parte de un grupo extranjero —filialización— presentaba problemas para la garantía del suministro energético¹. Y ello, básicamente, en la medida que dicha garantía de suministro podría quedar supeditada a los criterios empresariales de un

¹ Resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 sobre la solicitud de E.ON Zwölfte Verwaltung GMBH, de fecha 23 de marzo de 2006, consistente en la toma de participación en el capital social de ENDESA que resulte de la liquidación de la Oferta Pública de Adquisición de acciones presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

grupo extranjero; criterios que, por ejemplo, podrían imposibilitar el cumplimiento de los compromisos y planes de inversión de ENDESA.

La filialización parece que adquiere una categoría cualitativamente superior cuando la empresa matriz adquirente es una empresa pública de un Estado extranjero o cuando el adquirente es el propio Estado extranjero. Como está bien estudiado en la literatura jurídica y económica, las empresas públicas no obedecen sólo a criterios económicos², por lo que en definitiva la empresa española adquirida quedaría en este caso sujeta a las decisiones de carácter no económico que un Estado extranjero pudiera adoptar.

d) Junto a la garantía del suministro, también se ha señalado cómo hay intereses de naturaleza económica implicados en el tema que nos ocupa. En efecto, y por lo que se refiere a los intereses económicos afectados por la filialización, L. LÓPEZ DE CASTRO y G. ARIÑO pusieron de manifiesto la importancia del «efecto sede» ya hace unos años³. Y es que, en efecto, parece que la existencia de multinacionales incide positivamente sobre la economía del país en el que se encuentra su cabecera⁴. Desde este punto de vista, el sector energético puede no

² Así resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, ya citada, en que se justifica la necesidad de la regulación que introduce en la protección del interés público que anteriormente se garantizaba con la propiedad pública. En esta línea, G. ARIÑO, «La intervención del Estado en las operaciones corporativas: la función 14.ª de la CNE», en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO y M. BACIGALUPO (Dir.), *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, tomo I, Iustel, 2009, págs. 194 y 195, ha señalado que: «Baste decir que lo que siempre ocurre con las empresas públicas es que la relación de agencia entre sus gestores y los titulares del poder de decisión —esto es, el poder político— es de distinta naturaleza a la que se da entre propietarios y gestores de una empresa privada. Los fines de interés público —fines políticos— desplazan a los criterios y razones de eficiencia y resultados económicos que inspiran —y limitan siempre— a la empresa privada». Cfr. también G. ARIÑO, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007; G. BEL, «Política industrial», en M. CALLEJÓN (Coord.), *Economía Industrial*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 259; y Z. FERNÁNDEZ, «Comportamiento y eficiencia de la empresa pública», en J. VELARDE, J. L. GARCÍA DELGADO y A. PEDREÑO, *El Estado en la economía española*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 109.

³ L. LÓPEZ DE CASTRO y G. ARIÑO, *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*, Comares, 2003, pág. 208: «Por lo demás debe recordarse el “efecto sede”: con la internacionalización no se crean multinacionales apátridas sino que son empresas con la sede en un país concreto, en el que suelen centrarse las actividades de mayor valor añadido (gerencia, I+D, marketing, finanzas...)», y pág. 223: «Sin caer en la utopía de los *national champions*, parecen evidentes los beneficios que a un país le proporciona el “efecto sede” de sus empresas multinacionales. Es evidente también que las grandes empresas, en un país como el nuestro, tiran de la economía, generan demanda y proyectan sus beneficiosos efectos sobre toda la sociedad». Postura que, no obstante, se matiza en ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, pág. 236. Cfr. también G. ARIÑO, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 148 y ss.

⁴ A. PASTOR, «La política industrial en España: una evaluación global», en VV.AA., *Política Industrial, Teoría y Práctica*, Colegio de Economistas, Madrid, 1992, pág. 93, se ha planteado abiertamente este tema y ha señalado que: «Vale, pues, la pena preocuparse por el mantenimiento de nuestro sector industrial; pero, ¿por qué debe ser éste propiedad de súbditos es-

ser diferente de otros sectores (como el bancario o las telecomunicaciones), pero no por ello deja de ser un argumento muy relevante cuya cuantificación, eso sí, resulta complicada⁵.

e) El argumento de la incidencia negativa que para los intereses nacionales (económicos y no económicos) representa que una multinacional española pase a integrarse en un grupo extranjero parece importante y verosímil.

No deja, sin embargo, de plantear alguna duda. En efecto, las multinacionales cuya cabecera se encuentra en España son empresas privadas. Así, no se entiende bien del todo por qué no ha de primar para una empresa privada la consecución de los objetivos empresariales de tipo económico (rentabilidad) sobre consideraciones relativas a la nacionalidad. En este sentido, plantea ciertas dudas por qué la nacionalidad española sirve para proteger la garantía del suministro. Y tampoco se entiende del todo bien por qué la nacionalidad española tiene efectos externos positivos para nuestra economía y no para la economía de cualquier otro país que produzca una mayor rentabilidad para el grupo⁶. De acuerdo con la concepción que hemos expuesto, y que ahora sometemos a discusión, parece que la multinacional con cabecera en

pañoles? En general, se aducen dos razones a favor de preservar la propiedad nacional de las empresas industriales: una, que las actividades de mayor valor añadido suelen concentrarse en torno a la cabecera de las empresas: I+D, informática, finanzas, ingeniería; hay que observar aquí que esas actividades centralizadas llegan a menudo hasta las compras, en cuyo caso la pérdida de la propiedad de una industria puede tener un efecto inmediato sobre los proveedores nacionales de la misma. La segunda razón es la mayor vulnerabilidad de las filiales frente a una crisis que afecte a la matriz y, por consiguiente, el efecto que puede tener sobre el empleo directo el cambio de propiedad. Sin duda, no se trata más que de hipótesis, y sería difícil documentarlas con cifras; pero la escasa evidencia de que uno dispone permite afirmar que esas posibilidades se materializan con cierta regularidad: por una parte, los proveedores habituales de una empresa nacional adquirida por un empresario extranjero suelen quejarse de las dificultades que experimentan para mantener sus pedidos; por otra, es raro que el adquirente potencial que no termina confesando su deseo de racionalizar su potencial adquisición; racionalización que a menudo termina por cerrar las instalaciones de producción, conservando la marca y la red de distribución».

⁵ Obsérvese a este respecto cómo la CNE, en su Resolución de 27 de julio de 2006 sobre la toma de participación en el capital social de ENDESA por parte de E.ON, ya citada, y en su Resolución de 4 de julio de 2007 sobre la solicitud de autorización de ACCIONA, S.A. y ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l., de fecha 3 de mayo de 2007, para la adquisición de acciones en ENDESA, S.A. que resulten de la liquidación de la OPA, la primera condición que impuso —luego declarada contraria a Derecho comunitario por la Comisión Europea— fue precisamente en esta dirección. Así, por ejemplo, en la Resolución de la CNE de 4 de julio de 2007 se impuso la condición de que ENDESA se mantuviera como empresa autónoma, con plena responsabilidad operativa en el cumplimiento de su plan de negocio, y sociedad cabecera de su grupo, manteniendo su marca, así como su domicilio social, su órgano de administración y su centro efectivo de dirección y de decisión, en España.

⁶ En esta línea, cfr. las reflexiones de P. MIELGO que se recogen en ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 31 y 32.

España se convertiría en una especie de *tertium genus* entre una empresa pública y una multinacional cuya cabecera estuviera en el extranjero⁷.

La doctrina económica se ha ocupado de esta cuestión para señalar que si el núcleo de actividad de la empresa multinacional se mantiene en su país de origen, presumiblemente tendrá una mayor inclinación a identificar los intereses de la empresa con los de este país⁸. A este respecto, podemos señalar que las multinacionales españolas del sector energético operan en numerosos países. Sin embargo, su relación con España parece, al menos de momento, singularmente intensa⁹. Por ello, tal y como apuntábamos, el argumento de la incidencia negativa que para los intereses nacionales (económicos y no económicos) representaría que una multinacional española pasara a integrarse en un grupo extranjero sí resulta verosímil. Y todo ello sin perjuicio de las consideraciones que luego realizaremos en relación con la oportunidad de intensificar la regulación de carácter general en defensa de los intereses nacionales y también sin perjuicio de la necesidad de evitar la captura del regulador por los regulados. Y es que esa identificación entre los intereses nacionales y las multinacionales españolas puede ser veraz, pero presenta un riesgo también cierto y grave, como es el de la captura del regulador por los regulados en detrimento, por ejemplo, de los usuarios. El equilibrio en el que debe moverse el Estado es por tanto muy delicado, porque junto a los intereses nacionales que presentan las multinacionales existen otros que no se pueden desconocer y cuya garantía exige el mantenimiento de la independencia del regulador.

f) Por todo lo anteriormente expuesto, parece que puede concluirse que sí existen razones de peso para sostener que hay intereses nacionales afectados en la adquisición de una empresa española por una sociedad extranjera de cuyo grupo pasa a formar parte. Y más si la sociedad extranjera adquirente está controlada por el sector público. Es-

⁷ Cfr. el punto 6.4 —La especial responsabilidad de los regulados en los sectores energéticos— de la Resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 sobre la solicitud de E.ON Zwölfte Verwaltungs GmbH, de fecha 23 de marzo de 2006, consistente en la toma de participación en el capital social de ENDESA que resulte de la liquidación de la Oferta Pública de Adquisición de acciones presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (págs. 213 ss.).

⁸ J. J. DURÁN, *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, Pirámide, 2001, pág. 543, ha señalado que: «Una EM [Empresa Multinacional] cuyo núcleo de actividad y de resultados procede de su país de origen presumiblemente tendrá más tendencia (accionistas y directivos) a identificar los intereses de la empresa y de su país. Sin embargo, en casos de EM globales, la propia realidad interna de la empresa y la presión de los entornos (internacional y doméstico) obligan a adoptar actitudes más geocéntricas y policéntricas».

⁹ En esta línea, ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, pág. 76.

tos intereses nacionales afectados son, en principio, de naturaleza no económica (garantía del suministro) pero también de naturaleza económica, en la medida en que una empresa multinacional deja de tener su cabecera en España.

III. SOBRE SI EL ESTADO PUEDE ACTUAR EN DEFENSA DE DICHOS INTERESES NACIONALES Y A TRAVÉS DE QUÉ TÉCNICAS: PROTECCIONISMO VS. MERCADO INTERIOR EUROPEO

1. *Proteccionismo vs. mercado interior europeo*

Una vez estudiado el tema anterior, lo que nos corresponde preguntarnos es si el Estado puede actuar en defensa de los intereses nacionales afectados cuando una gran empresa nacional pasa a ser adquirida por un grupo extranjero y, en su caso, a través de qué técnicas.

La intervención estatal, en cualquier caso, contaría con una serie de restricciones de tipo económico¹⁰. El gran tema, a nuestros efectos, es el de cuáles son las restricciones de tipo jurídico que el ordenamiento jurídico, y en particular el Derecho comunitario europeo, impone al Estado en este caso.

Efectivamente, de conformidad con el artículo 14.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, «Tratado CE»), el mercado interior europeo implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado.

El problema que se plantea es si, dentro de este mercado interior, los Estados miembros pueden adoptar medidas de protección de sus intereses nacionales. A este respecto, hay que tener en cuenta que la identificación de los intereses nacionales con las empresas nacionales cuya cabecera se encuentre en España, a que nos hemos referido en el punto anterior, supone que la defensa de aquellos intereses debe dar lugar a la protección de estas empresas. A una política proteccionista, en definitiva.

¹⁰ Entre las restricciones de tipo económico destacan las de tipo empresarial y, en concreto, la estructura empresarial que resulta de decisiones pasadas. Algunas de las más importantes se remontan muy atrás, como la opción por que el suministro eléctrico no se prestara por una gran empresa pública, sino por varias empresas —casi todas privadas— que actuaban coordinadamente. Otras son más recientes, como las decisiones adoptadas por el Gobierno en concentraciones clave, como la de ENDESA e IBERDROLA (que frustró de hecho la operación); por la CNE en la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA, o la intervención del Gobierno en el reciente proceso de adquisición de ENDESA que, finalmente, ha dado lugar a la compra de esta empresa por la italiana ENEL. Y, desde luego, y probablemente por encima de todas ellas, la también reciente decisión de privatizar totalmente las empresas públicas del sector.

En principio, una política de este tipo parece que podría ir en contra del mercado interior. Y es que, en efecto, el libre comercio parece difícilmente conciliable con el proteccionismo. Por lo tanto, parece que la adopción de medidas proteccionistas no resultaría posible dado que podrían vulnerar las libertades comunitarias. Y no sólo eso, también podría entenderse que la adopción de una medida nacional de tipo proteccionista en el seno de un mercado interior podría ir contra el principio de cooperación leal que recoge el artículo 10 del Tratado CE: «Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado».

