

Voto particular que formula el Consejero Jaime González González al acuerdo del Consejo de Administración de la CNE celebrado el día 18 de septiembre de 2008, por el que se decide no aplicar a la operación de toma de control de Unión FENOSA por Gas Natural SDG, S.A. la función 14ª párrafo primero apartado 1.

En primer lugar quiero recordar que he manifestado mi opinión al respecto al menos en dos ocasiones: en mi voto particular al acuerdo del Consejo de Administración de la CNE de 26 de julio de 2007 por el que se decide no aplicar a IBERDROLA, S.A. la función decimocuarta de la disposición adicional 11ª, tercero 1, de la Ley 34/1998 con carácter previo a la ejecución por aquella de la operación de adquisición de GREEN ACQUISITION CAPITAL INC. y nuevamente en otro voto particular al acuerdo del 22 de marzo de 2007 en el que se decide no requerir a la misma IBERDROLA, S.A. para que solicitase autorización por la misma Función 14ª y con carácter previo a la ejecución de la compra de SCOTTISH POWER.

Reproduzco aquí el segundo de ellos ya que incluye los contenidos del 1º:

***“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA, D. JAIME GONZÁLEZ GONZÁLEZ, RESPECTO DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CITADA COMISIÓN, DE 22 DE MARZO DE 2007, POR EL QUE SE DECIDE NO REQUERIR A IBERDROLA, S.A. PARA QUE SOLICITE LA AUTORIZACIÓN PREVISTA EN LA FUNCIÓN DECIMOCUARTA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 11ª, TERCERO.1, DE LA LEY 34/1998, DE 7 DE OCTUBRE, CON CARÁCTER PREVIO A LA EJECUCIÓN POR AQUÉLLA DE LA OPERACIÓN DE ADQUISICIÓN DE SCOTTISH POWER.*”**

El Consejero que suscribe el presente voto discrepa del acuerdo y de sus fundamentos adoptado por el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía de no considerar aplicable a la operación de referencia el supuesto autorizatorio previsto en el párrafo primero del apartado 1 de la función decimocuarta de la Disposición Adicional 11ª, Tercero.1, de la Ley del Sector de Hidrocarburos (LSH), y, por tanto, de no requerir a IBERDROLA, S.A. para que solicite la autorización prevista en la citada función decimocuarta en relación con la operación de adquisición de Scottish Power.

I

En síntesis, el voto mayoritario fundamenta dicha decisión en que España carece de competencia para someterla a un procedimiento autorizatorio, paralelo (o consecutivo) al ya efectuado desde el punto de vista del Derecho de la Competencia por la Comisión Europea, dado que dicha operación no compromete –según se afirma- la seguridad del abastecimiento energético de España, no concurriendo por consiguiente en el presente caso el supuesto de hecho contemplado en el párrafo segundo del artículo 21.4 del Reglamento comunitario de concentraciones, que es el que habilita a los Estados miembros a adoptar medidas paralelas de protección cuando la concentración de que se trate afecte a determinados intereses legítimos nacionales (en este caso, la seguridad pública).

No comparto tal argumentación. El Reino de España ha sostenido y sostiene con sólidos fundamentos, en el marco del procedimiento de infracción incoado contra España por la Comisión Europea por la adopción del Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, que la función decimocuarta, en la redacción dada a la misma por el citado Real Decreto-Ley, no interfiere ni entra en colisión, en ningún caso, con el Derecho comunitario europeo, ni con la libertad de circulación de capitales y de establecimiento, ni con el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones, por lo que no procede “modular” el juicio sobre la aplicabilidad de dicha función, que sólo ha de depender de la

conurrencia o no en cada caso de los supuestos de hecho en ella previstos, atendiendo a una determinada interpretación (que tampoco se comparte) de las citadas normas comunitarias. Así, por cierto, lo ha sostenido igualmente esta Comisión en su Resolución de 27 de julio de 2006, relativa a la solicitud de autorización de la toma de control exclusivo de Endesa por E.On. En efecto, en dicha Resolución la CNE declaró:

“En otro orden de cuestiones, debe señalarse asimismo que el ejercicio de la Función 14ª no se inserta en el ámbito del Derecho de la competencia, de suerte que ni aquélla puede interferir en éste ni viceversa (el Derecho de la competencia en el ejercicio de la Función 14ª). Lo anterior resulta de una mera lectura del texto legal que regula esta función. Por consiguiente, y a diferencia de lo que pretende E.ON 12 en sus alegaciones de 25 de julio de 2006, el hecho de que la operación haya sido aprobada por los órganos comunitarios competentes para autorizarla desde el punto de vista del Derecho de la competencia (esto es, desde la perspectiva del control de concentraciones), no excluye el ejercicio por esta Comisión de sus competencias.

