



Comisión
Nacional
de Energía



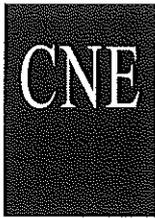
VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN CONJUNTAMENTE LA CONSEJERA IDOIA ZENARRUTZABEITIA BELDARRAIN Y EL CONSEJERO JOSEP M^a GUINART SOLÀ EN RELACIÓN CON EL ACUERDO ADOPTADO POR EL CONSEJO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA (CNE) SOBRE LA SOLICITUD PRESENTADA POR REPSOL YPF, S.A. EL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2011, RESPECTO A LA POSIBLE TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO AUTORIZATORIO PREVISTO EN LA FUNCIÓN DECIMOCUARTA

Los Consejeros que suscriben este voto particular discrepan del criterio adoptado por el voto mayoritario del Consejo de Administración de no considerar necesaria la tramitación de la función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima. Tercera.1 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, respecto a la toma de participación realizada por Petróleos Mexicanos (Pemex) en ejecución del Acuerdo de Sindicación suscrito entre Pemex y Sacyr Vallehermoso (Sacyr).

Esta operación de toma de participación confiere a Pemex y Sacyr, a través del Acuerdo de Sindicación, una influencia significativa sobre los activos regulados de Repsol y Gas Natural Fenosa (primer operador de gas y tercer operador eléctrico de España), siendo necesario que la CNE defina el criterio que permita dotar de las suficiente seguridad jurídica a las actividades reguladas desarrolladas por tales compañías.

A continuación explicamos los motivos por los que discrepamos del voto mayoritario y dejamos constancia del incumplimiento del artículo 24 de la Ley 30/92, respecto al derechos de los Consejeros a recibir con al menos 48 horas de antelación la propuesta cierta que va a ser sometida a votación en el seno del Consejo de Administración.

22



Comisión
Nacional
de Energía

I. MOTIVOS POR LOS QUE DISCREPAMOS DEL VOTO MAYORITARIO

1.- Existencia de importantes diferencias entre la operación Pemex-Sacyr y la toma de participación realizada por Sacyr en el año 2006

Es evidente que nos encontramos ante una operación cuya trascendencia no es comparable con ninguna otra de las transacciones que han tenido lugar sobre Repsol, no siendo válida, a nuestro juicio, la comparación que pueda hacerse con la entrada de Sacyr en el 20% del capital de Repsol en el año 2006.

Las diferencias fundamentales entre una y otra operación han sido claramente expuestas por Repsol, y son las siguientes:

(a) Se ha producido una modificación normativa que suprime las limitaciones estatutarias a los derechos de voto que impedían a un accionista votar con más de un 10% de los derechos de voto.

Esta modificación normativa marca una diferencia sustancial con la actual toma de participación de Pemex sobre Repsol, pues mientras que en la operación llevada a cabo por Sacyr en el 2006, en la práctica no se superaba el umbral de influencia significativa previsto entonces en la Función 14 ("superior al 10%") ahora se ve ampliamente superado ("superior al 20%").

(b) El carácter de la inversión de Sacyr en el año 2006 era marcadamente financiera, mientras que la actual toma de participación de Pemex pretende, a través de la sindicación con Sacyr, influir en la gestión de la sociedad. De esta forma, no sólo se supera el umbral de influencia significativa legalmente previsto, sino que existe una intención declarada por parte de Pemex de influir en la gestión tanto de Repsol como de sus participadas.



Comisión
Nacional
de Energía

(c) Ha habido una importante modificación en el ámbito de la normativa de mercado de valores sobre el concepto de concertación que obliga a considerar que Repsol tiene capacidad para ejercer concertadamente derechos de voto sobre un 67% del capital de Repsol, lo que le permite influir decisivamente en todos los acuerdos que puedan adoptarse en Gas Natural SDG, S.A.

