

ABENGOA

Sevilla, 9 de octubre de 2003.

En relación con las noticias aparecidas hoy en diversos medios de comunicación relativas a la inversión en Xfera, y a petición de esta Comisión, ni la Compañía ni sus administradores han sido notificados a esta fecha del inicio de ninguna actuación judicial, momento a partir del cual se analizarán oportunamente las actuaciones a seguir. Abengoa se ratifica en los términos ya manifestados a la CNMV en diversas fechas (hecho relevante de 7 de febrero de 2003 entre otros) relativos a la operación de referencia y que se reflejan en el documento adjunto.

Miguel Angel Jiménez-Velasco Mazarío

Inversión de Telvent en Xfera

I.- La operación.

En octubre de 2000 Telvent recibe la oferta de participar en Xfera Móviles, consorcio adjudicatario de una licencia UMTS.

Previamente, en marzo 2000, Telvent dentro del consorcio Movilweb, (liderado por Deutsche Telecom y Jazztel), presentó oferta en el concurso de licencias de UMTS.

El art. 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas impide la presentación de más de una oferta para el mismo licitante, tanto individual como de forma consorciada. El precepto es tajante y no contiene excepciones o variables.

El concurso se resolvió el 10 de marzo de 2000 a favor de Xfera Móviles S.A.

Esta adjudicación fue impugnada por alguno de los consorcios licitantes.

La impugnación del acto administrativo de la adjudicación implica la no adquisición de firmeza de dicho acto. La impugnación no llevó consigo la suspensión cautelar de la adjudicación, con lo que ésta continuaba su tramitación (constitución de garantías, firma del contrato de adjudicación etc) sin perjuicio de la resolución judicial final.

Al no ser firme la adjudicación, ésta quedó a expensas de la resolución judicial definitiva, bien en vía administrativa bien en vía contenciosa-administrativa.

Dicha resolución final podría ser confirmatoria de la adjudicación inicial realizada (en cuyo caso la adjudicación de marzo de 2000 devendría firme y definitiva y desplegaría todos sus efectos, consolidándose todos los actos posteriores realizados entre la Administración contratante y el consorcio adjudicatario) o bien podría ser contraria a la adjudicación realizada. En éste último caso las consecuencias podrían haber sido dos; o bien la adjudicación se hubiese realizado de forma automática al segundo licitante clasificado o bien todo el acto de la adjudicación devendría nulo, con la obligación de volver a constituir la Mesa de Adjudicaciones y volver a analizar, evaluar y resolver todas las ofertas presentadas.

Este proceso (sin suspender nunca la adjudicación inicial realizada a Xfera) no se resolvió definitivamente hasta noviembre de 2002, momento en el que quedó confirmada la adjudicación inicial a favor de Xfera.

Durante todo este proceso de impugnación, al no ser la adjudicación firme, quedaron vigentes los compromisos y obligaciones del resto de licitantes del concurso. Esto es, si la adjudicación inicial se hubiese anulado a favor del segundo clasificado, éste vendría obligado a suscribir el contrato de concesión, a constituir las garantías etc. Entre dichas obligaciones que permanecieron en vigor figura la del artículo 81 LCAAPP citado; cada licitador, tanto individual como de forma agrupada con otros, sólo puede presentar o estar vinculado por una sola oferta.

- ⇒ En consecuencia, Telvent, miembro del consorcio Movilweb, no podía participar, directa o indirectamente, por sí o a través de persona interpuesta, en otra de las ofertas presentadas, incluida la presentada por Xfera, hasta la resolución judicial de la impugnación del concurso.

Es en éste escenario donde Telvent recibe la oferta de tomar una participación minoritaria (3.72%) en Xfera Móviles a fin de poder realizar su interés industrial en la tecnología del UMTS, interés que ya manifestó al participar en el consorcio Movilweb.

La alternativa que finalmente se lleva a cabo se basa en las siguientes premisas:

- a) La persona que tomase la participación en Xfera no puede ser un mero fiduciario o persona interpuesta, figura que se asemeja a la participación indirecta que habría hecho a Telvent incurrir en la prohibición del artículo 81 de la LCAAPP que impide la presentación de dos ofertas a un mismo concurso.
- b) La persona que tomase la participación debe contar con un patrimonio propio suficiente para hacer frente a las obligaciones impuestas por la adjudicación del concurso (constitución de garantías por importe de 118 M.€) y del propio Pacto de Accionistas (desarrollo del plan de negocio e inversiones, dotación de fondos propios etc). Este requisito no es sustituible por una garantía solidaria de Abengoa, ya que esto hubiese redundado en la condición de persona interpuesta y por tanto en la prohibición del citado artículo 81 LCAAPP.
- c) En la medida en que dicha persona pondría parte de su patrimonio en el desarrollo de Xfera Móviles (aportaciones de capital social, garantías ante la Administración por las obligaciones derivadas del concurso etc) estará asumiendo por su propia cuenta un riesgo cierto derivado de la evolución de Xfera, de la concesión de la licencia, del propio mercado y de la tecnología de la UMTS, emergente en el año 2000.
- d) La asunción de un riesgo cierto, en nombre propio, destruye el concepto de persona interpuesta.
- e) La asunción de dicho riesgo puede conllevar la atribución de una contraprestación, en atención al mismo, a su duración, a la natural evolución del propio mercado, de la tecnología UMTS y al coste de oportunidad.