Así, baste señalar que en operaciones de concentración de ámbito no comunitario pueden existir dos procedimientos diferenciados, de un lado el que se tramite ante las órganos españoles de defensa de la competencia (en el que la CNE interviene también, pero en el ejercicio de la Función 15ª mediante la emisión de informe en los supuestos previstos en la normativa de aplicación) y, de otro, la autorización de la toma de participación que se tramita ante la CNE al amparo de la Función 14ª. Funciones éstas –cabe insistir- de naturaleza y ámbito plenamente diferenciados, como ya se ha señalado por esta Comisión en multitud de ocasiones.

En consecuencia, la aprobación por las autoridades comunitarias de la operación de concentración de E.ON 12-ENDESA no sólo no obsta al ejercicio de las competencias que legalmente tiene atribuidas este Organismo, sino que la CNE está obligada a ejercerlas. “

Pues bien, el voto mayoritario, del que aquí se discrepa, se aparta notoriamente del criterio hasta ahora sostenido por esta Comisión, pues hace depender la aplicabilidad de la función decimocuarta de lo establecido en el artículo 21.4 del Reglamento comunitario de concentraciones. Es decir, se

admite ahora que existe una relación de interferencia entre la función decimocuarta y el citado Reglamento comunitario. Por el contrario, sigo manteniendo lo que esta Comisión sostuvo al respecto en su Resolución de 27 de julio de 2006, a saber: que no existe tal interferencia, que se trata de actuaciones paralelas y referidas a ámbitos diversos, por lo que, en definitiva, mal puede depender la aplicabilidad de la función decimocuarta, de lo establecido en el artículo 21.4 del Reglamento comunitario de concentraciones en lugar de los estrictos presupuestos formales en ella previstos.

Por añadidura, la fundamentación del voto mayoritario incurre en un error, al hacer depender el juicio sobre la aplicabilidad o no en cada caso de la función decimocuarta de una “información previa” (nada habitual, en procedimientos autorizatorios, toda vez que éstos se inician, por definición, a solicitud de persona interesada) sobre si la operación de que se trate compromete o no la seguridad del abastecimiento energético de España. Ese juicio constituye, al menos en parte, el objeto mismo (el “fondo”) del procedimiento autorizatorio de la función decimocuarta, por lo que, como es obvio, mal puede erigirse en requisito previo de su aplicación, suprimiendo pasos tan importantes como el conocimiento de los interesados, la posibilidad de personación en el mismo, o el trámite final de audiencia.

II

Discrepo igualmente del argumento de que la no aplicabilidad a la operación de referencia del supuesto autorizatorio previsto en el párrafo primero del apartado 1 de la citada función decimocuarta resulta, en todo caso, de que el sujeto activo de la operación, la sociedad matriz del Grupo IBERDROLA, no cumple el requisito legal de que la operación sea realizada por una “sociedad con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial”, por cuanto la sociedad matriz del Grupo IBERDROLA, que es la que realiza la adquisición de Scottish Power, no desarrolla por sí misma tales

actividades. De este modo, se concluye, las operaciones que lleve a cabo la sociedad matriz no pueden activar, por definición, el supuesto autorizatorio previsto en el párrafo primero del apartado 1 de la función decimocuarta.

Como cabe apreciar fácilmente, tal conclusión se apoya en una interpretación literalista, sumamente restrictiva, del concepto legal de “sociedades con actividades reguladas”, pues lo identifica exclusivamente con el de “sociedades que desarrollan directamente o por sí mismas” las citadas actividades. Es decir, se trata de una interpretación que, en contra de lo que ha sostenido esta Comisión en alguna ocasión anterior (véase infra), impide imputar como propias a las sociedades matrices o cabecera de grupo las actividades reguladas (o asimiladas) que desarrollen sus sociedades filiales o pertenecientes al grupo.

A mi juicio, tal interpretación priva en la práctica de toda utilidad a la norma, y la vacía virtualmente de contenido, ya que, como nos enseña la experiencia, las operaciones de adquisición en los sectores energéticos casi nunca se instrumentan a través de sociedades que desarrollan directamente o por sí mismas actividades reguladas, sino a través de sus sociedades matrices o de sociedades filiales instrumentales. En definitiva, se trata de una interpretación que posibilita a las sociedades con actividades reguladas la elusión indebida del ámbito de aplicación de la norma mediante el sencillo trámite de realizar la toma de participación o bien a través de la sociedad matriz o mediante sociedades interpuestas, instrumentales o filiales, que no realizan por sí mismas actividades reguladas. Con otras palabras, una interpretación tan estricta de la noción de “sociedad con actividades reguladas”, que no permita siquiera incluir en la misma a las sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial, conducirá con toda seguridad –y ya lo está haciendo- al vaciamiento del supuesto de aplicación previsto en el párrafo primero del apartado 1 de la función decimocuarta.