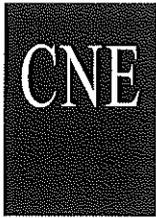
En todo caso, para poder utilizar este precedente debería haberse dado traslado a Repsol, como solicitó en su último escrito de alegaciones del 28 de septiembre, de la documentación relativa a ese expediente administrativo, pues - no habiendo sido parte de dicho procedimiento -, hubiera sido razonable habersele concedido conocimiento mismo a los efectos pertinentes

2.- Incorrecta aplicación del artículo 42 del Código de Comercio

El voto mayoritario interpreta la Función Decimocuarta de la CNE de tal manera que se prescinde de la influencia significativa que Pemex y Sacyr pueden llegar a ejercer sobre las actividades reguladas de Gas Natural Fenosa. Y no porque no pueda ejercerse dicha influencia significativa (lo que está fuera de toda duda y sobre lo que, además, creemos que no hay discrepancia alguna en el seno del Consejo de la CNE), sino porque considera que el concepto de "*grupo de sociedades*" utilizado por la Función Decimocuarta como elemento delimitador de las competencias de la CNE no permite considerar que Repsol y Gas Natural Fenosa forman "grupo de sociedades". Para ello se invoca el artículo 42 del Código de Comercio.

A nuestro juicio, esta interpretación no es correcta por los siguientes motivos

(a) Es necesario acudir a una interpretación teleológica de la Función Decimocuarta



Comisión
Nacional
de Energía

La Función Decimocuarta de la CNE no recoge ninguna definición del término “grupo de sociedades”, por lo que en ausencia del mismo y ante la variedad de leyes que contemplan diferentes conceptos de “grupo”, es necesario acudir a aquél concepto más acorde con el contexto en el que debe aplicarse la F14 y la finalidad de la misma.

En cuanto a la finalidad de la Función Decimocuarta, nos parece evidente que lo que la citada norma pretende es proteger las actividades reguladas y, en último término, la seguridad del suministro energético en el estado español.

Por ello, entendemos que toda interpretación que se realice del citado precepto debe ser la que conceda la mayor protección posible de los activos regulados, y que son de interés general y, por tanto, la que permita al regulador ejercer adecuadamente sus funciones de supervisión sobre tales activos.

En consecuencia, se hace necesario - como es habitual en los sectores económicos regulados - atender a la verdadera influencia significativa que una sociedad puede ejercer sobre los activos regulados de otra, pues el fin de la norma es la protección de tales activos para garantizar el suministro energético.

El voto mayoritario del Consejo opta, sin embargo, por una interpretación formalista que impide a la CNE tramitar la autorización administrativa prevista en la Función Decimocuarta a pesar de que nadie discute que, en realidad, Pemex y Sacyr pueden ejercer una influencia verdaderamente significativa sobre las actividades de Gas Natural Fenosa, esto es – insistimos –, sobre el primer operador de gas y tercer operador eléctrico del estado. Pues bien, en nuestra opinión, esto carece totalmente de sentido, no se compadece con el espíritu y finalidad de la norma (ratio legis) y no creemos que fuera la intención, voluntad y objetivo de los legisladores.



(b) El artículo 42 del Código de Comercio también permitiría la consideración de Repsol y Gas Natural Fenosa como “grupo de sociedades”

El artículo 42 del Código de Comercio se refiere al “control” pero no excluye expresamente los supuestos de control conjunto, llegando a incluir entre los supuestos en que se presume que existe control a aquellos casos en que una sociedad “Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto” de otra sociedad.

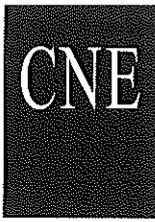
Pues bien, éste es el caso de Repsol, quien con un tercero (“La Caixa”), dispone de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad (Gas Natural Fenosa). De hecho, dispone de hasta un 67% de los derechos de voto de Gas Natural Fenosa.

La Comisión Nacional de Energía prescinde del mínimo análisis de este precepto, a pesar de que como vemos, el caso de Repsol y Gas Natural Fenosa encaja, literalmente, entre los supuestos contemplados en el propio precepto.