En atención a las circunstancias anteriores Telvent conviene con Inversión Corporativa (IC), accionista de referencia de Abengoa, la toma por IC de una opción cruzada (compra y venta) frente a Mercapital Telecom (MT) (accionista de Xfera).

A su vez, y simultáneamente (octubre 2000), IC concede una opción de compra en favor de Telvent. De esta forma IC actúa en beneficio de Telvent, al contar ésta con una opción de compra ejercitable a su solo criterio.

En atención tanto al riesgo asumido como al coste de oportunidad que dicha inversión supone para IC, las Partes convinieron un precio para dicha opción, equivalente al 4% (3 M.€) del valor estimado en esa fecha de la participación en Xfera.

El 30 de diciembre de 2001 y a la vista de la evolución de las circunstancias del mercado del UMTS las Partes anularon la exigibilidad de dicho importe, no procediéndose a pago alguno por la concesión de la opción.

Por su parte, IC otorgó, en garantía de la obligación asumida con el banco por la emisión de las contragarantías aportadas a la Administración, un derecho de prenda sobre parte de las acciones de Abengoa tituladas por IC.

De otra parte, exclusivamente en relación con dicha prenda de acciones de Abengoa, y para el supuesto de ejecución de la misma por el banco, Abengoa, en atención al interés en la estabilidad de su accionariado, se reservó la posibilidad de decidir el destino final de las acciones prendadas (adquisición en autorcartera, adquisición por un tercero determinado). Para ello otorgó una contragarantía contingente de forma que pudiese intervenir en dicho hipotético proceso de ejecución.

Dadas las potenciales plusvalías de las participaciones de las empresas adjudicatarias de licencias UMTS, estas no estaban dispuestas a ceder parte de su participación si existiese el menor riesgo que pudiera afectar al proceso de adjudicación a favor de Xfera (riesgo que existía con la participación de Telvent en otro de los consorcios optantes a la licencia). Según algunos de los informes de analistas el valor atribuido al 100% de Xfera era el siguiente:

<u>Analista</u>	<u>Valoración Xfera</u>	<u>Fecha</u>
SCH	2.420 M.€	marzo 2000
Caja Madrid	3.574 "	junio 2000
Meryll Lynch	1.200 "	dic. 2000
Dresdner	990 "	nov. 2000

En resumen:

- Telvent recibe la posibilidad de estar presente en el desarrollo de la tecnología del UMTS, no pudiendo tomar la participación en Xfera en tanto la adjudicación no sea firme. Esto sucede con la resolución de la impugnación presentada, en noviembre de 2002 y es en dicho momento, tan pronto como la adjudicación deviene firme, cuando el Consejo de Administración de Telvent, toma la decisión de invertir en Xfera.

- A su vez, el Consejo de Administración de Abengoa aprueba la toma de la participación en Xfera después de la respectiva aprobación por el Consejo de Telvent, y lo hace con ocasión de una presentación sobre la viabilidad estratégica realizada por los responsables de Telvent donde se ratifica la decisión y criterios para la toma de la participación valorados y aprobados en el propio Consejo de Administración de Telvent. El citado acuerdo se adopta, además, sujeto al previo establecimiento entre el Ministerio y los operadores de UMTS de las condiciones que deban regir en el futuro la reducción de avales, el desarrollo de los planes de inversión de las operadoras y la puesta en servicio, lanzamiento comercial de los servicios y despliegue de red. Dicho acuerdo fue difundido por el Ministerio el 16 de diciembre de 2002 (reducción de los avales en un 85% y otros acuerdos sobre las condiciones comerciales del lanzamiento y de inversión).
- Telvent toma la citada participación en atención al negocio inducido y adquisición de tecnología que la misma conlleva, y así lo tiene manifestado a la CNMV en los hechos relevantes de 17 de enero y 27 de julio de 2000, figurando asimismo tanto en las Cuentas Anuales auditadas de los ejercicios 2000 y 2001, en las que se informa de la existencia de la opción y de su carácter de no significativa, como en las Cuentas Anuales consolidadas y auditadas del ejercicio 2002, donde el auditor de la Compañía, PricewaterhouseCoopers ratifica el criterio de Telvent de valoración sobre la base del negocio inducido y descuento de los flujos de caja generados en el mismo.
- Las condiciones económicas en que la transacción se lleva a cabo entre Telvent e IC son las mismas que las aplicadas entre IC y MT (nominal de las acciones más gastos e intereses).
- Cuando en octubre de 2000 Telvent acepta la opción de compra propuesta por IC, y aprueba la estructura contractual a utilizar, en aplicación de su reglamentación interna de conducta somete a Garrigues & Andersen dos cuestiones:
 - a) La existencia de un potencial conflicto de interés y su resolución.
 - b) La naturaleza o no de hecho relevante de la opción de compra.
- Garrigues & Andersen valora ambas cuestiones y concluye por una parte que no existe conflicto de interés sino actuación coordinada y conjunta de una sociedad y su principal accionista, y de otra que tanto la estructura contractual propuesta y la valoración económica de la opción no hacen de la operación un hecho relevante susceptible de notificación a la CNMV.
- En los próximos años deberá analizarse si la decisión de Telvent ha sido acertada desde el punto de vista de la sinergia, negocio inducido generado y adquisición de tecnología, y por tanto si tiene sentido empresarial el método de valoración empleado y el precio fijado.

