



Comisión
Nacional
de Energía

ACUERDO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA EN RELACIÓN CON LA CONSULTA DE GAS NATURAL SDG, S.A. DE FECHA 4 DE SEPTIEMBRE DE 2008.

Con fecha 4 de septiembre de 2008 tiene entrada en la CNE escrito de la sociedad Gas Natural SDG S.A. por el que comunica a esta Comisión su intención de adquirir el control sobre Unión Fenosa S.A. En el citado escrito formula a esta Comisión la siguiente consulta: *“si es necesario seguir la tramitación prevista en la Disposición Adicional Undécima. Tercero. Función Decimocuarta, para realizar la operación de adquisición de control de Unión Fenosa S.A. que ha quedado descrita en el cuerpo del presente escrito, o si por el contrario no es necesario seguir esa tramitación”*.

A la vista de la consultada formulada por Gas Natural SDG S.A., procede poner de manifiesto lo siguiente:

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, recaída en el asunto C-207/07, señala en su fallo:

“Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, al haber adoptado las disposiciones del apartado 1, párrafo segundo, de la función decimocuarta de la Comisión Nacional de Energía que figura en la disposición adicional undécima, tercero 1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, modificada por el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero de 2006, con el fin de someter a autorización previa de la Comisión Nacional de Energía la adquisición de ciertas participaciones en las empresas que realicen determinadas actividades reguladas del sector de la energía, así como la adquisición de los activos precisos para desarrollar tales actividades”.

Sin perjuicio de la obligación de los poderes públicos españoles competentes de proceder –en cumplimiento de la citada sentencia, que ha declarado la incompatibilidad con el Derecho comunitario del párrafo segundo del apartado 1 de la Función 14ª- a la derogación formal (o, al menos, modificación) del citado párrafo, le incumbe a la Comisión Nacional de Energía la obligación, en tanto no se produzca su derogación (o modificación), de no aplicarlo en lo sucesivo (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1993, recaída en el asunto C-101/91, *Comisión/Italia*). Por lo tanto, la operación de adquisición de control de Unión Fenosa S.A. por Gas Natural Natural SDG S.A. no se halla, tras el dictado de la citada sentencia, sujeta a la Función 14ª en virtud de lo establecido en el *párrafo segundo* del apartado 1 de la misma.

Adviértase, eso sí, que el párrafo segundo del apartado 1 de la Función 14ª ha devenido inaplicable tan sólo *en la medida* de su incompatibilidad con los derechos a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, consagrados en el Tratado de la CE; es decir, resulta en lo sucesivo inaplicable a las adquisiciones realizadas por las empresas titulares de dichos derechos, que son exclusivamente las empresas comunitarias (incluidas, obviamente, las españolas), pero no así las extracomunitarias.



Comisión
Nacional
de Energía

La sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 no afecta, sin embargo (al menos formalmente), al primer supuesto de aplicación de la Función 14^a, previsto en el *párrafo primero* del apartado 1, cuya compatibilidad con el Derecho comunitario no fue cuestionada de forma expresa por la Comisión Europea. De ahí que la referida sentencia no haya declarado formalmente la incompatibilidad también del párrafo 1^o del apartado 1 de la Función 14^a con el Derecho comunitario.

A juicio de esta Comisión, la problemática descrita a que da lugar la subsistencia aislada del primer supuesto de aplicación de la Función 14^a después de la sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 no autoriza a esta Comisión a inaplicar la norma por su propia autoridad (obsérvese que la CNE ha mantenido hasta ahora el criterio de que la ausencia de un expreso pronunciamiento jurisdiccional comunitario que declare la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una norma legal interna impide que la Administración pueda inaplicarla por sí misma), sí considera que dicha problemática debe determinar, a fin de minimizar los efectos y distorsiones referidos, que el ámbito de aplicación del párrafo primero del apartado 1 de la Función 14^a sea interpretado de forma restrictiva, al menos en tanto el legislador español procede o bien a derogar la Función 14^a en su integridad o a modificarla.

En consecuencia, la Comisión Nacional de Energía considera que tras la sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 (y hasta la aprobación, en su caso, de una nueva normativa que sustituya a la actualmente vigente) ha de prevalecer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación subsistente de la Función 14^a (párrafo primero del apartado 1), en particular del concepto “sociedad con actividades reguladas”, de tal modo que éste no se extienda más allá de lo que indica una estricta interpretación literal y sistemática del precepto, es decir, una interpretación del mismo en sus propios términos.

En estos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de veintinueve de enero de dos mil ocho (Recurso de Casación núm. 5965/2004) al señalar que en la determinación de operadores dominantes *“al ser tan clara la dicción del art. 34 no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas, pues si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidas en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos”*.

Por consiguiente, procede concluir que el ámbito de aplicación del párrafo primero del apartado 1 no se debe extender a las adquisiciones realizadas por sociedades matrices (o sociedades cabecera de grupo) que no desarrollen directamente (esto es, por sí mismas) actividades reguladas.

Procede llamar la atención sobre el hecho de que la aplicación en lo sucesivo del párrafo primero del apartado 1 de la Función 14^a podría provocar una discriminación inversa de los grupos empresariales que desarrollan actividades reguladas en los sectores energéticos, toda vez que –a diferencia de las protagonizadas por éstos- las tomas de participación en el capital social de tales empresas realizadas por grupos empresariales comunitarios no nacionales (que no desarrollen actividades reguladas



Comisión
Nacional
de Energía

en España) no quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación subsistente de la Función 14.

A la vista de lo anterior, esta Comisión estima que, dado que la operación objeto de consulta (de adquisición de control de Unión Fenosa S.A.) es realizada por Gas Natural SDG S.A., sociedad holding matriz del Grupo Gas Natural (que no desarrolla por sí misma actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial previstas en la Ley), dicha operación tampoco se halla sujeta a la Función 14^a en virtud de lo establecido en el *párrafo primero* del apartado 1 de la misma.