



EXPLICACIÓN DEL VOTO FAVORABLE QUE EMITE EL CONSEJERO DON JORGE FABRA UTRAY EN RELACIÓN CON RESOLUCIÓN DE LA CNE FINALIZADORA DE LA INFORMACIÓN PREVIA ABIERTA SOBRE LA OFERTA DE ADQUISICIÓN POR IBERDROLA, S.A. DE SCOTTISH POWER.

El Consejero que suscribe la presente explicación de voto considera que la resolución de la CNE finalizadora de la información previa abierta sobre la oferta de adquisición por Iberdrola, S.A. de Scottish Power constituye un ejemplo de aplicación de los principios legales que informan la mejor doctrina jurídica de mínima intervención; de celeridad; de economía procedimental y de eficacia en la actuación administrativa.

En opinión de este Consejero, los complicados, prolijos y lentos procesos que caracterizan el ejercicio de la Función Decimocuarta de la CNE revelan que la norma no está construida ni formalizada de modo suficientemente eficiente y en tanto alguna futura reforma alcance a perfeccionarla, corresponde a la CNE su interpretación menos intervencionista y –en la medida en que sea posible– evitar su aplicación mecánica o, expresado en términos jurídicos, evitar su aplicación sólo con base en criterios puramente formales.

No obstante la redacción de la Función Decimocuarta, la interpretación finalista y sistemática de la norma conduce a la subordinación de la autorización a la concurrencia de su supuesto legal último: la afección de las actividades reguladas por efecto de operaciones corporativas en términos capaces de poner en riesgo los intereses generales, muy en particular la seguridad de suministro.

Dicho de otro modo: a pesar de lo que parece indicar una lectura literal de la norma, es evidente que el objeto de la intervención de la CNE no son tanto las



adquisiciones mismas de parte o de la totalidad del capital social de o por una empresa con actividades reguladas, cuanto las consecuencias que en las actividades reguladas esa circunstancia pudiera tener. La prueba de que las adquisiciones en sí mismas no son el objeto de la norma es que las autorizaciones de la CNE no excluyen las eventuales de la CNMV (apartado 3 de la Función Decimocuarta) en los casos de lanzamiento de una OPA sobre empresas españolas cotizadas. Así lo confirma su estructura cuando en el apartado 2 se establece con claridad que el objeto de la intervención de la CNE está constituido por: i) la prevención de riesgos sobre las actividades reguladas; ii) la protección del interés general en el sector energético; iii) la garantía de desarrollo de las actividades reguladas; iii) la corrección de causas inconvenientes para la seguridad pública.

Siendo esto así, es claro que la procedencia de que el ejercicio de la potestad de que se trata conduzca al otorgamiento simple o con condiciones o a la denegación de la autorización depende estrictamente de la concurrencia del supuesto legal que justifica la intervención, es decir, de las circunstancias determinantes de la tutela de los intereses sectoriales de carácter general aludidos. Por consiguiente, de no concurrir manifiestamente el supuesto que ultima la legitimación de la sujeción a autorización de la operación de que se trate, procede la decisión —en el ejercicio de la propia competencia de la CNE— de declarar su no pronunciamiento por no concurrir riesgos sobre las actividades reguladas o sobre la seguridad pública.

Esto quiere decir, simplemente, que el resultado del ejercicio de la Función Decimocuarta de la CNE no se reduce a las tres posibilidades de autorización, autorización con condiciones o denegación, pues a ellas ha de sumarse la comprobación de no concurrencia del supuesto de sujeción a autorización cuestión que podría deducirse -en el caso de que existieran indicios o dudas al respecto- del análisis de una información previa solicitada al amparo del



Artículo 69.2 de la Ley 30/92, tal y como ha sido practicado por la CNE en este caso de la operación de adquisición de Scottish Power por Iberdrola, S.A..