Lo cierto, sin embargo, es que la regulación de las libertades comunitarias deja un cierto margen que permite la adopción de medidas proteccionistas, básicamente por lo que se refiere a los intereses nacionales de naturaleza no económica. Sin perjuicio de ello, un estudio detallado de la situación actual desvela que la regulación comunitaria también está admitiendo un cierto margen para la adopción de medidas proteccionistas de intereses generales de naturaleza económica. Y no parece que el principio de cooperación leal tenga suficiente fuerza, al menos de momento, como para impedirlos¹¹.

Esto es precisamente lo que vamos a estudiar. Vamos así a exponer las técnicas que se han empleado para la protección de los intereses nacionales y el margen que el Estado tiene a tal fin, si es que decidiera utilizarlo.

2. *La regulación: el régimen español de las «acciones de oro»*

A) *Planteamiento.*

Como ha ya quedado apuntado, en España se ha dictado una regulación protectora de los intereses nacionales en el sector energético, consistente en una técnica de carácter defensivo destinada a controlar,

¹¹ En el apartado 17 de la STJCE de 14 de diciembre de 1995 (C-387/93, asunto *Banche-ro*) se señala que: «El artículo 5 impone a los Estados miembros el deber de cumplir lealmente sus obligaciones comunitarias. No obstante, según jurisprudencia reiterada, esta disposición no puede aplicarse de manera independiente cuando la situación que se examina está regulada por una disposición específica del Tratado, como ocurre en el caso de autos (véase la sentencia de 11 de marzo de 1992, *Compagnie commerciale de l'Ouest* y otros, asuntos acumulados C-78/90 a C-83/90, Rec. p. I-1847, apartado 19). Por consiguiente, las cuestiones planteadas, en la medida en que se refieren a varias disposiciones combinadas del Tratado, entre las que figura el artículo 5, precisan ser examinadas, en lo que respecta a este último artículo, únicamente en relación con las disposiciones específicas que requieren una respuesta del Tribunal de Justicia y especialmente, habida cuenta de los documentos que obran en autos, con los artículos 90 y 86». Cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, 2001, págs. 30 y ss.

entre otras cosas, las adquisiciones sobre las empresas del sector energético.

Esta regulación se engloba, por su finalidad, en un conjunto más amplio de técnicas de distinta naturaleza jurídica que a nivel comunitario se han denominado como «acciones de oro», aun cuando este nombre genérico responde a la naturaleza jurídica de la técnica anglosajona. En este trabajo nos vamos a permitir utilizarlo en un sentido más amplio, pues todas estas técnicas tienen una misma finalidad.

Como ya ha quedado señalado desde el principio, este trabajo tiene su origen en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que sucesivamente han ido declarando contraria a Derecho comunitario esta regulación. Las Sentencias del Tribunal de Justicia plantean, desde nuestro punto de vista, un tema fundamental: ¿cuáles son las posibilidades que esta jurisprudencia deja a la regulación en orden a la protección de los intereses nacionales a que nos venimos refiriendo? Esto es lo que vamos a estudiar, comenzando por exponer brevemente el régimen español de las «acciones de oro» y su incompatibilidad con el Derecho comunitario europeo.

B) *El régimen español de las «acciones de oro» y su incompatibilidad con el Derecho comunitario europeo.*

a) La Ley 5/1995, de 23 de marzo, reguló el régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

De la significativa Exposición de Motivos de la Ley se desprende con claridad que ésta aborda uno de los problemas a que da lugar la política de privatizaciones: la protección del interés público, que antes de la privatización se protegía por medio de la propiedad pública¹².

¹² Así, se señalaba en dicha Exposición de Motivos que: «La racionalización del sector público, en el marco de la Constitución y del Derecho comunitario europeo, constituye un objetivo, que puede requerir de una política de enajenaciones de las participaciones estatales, directas o indirectas, en entidades mercantiles. Cuando, desde el punto de vista del interés público la presencia pública en dichas entidades se explica exclusivamente en la habilitación constitucional para la iniciativa económica, la ejecución de dicha política no presenta problemas jurídicos relevantes. No sucede lo mismo cuando se trata de empresas en las que la participación pública constituye una forma específica de garantía y realización de un preciso interés público. Porque, en este caso, se plantearía inmediatamente el problema de la garantía suficiente del interés público, hasta entonces no exigida por encontrarse cubierta por la propiedad pública, total o parcial, de la correspondiente empresa. Esta Ley persigue justamente resolver el problema expuesto, facilitando así la máxima extensión potencial de la redefinición, en favor del sector y la actividad privados, de la dimensión del sector público y la presencia pública en empresas. De ahí justamente la determinación de su ámbito de aplicación, basada esencialmente en los dos criterios de la importancia de la participación estatal y de la relevancia para el interés público de la actividad social de la empresa en que se concrete la operación de enajenación».

Por ello, tal y como se precisaba en la Exposición de Motivos de la Ley, el presupuesto de aplicación de la norma era la enajenación de la participación pública en una cuantía suficiente como para producir la inidoneidad de la mera condición de propietario para salvaguardar el correspondiente interés público¹³.

A tal fin, la Ley ideó un régimen de autorización administrativa previa que, entre otras cosas, permitía controlar la adquisición de un determinado porcentaje del capital social de ciertas empresas del sector energético¹⁴. El régimen de autorización administrativa previa debía establecerse mediante Real Decreto. Así, se dictó el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Repsol, Sociedad Anónima» y a determinadas sociedades de su grupo¹⁵. Dos años después se dictaría el Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a «Endesa, Sociedad Anónima» y a determinadas sociedades de su grupo¹⁶.

¹³ En efecto, de acuerdo con su artículo 1, la Ley resultaba aplicable a las sociedades prestadoras de servicios esenciales, entre otras, que en el momento de entrada en vigor de la Ley contaran con una participación estatal superior al 25 por 100 de su capital social y que estuvieran controladas por el socio estatal. Además, de acuerdo con su artículo 2, era necesario para la aplicación de este régimen que la participación del socio estatal se encontrara en alguno de estos dos supuestos: «1. Cuando en un solo acto o en actos sucesivos sea objeto de enajenación, de forma que se reduzca en un porcentaje igual o superior a un 10 por 100 del capital social y siempre que la participación directa o indirecta del Estado en dicho capital quede por debajo del 50 por 100. 2. Cuando como consecuencia directa o indirecta de cualquier acto o negocio quede reducida a un porcentaje inferior al 15 por 100 del capital social».

¹⁴ Así, en su Exposición de Motivos se señalaba que: «El mecanismo alternativo de protección del interés público, necesario como sustitutivo de la propiedad de capital social, es de índole jurídico-pública: la sujeción a un régimen de autorización administrativa previa de determinados acuerdos y actos relacionados con las correspondientes entidades mercantiles, con la finalidad de garantizar la continuidad empresarial que demande la prestación del servicio cumplido por la empresa». Efectivamente, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley, podían sujetarse a dicha autorización, entre otros negocios jurídicos, la adquisición de participaciones sociales cuando tuviera por consecuencia la disposición sobre el 10 por 100 del capital social.

¹⁵ En la Exposición de Motivos del Real Decreto se señalaba que: «Tal es el propósito del presente Real Decreto: Establecer, de conformidad con la Ley 5/1995, de 23 de marzo, la exigencia de autorización administrativa previa para la adopción, por las entidades incluidas en su ámbito de aplicación, de determinados acuerdos especialmente relevantes, una vez que la participación pública en las entidades incluidas en el anexo I de este Real Decreto quede por debajo del 15 por 100 de su capital. El establecimiento del régimen de autorización administrativa responde a la necesidad de asegurar la continuidad empresarial del citado grupo, en atención al carácter estratégico de alguna de las actividades que desarrolla, siendo un instrumento necesario de garantía del interés general; garantía que, hasta ahora, se ha mantenido mediante una participación pública suficiente en el capital social de «Repsol, Sociedad Anónima», y de las restantes entidades afectadas».

¹⁶ Cfr. también el Real Decreto 1525/1995, de 15 de septiembre, de desarrollo reglamentario de la Ley 5/1995, sobre régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

Un estudio de conjunto sobre el régimen establecido por la Ley 5/1995 puede verse en M. N. DE LA SERNA BILBAO, «Enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo», núm.

b) Pero la entrada en vigor de esta Ley no era sino el principio de un largo camino que llega hasta nuestros días. En efecto, a instancia de la Comisión Europea, el TJCE declaró en su Sentencia de 13 de mayo de 2003 (asunto C-463/00) que el régimen establecido por la Ley 5/1995 era contrario a la libre circulación de capitales. Y ello, esencialmente, debido a la amplia discrecionalidad con que se configuraba la potestad autorizatoria a favor de la Administración. A juicio del Tribunal, estábamos en presencia de una restricción a la libre circulación de capitales que iba más allá de lo necesario para salvaguardar el interés general invocado por el Gobierno español —básicamente, la garantía en la prestación del servicio—¹⁷.

La reacción lógica a esta Sentencia era la que efectivamente se produjo. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su Disposición adicional vigésima quinta, modificó de forma importante el régimen establecido por la Ley 5/1995. En particular, dio una nueva redacción al artículo 5 de la Ley en que precisó cuáles eran los criterios a los que quedaba sujeto el otorgamiento de la autorización¹⁸. Asimismo, y por lo que interesa a este trabajo, reguló el régimen aplicable a REPSOL y a ENDESA.

143 de esta REVISTA, 1997; J. J. LAVILLA RUBIRA, «El control administrativo sobre las sociedades privatizadas», en L. COSCULLUELA (Dir.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 349 ss., y C. PADRÓS REIG, *La transformación del régimen jurídico de la acción de oro en la jurisprudencia comunitaria europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

¹⁷ En esta línea ya se había manifestado J. A. MORENO MOLINA, «Las acciones de oro y el Derecho Comunitario: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», *Justicia Administrativa*, núm. 9, 2000; F. GARAU SOBRINO, «La jurisprudencia comunitaria sobre inversiones en empresas públicas en proceso de privatización. ¿Tarjeta roja a la normativa española?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, 2002; J. J. LAVILLA RUBIRA, «El control administrativo...», págs. 375 y 376. Cfr. también E. GIPPINI FOURNIER y J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, 2002.

¹⁸ «Artículo 5. Criterios de decisión del órgano competente.

1. En los casos previstos en el artículo 3, el órgano competente, mediante resolución motivada, podrá oponerse al acto o acuerdo notificado como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades desarrolladas por las empresas, con el fin de garantizar la adecuada gestión y prestación de servicios por las mismas, de conformidad con los criterios objetivos que se especifica en el apartado siguiente.

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

a) Los medios patrimoniales para atender los compromisos de prestación de servicio que les correspondan con arreglo a lo establecido en la legislación aplicable.

b) 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.

c) Cuando se trate de sectores de actividad sometidos a especiales potestades de ordenación y supervisión por los poderes públicos, los vínculos que, como consecuencia de la ope-

Pero la Comisión Europea entendió que la nueva regulación española seguía siendo contraria a las libertades comunitarias. Y ello dio lugar a que finalmente se derogara por la Ley 13/2006, de 26 de mayo. En la Exposición de Motivos de esta norma se justifica dicha derogación señalando que no resultaba ya necesario mantenerla.

Sin embargo, sólo un par de meses antes se había dictado el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modificaron las funciones de la CNE precisamente con la finalidad de atribuir a este organismo una potestad de control muy semejante a la que se contenía en la Ley 5/1995. La razón última de que se dictara este Real Decreto-ley —sólo posible constitucionalmente en casos de extrema y urgente necesidad—, cuando ya estaba culminando una tramitación legislativa de signo contrario que llevaría a la derogación de la Ley 5/1995, hay que encontrarla en el proceso de ofertas para la adquisición de ENDESA.

La Comisión Europea entendió, como no podía ser de otra forma dados los antecedentes, que el régimen establecido por el Real Decreto-ley 4/2006 resultaba contrario al Derecho comunitario europeo. Y así lo ha dispuesto finalmente el TJCE en su Sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-207/07), en que el Tribunal esencialmente ha entendido que esta regulación es contraria a la libre circulación de capitales porque no es adecuada para garantizar la seguridad del suministro energético, y porque no es necesaria, ya que se otorga a la CNE una facultad discrecional excesivamente amplia que va más allá de lo necesario para garantizar el suministro energético, que además está re-

ración, puedan establecerse por la entidad en cuestión con otras personas físicas o jurídicas, impidiendo la ordenación y supervisión sobre los servicios que de acuerdo con la legislación aplicable esté obligada a prestar la entidad correspondiente.

d) La posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de cualesquiera otras actividades desarrolladas por los adquirentes.

e) El riesgo que la estructura financiera de la operación haga recaer sobre las actividades de la entidad sometida 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.