(c) Criterio empleado habitualmente en otros sectores regulados (Competencia y Mercado de Valores)

No puede olvidarse que nos encontramos ante un sector económico regulado, siendo habitual – y lógico - en estos sectores que los reguladores, en el ejercicio de sus funciones de supervisión, atiendan a la realidad económica del mercado en el que se opera, al margen de las formas societarias a través de las cuales las empresas hayan querido organizar sus actividades.

De este modo, los reguladores toman en consideración la verdadera influencia que se puede llegar a ejercer en un mercado o sobre una sociedad mercantil, con



Comisión
Nacional
de Energía

independencia de la estructura societaria utilizada, pues esto no es más que un aspecto formal que no puede impedir o sustraer al regulador la necesidad de analizar la realidad económica que verdaderamente subyace. El Derecho de la Competencia o el del Mercado de Valores son buena muestra de ello.

Concretamente en el ámbito del Derecho de la Competencia, la Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009, en relación a la operación de concentración *GN/UF*, manifiesta que ***“en la medida en que Repsol controla a GAS NATURAL, puede ejercer una influencia decisiva en la política comercial de esta última, alineando los intereses de Repsol, GAS NATURAL y las empresas en participación de ambas en los distintos mercados de gas y electricidad. Por tanto, desde el punto de vista del control de concentraciones, resulta necesario tener en cuenta conjuntamente con la cuota de GAS NATURAL en los distintos mercados de gas y electricidad la cuota de Repsol”***.

Por otro lado, en el ámbito del Derecho del Mercado de valores, también se atiende a la realidad económica de las empresas y a la verdadera influencia que una sociedad puede ejercer sobre otra u otras sociedades mercantiles, sobre todo tras la modificación del año 2007, que amplía el concepto de “concertación” y ha hecho que Repsol deba comunicar sus participaciones significativas sobre Gas Natural incluyendo los derechos de voto que puede ejercer concertadamente con La Caixa, que alcanzan al 67% de capital de Gas Natural SDG, S.A.

Pero en todo caso, también ha sido la propia CNE la que ha considerado a Repsol y Gas Natural como una misma entidad económica y, por tanto, como grupo de sociedades. En este sentido ya la Resolución del Consejo de la CNE de 24 de octubre de 2002 indicó que ***“al conjunto REPSOL-YPF-GAS NATURAL, atendiendo tanto a la situación de control conjunto existente sobre GAS NATURAL como a otras circunstancias que se dan en el presente supuesto***



Comisión
Nacional
de Energía

de empresa controlada conjuntamente, que permiten considerarlas como una misma entidad económica”.

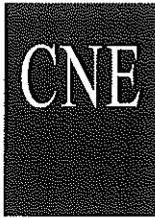
Por tanto, siguiendo el criterio comúnmente empleado en los distintos sectores económicos regulados, el conjunto Repsol-Gas Natural Fenosa debe considerarse como “grupo de sociedades” a efectos de la aplicación de la Función Decimocuarta.

3.- Inconsistencias o incongruencias del propio acuerdo aprobado por el voto mayoritario del Consejo

En el Acuerdo del Consejo (pg. 4) se indica que *“si bien la función decimocuarta emplea el término “sociedad” al ser ésta figura jurídica habitual empleada por los sujetos en el tráfico mercantil, no parece que exista razón alguna para excluir de la aplicación de la función decimocuarta al Grupo PEMEX por el hecho de que en su cabecera se encuentre un organismo de naturaleza pública”*. Aquí, por tanto, el Consejo adopta una interpretación teleológica.

Y añade más adelante (pg. 5), en relación a la actividad de distribución de electricidad que desarrolla Repsol en Puertollano que *“procede interpretar el alcance del ámbito de aplicación de la función decimocuarta con arreglo a criterios teleológicos, y que, por tanto, el carácter indiscutiblemente marginal o residual de la actividad de distribución de electricidad que desarrolla REPSOL no justifica que la adquisición de participaciones en esta sociedad se someta por este mero motivo al requisito de la previa obtención de la autorización de la CNE, atendiendo a la finalidad de protección de la norma, que no es sino la seguridad de suministro”*.