En el caso que nos ocupa era manifiesta la no concurrencia del supuesto material de la autorización –como si era manifiesto, sin embargo, en las OPAS lanzadas por Gas Natural y EON sobre ENDESA o en las adquisiciones de participaciones en el capital de Iberdrola y de ENDESA por parte de ACS y de Acciona (en el caso de las empresas españolas por realizar todas ellas de manera directa e indirecta actividades en los sectores energéticos en España con la consecuencia de un aumento de los grados de concentración; en el caso de la alemana EON por ser soporte –por imposición del Gobierno Alemán- de la seguridad pública en materia de abastecimiento energético de la Republica Federal de Alemania). Y aún siendo manifiesta, en opinión de este Consejero, la no concurrencia del supuesto material de la autorización, la CNE se inclinó por solicitar, sin embargo y por extremar seguramente la prudencia en la toma de sus decisiones, información previa a Iberdrola S.A. con objeto de confirmar la no concurrencia del supuesto material de la autorización. Cuestión que quedó plenamente confirmada en la información que a la CNE le fue remitida por Iberdrola S.A.

Es opinión de este Consejero, que el punto 1 de la Función Decimocuarta determina las características que son necesarias para que las operaciones sean objeto de autorización. Y estas características están meridianamente claras y presentes en la adquisición de acciones de Scottish Power planteada por Iberdrola S.A. Pero no es menos obvio que si el punto 1 de la Decimocuarta es la condición necesaria para que concurra el supuesto de autorización, el punto 2 de la misma norma constituye la condición suficiente porque es la razón, causa y objeto que justifica la existencia misma de la norma: preservación de los intereses generales energéticos en caso de que se vean afectados por riesgos significativos derivados de las operación de que se trate.



Concurriendo la condición necesaria en este caso (Iberdrola S.A. desarrolla actividades reguladas, bien que las desarrolle de manera indirecta) resulta necesario dilucidar previamente (cuando ello no sea obvio) si concurre la condición suficiente para activar los complicados, prolijos y lentos procesos que caracterizan el ejercicio de la Función Decimocuarta. De aquí el recurso a un análisis preliminar sobre la base de una información previa tal y como decidió, en el caso que nos ocupa, el Consejo de la CNE en su resolución de fecha 29 de diciembre de 2006 y que IBERDROLA, S.A. cumplimentó mediante escritos de fecha 12 de Enero y 5 de Marzo de 2007.

Es cierto que Iberdrola S.A. no ha solicitado a la CNE autorización por su Función Decimocuarta, pero ninguna trascendencia puede tener el que los sujetos activos de la operación o terceros interesados soliciten o no soliciten la autorización de la CNE. En caso de que sean manifiestas las afecciones a las actividades reguladas de una u otra operación en la que se cumplan los supuestos previstos en la norma –y teniendo conocimiento de ello- la CNE requerirá le sea solicitada la autorización. Pero solicitada o no la autorización y en el caso de que los supuestos legales *suficientes* de la norma no concurren, la CNE debe declarar su no pronunciamiento, o si por el contrario fuera manifiesta su concurrencia, iniciar el procedimiento (previo requerimiento y cumplimentación de la solicitud si esta no hubiera sido cursada).

Así, confirmada la no concurrencia de los riesgos que la norma persigue mitigar en la operación de adquisición de Scottish Power lanzada por Iberdrola S.A., los complicados, prolijos y lentos procesos que caracterizan el ejercicio de la Función Decimocuarta han podido ser omitidos tras declarar la CNE su no pronunciamiento, obviando de este modo un procedimiento que, abocado de antemano a una autorización sin condiciones, habría resultado por tal razón, excesivo, inútil, ocioso y completamente ineficiente con el único resultado del



desgaste y deterioro de la acción administrativa y de los intereses legítimos afectados.