3. Con el fin de establecer si se garantiza la adecuada gestión y prestación de servicios por las empresas, se tendrá en cuenta:

a) Seguridad en la continuidad de la entrega de bienes o prestación de servicios de acuerdo con las obligaciones establecidas por la legislación aplicable.

b) Seguridad del suministro o de la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado, a un precio asequible y de forma compatible con la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. En particular, la protección frente al riesgo de una inversión o del mantenimiento insuficiente en infraestructuras que no permita garantizar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios acordes con lo establecido en la legislación aplicable.

c) Protección del interés general en el sector correspondiente afectado y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial».

dactada en términos generales e imprecisos —lo que no permite conocer a los interesados las condiciones a que pueden supeditarse las operaciones sujetas a autorización y dificulta el control judicial, entrañando un riesgo de discriminación— y sin que se haya demostrado que el objetivo pudiera alcanzarse a través de medidas menos restrictivas¹⁹.

Asimismo, y como ya hemos señalado, la Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 2008 había declarado contraria a la libre circulación de capitales la regulación contenida en la Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En virtud de dicha regulación, el Consejo de Ministros podía limitar el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las participaciones significativas adquiridas por entidades públicas (o por personas jurídico-privadas controladas por aquéllas) en sociedades de ámbito estatal que realizaran actividades en los mercados energéticos. Y ello también por entender que no resultaba adecuada ni proporcionada para garantizar la seguridad del abastecimiento energético.

C) *Hacia una intensificación de la regulación general del sector en defensa de los intereses nacionales.*

a) En este momento, la situación es delicada porque los intereses públicos que trataba de proteger la normativa a que nos acabamos de referir han quedado al descubierto.

Aunque actualmente la regulación introducida por el Real Decretoley 4/2006 no ha sido derogada, lo que ha obligado a la CNE a hilar muy fino haciendo una interpretación restrictiva de la misma con el fin de no vulnerar el Derecho comunitario europeo²⁰, habrá que pensar en su modificación. Lo cierto es que el margen que la jurisprudencia del TJCE, dictada en relación con las «acciones de oro» establecidas por los Estados miembros, ofrece al Estado español es muy reducido²¹.

¹⁹ Una exposición detallada de toda esta cuestión puede verse en G. ARIÑO, «La intervención del Estado en las operaciones corporativas...», ya citada, y, antes, en G. ARIÑO e I. DEL GUAJO, «La autorización de la Comisión Nacional de Energía para la toma de participaciones de sociedades reguladas o en sociedades reguladas (La función decimocuarta)», Epílogo al libro de P. NAVARRO RODRÍGUEZ, *La Comisión Nacional de Energía. Naturaleza, funciones y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008. Cfr. también A. GALLEGO CÓRCOLES, «Novedades de la Justicia Comunitaria para el mercado energético español: los casos de la OPA de EON y la llamada "Ley Anti-EDF"», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 6, 2008.

²⁰ Cfr. el Acuerdo de la CNE de 18 de septiembre de 2008 en relación con la consulta de Gas Natural SDG, S.A., de fecha 4 de septiembre de 2008, sobre la adquisición del control sobre Unión Fenosa, S.A.

²¹ Sobre este tema, cfr. G. ARIÑO, «La intervención del Estado en las operaciones corporativas...», págs. 196 y ss., y J. RUIZ CALZADO, «Medidas de salvaguardia en las operaciones

En efecto, de acuerdo con dicha jurisprudencia, no parece posible limitar el elemento personal de la libre circulación de capitales, porque esta libertad se ha reconocido no sólo a favor de los sujetos privados, sino también a favor de las empresas públicas e incluso de los propios Estados miembros²². Y, asimismo, tampoco parece fácil limitar el elemento objetivo de esta libertad. Efectivamente, el TJCE ha considerado, con una gran hipersensibilidad, que son restricciones a la libre circulación de capitales no sólo las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las sociedades afectadas, sino también las que puedan disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas. Y, además, ha sido inflexible a la hora de considerar dichas restricciones contrarias a Derecho comunitario europeo, bien por entender que las restricciones no estaban amparadas en una razón de interés general que pudiera limitar la libre circulación de capitales (*entre las que no cabe incluir las de naturaleza económica*²³), bien porque, aun gozando de dicha cobertura, no se superaba el correspondiente juicio de proporcionalidad²⁴.

corporativas de dimensión comunitaria en el sector de la energía: el papel del regulador nacional español y su control por la Comisión Europea», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y J. M. SALA, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I. Aspectos Jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 454 y ss.

²² Cfr. la STJCE de 2 de junio de 2005 (asunto C-174/04, *Comisión c. República Italiana*). En esta Sentencia se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de una norma italiana que preveía la suspensión de derecho de voto correspondiente a las acciones que superaran un 2 por 100 en el capital de sociedades que operaran en los sectores del gas y la electricidad y que hubieran sido adquiridas por una persona jurídica controlada por una Administración pública que no cotizara en un mercado financiero regulado y que ocupara una posición dominante en su mercado nacional. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales y, en el apartado 32 de la Sentencia, señaló que «las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales no hacen ninguna distinción entre empresas privadas y públicas ni entre empresas que ocupan una posición dominante y las que no la tienen».

En la STJCE de 14 de febrero de 2008 (asunto C-274/06, *Comisión c. Reino de España*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de la Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En virtud de dicha regulación, el Consejo de Ministros podía limitar el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las participaciones significativas adquiridas por entidades públicas (o por personas jurídico-privadas controladas por aquéllas) en sociedades de ámbito estatal que realizaran actividades en los mercados energéticos. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales y, en el apartado 27 de la Sentencia, señaló que «cualquiera que sea el objetivo perseguido por la DA 27, ésta puede disuadir a las entidades públicas establecidas en otros Estados miembros de adquirir participaciones en las empresas españolas que operen en el sector energético y, por lo tanto, constituyen una restricción a la libre circulación de capitales...». De acuerdo con esta jurisprudencia, las entidades públicas quedan por tanto comprendidas dentro del elemento subjetivo de la libre circulación de capitales.

²³ Es muy clara a este respecto la STJCE de 4 de junio de 2002 (asunto C-367/98, *Comisión c. República Portuguesa*), en cuyo apartado 52 se señala que «es jurisprudencia reiterada que motivos de naturaleza económica no pueden en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado».

Cfr. las Conclusiones Acumuladas del Abogado General, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 3 de julio de 2001 (asuntos C-367/98, C-483/99, C-503/99) y las Conclusiones de 6 de febrero

El Tribunal de Justicia sólo ha admitido la conformidad a Derecho comunitario europeo de la normativa belga, y da la sensación de que por referirse a grandes infraestructuras de transporte energético. En cualquier caso, de persistirse en esta vía, parece claro que las posibilidades de éxito, es decir, de aprobar una regulación conforme con el Derecho

de 2003 (asuntos C-463/00 y C-98/01). Una exposición libre de su posición puede resumirse diciendo que el Abogado General era favorable a una interpretación del artículo 295 del Tratado CE que permitiera a los Estados miembros la protección de sus intereses nacionales de naturaleza económica. Esta posición no ha sido, sin embargo, asumida por el TJCE.

²⁴ En la *STJCE de 23 de mayo de 2000* (asunto C-58/99, *Comisión c. República Italiana*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de una normativa italiana que preveía que antes de la venta de participaciones estatales existentes en empresas de diversos sectores —entre los que se encontraba el de la energía— que supusieran una pérdida de control estatal debía introducirse en sus Estatutos una disposición que atribuyera al Ministro de Economía y Hacienda uno o varios de los poderes especiales allí enunciados, tales como «el poder de aprobación expresa, el de nombramiento de al menos uno o varios administradores así como de un censor de cuentas y el derecho de veto contra determinadas decisiones». El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales y también contraria a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento.

En la *STJCE de 4 de junio de 2002* (asunto C-367/98, *Comisión c. República Portuguesa*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de una normativa que limitaba el número máximo de acciones que podrían adquirir las empresas extranjeras en sociedades privatizadas, así como de otra que sometía a autorización previa la adquisición de participaciones superiores a un 10 por 100 del capital con derecho a voto en sociedades privatizadas. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales.

En la *STJCE de 4 de junio de 2002* (asunto C-483/99, *Comisión c. República Francesa*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de una normativa por la que se creó una acción específica del Estado en la *Société nationale Elf-Aquitaine* que conllevaba el ejercicio de los siguientes derechos: el de autorizar toda operación por la que una persona rebasara determinado porcentaje del capital social, así como la posibilidad de oponerse a todo acuerdo de enajenación o pignoración de la mayoría del capital social de las cuatro filiales de la sociedad matriz. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales.

En la *STJCE de 13 de mayo de 2003* (asunto C-98/01, *Comisión c. Reino Unido*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de la previsión contenida en los Estatutos de la sociedad BAA —*British Airports Authority*— (aprobados por el *Secretary of State*) por la que se regulaba una acción especial a favor del *Secretary of State for Transport* en virtud de la cual quedaban sujetos a autorización la cesión de activos de esta sociedad, el control de sus filiales y su liquidación, limitándose además la adquisición de acciones con derecho a voto en dicha sociedad. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales.

En la *STJCE de 13 de mayo de 2003* (asunto C-463/00, *Comisión c. Reino de España*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de la Ley 5/1995, ya analizada, en su redacción original. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales. Y ello, básicamente, porque el otorgamiento de la autorización administrativa previa que se establecía en la Ley no se sujetaba a criterios objetivos y precisos, es decir, se atribuía a la Administración una facultad discrecional especialmente amplia.

En la *STJCE de 28 de septiembre de 2006* (asuntos C-282/04 y 283/04, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de la acción especial a favor del Estado contenida en los Estatutos de la sociedad holandesa prestadora de los servicios de correos, telégrafos y teléfonos, que había sido parcialmente privatizada y escindida en dos sociedades. Dicha acción otorgaba al Estado el derecho de aprobación previa de numerosos acuerdos sociales. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales.

En la *STJCE de 23 de octubre de 2007* (asunto C-112/05, *Comisión c. República Federal de Alemania*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de la denominada

comunitario europeo, aumentan si se trata de un control a posteriori (y no un control previo²⁵) y si se limita la facultad de control de la Administración mediante la utilización de conceptos precisos²⁶.

Es fundamental insistir en que una hipotética regulación de este tipo que fuera conforme a Derecho comunitario sólo serviría para pro-

Ley Volkswagen. En virtud de esta norma se limitaba el derecho de voto de los accionistas al 20 por 100 del capital social de Volkswagen; en segundo lugar, se exigía una mayoría de más del 80 por 100 del capital representado para que la junta general de accionistas adoptara decisiones que, según el Derecho común, sólo requerirían una mayoría del 75 por 100, y, en tercer lugar, se autorizaba al Estado Federal y al Land de Baja Sajonia para designar, cada uno de ellos, dos representantes en el consejo de vigilancia de dicha sociedad. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales.

En la *STJCE de 6 de diciembre de 2007* (asuntos C-463/04 y C-464/04) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de la normativa italiana relativa a habilitación estatutaria al Estado para nombrar administradores de una sociedad. El Tribunal consideró esta regulación contraria a la libre circulación de capitales.

En la *STJCE de 17 de julio de 2008* (asunto C-207/07, *Comisión c. Reino de España*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de la regulación contenida en el Real Decreto-ley 4/2006, a que ya nos hemos referido.

En la *STJCE de 26 de marzo de 2009* (asunto C-326/07, *Comisión c. República Italiana*) se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de una modificación de la normativa a que se refería la STJCE de 23 de mayo de 2000, ya citada. El Tribunal consideró esta normativa contraria a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento.