Por lo tanto, procede, a mi juicio, una interpretación teleológica de la norma a fin de que la noción de “sociedad con actividades reguladas” comprenda también a las operaciones realizadas por sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial (sea la matriz u otras filiales no reguladas), toda vez que, como es obvio, el legislador no aprueba normas en la convicción previa de que resultarán perfectamente estériles o inútiles, por lo que no es lícito que el aplicador de las mismas (en este caso, la CNE) predique de éstas una interpretación que, sin embargo, conduzca precisamente a tal resultado. Y no es éste, como se ha dicho, un criterio interpretativo que carezca de precedentes en la práctica aplicativa de la función decimocuarta por parte de esta Comisión. En efecto, ya en el Informe de su Consejo de Administración de fecha 18 de abril de 2000, emitido con ocasión de la operación de concentración UNIÓN ELECTRICA FENOSA, S.A. sobre HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., se señalaba:

“La Disposición adicional undécima, tercero.1, función decimocuarta atribuye a la CNE competencia para autorizar la participación, mediante oferta pública de adquisición de acciones, de UNION ELECTRICA FENOSA, S.A. sobre HIDROELECTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A., en cuanto que la primera es una sociedad matriz de sociedades filiales que desarrollan actividades reguladas.

El precepto citado establece la potestad de autorización de la CNE de las participaciones realizadas por sociedades con actividades reguladas en otras entidades de naturaleza mercantil, debiendo entenderse que la potestad autorizatoria existe tanto cuando las citadas actividades reguladas son desarrolladas directamente por la propia sociedad que realiza las participaciones, como, de manera indirecta, cuando lo son a través de sus filiales.

Esta interpretación se apoyaría en los propios términos literales del precepto que otorga la potestad, pues se refiere a las participaciones realizadas por sociedades con actividades reguladas, y no de forma más concreta a las sociedades que desarrollen directamente actividades reguladas, todo lo cual permite entender que una sociedad matriz, en cuyo grupo existen sociedades que desarrollan directamente actividades reguladas, es, a los efectos de la Disposición adicional undécima, una sociedad con actividades reguladas y, por tanto, incluida en su ámbito subjetivo de aplicación.

Pero, además, la citada interpretación es la más acorde con la voluntad del legislador y la que más se ajusta a la propia finalidad perseguida por la norma, consistente en garantizar que la adquisición de participaciones no produzca efectos perjudiciales para el desarrollo de las actividades reguladas. En tal medida, una interpretación distinta, por la que se entienda, con base en argumentos literalistas, que sólo procede la autorización cuando las actividades reguladas son desarrolladas directamente por la sociedad que realiza las participaciones (y ello a pesar de que no se diga así expresamente en la norma), supondría eludir la finalidad perseguida con esta norma, dado que determinadas participaciones podrían tener, en cuanto afecten al equilibrio patrimonial del grupo de sociedades, una incidencia negativa en el desarrollo de las actividades reguladas.

Por todo ello, y de conformidad con la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, la CNE tiene atribuida la competencia para autorizar la participación, mediante oferta pública de adquisición de acciones, de UNIÓN ELÉCTRICA FENOSA, S.A. sobre HIDROELECTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A.”

En aplicación de este criterio, que sigue siendo tan válido como lo fue en su día, entiendo, en suma, que, de acuerdo con el supuesto de aplicación contemplado en el párrafo primero del apartado 1 de la función decimocuarta, la operación de adquisición de Scottish Power por IBERDROLA, S.A. precisa la previa autorización de esta Comisión.

Se aduce, sin embargo, que, no obstante lo declarado en la citada resolución de la CNE, han existido operaciones posteriores en las que, pese a que la toma de participación se realizaba por una empresa que no desarrollaba actividades reguladas directamente (pero sí se desarrollaban dentro de su grupo), no se ha solicitado por aquéllas la previa autorización de la CNE. Como es obvio, el que otras empresas hayan eludido indebidamente en el pasado el requisito autorizatorio de la función decimocuarta no significa que la CNE deba permanecer impasible ante semejante estado de cosas, toda vez que, como tiene declarado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, no existe “el derecho a la igualdad en la ilegalidad”. Además, nada impediría que esta Comisión regularizara todas aquellas operaciones no autorizadas dirigiendo a

todas las empresas afectadas el correspondiente requerimiento para solicitar la autorización de la función decimocuarta.

En definitiva, soy de la opinión de que IBERDROLA S.A. debería haber sido requerida por la CNE para formular a la mayor brevedad posible la solicitud de autorización de la operación de Scottish Power.

Ahora bien, afirmado lo anterior, no ignoro que el legislador ha omitido hasta la fecha dotar a la CNE de potestades suficientes para garantizar el cumplimiento de los requerimientos que pueda dirigir a los interesados a fin de que soliciten las debidas autorizaciones que precisen sus actuaciones.