II.- El expediente de la CNMV.

En enero de 2003 la CNMV inicia un expediente informativo a Abengoa a fin de ampliar la información suministrada a la CNMV (hecho relevante de 30 de diciembre de 2002), que concluye con la presentación de un HR complementario (7 de febrero de 2003).

El expediente sancionador se inicia en marzo 2003 ante la consideración de la CNMV del posible incumplimiento por Abengoa de la obligación de haber notificado como hecho relevante la opción de compra suscrita por Abengoa con IC en octubre de 2000.

Los fundamentos de la CNMV se basan en dos consideraciones:

- a) la primera de carácter objetivo: la opción constituía, por sí misma, y en atención a las circunstancias del momento (relevancia económica para Abengoa, influencia sensible en su cotización, importes económicos de los contratos) un hecho relevante.
- b) la segunda de carácter subjetivo: la opción se firma entre IC y Abengoa, la primera como accionista de referencia de la segunda, y ambas comparten determinados administradores (operación vinculada). En éste ámbito el argumento de la CNMV se refiere a que el carácter de operación vinculada entre una sociedad cotizada y su accionista de referencia exige la difusión de la operación con independencia de la concurrencia o no de otros criterios.

III.- La argumentación de Abengoa.

Parece claro que la toma de una opción de compra no constituye en sí misma un hecho relevante y la del caso que nos ocupa, aún dependiendo de sus peculiaridades y consecuencias, como después veremos, tampoco. En segundo lugar, una operación concertada entre sociedades vinculadas no es de por sí un acto prohibido o ilícito, sino que únicamente está revestido de precauciones adicionales que refuercen la seguridad de la inexistencia de un perjuicio de una de las partes por la actuación predominante de la otra, situación que en éste caso quedó resuelta de forma favorable como explicaremos.

A) En relación a la consideración del contrato de opción de compra a favor de Abengoa como constitutivo de un hecho relevante susceptible de obligada notificación a la CNMV debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1). La opción, en si, no es un hecho relevante al no estar tomada la decisión, sino en fase de estudio, y podía calentar el valor.

2) Ni la normativa vigente del Mercado de Valores ni las Cartas Circulares de la CNMV incluyen la opción de compra como un hecho relevante. Tampoco la práctica de otras empresas en el área de telecomunicaciones, ni de las empresas en general respecto a opciones de compra permiten establecer un modelo uniforme de las prácticas seguidas y consentidas por la CNMV.

3) En la fecha de toma de la participación por Telvent el auditor de la compañía no considera necesario dotar provisión alguna por la participación, según informe de PwC de enero 2003, ratificado por el Informe de Deloitte aportado por Abengoa al expediente en junio de 2003. En consecuencia ni la opción ni la toma de la participación son desde el punto de vista del balance de Abengoa, significativas.

B) En relación con el potencial conflicto de interés:

1) El contrato entre IC y Telvent se formaliza al mismo tiempo que el de IC con MT, por lo tanto no existe un diferimiento o traspaso de un riesgo, ya que Telvent adquiere el derecho de IC al mismo tiempo que ésta.

2) Las condiciones económicas en que finalmente la transacción se lleva a cabo son simétricas, tanto entre IC y MT como entre IC y Telvent (nominal de las acciones en Xfera más gastos e intereses).