Hay, no obstante, una excepción que confirma la regla general. Es la *STJCE de 4 de junio de 2002* (asunto C-503/99, *Comisión c. Reino de Bélgica*), en que se analizó la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo de una normativa por la que se creó para el Estado una acción específica en la *Société nationale de transport par canalisations* y en *Distrigaz*. El Tribunal consideró esta regulación —que, como el propio Tribunal señaló, suponía el derecho de dicho Estado miembro a oponerse a toda cesión, pignoración o cambio de destino de canalizaciones y de algunos otros activos estratégicos y, por otra parte, el derecho del mismo Estado miembro a oponerse a ciertas decisiones de gestión que se consideren contrarias a las líneas directrices de la política energética del país— conforme a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento. Y ello básicamente porque estábamos en presencia de un sistema de control a posteriori (derecho de veto) que se limitaba a activos estratégicos (redes energéticas) y que sólo podía producirse cuando peligraran objetivos de política energética. Así, en el apartado 52 de la Sentencia puede leerse que: «Por consiguiente, el sistema controvertido permite, sobre la base de criterios objetivos y controlables por los órganos jurisdiccionales, garantizar la disponibilidad efectiva de las canalizaciones que constituyen las grandes infraestructuras de transporte interior de los productos energéticos, así como de otras infraestructuras para el transporte interior y el almacenamiento de gas, incluyendo los puntos transfronterizos y de desembarco. Así, el sistema ofrece al Estado la posibilidad de intervenir para garantizar, en una situación determinada, el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que incumben a SNTC y a Distrigaz, al mismo tiempo que respeta las exigencias impuestas por la seguridad jurídica». Y en el apartado 53 dice la Sentencia que: «La Comisión no ha demostrado que hubieran podido adoptarse medidas menos restrictivas para alcanzar el objetivo perseguido. No es seguro que una planificación orientada a incitar a las empresas de gas natural a celebrar contratos de abastecimiento a largo plazo, a diversificar sus fuentes de abastecimiento o a utilizar un sistema de licencias sea, por sí sola, apta para permitir una reacción rápida en una situación determinada. Por otra parte, una normativa, como la propuesta por la Comisión, que defina de manera precisa el comportamiento de las empresas del sector parece incluso más restrictiva que un derecho de veto limitado a situaciones particulares».

²⁵ Creo que el Abogado General, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ha distinguido con acierto entre el poder de oposición a la entrada en el capital y los derechos de intervención en la gestión de los activos. Cfr. sus Conclusiones Acumuladas en los asuntos C-367/98, C-483/99 y C-503/99, ya citadas.

teger los intereses nacionales de naturaleza no económica. No es poco, pero ya sabemos que también hay implicados importantes intereses nacionales de naturaleza económica en el tema que nos ocupa. En este sentido hay que advertir que no resultaría conforme a Derecho utilizar una potestad pública dictada con una finalidad (protección de la seguridad del suministro) con una finalidad distinta (protección de intereses económicos). Se trataría de una desviación de poder²⁷.

b) Probablemente, el control previo que se ha articulado en España debería evolucionar hacia un control sobre la gestión empresarial de tipo general, es decir, para todas las empresas del sector. Se debería así intensificar la regulación del sector en defensa de los intereses nacionales²⁸.

La regulación puede emplearse para limitar el hipotético riesgo que para la seguridad del suministro pudiera derivarse de la intromisión de criterios empresariales (filialización) o políticos (en el caso de empresas ampliamente participadas por un Estado extranjero) en la actividad

²⁶ Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión puede verse en E. GIPPINI FOURNIER y J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 220, 2002; F. GARAU SOBRINO, «La incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa española sobre inversiones en empresas públicas privatizadas. Último acto y telón», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 225, 2003; L. M. HINOJOSA, «La acción de oro en Derecho comunitario: activismo judicial versus intervencionismo económico», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 228, 2003; M. URREA CORRES, «El régimen de autorizaciones administrativas previas en las empresas privadas: comentario a la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 2003, asunto C-463/00, Comisión c. Reino de España», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, 2003; M. N. DE LA SERNA BILBAO, «Comentario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con las denominadas "acciones de oro"; las restricciones a las libertades de la libre circulación de capitales y de establecimiento», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 7, 2003; C. PADRÓS REIG, *La transformación del régimen jurídico de la acción de oro en la jurisprudencia comunitaria europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007; J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ y C. PADRÓS REIG, «Las acciones de oro, el derecho de sociedades y el mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 8, 2009.

²⁷ El artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, define la desviación de poder al señalar que: «Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

²⁸ Como ya sabemos, en la STJCE de 14 de febrero de 2008 (asunto C-274/06, *Comisión c. Reino de España*) se declaró contraria a la libre circulación de capitales la Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Por lo que ahora nos interesa, el apartado 47 de la Sentencia señaló que: «Como ha señalado la Comisión, la imposición de obligaciones positivas a las empresas del sector energético permitiría alcanzar el objetivo perseguido ocasionando un perjuicio menor a la libre circulación de capitales».

En un sentido parecido, cfr. G. ARIÑO, «La intervención del Estado en las operaciones corporativas...», pág. 198, y, con un carácter más general, C. PADRÓS REIG, *La transformación del régimen jurídico de la acción de oro en la jurisprudencia comunitaria europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pág. 225.

de las empresas energéticas de propiedad extranjera. Realmente, la regulación existente ya contiene medidas destinadas a garantizar el suministro. Dicha regulación podría intensificarse y las garantías podrían ampliarse en la línea que han marcado la CNE y el Ministerio de Industria al condicionar la autorización para la compra de ENDESA por parte de E.ON y ENEL/ACCIONA²⁹. Eso sí, con la finalidad de cumplir con el principio de no discriminación, dichas salvaguardas deberían exigirse con carácter general, estar justificadas por un motivo de interés general —como es la garantía de seguridad del suministro— y ser proporcionadas a tal fin.

En efecto, de las Decisiones de la Comisión Europea en relación con las Resoluciones de la CNE —y del Ministerio de Industria— adoptadas en los casos relativos a la adquisición de ENDESA por E.ON y por ENEL/ACCIONA³⁰ se desprende, esencialmente, la dificultad de considerar conforme a Derecho comunitario europeo la posibilidad de imponer obligaciones a una sociedad que no se contemplen en la legislación de carácter general: obligaciones en materia de marca y gobierno, en materia financiera y de inversión, en relación con las centrales nucleares y activos extrapeninsulares y en relación con el consumo de carbón nacional. Es cierto que la Comisión Europea alude reiteradamente a la incidencia de dichas obligaciones sobre la libre circulación de capitales y sobre la libertad de establecimiento, pero lo individualizado (es decir, lo discriminatorio) de las mismas es el aroma que impregna las Decisiones de la Comisión³¹.

²⁹ Cfr. la Resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 sobre la solicitud de E.ON Zwölfte Verwaltungs GmbH, de fecha 23 de marzo de 2006, consistente en la toma de participación en el capital social de ENDESA que resulte de la liquidación de la Oferta Pública de Adquisición de acciones presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Cfr. la Resolución de la CNE de 4 de julio de 2007 sobre la solicitud de autorización de ACCIONA, S.A. y ENEL ENERGY EUROPE, S.r.l., de fecha 3 de mayo de 2007, para la adquisición de acciones en ENDESA, S.A. que resulten de la liquidación de la OPA.

³⁰ Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2006 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (asunto núm. COMP/M.4197-E.ON/Endesa).

Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2006 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (asunto núm. COMP/M.4197-E.ON/Endesa).

Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2007 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (asunto núm. COMP/M.4685-Enel/Acciona/Endesa).

³¹ España no recurrió las Decisiones de la Comisión en el caso de E.ON. La Comisión, dado que el Estado español no las cumplía, recurrió al Tribunal de Justicia, que, en Sentencia de 6 de marzo de 2008 (asunto C-196/07), lógicamente, determinó que las Decisiones deben cumplirse porque son obligatorias, aunque no entró en el fondo del problema.

Como hemos apuntado, esta dificultad podría salvarse dando alcance general a dichas obligaciones o a otras que se estimaran proporcionadas para garantizar el suministro energético en España. Se trataría, por tanto, de establecer un régimen de supervisión más intenso sobre la actividad de las compañías. No parece que el alcance general de estas medidas sea desproporcionado. Ya hemos puesto de manifiesto las dudas que genera el hecho de que una multinacional española prime la consecución de los intereses nacionales por encima de los objetivos económicos del grupo. La intensificación de la regulación de carácter general evitaría, precisamente, que los intereses del grupo, de cualquier nacionalidad que fuera éste, pudieran primar y afectar negativamente a los intereses nacionales.

Finalmente, y para el caso de una crisis seria de suministro, el Estado siempre tiene el mecanismo de la intervención de empresas que se contiene en el artículo 128 de la Constitución, y para el sector eléctrico en la Disposición adicional primera de la Ley del Sector Eléctrico, y para el sector de los hidrocarburos en la Disposición adicional décima de la Ley del Sector de Hidrocarburos³². Ahora bien, para que la intervención de la correspondiente empresa pudiera garantizar eficazmente el suministro sería necesario que los activos destinados a tal fin estuvieran en España, porque el Estado sólo puede ejercer sus potestades dentro del territorio nacional. No parece que estemos ante una amenaza irreal a medio o largo plazo: sólo hay que recordar las deficiencias que en relación con el suministro del gas natural procedente de Europa del Este han sufrido los países de la Europa Central el invierno de 2009. Todo ello conduce directamente al debate sobre la oportunidad de incrementar el número de centrales nucleares en España.

c) La regulación también podría limitar en cierta medida el hipotético riesgo que, no ya para la seguridad del suministro sino para los intereses económicos españoles, podría derivarse de la actuación en

El Estado español sí ha recurrido la Decisión adoptada en relación con la toma de participación de ENEL/ACCIONA en ENDESA. Se ha dictado un Auto por el que se desestima la demanda de medidas provisionales solicitadas por España (Auto de 30 de abril de 2008 del Presidente del TPI, asunto T-65/08 R).

³² Y ello sin perjuicio de que el artículo 10 de la Ley del Sector Eléctrico habilita al Estado para adoptar las medidas necesarias para garantizar el suministro eléctrico. Cfr. también los artículos 49 y 101 de la Ley del Sector de Hidrocarburos en relación con el suministro de productos derivados del petróleo y con el gas natural, respectivamente.

Cfr. también los artículos 21.6 y 37.2 de la Ley del Sector Eléctrico en relación con la posibilidad de revocar las autorizaciones necesarias para la construcción de instalaciones de producción y transporte, respectivamente, por incumplimiento de condiciones o variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento. Y, en el mismo sentido, cfr. los artículos 67.5 de la Ley del Sector de Hidrocarburos en relación con las autorizaciones de transporte, regasificación y almacenamiento de gas natural, y 73.6 de la misma Ley en relación con las de distribución de gas natural.

España de empresas de capital extranjero. De acuerdo con lo que ha puesto de manifiesto la CNE, dicho hipotético riesgo podría consistir en el deseo de rentabilizar la importante inversión realizada buscando rentas extraordinarias en el mercado español³³.

El Derecho de la competencia es un primer instrumento para impedir la búsqueda de dichas rentas a través de una actuación que pueda consistir en un abuso de poder de mercado.

Pero, además del Derecho de la competencia, la regulación del régimen económico de los sectores energéticos es un instrumento esencial a tal fin. La regulación debe garantizar que las empresas del sector perciban una retribución justa por las inversiones realizadas, entendiendo por tal aquella que es ajustada al nivel de riesgo de la actividad. Esta retribución justa debe determinarse atendiendo al valor de los activos que prestan el servicio y debe ser independiente de la inversión financiera realizada por la empresa extranjera y de la prima de control por ella satisfecha: de tal forma que si dicha retribución es más que suficiente para recuperar la inversión financiera la empresa extranjera habrá hecho un buen negocio, y si es insuficiente el negocio será malo.

D) *Hacia una armonización europea en esta materia.*

a) Ésta es la situación que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin perjuicio de ello, resulta posible advertir que esta jurisprudencia ha dejado sin embargo una puerta adicional abierta. Resulta posible que una norma comunitaria de armonización precise cuáles son los medios de que disponen los Estados miembros para, al amparo de la cláusula de «seguridad pública», poder garantizar la seguridad del suministro energético³⁴. Y esta norma parece que podría y debería dictarse, dada la cantidad de Estados implicados.

De acuerdo con la regulación y la jurisprudencia que existe en materia de libre circulación de capitales, no parece posible que esa norma de armonización habilite a los Estados miembros para adoptar medidas que restrinjan la libre circulación de capitales por motivos de tipo puramente económico. Parece que esta restricción sólo

³³ La búsqueda de rendimientos extraordinarios en mercados con competencia imperfecta puede encontrarse en los libros de economía internacional como uno de los argumentos susceptibles de amparar una política proteccionista. Cfr. P. R. KRUGMAN y M. OBSTFELD, *Economía Internacional. Teoría y Política*, Addison Wesley, 2001, y L. A. LERENA, «Las bases teóricas del nuevo proteccionismo», en S. GONZÁLEZ (Coord.), *Temas de Organización Económica Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1994.

³⁴ En todo caso, debe señalarse que la Comisión Europea dictó en 19 de julio de 1997 una Comunicación relativa a determinados aspectos jurídicos que afectan a las inversiones intracomunitarias (DO C 220).

puede realizarse por razones de interés general de naturaleza no económica.

