



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA D. JOAN BATALLA BEJERANO, CONSEJERO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA (CNE), RESPECTO DEL ACUERDO DE LA CNE POR EL QUE SE DESESTIMA LA SOLICITUD FORMULADA POR REPSOL YPF, S.A. MEDIANTE ESCRITO DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2011.

Con fecha 5 de septiembre de 2011 tuvo entrada en la Comisión Nacional de Energía (CNE) escrito de REPSOL YPF, S.A. por el que solicita a la CNE *“que de conformidad con lo previsto en el apartado 3 de la Función 14ª, requiera con urgencia de oficio a PEMEX para que presente ante la CNE la solicitud de autorización administrativa, al cumplirse todos los requisitos que legalmente se prevén, y proceda a examinar si el citado Acuerdo de Sindicación podría afectar en última instancia a las actividades reguladas y a los activos enumerados en el apartado 2 de la Función 14ª”*.

El pasado día 29 de septiembre, el voto mayoritario del Consejo de esta Comisión acordó desestimar la solicitud formulada por REPSOL YPF por entender que no concurren los presupuestos de aplicación de la solicitud de autorización administrativa previstos en el apartado tercero de la función decimocuarta.

Respetando la decisión adoptada de forma mayoritaria por esta Comisión, quien suscribe el presente Voto Particular considera que se han dado en este proceso de toma de decisión toda una serie de consideraciones – relativas tanto al objeto material de la consulta como a cuestiones de naturaleza formal – que le han impedido la formación de voluntad de forma adecuada, obligando a este Consejero a abstenerse.

Consideraciones estas de gran relevancia y que han impedido la toma de una decisión fundada y responsable.

- a) Consideraciones relativas al objeto material de la Consulta planteada por la sociedad REPSOL YPF*

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, located in the bottom left corner of the page.

Ante la consulta planteada por REPSOL YPF, comparte plenamente quien suscribe este Voto Particular el parecer mayoritario del Consejo de que el objeto de la decisión a tomar por parte de la Comisión Nacional de Energía se circunscribe única y exclusivamente a determinar si la adquisición de participaciones en REPSOL YPF por parte de Petróleos Mexicanos (PEMEX) requiere o no la autorización de esta Comisión con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 de la función decimocuarta, no debiéndose en modo alguno extender el examen a realizar por este ente regulador a otros aspectos previstos en el pacto de accionistas suscrito por SACYR VALLEHERMOSO PARTICIPACIONES INMOBILIARIAS (SACYR) y PEMEX el 29 de agosto de 2011.

En otras palabras, la única cuestión a analizar por parte de la Comisión Nacional de Energía es si en la operación de toma de participación de PEMEX en REPSOL YPF en ejercicio del Acuerdo de Sindicación suscrito por las partes concurren o no los requisitos legales establecidos en la nueva redacción de la función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, Tercero. 1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

En este sentido, apuntar que *“deberá solicitarse autorización a la Comisión Nacional de Energía cuando se pretenda por sociedades no comunitarias, la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 20 por ciento del capital social o cualquier otro inferior que conceda influencia significativa en una sociedad que, por si o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades o sea titular de alguno de los activos mencionados en el apartado 2 anterior. En el cálculo de los porcentajes de participación se tendrán en cuenta los derechos de voto de otras sociedades que hayan sido o vayan a ser adquiridas en un porcentaje igual o superior al 25% por parte de la sociedad no comunitaria que va a realizar la adquisición. También se considerarán los derechos de voto de terceras partes con las que la sociedad no comunitaria adquirente haya concluido un acuerdo de ejercicio conjunto de voto”*.

En relación a los dos primeros ámbitos, las cuestiones a tener en cuenta para valorar si la operación debe estar sujeta o no a la autorización de la función decimocuarta – que se trate de adquisición de participaciones por parte de una sociedad no comunitaria y que la adquisición supere el 20% del capital social o, tratándose de un porcentaje inferior, conceda influencia significativa – vistos los sujetos intervinientes en el Acuerdo de Sindicación así como los porcentajes adquiridos por el Grupo PEMEX en REPSOL YPF (9,49% de su capital social) unido al grado de influencia alcanzado como consecuencia de su acuerdo parasocial suscrito con SACYR (titular del 20,01% del capital social de REPSOL), sólo cabe indicar que se cumplen los requisitos que exige la función decimocuarta en su apartado Tercero.

Es por ello que no cabe consideración alguna al respecto por parte de quien suscribe este Voto Particular en relación a estos dos primeros aspectos a tener en consideración.

No es el caso en lo que respecta al tercero de los requisitos relativo a la naturaleza de las actividades realizadas por la sociedad adquirida.

La concurrencia del supuesto de aplicación de la función decimocuarta previsto en su apartado 3 requiere, finalmente, que se adquieran participaciones *“en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades o sea titular de alguno de los activos mencionados en el apartado 2 anterior”* de la citada función decimocuarta.

