



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA, D. SEBASTIÀ RUSCALLEDA I GALLART, RESPECTO DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION 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 este voto particular quiere hacer constar las razones por las cuales considera que no se debe requerir a Iberdrola, SA. para que solicite la autorización prevista en la función decimocuarta en relación con la operación de adquisición de Scottish Power, teniendo en cuenta que discrepa del contenido del voto mayoritario que sustenta la misma conclusión.

El voto mayoritario fundamenta la decisión de no considerar aplicable a la operación de referencia el supuesto autorizador 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), en que España carece de competencia para someterla a un procedimiento autorizador, 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 tanto 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).

A juicio de quien suscribe este voto particular la aprobación por las autoridades comunitarias de la operación de concentración no sólo no obsta el ejercicio de las competencias que legalmente tiene atribuidas este Organismo, sino que la CNE está obligada a ejercerlas, tal como se puso de manifiesto en la resolución de la CNE de 27 de julio de 2006 (OPA/ENDESA) a este respecto:

“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 los 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 forma 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.”

Por otra parte, afirmar que la operación no compromete la seguridad de abastecimiento energético, implica hacer un estudio cuyo contenido es prácticamente el mismo que el que tendría la aplicación de la función 14, con lo que de hecho se afirma que no se le aplica la función 14, pero en la práctica se entra en su contenido.

A juicio de quien suscribe este voto particular, de la nueva redacción dada a la función catorce por el Real Decreto Ley 4/2006, de 28 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía, en su primer párrafo:

“Decimocuarta.-1 Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas o actividades que estén sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial , tales como centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español”,

no se desprende inequívocamente cuál es la amplitud del concepto de sociedades con actividades reguladas, teniendo en cuenta que el párrafo segundo establece que *“la autorización será igualmente requerida cuando se pretenda la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa, realizada por cualquier sujeto en una sociedad que, por sí o por medio de otras que*

pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en el párrafo anterior de este apartado 1. La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades.”

En efecto, en el segundo párrafo referido sí se especifica expresamente que la citada autorización resulta preceptiva tanto si la sociedad en que se toma la participación desarrolla directamente las actividades reguladas, como si las desarrolla por medio de otra sociedad que pertenezca a su grupo de sociedades.

De ello se desprende que, después de la publicación del Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la CNE, hay que considerar que el término *“sociedad con actividades que tienen la consideración de reguladas”* recogido en el primer párrafo, no incluye, a diferencia de lo previsto en el segundo párrafo, las matrices no reguladas de grupos en los que sí existan sociedades que directamente efectúen actividades reguladas, pues cuando el legislador ha querido someter a la función a todas las sociedades del grupo lo ha prescrito con nitidez, refiriéndose a ello de manera expresa, mediante la expresión *“sociedades que por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades”*.

A la vista de lo anterior, hemos de considerar a partir de este momento que el concepto de *“sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas”* equivale a sociedades que ejecutan directamente actividades reguladas.

En consecuencia, y de acuerdo con esta interpretación, la sociedad matriz del grupo IBERDROLA no cumple, a juicio de este Consejero, a los efectos de

considerar o no aplicable a esta operación el párrafo primero de la redacción de la función 14, con el requisito legal de que la operación de adquisición sea realizada por una sociedad con actividades que tienen la consideración de reguladas.

Esta interpretación literalista de la Ley, y en particular, del primer párrafo en relación con el segundo, acaso alguien pudiera pensar que está débilmente sustentada si no fuera porque la aplicación de la función catorce en el pasado ha puesto en evidencia que la interpretación extensiva que hizo la CNE del concepto sociedad con actividades reguladas, incluyendo en el mismo a las sociedades matrices no reguladas, se aplicó, por parte de la CNE, con una ausencia de uniformidad de criterio que hizo posible que la mayor parte de inversiones hechas por las empresas energéticas a través de sus sociedades matrices no reguladas no han sido de manera sistemática sometidas al escrutinio de la CNE. Sólo cuando la autorización es necesaria para otros trámites —autorización de una OPA, por ejemplo— los interesados han presentado la solicitud de autorización forzados por las circunstancias.

A la hora de buscar precedente no sólo hay que acordarse de la única vez en que se ha aplicado la función 14 a matrices no reguladas —OPA Unión Fenosa (Hidrocantábrico)— sino también de los muchísimos casos en que las inversiones realizadas por las matrices no reguladas de sociedades energéticas han llevado a cabo sin solicitar la autorización de la CNE y sin que la CNE haya tenido un especial celo en reclamar a la interesada la solicitud de autorización de operaciones que podían ser de su conocimiento a través de la prensa. De todas maneras, dada la multiplicidad de operaciones, la dedicación a esta tarea hubiera restado tiempo para dedicarse a tareas sin duda de mayor utilidad.

Por otra parte la falta de tipificación del deber de solicitar la autorización da como resultado que la sanción a aplicar en estos casos sólo se puede calificar de falta leve, con lo que puede resultar más conveniente a los interesados pagar la sanción y no solicitar la autorización.

La creación de grupos de sociedades en cuya cabecera se sitúa un holding no regulado para separar las sociedades con actividades reguladas de aquellas con actividades no reguladas encuentra su fundamento, no en evitar la necesidad de obtener la autorización de la CNE para hacer adquisiciones de otras sociedades, sino en cumplir el requisito legal establecido de que las sociedades con actividades reguladas deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas.

Un argumento suplementario que invita a la no aplicación en este caso de la función 14 es que, de acuerdo con el principio de territorialidad, no podrían quedar sometidas al control de la función decimocuarta aquellas operaciones realizadas por sociedades matrices extranjeras (que desarrollen indirectamente en España, a través de filiales nacionales, actividades reguladas y las demás previstas en la función decimocuarta) consistentes en la toma de participación en sociedades que, a su vez, realicen sus actividades en el exterior, lo que constituiría una discriminación para las sociedades matrices nacionales que sí estarían obligadas a solicitar dicha autorización en las mismas circunstancias.