En relación con este tema obsérvese cómo la nueva Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, ofrece una línea avante. En efecto, uno de los problemas que aborda la nueva regulación es el del conflicto de intereses que se produce cuando la explotación de la red de transporte corresponde a una sociedad integrada verticalmente dentro de un grupo en que hay sociedades que realizan actividades de producción y suministro. La Comisión Europea, en su propuesta de Directiva, había planteado medidas intensas con la finalidad de eliminar dicho conflicto (la separación total de la propiedad o la creación de un gestor de red independiente). Sin embargo, durante la tramitación del proyecto dichas medidas quedaron suavizadas, siendo la solución final más favorable para el mantenimiento de las empresas verticalmente integradas (se admite la posibilidad de crear un gestor de transporte independiente). A cambio, se añadió una previsión para que los Estados que habían resuelto dicho conflicto de la forma más efectiva posible, es decir, mediante la separación de la propiedad del gestor de la red (caso de España), no se vieran perjudicados. Así, en el Considerando 21 de la nueva Directiva puede leerse lo siguiente: «Un Estado miembro tiene derecho a optar por la completa separación patrimonial en su territorio (...) Además, las empresas que ejerzan cualquiera de las funciones de generación o de suministro no podrán ejercer ningún control ni derecho sobre un gestor de red de transporte de un Estado miembro que haya optado por la completa separación patrimonial». Estamos ante una restricción a la libre circulación de capitales que se justifica por la finalidad de conseguir una medida importante para la consecución del mercado interior de la energía, como es la separación entre actividades energéticas. En la misma línea, cfr. el Considerando 18 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

b) Sin perjuicio de todo lo anterior, sería importante habilitar a los Estados miembros para que pudieran prohibir la adquisición de participaciones significativas de sus empresas nacionales por parte de empresas pertenecientes a Estados no integrados en la Unión Europea (terceros países), o por parte de dichos Estados. Recientemente hemos asistido a los problemas que se han planteado con el suministro de gas natural en Europa Central.

A este respecto hay que señalar que los terceros países en principio también están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales, a tenor del artículo 56 del Tratado CE: «En el marco de las disposiciones del presente Capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

Sin embargo, el artículo 57.2 permite que el Consejo pueda restringir la libre circulación en relación con estos terceros países. Y esta restricción parece que puede ser tanto por motivos económicos como no económicos. En efecto, de acuerdo con este precepto: «Aunque procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible, y sin perjuicio de lo dispuesto en los demás capítulos del presente Tratado, el Consejo podrá, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, adoptar medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Se exigirá unanimidad para adoptar medidas en virtud del presente apartado que supongan un retroceso respecto de la liberalización contemplada en la legislación comunitaria sobre movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos».

En esta línea se ha posicionado la nueva Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, donde se contiene un procedimiento que permite a los Estados miembros proteger la seguridad del suministro cuando la red de transporte o un gestor de la red de transporte quede bajo el control de una o varias personas de uno o más terceros países³⁵.

³⁵ El artículo 11, que se rubrica «Certificación con respecto a terceros países», dispone que:

«1. En caso de que solicite la certificación un propietario o gestor de la red de transporte y que esté controlado por una o varias personas de uno o más terceros países, la autoridad reguladora lo notificará a la Comisión.

La autoridad reguladora notificará también sin demora a la Comisión cualquier circunstancia que dé lugar a que una red de transporte o un gestor de red de transporte quede bajo el control de una o varias personas de uno o más terceros países.

2. Los gestores de red de transporte notificarán a la autoridad reguladora cualquier circunstancia que dé lugar a que la red de transporte o un gestor de la red de transporte quede bajo el control de una o varias personas de uno o más terceros países.

3. La autoridad reguladora adoptará un proyecto de decisión sobre la certificación de un gestor de red de transporte en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la notificación del gestor de red de transporte. Rechazará la certificación si no se demuestra:

- a) que la entidad en cuestión cumple los requisitos del artículo 9, y
- b) ante la autoridad reguladora u otra autoridad competente designada por el Estado miembro, que la concesión de la certificación no pondrá en peligro la seguridad del

En el mismo sentido, cfr. el artículo 11 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

suministro energético del Estado miembro y de la Comunidad. Para evaluar esta cuestión, la autoridad reguladora o la autoridad competente designada tendrá en cuenta:

- i) los derechos y las obligaciones de la Comunidad, con respecto a dicho tercer país conforme al Derecho internacional, incluidos los acuerdos celebrados con uno o más terceros países de los cuales la Comunidad sea parte y que aborden cuestiones relativas a la seguridad del suministro energético,
- ii) los derechos y las obligaciones del Estado miembro, con respecto a dicho tercer país conforme a acuerdos celebrados con el mismo, en la medida en que se ajusten al Derecho comunitario, y
- iii) otros hechos y circunstancias específicos sobre el caso y el tercer país de que se trate.

4. La autoridad reguladora notificará sin demora a la Comisión la decisión, así como toda la información pertinente relativa a la misma.

5. Los Estados miembros dispondrán que, antes de que la autoridad reguladora adopte una decisión sobre la certificación, la autoridad reguladora y/o la autoridad competente designada mencionados en el apartado 3, letra b), solicite un dictamen de la Comisión sobre si:

- a) la entidad de que se trata cumple los requisitos del artículo 9, y
- b) la concesión de la certificación no pone en peligro la seguridad del suministro energético a la Comunidad.

6. La Comisión examinará la solicitud mencionada en el apartado 5 tan pronto como se reciba. En el plazo de dos meses tras la recepción de la solicitud, presentará su dictamen a la autoridad reguladora nacional, o a la autoridad competente designada si la solicitud fuera formulada por dicha autoridad.

Para formular su dictamen, la Comisión podrá pedir el parecer de la Agencia, el Estado miembro y las partes interesadas. En el caso de que la Comisión haga dicha petición, el periodo de dos meses se ampliará otros dos meses.

Si la Comisión no presenta su dictamen en el plazo a que se refieren los párrafos primero y segundo, se considerará que no ha formulado objeciones contra la decisión de la autoridad reguladora.

7. Para evaluar si el control por parte de una o varias personas de uno o más terceros países pondrá en peligro la seguridad del suministro energético de la Comunidad, la Comisión tendrá en cuenta:

- a) los hechos específicos del caso y el tercer o terceros países de que se trate, y
- b) los derechos y obligaciones de la Comunidad con respecto a dicho tercer o terceros países conforme al Derecho internacional, incluidos los acuerdos celebrados con uno o más terceros países de los cuales la Comunidad sea parte y que aborden las cuestiones relativas a la seguridad del suministro.

8. En el plazo de dos meses tras el cumplimiento del periodo mencionado en el apartado 6, la autoridad reguladora nacional adoptará su decisión final sobre la certificación. Al adoptar su decisión final la autoridad reguladora nacional tendrá debidamente en cuenta el dictamen de la Comisión. En cualquier caso, los Estados miembros podrán rechazar la certificación cuando su concesión ponga en peligro la seguridad del suministro energético del Estado miembro o la seguridad del suministro de energía de otro Estado miembro. En caso de que el Estado miembro haya designado otra autoridad competente para evaluar el apartado 3, letra b), podrá solicitar que la autoridad reguladora nacional adopte su decisión final de conformidad con la evaluación de esta autoridad competente. La decisión final de la autoridad reguladora nacional y el dictamen de la Comisión se publicarán conjuntamente. Cuando la decisión final difiera del dictamen de la Comisión, el Estado miembro afectado comunicará y hará pública, junto con dicha decisión, la motivación de la misma.

3. *La propiedad pública. Hacia un accionariado protector*

a) Como ya hemos señalado, el margen que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ofrece para la protección de los intereses nacionales a través de la regulación (lo que hemos denominado como el régimen español de las «acciones de oro») es muy reducido. Sin perjuicio de las posibilidades de que se dicte una norma europea de armonización en esta materia y de la posible intensificación de la normativa de carácter general, lo cierto es que la regulación es una técnica que esencialmente permite la protección de los intereses de naturaleza no económica, pero muy limitadamente los de carácter económico, y en concreto no permite defender el interés nacional de contar con multinacionales españolas.

Existen, sin embargo, otra serie de técnicas que, en principio, sí lo permitirían. Son las que pasamos a estudiar.

En efecto, la propiedad pública es una primera técnica que históricamente se ha empleado para la protección de los intereses nacionales en el sector energético y que, sin embargo, desaparece —prácticamente— en España con la política de privatizaciones, pero que sin embargo se mantiene claramente en Francia y en Italia.

b) La vía de la propiedad pública es jurídicamente posible. En efecto, el artículo 295 del Tratado CE dispone que: «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Esta afirmación, con apoyo del TJCE³⁶, está dando cobertura a la utilización por los Estados miembros de la propiedad pública como técnica de intervención en la Economía y, por tanto, como medio de protección de los intereses nacionales de naturaleza económica y no económica. Y ello a pesar de las críticas que está recibiendo³⁷.

9. El presente artículo no afectará en modo alguno al derecho de los Estados miembros a efectuar, de acuerdo con el Derecho comunitario, controles legales nacionales para proteger sus intereses legítimos de seguridad pública.

10. La Comisión podrá adoptar directrices que establezcan normas detalladas sobre el procedimiento que debe seguirse para la aplicación del presente artículo. Estas medidas, destinadas a modificar elementos no esenciales de la presente Directiva complementándola, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control contemplado en el artículo 46, apartado 2.

11. El presente artículo, con excepción de la letra a) del apartado 3, se aplicará también a los Estados miembros que se acojan a una excepción en virtud del artículo 44».

³⁶ Cfr., por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 2 de julio de 2005 (asunto C-174/04, *Comisión c. Italia*).

³⁷ Como ha puesto de manifiesto el Abogado General, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, con ocasión de las Conclusiones que ha emitido en los procesos relativos al tema de las «acciones de oro» existentes en los diversos países, la propiedad pública supone claramente una restricción de la libre circulación de capitales y, por tanto, del mercado interior. Cfr. las

Téngase en cuenta, en todo caso, que la utilización de esta técnica está sujeta a ciertos límites. En efecto, no puede olvidarse que la actuación de estas empresas de propiedad pública queda sujeta a las normas sobre competencia y, en general, a las normas del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de acuerdo con el artículo 86 del Tratado), lo que trata de garantizar la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas, y, en España, la Ley que transpone dicha Directiva (Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas).

c) El Estado español podría, por tanto, optar por esta técnica para la protección de los intereses nacionales a que nos estamos refiriendo, mediante la adquisición en el mercado del correspondiente capital de una empresa energética, o incluso mediante la creación de una nueva compañía.

Sin perjuicio de ello, hay que afirmar que la adquisición de una empresa en régimen de mercado parece que presenta inconvenientes de tipo económico. El primero de ellos presupuestario, pues no parece que en el actual entorno de crisis económica el Estado disponga de recursos para adquirir empresas energéticas. Una versión más limitada de esta técnica consistiría en adquirir un porcentaje del capital social suficiente como para proteger a la sociedad española de ser controlada por una sociedad extranjera. Es lo que podríamos denominar como «accionariado-protector»; tema íntimamente relacionado con la posibilidad de establecer blindajes anti-OPA al amparo del Derecho de sociedades, en la

Conclusiones Acumuladas del Abogado General, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 3 de julio de 2001 (asuntos C-367/98, C-483/99 y C-503/99), apartado 66, y las Conclusiones de 6 de febrero de 2003 (asuntos C-463/00 y C-98/01), apartado 37.

En esta misma línea se había manifestado J. DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2001, pág. 305 y ss., que además señaló que la adquisición de una empresa privada por una empresa pública podía considerarse en principio como un abuso de posición dominante. Y, en esta línea, también ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 70 y 220 y ss., han defendido la revisión del artículo 295 del Tratado CE por considerarlo un fraude a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento, con el fin de garantizar el principio de equivalencia de posiciones entre la empresa pública y la empresa privada. Cfr., finalmente, J. RUIZ CALZADO, «Medidas de salvaguardia en las operaciones corporativas de dimensión comunitaria en el sector de la energía: el papel del regulador nacional español y su control por la Comisión Europea», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y J. M. SALA, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I. Aspectos Jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 448 y ss.

medida en que la existencia de dichos blindajes puede limitar el porcentaje de capital social necesario para proteger la compañía³⁸.

Otro posible inconveniente de tipo económico tiene que ver con la eficiencia en los mercados. La menor eficiencia de la empresa pública en relación con la empresa privada es un tema discutido en la literatura económica, porque hay quien sostiene que la mayor eficiencia es un tema más relacionado con la liberalización y la introducción de competencia que con la naturaleza de la propiedad pública o privada, aunque también se afirma que el máximo grado de eficiencia se alcanza en el caso de empresas privadas que actúan en mercados competitivos³⁹. Esta supuesta menor eficiencia económica puede verse potenciada por la intromisión de criterios políticos en las decisiones empresariales. El reciente episodio en relación con la pretendida adquisición de ENDESA por GAS NATURAL (sociedad ampliamente participada por LA CAIXA) y la situación a que ello ha dado lugar no puede ser un ejemplo más claro. En este orden de cosas, también se ha destacado cómo la privatización ha permitido la expansión internacional de las empresas españolas y, por tanto, la creación de multinacionales⁴⁰.