Si bien es cierto, tal como apunta REPSOL YPF en su escrito de 5 de septiembre de 2011, que *“es innegable que Repsol desarrolla actividades reguladas y/o estratégicas enumeradas en el apartado 2 de la Función 14ª a través de Repsol Eléctrica de Distribución, S.L., Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A. (RIPSA) y Gas Natural Fenosa, sobre la que ostenta una posición de control conjunto”*, cabe apuntar en relación a la primera de ellas – actividad de distribución de electricidad que REPSOL YPF desarrolla en Puertollano – que esta Comisión le confiere a dicha actividad un carácter marginal o residual en el conjunto de actividades que desarrolla la sociedad y en aplicación de una interpretación del alcance del ámbito de aplicación de la función decimocuarta con arreglo a criterios teleológicos – y no en base a una interpretación literal de lo previsto en dicha función – por lo que ha entendido que el desarrollo de esta actividad regulada no implicaría que la operación objeto de análisis se encuentre entre los supuestos autorizatorios de la función decimocuarta. En relación a la segunda de las actividades - almacenamiento de gas natural en el AA.SS. de Gaviota –, esta Comisión – tal como se apunta en el *Acuerdo de la CNE por el que se desestima la solicitud formulada por REPSOL YPF, S.A. mediante escrito de 5 de septiembre de 2011* – considera que, dada la Orden ITC/1767/2011, de 22 de junio, por el que se autoriza la cesión de la concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos denominada a Gaviota a la sociedad ENAGAS, S.A., *“no concurren circunstancias que justifiquen la imputación plena del activo a REPSOL YPF”*.

La mera exposición por parte de quien suscribe este Voto Particular de la consideración que reciben dichas actividades por parte de la CNE se realiza con el objeto de reseñar la importancia que adquiere el desarrollo de actividades reguladas y/o estratégicas enumeradas en el apartado 2 de la Función decimocuarta a través de GAS NATURAL FENOSA a efectos de analizar por parte de esta Comisión si se dan o no los supuestos que son objeto de autorización previstos en la citada función decimocuarta.

En relación a la consideración de estas actividades desarrolladas por el GRUPO GAS NATURAL FENOSA, en el que RESPSOL YPF ostenta una posición de control conjunto con LA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA, se apunta en el propio *"Acuerdo de la CNE por el que se desestima la solicitud formulada por REPSOL YPF, S.A. mediante escrito de 5 de septiembre de 2011"* que *"dichas actividades no resultan imputables como propias a REPSOL a los efectos de la función decimocuarta, por cuanto REPSOL y Gas Natural Fenosa no forman parte del mismo grupo empresarial en los términos en que éste viene definido en la legislación mercantil"*. Asimismo, se indica que *"a juicio de la CNE, no procede utilizar otro concepto de grupo a los efectos de la función decimocuarta"*.

Si bien es cierto que ante la falta de definición del concepto de "grupo de sociedades" en la propia función decimocuarta, esta Comisión ha venido considerando que para que dicha función sea de aplicación es necesario que la relación de dependencia existente entre las sociedades sea la de grupo en el sentido propio de la legislación mercantil – artículo 42 del Código de Comercio -, quien suscribe el presente Voto Particular considera que hubiera sido aconsejable dada la naturaleza de la operación poder analizar en mayor detalle si el concepto de grupo de sociedades previsto en el artículo 42 del Código de Comercio es el más acorde para el ejercicio de las competencias de esta Comisión de acuerdo con la nueva redacción de la función decimocuarta introducida por la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, donde por primera vez aparece de forma explícita el concepto de grupo de sociedades.

Sin ánimo de prejuzgar cuál pudiera haber sido el resultado de este proceso de análisis en mayor profundidad, este Consejero considera que si bien todo ente regulador debe actuar atendiendo al tenor literal de la norma, ello no impide que se deba proceder a analizar e interpretar caso por caso atendiendo a las características propias e intrínsecas de cada operación concreta así como a la voluntad del legislador.

Entiende este Consejero que esta ha sido la voluntad del ente regulador en el ejercicio de su función decimocuarta desde que esta se instaurara de forma primigenia en el artículo 14.5 de la Ley 40/94, de 27 de noviembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) donde ya se atribuía al regulador energético una función de aprobación de determinadas operaciones. Y sirva para ello un mero ejemplo que afecta a la misma sociedad en estos momentos objeto de análisis por parte de la Comisión Nacional de Energía. En la operación de adquisición de participaciones de SACYR en REPSOL YPF, esta Comisión estimó que el desarrollo de actividades reguladas consistentes en la distribución de energía eléctrica en Puertollano no debería permitir concluir que la toma de participación realizada en REPSOL debiera estar sujeta por ello a la autorización de la CNE, como hubiera resultado si se hubiera interpretado literalmente el segundo supuesto de la función decimocuarta.

De las consideraciones anteriores no se puede ni se debe inferir que quien suscribe el presente Voto Particular no considere adecuado definir el concepto de "grupo de sociedades" en el sentido propio de la legislación mercantil.