N
De nuevo, el acuerdo del Consejo emplea una interpretación teleológica y, en este caso, incluso contraria a la literalidad del precepto, pues a pesar de reconocer que Repsol



Comisión
Nacional
de Energía

desarrolla actividades reguladas (lo que determinaría, por sí solo, la exigencia de tramitar un procedimiento autorizatorio), concluye que no es razonable que *“se someta por este mero motivo el requisito de la previa obtención de la autorización de la CNE”*. Desde luego, ese “mero motivo” no deja de ser actividades reguladas de distribución de electricidad y, sin embargo, sobre la base de una interpretación teleológica se prescinde de la literalidad del precepto y no se tienen en cuenta estas actividades reguladas de Repsol.

Vemos, por tanto, que el acuerdo se acoge para interpretar la Función Decimocuarta a criterios teleológicos de interpretación, pero, sorprendentemente, cuando se trata de interpretar el término *“grupo de sociedades”*, el acuerdo del Consejo se aparta de la interpretación teleológica y se acoge a una interpretación formalista, que precisamente es la que deja más desprotegidas las actividades reguladas de Gas Natural Fenosa.

4.- Consecuencias derivadas de aplicar una interpretación formalista, en vez de una interpretación teleológica.

A nuestro juicio, una interpretación formalista como la acogida por el voto mayoritario del Consejo podría llevar a consecuencias no deseadas.

En este sentido, todas las tomas de participación realizadas por empresas no comunitarias sobre sociedades no reguladas que controlen conjuntamente con un tercero una sociedad regulada quedarían fuera del ámbito de la autorización.

A tal efecto, como nos señala Repsol en su último escrito de alegaciones, piénsese en el caso de varias regasificadoras españolas que pertenecen a una pluralidad de socios, o en el caso de Unión Fenosa Gas (controlada conjuntamente por Gas Natural Fenosa y ENI) que, a su vez, participa en Gas Directo, en REGANOSA y en SAGGAS, o incluso en el caso de Medgaz, que también es titularidad de varias compañías.



Comisión
Nacional
de Energía

En nuestra opinión la CNE debería ejercer su función supervisora – que no presupone necesariamente la denegación autorizatoria - sobre todas las tomas de participación realizadas por empresas no comunitarias que confirieran a éstas una influencia significativa sobre tales activos y hacer interpretaciones que puedan dejar al margen de la autorización administrativa determinadas operaciones mercantiles, atendiendo a la estructura societaria y olvidando la verdadera influencia que pueden ejercer sobre los activos regulados.

Por ello, también consideramos que es equivocado acogerse a un criterio formalista, ajeno a la realidad económica de las compañías y a la verdadera influencia que pueden llegar a ejercer unas sociedades sobre otras.

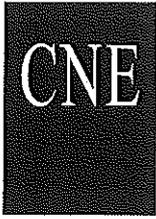
II. DEFECTOS FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO. INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24 DE LA LEY 30/92, DE 26 DE NOVIEMBRE, DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.

Por último, nos gustaría señalar que no se nos ha entregado con la suficiente antelación la propuesta de acuerdo que se llevó para votación al Consejo de la CNE.

En este sentido, el artículo 24 de la Ley 30/1992 establece que *“en cada órgano colegiado corresponde a sus miembros:... Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo”*.

En nuestro caso, hasta la última hora de la tarde del día anterior al de celebración del Consejo no recibimos la propuesta de acuerdo, que incluso fue modificada formalmente

12



Comisión
Nacional
de Energía

con posterioridad (después del largo debate matinal) sino diez minutos antes de reanudar la sesión del Consejo a las cuatro de la tarde.

Las normas procedimentales por las que se rigen los órganos colegiados tienen su sentido y están dirigidas a que la formación de la voluntad de esos órganos se configure adecuadamente, concediendo a todos sus miembros el tiempo suficiente para preparar cada uno de los puntos del orden del día y estudiar detalladamente toda la información relevante para tomar una decisión fundada y responsable en cada uno de ellos.