En estas condiciones, volver a plantear el tema de la empresa pública parece poco razonable. Otra vez la alternativa del accionariado protector aparece como una opción moderada, porque en este caso la gestión permanecería en principio en manos privadas —dado que la finalidad del accionariado público es la protección, no la gestión—.

En relación con el tema que ahora nos ocupa, puede plantearse si la

³⁸ Cfr., por ejemplo, los Estatutos Sociales de IBERDROLA, S.A., artículos 29 y 54, así como el 36.1.a). Sobre la posibilidad de establecer blindajes, cfr. el interesante trabajo de J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ y C. PADROS REIG, «Las acciones de oro, el derecho de sociedades y el mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 8, 2009, y los anteriores de L. LÓPEZ DE CASTRO y G. ARIÑO, *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*, Comares, 2003, págs. 499 y ss., y ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 23 y ss.

³⁹ Cfr. G. BEL, «Política industrial», en M. CALLEJÓN (Coord.), *Economía Industrial*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 259 y ss.; los trabajos de G. BEL, «Privatización y desregulación: cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia»; J. A. KAY y D. THOMPSON, «La privatización: una política necesitada de una base racional», y J. VICKERS y G. YARROW, «Aproximaciones a la privatización», en G. BEL (Ed.), *Privatización, desregulación y ¿competencia?*, Civitas, Madrid, 1996; y los trabajos de J. C. JIMÉNEZ, «La empresa pública industrial en España: una visión de conjunto»; Z. FERNÁNDEZ, «Comportamiento y eficiencia de la empresa pública», y E. BANDRÉS, «La privatización de las empresas públicas: un enfoque normativo», en J. VELARDE, J. L. GARCÍA DELGADO y A. PEDREÑO, *El Estado en la economía española*, Civitas, Madrid, 1994; asimismo, G. ARIÑO, *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 136 y ss. y 143 ss.

⁴⁰ J. E. IRANZO MARTÍN, «De la empresa estatal a la multinacional: el papel de las antiguas empresas de propiedad pública en la expansión de la economía española», en VV.AA., *Teoría y política de privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*, Cinca, Madrid, 2004, págs. 813 y ss.

propiedad pública destinada a garantizar los intereses nacionales debería ser del Estado o si podría ser de las Comunidades Autónomas. A mi juicio, los intereses a que nos estamos refiriendo, pudiendo ser también de carácter local y regional, tienen sin embargo una dimensión nacional. Por tanto, la propiedad pública debería ser estatal; los intereses estatales no deberían quedar supeditados a las decisiones de Administraciones regionales o locales. Sin perjuicio de ello, no creo que haya nada que impida, sin embargo, la participación de Comunidades Autónomas o Entes Locales en las empresas energéticas. Lo digo, lógicamente, por el papel que las Cajas de Ahorros, que son entidades con una clara influencia de las Administraciones regionales o locales, están jugando como accionistas de las grandes compañías energéticas (GAS NATURAL, IBERDROLA).

En todo caso, hay que tener en cuenta que el Estado es accionista de dos sociedades clave (por ser las titulares y gestoras de las redes de transporte de electricidad y gas, además de las gestoras técnicas del sistema) como son RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA, S.A. y ENAGÁS⁴¹. Resulta curioso observar cómo en estas dos sociedades se ha mantenido la intervención pública vía régimen de propiedad. Sin duda, la importancia estratégica de los activos que gestionan ha sido la causa de ello.

4. *La constitución de «núcleos duros»*

Junto al empleo de la propiedad pública como forma de protección de los intereses nacionales en el sector energético, otra de las técnicas que se ha empleado a tal fin ha sido la creación de núcleos duros de accionistas españoles que, en principio, asegurarían el mantenimiento del control de la empresa en manos españolas. Se trata de una técnica que se ha empleado, al menos, en Francia y en España.

Esta técnica no ha planteado aparentemente problemas desde el punto de vista del Derecho comunitario europeo, probablemente porque la empresa se realiza a través de la técnica común de la propiedad y del Derecho societario. Se trata, no obstante, al igual que la constitución de un accionariado protector de carácter público, de un tema íntimamente vinculado con la posibilidad de establecer blindajes anti-OPA al amparo del Derecho de sociedades⁴².

Sin perjuicio de ello, parece que puede afirmarse que es una técni-

⁴¹ En relación con las limitaciones impuestas a la participación en dichas sociedades, cfr. el artículo 34 de la Ley del Sector Eléctrico y la Disposición adicional vigésima de la Ley del Sector de Hidrocarburos, respectivamente.

⁴² Cfr. también el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, relativo a la «limitación a la participación en más de un operador principal».

ca menos estable de lo que parece porque el mantenimiento del «núcleo duro» queda sujeto a las necesidades financieras de sus integrantes (así ha aparecido en prensa el interés de SACYR VALLEHERMOSO en vender su participación en REPSOL a LUKOIL).

5. *El control de las concentraciones*

a) Junto a la propiedad pública y a la constitución de núcleos duros, el control de las concentraciones es otra de las técnicas que puede permitir al Gobierno la protección de los intereses nacionales a que nos estamos refiriendo; y, en particular, permite la realización de una política de creación de grandes empresas nacionales.

Esto es así en la medida en que la Ley de Defensa de la Competencia, en sus diferentes redacciones, ha considerado que al decidir si ha de autorizarse la concentración propuesta no se debe tener en cuenta únicamente como criterio el de la incidencia de la operación sobre la competencia efectiva en los mercados. Por el contrario, la legislación ha permitido y permite ponderar otros intereses generales —de naturaleza económica y no económica—.

En efecto, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al regular el control de las concentraciones dispuso en su artículo 16, al tratar del Informe que el Tribunal de Defensa de la Competencia debía emitir con carácter previo a la decisión del Gobierno, que: «El Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia»⁴³.

⁴³ En concreto, el artículo 16 de la Ley señalaba lo siguiente:

«1. Una vez remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, éste deberá emitir su dictamen sobre la operación antes de dos meses. La apreciación de si un proyecto u operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la *competencia efectiva* en el mercado se basará en un análisis de sus efectos restrictivos, previsibles o constatados, atendiendo principalmente a las siguientes circunstancias:

- a) Delimitación del mercado relevante.
- b) Su estructura.
- c) Las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios.
- d) El poder económico y financiero de las empresas.
- e) La evolución de la oferta y la demanda.
- f) La competencia exterior.

El Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso téc-

Y en el artículo 17, al referirse a la decisión del Gobierno sobre concentración, señalaba que éste podría decidir «subordinar su aprobación a la observancia de condiciones que aporten al *progreso económico y social* una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia»⁴⁴.

En la misma línea, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al regular en su artículo 10 los criterios de valoración sustantiva de acuerdo con los que resolverse el procedimiento de concentración, dispone que la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros elementos, a «las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios» .

Y, asimismo, señala que el Consejo de Ministros podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia⁴⁵.

nico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia».

⁴⁴ En concreto, el artículo 17 de la Ley disponía que:

«1. El Tribunal de Defensa de la Competencia remitirá su dictamen al Ministro de Economía para que lo eleve al Gobierno, que en el plazo máximo de un mes podrá decidir:

- a) No oponerse a la operación de concentración.
- b) Subordinar su aprobación a la observancia de condiciones que aporten al *progreso económico y social* una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. Dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones. En el supuesto de que la legislación sectorial correspondiente establezca algún tipo de limitación, el Acuerdo del Consejo de Ministros podrá autorizar su modificación en tanto se ejecuta y en los términos fijados en el mismo.
- c) Declararla improcedente, estando facultado para:
 1. Ordenar que no se proceda a la misma, en caso de que no se hubiera iniciado.
 2. Ordenar las medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva, incluida la desconcentración.

Si transcurrido el plazo de un mes desde que se reciba el dictamen del Tribunal o desde que finalice el plazo previsto para que éste emita su dictamen, el Consejo de Ministros no hubiere adoptado su decisión, la operación se entenderá tácitamente autorizada».

⁴⁵ En concreto, el artículo 10 señala que:

«1. La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una *competencia efectiva* en todo o en parte del mercado nacional.

En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos:

Así, el Estado español podría ponderar la mayor eficiencia que podría derivarse de la concentración como argumento invocable para autorizar una concentración que contribuyera a crear una gran multinacional española. Y, asimismo, podrían invocarse razones de interés general para autorizar la concentración. En este sentido, podría argumentarse, conforme hemos expuesto, que la seguridad del suministro y necesidad de contar con multinacionales españolas —como fuente de creación de riqueza— lo son.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, y como por hipótesis estamos ante una operación que no tiene dimensión comunitaria, podría entenderse que al no quedar afectados los intereses comunitarios ninguna restricción impondría el Derecho comunitario a este respecto. Resulta llamativo, y es otra concesión al proteccionismo estatal, que la Unión Europea no tenga nada que decir en las concentraciones que no tienen dimensión comunitaria (porque no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones), pero que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros⁴⁶. Y re-

-
- a) la estructura de todos los mercados relevantes,
 - b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
 - c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
 - d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
 - e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
 - f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
 - g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
 - h) *las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.*

(...)

4. El Consejo de Ministros, a efectos de lo previsto en el artículo 60 de esta Ley, podrá valorar las concentraciones económicas *atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia.*

En particular, se entenderá como tales los siguientes:

- a) defensa y seguridad nacional,
- b) protección de la seguridad o salud públicas,
- c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
- d) protección del medio ambiente,
- e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,
- f) *garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.*

⁴⁶ Y es que, en efecto, se admite con naturalidad la existencia de este tipo de concentraciones. Así, el artículo 22 del Reglamento de concentraciones dispone que: «Uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que se ajuste a la definición del artículo 3 y que no tenga dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de for-

sulta llamativo porque la decisión de la autoridad competente —comunitaria o nacional— puede atender a criterios distintos cuando la concentración tiene dimensión comunitaria y cuando no la tiene, aunque en este último caso afecte al comercio comunitario⁴⁷. Lo que sucede es que resulta complicado encontrar un título de intervención a favor de la Comisión Europea para las concentraciones de dimensión no comunitaria, porque, de acuerdo con el Reglamento comunitario de concentraciones, resulta que dicha operación ha de ser valorada precisamente en sede nacional; tema del que se ha ocupado nuestra doctrina⁴⁸.

b) Pues bien, en relación con el control de las concentraciones como técnica proteccionista, hay que señalar que el recurso a la misma se frena en la etapa 1996-2004 en España, aunque no en otros países, como destacadamente sucedió en Alemania con la autorización de la concentración entre E.ON y RUHRGAS, en contra del criterio de la autoridad en materia de competencia⁴⁹.

ma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud». Obsérvese cómo una operación sin dimensión comunitaria puede afectar al comercio entre los Estados miembros.

⁴⁷ Cfr. el Reglamento comunitario de concentraciones, y en especial sus artículos 2 y 21.4; este último en relación con los intereses generales invocables ante una concentración de dimensión comunitaria, y compárese con nuestra Ley de Defensa de la Competencia, artículo 10, ya citado.

⁴⁸ El artículo 22 del Reglamento de concentraciones, ya citado, no parece de fácil aplicación al caso que nos ocupa (cfr. también el artículo 4.5 del Reglamento). A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ han estudiado cierta doctrina jurisprudencial anterior al primer Reglamento de concentraciones de 1989 que había sostenido que una operación de concentración podía constituir un abuso de posición dominante. Cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, págs. 1202 a 1206 y 1214 a 1216.

En una línea crítica con la regulación europea del control de concentraciones, cfr. G. ARIÑO, «El desafío energético europeo: campeones o mercado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 247, 2007, págs. 32 y 33, y, antes, en ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 222 y ss.; cfr. también I. DEL GUAYO CASTIELLA, J. LÓPEZ MILLA y L. HANCHER, *Competencia y regulación. Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA*, Dilex, Madrid, 2006, pág. 155, en relación con la posibilidad de aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Sin embargo, R. HERMOSILLA GIMENO, «El control judicial de las operaciones de concentración en el sector eléctrico: la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y J. M. SALA, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I. Aspectos Jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 408 y ss., sostiene como criterio general la inaplicabilidad a una concentración económica de las normas que prohíben los acuerdos colusorios o el abuso de posición dominante. Cfr. también B. BARRANTES DÍAZ, «La invocación de intereses generales en operaciones de concentración de dimensión comunitaria. El artículo 21.4 del Reglamento Comunitario de concentraciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 7, 2009, pág. 36, que hace referencia a una futura reforma del Reglamento de concentraciones. Finalmente, cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo de 26 de junio de 2009, «Informe sobre el funcionamiento del Reglamento núm. 139/2004», COM (2009) 281 final, y las consideraciones que allí se realizan en relación con la «regla de los dos tercios».