3) El Consejo de Administración de Abengoa adoptó las cautelas necesarias para solventar el potencial conflicto de interés. El Consejo de Administración de Telvent, de representación diversa, aprobó previamente la toma de la participación en Xfera. El dictamen de Garrigues concluye de forma favorable respecto de la inexistencia de conflicto de interés y de la adecuación de la estructura contractual propuesta sin que constituya un hecho relevante.

4) IC asumió un riesgo hasta que Telvent ejercitó la opción de compra (si Xfera hubiera quebrado entre oct 2000 y dic 2002 la pérdida hubiera sido para IC), y no al revés.

5) Finalmente, la comisión de una infracción requiere objetivamente una culpa o negligencia. Abengoa a través de los acuerdos adoptados, requirió los informes legales necesarios para fundamentar, de forma razonada la no obligación de notificar la opción a la CNMV. Por tanto actuó de forma diligente y de buena fe.

IV.- Conclusiones

Lo que realmente se traduce de la apertura de este expediente es una inseguridad y preocupación por la CNMV por si ésta operación pudiera ocultar un traspaso de una pérdida patrimonial de IC a Abengoa. Quizás la complejidad técnica de la misma hace difícil que una argumentación y explicación, por más detallada y coherente que sea (expediente informativo) logre desvirtuar los prejuicios que de la misma tengan los técnicos.

En resumen de todo lo anteriormente expuesto:

1.- Quien adquiere la participación en Xfera es Telvent, cuyo Consejo de Administración (con una clara diversidad e independencia), está integrado, salvo un solo miembro, por personas distintas a las que componen el Consejo de Administración de Abengoa. Por tanto la adquisición se realiza en base a una decisión autónoma y coherente con los propios intereses industriales de Telvent, ya manifestados a la CNMV en los hechos relevantes de 17 de enero y de 27 de julio de 2000.

2.- Telvent toma la citada participación en atención al posible negocio inducido y adquisición de tecnología que la misma conlleva, y así lo tiene manifestado a la CNMV con ocasión entre otros de la notificación de la adquisición en julio de 2000 del 40% de Energyworkspace, cuando se indica que aún cuando tanto esta como otras inversiones podrían tener un valor contable próximo a cero, la valoración de dichas inversiones coincide con el descuento de los flujos de caja del negocio inducido y adquisición de tecnología prevista. Esta argumentación y su consiguiente valoración es precisamente la que se predica de la inversión en Xfera. Si hasta ahora la CNMV (o el mercado o los auditores como se verá) no lo ha puesto en duda, no se entiende por qué ahora sí.

3.- El Consejo de Administración de Abengoa aprueba la toma de la participación en Xfera después de la respectiva aprobación por el Consejo de Telvent, y lo hace con ocasión de una presentación sobre la viabilidad estratégica realizada por los responsables de Telvent donde se ratifica la decisión y criterios para la toma de la participación valorados y aprobados en el propio Consejo de Administración de Telvent.

4.- Las condiciones económicas en que la transacción se lleva a cabo entre Telvent e IC son las mismas que las aplicadas entre IC y MT (nominal de las acciones más gastos e intereses).

5.- Cuando en octubre de 2000 Abengoa acepta la opción de compra propuesta por IC, y aprueba la estructura contractual a utilizar, en aplicación de su reglamentación interna de conducta somete a Garrigues Andersen dos cuestiones:

- c) La existencia de un potencial conflicto de interés y su resolución.
- d) La naturaleza o no de hecho relevante de la opción de compra.

Garrigues & Andersen valora ambas cuestiones y concluye por una parte que no existe conflicto de interés sino actuación coordinada y conjunta de una sociedad y su principal accionista, y de otra que tanto la estructura contractual propuesta y la valoración económica de la opción no hacen de la operación un hecho relevante susceptible de notificación a la CNMV.

6.- El auditor de Abengoa, PricewaterhouseCoopers, en las Cuentas Anuales consolidadas de Abengoa acepta el criterio de Telvent de valoración de las inversiones en base al descuento de los flujos de caja generados por el negocio inducido, y en consecuencia no considera necesario ninguna provisión (Memoria auditada de las Cuentas Anuales de Abengoa ejercicio 2002) Adicionalmente Abengoa aporta al expediente un informe pericial realizado por Deloitte & Touche de fecha 13 de junio de 2003 donde constan como conclusiones la no relevancia cuantitativa ni cualitativa de las magnitudes económicas utilizadas en la concesión de la opción y en su ejercicio efectivo, tal y como figura reflejado en las Cuentas Anuales consolidadas y auditadas de los ejercicios 2000 y 2001.

En los próximos años deberá analizarse si la decisión de Telvent ha sido acertada desde el punto de vista de la sinergia, negocio inducido generado y adquisición de tecnología, y por tanto si tiene sentido empresarial el método de valoración empleado y el precio fijado.