Y tales normas, no sólo protegen a los miembros del órgano colegiado, sino también a los destinatarios de sus decisiones, que lógicamente desean que las mismas se tomen después de haber analizado con tiempo suficiente el asunto concreto que les afecta.

En nuestro caso, como hemos visto, el plazo legalmente previsto no se respetó.

Además, como ya se ha citado, téngase en cuenta que el miércoles 28 de septiembre Repsol presentó un escrito de alegaciones complementarias, siendo razonable que, al menos, se hubiera dejado también tiempo suficiente para analizar en detalle ese escrito, en vez de tomar la decisión el día inmediatamente siguiente, como se hizo.

En conclusión, y de forma resumida, los Consejeros que suscriben consideran que:

1.- Existen notables diferencias entre la operación Pemex-Sacyr y la toma de participación que Sacyr realizó en el año 2006 sobre el 20% de Repsol, derivadas tanto de las importantes modificaciones normativas que han tenido lugar con posterioridad al año 2006 respecto a las limitaciones de derechos de voto y el concepto de concertación en el ámbito del mercado de valores, como también el diferente carácter financiero de la inversión de Sacyr en el año 2006 frente al carácter industrial del Acuerdo de Sindicación Pemex-Sacyr.



Comisión
Nacional
de Energía

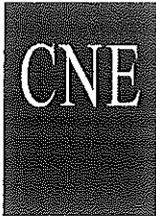
2.- Entendemos que la correcta interpretación de la Función Decimocuarta de la CNE exige atender a la finalidad de la norma, que es la protección de los activos regulados y, en último término, la garantía del suministro.

El voto mayoritario del Consejo ha optado por una interpretación formalista que, a nuestro juicio, no es compatible con dicha finalidad, en la medida que no tiende a la influencia real que una sociedad puede llegar a ejercer realmente sobre los activos regulados de otra.

3.- El artículo 42 del Código de Comercio permitiría concluir que al conjunto Repsol-Gas Natural Fenosa debe considerársele como grupo, pues en el mismo quedan comprendidos aquellos casos en que una sociedad *“Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto”* de otra sociedad. Este es el caso de Repsol, quien en virtud de acuerdos celebrados con La Caixa, dispone de la mayoría de los derechos de voto sobre Gas Natural.

4.- El criterio seguido por los distintos reguladores que ejercen competencias de supervisión sobre diferentes sectores económicos regulados (Competencia y Mercado de Valores) confirma el criterio de que Repsol y Gas Natural deben ser considerados como “grupo de sociedades”. De hecho, la propia CNE también ha reconocido este criterio en distintas resoluciones.

6.- El Acuerdo del Consejo presenta inconsistencias respecto a los criterios interpretativos que deben aplicarse a la Función Decimocuarta, pues mientras en algunos casos opta por criterios finalistas (ej. cuando interpreta el término “sociedad”) sin embargo opta por un criterio formalista cuando se trata de interpretar el término “grupo de sociedades”.



Comisión
Nacional
de Energía

7.- Una interpretación formalista puede llevar a consecuencias no deseadas, al quedarse excluidas del control de la CNE determinadas operaciones de tomas de participación realizadas por empresas no comunitarias en sociedades del sector energético español. Y ello a pesar de que tales operaciones confieran a la empresa no comunitaria una influencia significativa sobre activos regulados.

8.- No se nos entregó, con las 48 horas de antelación que exige la Ley, la propuesta de Acuerdo que se iba a someter al Consejo para votación. Dicha propuesta se nos fue entregada a última hora de la tarde anterior al Consejo, e incluso se modificó 10 minutos antes del mismo. Lo que supone un incumplimiento de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, a 30 de septiembre de 2011

Fdo.: Josep Maria GUINART i SOLÀ Fdo.: Idoia ZENARRUTZABEITIA BELDARRAIN