⁴⁹ Tema del que se ha ocupado la CNE en su Resolución de 27 de julio de 2006 sobre la solicitud de E.ON Zwölfte Verwaltungs GmbH, de fecha 23 de marzo de 2006, consistente en

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que con la mayor dimensión europea que están adquiriendo algunas empresas españolas, más difícil resulta residenciar el control de una hipotética concentración en sede nacional; y ello, lógicamente, en la medida en que puede ser más difícil la aplicación de la previsión contenida en el artículo 1 del Reglamento comunitario de concentraciones⁵⁰, en virtud del cual una concentración no tendrá dimensión comunitaria cuando «cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro».

Finalmente, debe tenerse también en cuenta que una política de promoción de grandes compañías nacionales a través de esta técnica podría presentar inconvenientes de tipo económico. Casi inevitablemente, incrementaría la concentración empresarial del sector energético y, en definitiva, dificultaría la búsqueda de una competencia efectiva en los mercados, porque probablemente sería necesario incrementar la regulación destinada a garantizar un precio razonable de la energía. Incluso más. Si se hubiera autorizado la concentración por otros intereses generales distintos a la eficiencia económica de la operación, a la mayor concentración podría añadirse un problema de creación de una compañía ineficiente. El control de concentraciones es, por tanto, una técnica que conviene manejar con cuidado.

6. *El régimen económico del sector energético y las ayudas de Estado*

En la regulación del régimen económico del sector energético pueden apreciarse un conjunto de decisiones que aparentemente podrían haber contribuido al fortalecimiento financiero de ciertas empresas energéticas españolas.

Algunos de los supuestos a que nos referimos han sido muy llamativos, como el régimen económico particular que se aplicó a ENDESA a finales de los años ochenta⁵¹, o el régimen de los costes de transición a la competencia en la regulación que le dio la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden So-

la toma de participación en el capital social de ENDESA que resulte de la liquidación de la Oferta Pública de Adquisición de acciones presentada ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, págs. 128 y 219-220. Cfr. también ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 146 y ss.

⁵⁰ Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

⁵¹ Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. IV. El sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 53 y ss., y G. ARIÑO y L. LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998, págs. 191 y ss.

cial; regulación que posteriormente sería reformada como consecuencia, con toda probabilidad, de la intervención de la Comisión Europea, en los términos que ya he estudiado en otro trabajo⁵².

Otros son menos llamativos, pero importantes, como la extinción —por la Disposición adicional sexta de la Ley del Sector de Hidrocarburos— de la obligación de reversión de instalaciones en favor de las empresas que —al amparo de la Ley 10/1987, de 15 de junio, reguladora de las normas básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en el sector de los combustibles— habían obtenido concesiones para la realización de actividades destinadas al suministro de gas natural. Tal y como ya he tenido ocasión de señalar, a mi juicio, la extinción de dicha obligación con carácter gratuito supone una atribución patrimonial a favor de estas compañías que no tiene justificación. En particular, no puede ser entendida como una compensación —por los costes de transición a la competencia en este mercado— en la medida en que el nuevo régimen económico del sector del gas natural garantiza la recuperación de las inversiones realizadas bajo el régimen concesional.

Finalmente, no puede desconocerse que en las actividades energéticas cuya retribución está administrativamente determinada, los ingresos de las compañías dependen esencialmente de lo que disponga el regulador⁵³. Y en otras ocasiones, aunque la Administración no determina la retribución en la forma que acabamos de señalar, la retribución de las compañías se fija por el mercado dentro de un marco de actuación fijado por el regulador. Me estoy refiriendo en concreto a la retribución de la actividad de generación eléctrica, que se deriva del funcionamiento del mercado de generación. Recientemente, y en la línea mantenida por la CNE, que yo mismo había también anticipado ya en 2003⁵⁴, he puesto de manifiesto cómo la regulación de este mercado, que retribuye toda la generación (hidráulica, nuclear, ciclos combinados...) como si fuera la más cara, constituye un error de regulación que pro-

⁵² R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Marcial Pons e INAP, Madrid, 2003.

⁵³ Un simple ejemplo es suficiente para ilustrar las posibilidades del regulador en este campo. Por ejemplo, y en relación con la retribución administrativamente reconocida a las instalaciones de transporte, regasificación y almacenamiento de gas natural que han concluido su vida útil pero continúan operativas, la CNE puso de manifiesto lo excesivo de dicha retribución. Cfr. los Informes de la CNE 2/2004 y 25/2005, sobre la propuesta de Orden por la que se establece la retribución de las actividades reguladas del sector gasista para los años 2004 (pág. 16) y 2006 (pág. 28), respectivamente.

⁵⁴ Cfr. R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, «El déficit de ingresos en el sector eléctrico», núm. 162 de esta REVISTA, 2003, pág. 334, y el Informe de la CNE de 20 de mayo de 2008, «Informe complementario a la propuesta de revisión de la tarifa eléctrica a partir de 1 de julio de 2008. Precios y costes de la generación de electricidad».

bablemente ha permitido a las compañías de generación eléctrica percibir una retribución más que razonable por su actividad⁵⁵.

En definitiva, la regulación puede ser un instrumento para inyectar recursos financieros a las compañías, básicamente incrementando su retribución por encima de la que sería justa, entendiendo por tal la correspondiente al riesgo de la actividad.

Sin embargo, dado que el régimen económico es una regulación de carácter general, parece muy difícil potenciar a determinadas empresas —multinacionales con cabecera en España— y no a otras —filiales de grupos extranjeros—; aun cuando no es imposible porque los intereses de las compañías no son siempre los mismos, por ejemplo porque su *mix* de generación eléctrica pueda ser diferente.

Pero, sobre todo, esta práctica no parece conforme al ordenamiento jurídico. En primer lugar, porque las leyes del sector energético no contemplan el fortalecimiento económico de las grandes empresas nacionales como uno de los criterios que han de tenerse en cuenta al regular administrativamente la retribución de las actividades destinadas al suministro energético. Esto es evidente desde el momento en que una política de este tipo no es gratis, sino que se realiza a costa de los consumidores nacionales.

Pero, aunque las leyes españolas lo permitieran, sería una práctica difícilmente conciliable con el Derecho comunitario europeo. Entramos en el campo de las ayudas de Estado, que, como regla general, resultan prohibidas por el Tratado. Es cierto que todo puede ser discutido, y podría tratar de argumentarse con apoyo en la jurisprudencia del TJCE, y en concreto en la Sentencia *Preussenelektra*, que la ventaja en este caso no se concedería con cargo a fondos estatales (en principio, no lo serían las contraprestaciones satisfechas por los usuarios con cargo a tarifas y peajes) y que, por tanto, no habría ayuda de Estado⁵⁶; si se quiere, habría una «medida de efecto equivalente a una ayuda de Estado» que en principio no estaría prohibida por el Tratado⁵⁷. Es, sin embar-

⁵⁵ R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, «El régimen económico del sector eléctrico», en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO y M. BACIGALUPO (Dirs.), *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, tomo II, Iustel, 2009, pág. 922.

⁵⁶ Cfr. H. BROKELMAN, «Derecho europeo de la energía y las ayudas de Estado», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y J. M. SALA, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I. Aspectos Jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009. Se señala en la pág. 194 que: «Ante esta situación cabe preguntarse —como han hecho no pocos autores— si la rigidez de este análisis no brinda a los Estados miembros la posibilidad de escapar del escrutinio de la Comisión, ideando mecanismos de protección de las empresas nacionales que, produciendo efectos similares a los derivados de una ayuda de Estado, no impliquen una transferencia efectiva de fondos públicos».

⁵⁷ Cfr. Conclusiones del Abogado General, Jacobs, de 26 de octubre de 2000 en el asunto *Preussenelktra* (asunto C-379/98), apartados 180 y ss.

go, muy discutible y una política de esta naturaleza sería fuente segura de intensos conflictos con la Comisión Europea⁵⁸.

IV. SOBRE SI EL ESTADO DEBE ACTUAR EN DEFENSA DE LOS INTERESES NACIONALES A QUE NOS ESTAMOS REFIRIENDO: POLÍTICA INDUSTRIAL VS. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

a) Una vez concluido el punto anterior, y analizadas las técnicas que puede emplear el Estado para la protección de los intereses nacionales a que nos estamos refiriendo, nos corresponde preguntarnos si el Estado debe actuar en defensa de dichos intereses. La respuesta a esta pregunta puede parecer un tanto obvia: cuando haya intereses nacionales implicados, el Estado debe actuar en su defensa. Sin embargo, aquí radica el último punto clave del problema que nos ocupa.

b) En efecto, el interés de la pregunta que ahora nos formulamos viene dado porque la técnica que últimamente se ha venido empleando en España a tal fin, que es básicamente el recurso a la regulación (lo que hemos denominado como el régimen español de las «acciones de oro»), se encuentra muy limitada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Aunque pueda procederse a una intensificación de la regulación general del sector, tal y como se ha señalado, ello sólo permitiría —esencialmente— la protección de los intereses de naturaleza no económica.

Para la consecución de un interés nacional de naturaleza económica, como es el contar con grandes multinacionales españolas en el sector energético, así como para su protección, el Estado tiene la posibilidad de emplear las técnicas del control de concentraciones y de la propiedad pública, tal y como ya ha quedado justificado.

⁵⁸ Sobre las matizaciones realizadas a la doctrina de la Sentencia *Preussenelektra* por la jurisprudencia posterior a la misma y sobre la práctica de la Comisión a raíz de dicha Sentencia, cfr. H. BROKELMAN, «Derecho europeo de la energía y las ayudas de Estado», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y J. M. SALA, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I. Aspectos Jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 191 y ss. Así, concluye que dicha doctrina no es todo lo rígida que inicialmente parecía y, en la pág. 196, al referirse a la Sentencia del Tribunal de Justicia *Essent Netwerk Noord*, de 17 de julio de 2008 (asunto C-206/06), que: «Esta sentencia pone de manifiesto que dependerá mucho de la configuración de los fondos de compensación en cada caso si éstos pueden ser calificados como “ayuda de Estado” en el sentido del artículo 87.1 TCE y que la sentencia *Preussenelektra*, no significa, ni mucho menos, que todos los fondos de compensación financiados por los consumidores de electricidad escapen del examen de compatibilidad con el artículo 87». Y es que, efectivamente, en dicha Sentencia se califica un suplemento de precio destinado a cubrir costes de transición a la competencia impuesto por el Estado a los compradores de electricidad como un impuesto y, adicionalmente, como «fondos estatales» (apartado 66).

Ahora bien, el recurso a estas técnicas puede no ser gratuito. Ya hemos visto cómo la propiedad pública, además de absorber recursos públicos, presenta un riesgo —discutido— como es el de la menor eficiencia de la empresa pública frente a la privada. También hemos estudiado cómo la autorización de una concentración para conseguir la creación de un «campeón nacional» puede dar lugar a un incremento de la concentración existente en el mercado, con el riesgo de disminuir la competencia efectiva existente en el mismo y sus beneficios; y si además no existen razones de eficiencia que puedan justificar dicha concentración, el resultado de la autorización de la operación será probablemente la creación de una compañía ineficiente.

En estas condiciones se entiende mejor la pregunta que nos formulábamos: ¿debe el Estado actuar en defensa de los intereses nacionales a que nos estamos refiriendo?

c) A este respecto, no resulta baladí recordar cómo en España se han seguido en los últimos años dos políticas económicas claramente diferenciadas. En una primera política adoptada por los Gobiernos del PSOE hasta el año 1996, sí se recurrió claramente a las concentraciones y a la propiedad pública al servicio de una política industrial cuya finalidad fue la de crear grandes empresas nacionales susceptibles de competir internacionalmente («campeones nacionales»). Y ello además de recurrirse desde el año 1995 a la regulación con el fin de proteger los intereses públicos que dichas compañías encarnaban, tal y como ya sabemos.

Por la limitaciones de espacio intrínsecas a un trabajo de este tipo, no es posible desarrollar aquí en profundidad este tema. La política industrial de creación de grandes empresas nacionales tiene sus más claros exponentes en los procesos de concentración en los sectores de la electricidad y el gas natural, en la reordenación del sector petrolero y en la opción por una privatización sólo parcial de dichas compañías.