Ante la falta de definición del concepto de "grupo de sociedades" en la propia función decimocuarta y ante la nueva redacción de la función decimocuarta introducida por la Ley 2/2011, este Consejero considera del todo necesario un análisis en mayor profundidad donde se hubiera podido haber ponderado las implicaciones a los efectos de la función decimocuarta de una interpretación extensiva del concepto de grupo en términos de certidumbre y seguridad de los contornos de su ámbito de aplicación contraponiéndolos con las dificultades e inconsistencias a la hora de analizar determinadas operaciones de adquisición que se derivan de una aplicación excesivamente restrictiva del concepto de grupo.

Para mayor abundamiento, apuntar que la realización de este ejercicio no es novedosa para esta Comisión, existiendo precedentes en otras operaciones de especial relevancia. A modo de ejemplo indicar que en el caso concreto de la solicitud de ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS consistente en la adquisición de una participación hasta el 24,99% en el capital social de IBERDROLA, la Resolución de esta Comisión vino acompañada de un análisis sobre cuál debía ser el ámbito de "grupo de sociedades" a tomar en consideración: una interpretación extensiva como la utilizada en los ámbitos de competencia o una interpretación restrictiva acorde con el artículo 42 del Código de Comercio. Sin duda un análisis del concepto de grupo de carácter previo de gran relevancia, tal como ya indicaba la citada Resolución cuando apuntaba que *"este análisis requiere que se examine el grado de influencia que la referida participación puede otorgar a ACS sobre IBERDROLA, como consideración previa a la valoración, que se realiza en los apartados siguientes, de su impacto potencial sobre los activos regulados y estratégicos de IBERDROLA, y, en consecuencia, sobre la seguridad del suministro energético en España"*. Para ello fue necesaria de forma previa, y como punto de partida de esta valoración, *"una distinción conceptual entre los diversos grados de influencia que una participación accionarial puede conferir a su titular en términos de su capacidad de determinar las decisiones estratégicas, tanto financieras como de explotación de la empresa participada"*.

En definitiva, un análisis detallado por parte de esta Comisión de las implicaciones asociadas tanto a una interpretación extensiva como restrictiva del concepto de "grupo de sociedades" aplicado a la operación que nos ocupaba.

Un ejercicio del todo necesario para quien suscribe el presente Voto Particular, no únicamente para la formación de voluntad del Consejo en relación a esta operación objeto de análisis, sino también para la definición a futuro de cuál debe ser el ámbito

concreto de operaciones sujetas a autorización previa por parte de la Comisión Nacional de Energía, todo ello en beneficio de la protección de las actividades reguladas y, en definitiva, de la garantía de suministro.

b) Consideraciones relativas a los aspectos formales en el proceso de toma de decisión respecto de la solicitud formulada por REPSOL YPF, S.A.

Si bien es cierto que desde la presentación ante la CNE, el pasado 5 de septiembre de 2011, del escrito de REPSOL YPF por el que se solicitaba que ejerciera sus competencias respecto de la operación de toma de participación de PEMEX en REPSOL YPF en ejecución del Acuerdo de Sindicación suscrito con SACYR, la propia empresa REPSOL YPF ha presentado nuevos escritos de alegaciones *“en interés de la propia sociedad y de todos sus accionistas”*, no menos cierto es que algunos de estos escritos han sido presentados el día previo a la sesión del Consejo de la CNE donde el punto relativo a la solicitud formulada por REPSOL YPF aparecía en su Orden del Día.

Pero más trascendente es que la propuesta de Acuerdo se presentara el día anterior a la celebración del Consejo a última hora de la tarde. Se ha de tener en cuenta que con el objetivo de facilitar el análisis detallado de la información objeto de votación, el artículo 24 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, 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”* y en el caso que nos ocupa faltaba una documentación tan importante como es la propuesta de Acuerdo, único documento que sustancia materialmente este expediente.

Sin entrar a valorar si el hecho de someter a votación un punto del Orden del Día cuya documentación no estuvo a disposición de los miembros del Consejo con la antelación mínima requerida era procedente o pudiera ser constitutivo de defecto formal, dada la relevancia de dicho documento, a quien suscribe el presente Voto Particular le parece del todo razonable haber dado una respuesta satisfactoria a la petición planteada por varios miembros del Consejo de disponer del margen de tiempo para su análisis y valoración antes de la formación de voluntad del órgano colegiado.

La naturaleza y relevancia de la propuesta de Acuerdo, cuyo contenido no era conocido previamente por parte del Consejo, así lo indicaban.

La no disposición del tiempo necesario para analizar el contenido y alcance de la propuesta de Acuerdo que se sometía a votación impedía, como mínimo a este Consejero, la correcta formación de opinión en aras de tomar una decisión fundada al respecto.

Madrid, 30 de Septiembre de 2011

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Fdo. Joan Batalla Bejerano