Pudiera argüirse que para determinar la concurrencia o no de los riesgos que la norma persigue mitigar es necesario entrar en el fondo de la cuestión y que tal cosa sólo es posible a través del procedimiento que regula la Función Decimocuarta de la CNE. Pero contra este planteamiento, honorando los principios jurídicos mencionados al inicio de esta explicación de voto (mínima intervención; celeridad; economía procedimental y eficacia en la actuación administrativa), este Consejero considera acertada la opción resolutoria por la que se ha inclinado la CNE en el ejercicio de su propia competencia, habida cuenta de la inexistencia (*icto oculi*) de ningún interés general implicado para proceder (*a limine*) al no pronunciamiento sobre el fondo y por tanto resolver que no procede instruir un procedimiento para ejercer (en cuanto al fondo) la Función Decimocuarta.

Nótese, que la CNE, con la resolución finalizadora de la información previa abierta sobre la oferta de adquisición por Iberdrola, S.A. de Scottish Power, ha ejercido sus competencias en paralelo al ejercicio por la Comisión de la Unión Europea de las competencias que le corresponden *en materia de competencia* cuando se trata –como es obvio también sin necesidad de ningún examen previo- de una concentración de dimensión o ámbito comunitario. Por esta razón la resolución de la CNE se expresa en los siguientes términos:

“..... de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.2 y 3 del Reglamento Europeo de Concentraciones, la Comisión Europea tiene competencia exclusiva para autorizar la operación examinada, y España se ha de abstener de aplicar a la misma su normativa nacional en materia de competencia. Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con el artículo 21.4 del Reglamento, España podría sin embargo adoptar en relación con la referida operación



medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en dicho Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. En particular, considera la citada norma un interés legítimo, en el indicado sentido, la seguridad pública

De este modo, la CNE no está haciendo otra cosa que justificar plenamente la compatibilidad de la Función Decimocuarta de la CNE con la mencionada norma comunitaria y el Derecho Comunitario. Pero no sólo justifica su compatibilidad sino también su ineludible necesidad. Efectivamente, la Función Decimocuarta de la CNE resulta de una exigencia del propio Derecho Comunitario puesto que en la medida en que las normas comunitarias prevén la existencia de intereses legítimos que podrían merecer por parte de las autoridades nacionales “*medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el Reglamento Europeo de Concentraciones*” están planteando también, en definitiva, la necesidad de una norma nacional que regule el ejercicio de la competencia nacional. Y esa norma es, justamente, la Función Decimocuarta de la CNE.

La resolución de la CNE continúa expresándose del siguiente modo:

“.... conforme a una jurisprudencia conocida y consolidada de los Tribunales comunitarios, cuya precisa cita huelga en el presente contexto, la seguridad del abastecimiento y suministro energéticos forma parte de la seguridad pública. Sin embargo, ésta sólo se ve comprometida, a los efectos del Derecho comunitario, en supuestos de amenaza grave y real para el abastecimiento y el suministro, cuestión que debería ser interpretada, en este caso, en el sentido de que pudiera concurrir de manera manifiesta un conflicto de intereses en relación con la seguridad de abastecimiento derivado de la doble posición de



Iberdrola en España (por sí misma) y en el Reino Unido a través de Scottish Power”.

De esta manera, la CNE se reafirma en el criterio de anteriores decisiones y acuerdos en los que ha considerado que una potencial afección negativa a las actividades reguladas o a las instalaciones de naturaleza estratégica es reconducible al concepto de seguridad pública en materia de abastecimiento, contribuyendo así, con esta resolución, a la mejor defensa de las posiciones mantenidas por el Reino de España en el marco del procedimiento de infracción incoado contra España por la CE en relación con la promulgación del RDL 4/2006, según las cuales, y en coherencia con las posiciones también mantenidas por esta CNE, el mencionado RDL no entra en colisión con el Derecho Comunitario sino que por el contrario es parte integrante del propio Derecho Comunitario al que complementa y completa.

Estas son las razones que explican el voto favorable de este Consejero a la Resolución de la CNE finalizadora de la información previa abierta sobre la oferta de adquisición por Iberdrola, S.A. de Scottish Power.

En Madrid, a 13 de abril de 2007.

Jorge Fabra Utray