En una segunda política económica, que se prolonga durante el Gobierno del Partido Popular hasta el año 2004, se abandona el recurso a la propiedad pública y al control de las concentraciones, dando lugar a un frenazo de la política industrial de creación de campeones nacionales, con la pretensión de conseguir la competencia efectiva en los mercados energéticos. La protección de los intereses nacionales a que nos estamos refiriendo se reduce a la regulación (régimen español de las «acciones de oro»).

Esta política tiene como estandartes, además de la aprobación de leyes por las que se liberalizan los sectores energéticos (Ley del Sector Eléctrico y Ley del Sector de Hidrocarburos) y la privatización total de

las empresas públicas del sector energético⁵⁹, las decisiones gubernamentales en los proyectos de concentración entre UNIÓN FENOSA e HIDROCANTÁBRICO y, especialmente, en el de ENDESA e IBERDROLA, donde primó la búsqueda de la competencia efectiva en los mercados energéticos sobre la política industrial destinada a fortalecer la competitividad internacional de las empresas del sector —lo que daría lugar a la frustración de dichas operaciones—. A ello debe añadirse la decisión desfavorable adoptada por la CNE en relación con la Oferta Pública de Adquisición de GAS NATURAL sobre ENDESA

d) Decidir si el Estado debe acudir a las técnicas de la propiedad pública y del control de concentraciones en defensa de los intereses nacionales a que nos estamos refiriendo (y básicamente para la protección del interés nacional de naturaleza económica consistente en contar con grandes multinacionales españolas, porque los intereses no económicos probablemente pueden protegerse a través de una intensificación de la regulación, tal y como ya hemos señalado) es una opción de política económica, que dependerá de la decisión del Gobierno correspondiente⁶⁰.

⁵⁹ No es indiferente destacar que dicha política de liberalización fue mucho más allá de lo que exigían las normas comunitarias sobre la materia. Lo mismo puede decirse de la política de privatizaciones, pues tampoco era una exigencia del Derecho comunitario europeo. A este respecto, conviene recordar que España tenía en estas fechas planteado un importante reto de política macroeconómica, como era el de cumplir con las condiciones necesarias para el ingreso en la Unión Económica y Monetaria.

⁶⁰ La adopción de una política industrial destinada a la creación de grandes empresas nacionales parece que se adecua a la protección de los intereses nacionales (económicos y no económicos) a que nos estamos refiriendo en este trabajo.

La búsqueda de una competencia efectiva en los mercados y el frenazo de la política de campeones nacionales, a que nos hemos referido, obedecen a otra lógica económica también defendible: la reducción del coste y precio del suministro energético a través de la competencia en el mercado, con el consiguiente beneficio para la competitividad internacional de nuestra industria, de la que la energía es un factor de producción.

La cuestión clave es que la opción por una política industrial de tipo proteccionista puede tener un coste importante desde el punto de vista de la política de la competencia. En este sentido, G. ARIÑO, «El desafío energético europeo: campeones o mercados», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 247, 2007, y, antes, en ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, ha defendido la incompatibilidad entre ambas políticas y la necesidad de elegir entre una u otra. En ambos trabajos se recoge el término de «perdedores nacionales» para hacer referencia a los perjuicios que podrían derivarse para los consumidores de la creación de un «campeón nacional». En otro sentido, I. DEL GUAYO CASTIELLA, J. LÓPEZ MILLA y L. HANCHER, *Competencia y regulación. Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA*, Dilex, Madrid, 2006, pág. 225, han afirmado que: «El tiempo ha demostrado en toda la Unión Europea que no existe la necesidad de elegir: podemos garantizar los beneficios que puede dar contar con un gran agente y, al mismo tiempo, evitar los riesgos de que se cierren las puertas a la participación futura de nuevos participantes en el mercado nacional».

Por otro lado, y en este difícil equilibrio, hay que tener en cuenta que la política de creación de grandes empresas parece que también puede dar lugar a una reducción del precio del suministro. En efecto, la energía es un sector en el que existen importantes economías de es-

Lo que no resulta comprensible es la indefinición de la actual política gubernamental en relación con esta cuestión⁶¹. Y es que, efectivamente, esta política ha sido errática. El Gobierno, aparentemente, ha fomentado una operación de concentración nacional entre GAS NATURAL y ENDESA. En el transcurso de esta operación ha derogado el régimen establecido por la Ley 5/1995 y, casi simultáneamente, ha aprobado otro semejante aunque específico para el sector energético (Real Decreto-ley 4/2006); todo ello, aparentemente, para controlar la oferta de la empresa alemana E.ON. Por el contrario, y también dentro de este proceso de adquisición competitiva, ha sido aparentemente favorable a la adquisición de ENDESA por parte de otra empresa extranjera como es la italiana ENEL (y por la española ACCIONA, que, como es conocido, finalmente ha vendido a ENEL su participación en ENDESA). Y ha sido posible leer en prensa, con cierta regularidad, cómo ha aparecido como una posibilidad real la adquisición de una parte importante del capital social de REPSOL por parte de una empresa energética de nacionalidad rusa (LUKOIL). No se entiende así si el Gobierno es favorable a la creación de grandes grupos energéticos nacionales o si le resulta admisible que grandes empresas extranjeras adquieran las sociedades españolas del sector⁶².

cala. Esto quiere decir que cuanto mayor es la escala o tamaño de una empresa, menores son sus costes medios. Si esta reducción del coste se consigue transmitir a los usuarios —lo que no es evidente— da lugar a una disminución del precio de la energía. Por ejemplo, cuanto mayor sea el tamaño de una empresa de suministro de gas natural, más cantidad de este recurso necesitará adquirir en los mercados internacionales y más barato podrá hacerlo, reduciendo en consecuencia el coste medio del suministro. Esta circunstancia puede apreciarse con claridad en la reciente decisión de la Comisión Nacional de la Competencia en relación con la concentración de GAS NATURAL y UNIÓN FENOSA. G. ARIÑO, «El desafío energético europeo: campeones o mercado», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 247, 2007, pág. 30, recoge además cómo esta fuerte posición negociadora contribuye a garantizar el suministro.

Finalmente, me gustaría añadir que la consecución de una competencia efectiva, y los beneficios para los consumidores que ello conllevaría, está encontrando numerosas dificultades en un mercado clave como es el de la generación eléctrica; tema sobre el que ya he tenido ocasión de pronunciarme. Cfr. R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, «El régimen económico del sector eléctrico», en S. MUÑOZ MACHADO, M. SERRANO y M. BACIGALUPO (Dir.), *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, tomo II, págs. 922 y ss.

⁶¹ I. DEL GUAYO CASTIELLA, J. LÓPEZ MILLA y L. HANCHER, *Competencia y regulación. Un análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA*, Dilex, Madrid, 2006, pág. 168, dan cuenta de un Programa Nacional de Reformas de España aprobado por el Consejo de Ministros en 13 de octubre de 2005, con el título «Convergencia y Empleo», «que trata de ser, según sus propias palabras, la referencia fundamental de la política económica del Gobierno español para el periodo 2005-2010».

⁶² Sobre las contradicciones gubernamentales, cfr. también ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 201 y ss. y 251 y ss.

V. VALORACIÓN FINAL

a) En el presente trabajo hemos reflexionado sobre el riesgo que para los intereses nacionales presenta la adquisición de grandes empresas energéticas españolas por empresas extranjeras.

b) Existen razones de peso para entender que la integración de una empresa española en un grupo extranjero afecta a los intereses nacionales. Más si la sociedad extranjera adquirente está controlada por el sector público. Los intereses nacionales afectados son de naturaleza económica (garantía del suministro) y de naturaleza no económica, en la medida que una multinacional deja de tener su cabecera en España para pasar a tenerla en el extranjero.

c) El Derecho comunitario europeo deja un cierto margen a los Estados para la protección de dichos intereses. A este respecto, parece posible afirmar que el equilibrio a que se ha llegado tras las Sentencias del Tribunal de Justicia sobre el tema de las acciones de oro es incoherente: se prohíbe el uso de ciertas técnicas proteccionistas por resultar contrarias al mercado interior (acciones de oro), a la vez que claramente se permiten otras de efecto equivalente como es la propiedad pública (por ejemplo, *ÉLECTRICITÉ DE FRANCE*, *ENEL*) y otras con las que también puede hacerse una política proteccionista como el control de concentraciones de dimensión no comunitaria (*E.ON-RUHRGAS*). A ello debe añadirse las limitadas posibilidades de control por parte de la Comisión Europea de las ventajas concedidas por los Estados a determinadas empresas a través de la regulación económica de las actividades energéticas (por ejemplo, extinción de la obligación de reversión de instalaciones en el sector del gas natural).

d) El Estado español ha abandonado la propiedad pública y el control de las concentraciones como técnicas de protección de los intereses nacionales a que nos estamos refiriendo, y se ha centrado en otra de ellas, como es la regulación (lo que hemos denominado como el régimen español de las «acciones de oro»), que precisamente ha sido declarada contraria a Derecho comunitario europeo.

A este respecto, da la sensación de que la política económica en el periodo 1996-2004, en que ha primado la búsqueda de una competencia efectiva, que no parece llegar nunca, ha adolecido de una cierta ingenuidad, porque lo cierto es que estamos en presencia de una gran partida de ajedrez europea en la que no sólo están jugando las empresas; también lo están haciendo los Estados en defensa de sus empresas na-

cionales⁶³. El objetivo final de este comportamiento estratégico estatal parece ser el de conseguir que uno de los grandes grupos energéticos de dimensión europea que, aparentemente, resultará de las concentraciones a que hoy asistimos⁶⁴ tenga la cabecera precisamente en dicho Estado.

Esto no es algo desconocido para los economistas, y ha sido descrito perfectamente por P. R. KRUGMAN y M. OBSTFELD al tratar en su libro sobre economía internacional de las políticas comerciales estratégicas en los países avanzados⁶⁵.

e) Desde el año 2004 asistimos a una situación de indefinición en relación con la política económica en el sector de la energía. Soy consciente de que hoy vivimos una gran crisis económica que todo lo absorbe, pero el Estado debería hacer un esfuerzo y reflexionar sobre la amenaza que para los intereses nacionales en el sector energético supone la adquisición de empresas nacionales por sociedades extranjeras, sobre si quiere realizar o no una política activa en este campo y, para el caso de que la respuesta a esto último sea afirmativa, decidir el medio idóneo para ello. Este trabajo no pretende ser sino una contribución a tal fin.

⁶³ En esta línea, cfr. ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 4 y ss., 38 y ss., 205 y ss.; también, J. RUIZ CALZADO, «Medidas de salvaguardia en las operaciones corporativas de dimensión comunitaria en el sector de la energía: el papel del regulador nacional español y su control por la Comisión Europea», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y J. M. SALA, *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Tomo I. Aspectos Jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 451 y 452 y ss.

⁶⁴ En tono crítico con la idea de que en Europa los grupos energéticos se reducirán a unos pocos, cfr. ARIÑO y asociados, *Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, págs. 75 y 76.

⁶⁵ P. R. KRUGMAN y M. OBSTFELD, *Economía Internacional. Teoría y Política*, Addison Wesley, 2001, págs. 302 y 303. Así, señalan cómo «los partidarios de las políticas comerciales estratégicas frecuentemente basan sus argumentos a favor de intervenciones en la opinión de que los países están inmersos en una lucha competitiva, de ganadores y perdedores, por los mercados mundiales, en la que los premios son determinadas industrias especialmente deseables (...) Hay dos argumentos sofisticados a favor de las políticas comerciales estratégicas que han atraído considerablemente la atención de los especialistas en economía internacional. Uno es el argumento de que los gobiernos deberían promover las industrias que proporcionen *externalidades tecnológicas*. El otro es el análisis *Brander-Spencer*, que muestra cómo políticas activistas del gobierno pueden, en principio, ayudar a las empresas nacionales a aumentar sus beneficios a expensas de sus rivales extranjeras».

En los libros de economía internacional, y dentro de una concepción favorable al libre comercio, pueden encontrarse argumentos favorables al proteccionismo cuando se trata de industrias con economías de escala y con competencia imperfecta, como sucede en el sector energético; argumentos que son, desde luego, cuestionados en mayor o menor medida dependiendo del autor que los analice. Cfr., además del libro de P. R. KRUGMAN y M. OBSTFELD, ya citado, los de J. REQUEJO, *Economía Mundial*, McGraw-Hill, Madrid, 2006; D. SALVATORE, *Economía Internacional*, Prentice Hall, México, 1999, págs. 273 y ss.; M. BUESA y J. MOLERO, *Economía industrial de España. Organización, tecnología e internacionalización*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 245 y ss., y los trabajos de L. A. LERENA, «Las bases teóricas del nuevo proteccionismo», y de J. OYARZUN DE LAIGLESIA, «Los modelos de comercio internacional: un resumen histórico», en S. GONZÁLEZ (Coord.), *Temas de Organización Económica Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1994.