De un lado, el incumplimiento de tales requerimientos, al no ser sensu stricto requerimientos informativos, no se halla claramente tipificado como infracción administrativa en la legislación de los sectores energéticos. De otro lado, la ejecución o perfección de las operaciones a que se refiere la tan repetida función decimocuarta sin previa solicitud (y obtención) de la autorización administrativa prevista en la misma no parece que, ante la ausencia de un tipo infractor específico recogido entre las infracciones graves o muy graves (por cierto, reiteradamente reclamado por la CNE, aunque por ahora sin ningún éxito), pueda sancionarse sino como infracción leve (arts. 62 LSE y 111 LSH), lo que, como resulta notorio (pues así lo acreditan la experiencia y la realidad de todos conocidas), difícilmente disuadirá de manera efectiva a las empresas de eludir el requisito autorizatorio de la función decimocuarta, al menos en aquellos supuestos en que su aplicabilidad pudiera estimarse discutible.

Por todo ello me parece conveniente que, caso de desearse por el legislador el mantenimiento del ejercicio de la función aprobatoria contemplada en el párrafo 1º del apartado 1 de la función decimocuarta de la Disposición Adicional 11ª Tercero.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, se adoptaran las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento de manera general y no discriminatoria. “

Con posterioridad a los citados acuerdos del Consejo de Administración de la CNE y a mis votos particulares discrepantes de los mismos, han sucedido dos hechos importantes que hubieran podido afectar a la aplicabilidad de la Función 14ª y a los criterios para determinar esa aplicabilidad, aunque a mi juicio esa circunstancia no se produce.

El primero de ellos, es la Sentencia de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 por la que se anula la Resolución 30 de julio de 2002 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la que se determina la relación de operadores principales efectuada por dicho Organismo en los mercados nacionales de telefonía fija y móvil. El Tribunal considera que se ha transgredido lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, al haber atribuido el carácter de operador principal al GRUPO CABLEEUROPA y a todas las empresas integrantes del Grupo.

El segundo es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008 sobre el Recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, a fin de que el Tribunal de Justicia declare que éste ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 y 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al haber adoptado las disposiciones que figuran en la disposición adicional 11ª de la Ley del Sector de Hidrocarburos que someten a autorización previa de la CNE la adquisición de ciertas participaciones en empresas energéticas que realicen actividades reguladas.

El Consejo concluye que a la vista de ambos hechos ha de prevalecer en el futuro una lectura restrictiva de los casos en que debe aplicarse la Función 14ª párrafo primero apartado 1, ciñéndose a una interpretación de la misma en sus propios términos y que, por lo tanto, esta operación, que es realizada por Gas

Natural SDG, S.A., que no desarrolla actividades reguladas por sí misma, no está sujeta al proceso autorizatorio derivado de la citada Función 14^a.

A mi juicio, ninguno de los hechos citados desvirtúa la tesis mantenida hasta ahora por el Consejo (con independencia de su aplicación o no en todos los casos por la propia CNE) y sostenida por mí en mis votos particulares, y ello por las siguientes razones.

- 1) La sentencia del TJCE no hace incompatible con el derecho comunitario al párrafo primero, apartado 1 de la Función 14^a, ya que la CNE ha mantenido el criterio de que la ausencia de un expreso pronunciamiento jurisdiccional comunitario que declare la incompatibilidad con el Derecho Comunitario de una norma legal impide que la Administración pueda decidir inaplicarle. (Nótese que la CNE ha adoptado Resoluciones en el ejercicio de la Función 14^a apartado 1, párrafo primero, con posterioridad a la Sentencia citada).
- 2) La consideración, además, de que la Función 14^a es una norma delimitadora de derechos (en concreto del de libertad de empresa) y que por ello ha de ser aplicada de modo restrictivo era igualmente válida cuando la CNE decidió aplicar la citada función en otras ocasiones a sociedades que no desarrollaban actividades reguladas directamente.
- 3) La Sentencia de la Sala Tercera del TS de 29 de enero de 2008 se refiere exclusivamente a la Resolución de 30 de julio de 2002 de la CMT y la trasgresión por la misma de lo previsto por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000. Los razonamientos de la citada sentencia nada tienen que ver con los utilizados para defender una interpretación teleológica del alcance de la Función 14, apartado 1, párrafo 1, en lo que se refiere a la práctica privación de utilidad de la norma en el caso de una interpretación restrictiva y literal del concepto de sociedad con actividades reguladas lo que posibilita la elusión nítida de su aplicación

mediante el sencillo trámite de realizar la toma de participación a través de una sociedad matriz o de sociedades interpuestas creadas para la ocasión. Esta situación de vaciamiento de la norma no se daba en el caso resuelto por el TS en su Resolución de 29 de enero de 2008.