



Comisión
Nacional
de Energía

**RESOLUCIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA, EN
EL PROCEDIMIENTO AEV 1/2006, SOBRE LA SOLICITUD DE
AUTORIZACIÓN INSTADA POR ACS ACTIVIDADES DE
CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A., AL AMPARO DEL
NUMERO CINCO DEL ARTICULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY
6/2000, DE 23 DE JUNIO**

15 de febrero de 2007

RESOLUCIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA, EN EL PROCEDIMIENTO AEV 1/2006, SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN INSTADA POR ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A., AL AMPARO DEL NUMERO CINCO DEL ARTICULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO

ANTECEDENTES DE HECHO

I. En el ejercicio de las funciones que le atribuye la Disposición Adicional Undécima Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, y en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 3.1 del Reglamento aprobado mediante Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acuerda, en su sesión celebrada el día 16 de febrero de 2006, aprobar la Resolución por la que se establecen y hacen públicas las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos, figurando dentro de la relación del sector eléctrico como operadores principales UNION FENOSA e IBERDROLA.

II. Con fecha de 24 de febrero de 2006 es remitida notificación de la Resolución antes referida, mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2006, a los operadores principales de los sectores de electricidad, hidrocarburos gaseosos e hidrocarburos líquidos, a los efectos oportunos.

III. Con fecha de 10 de marzo de 2006 es publicada en el Boletín Oficial del

Estado la Resolución de la CNE de 16 de febrero antes mencionada.

IV. Con fecha de 5 de octubre de 2006 tiene entrada en la CNE escrito de ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A. (en adelante también ACS) por el que solicita, respecto de la situación de participaciones accionariales y presencia en los órganos de administración de esa sociedad en dos operadores principales del sector de electricidad según calificación realizada por la CNE en su Resolución de 16 de febrero de 2004 y publicada en el BOE de 10 de marzo de 2006 (en particular, en las sociedades UNION FENOSA, S.A. e IBERDROLA, S.A.) *“...de un lado, tenga a esta sociedad, y demás integrantes de su Grupo de empresas, como comunicante de su opción por Unión Fenosa, S.A. a fin de ejercitar sus derechos de voto sin restricción alguna; de otro lado, autorice a esta sociedad, para sí y demás integrantes de su Grupo de empresas, a ejercer en Iberdrola, S.A. todos los derechos de voto que le puedan corresponder en función de las acciones de esta sociedad de las que sea titular, por encima del límite del 3%.”*

ACS entiende que ello no implicará que se favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni tampoco supone riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos entre IBERDROLA y UNION FENOSA, puesto que, tal y como se indica en el escrito, como accionista sin representación en el Consejo de Administración de IBERDROLA, el GRUPO ACS no dispondrá en esta sociedad de otra información que la información pública disponible por parte de cualquier accionista, ni podrá influir en la estrategia de IBERDROLA en la medida en que, según manifiesta ACS, esta estrategia se decide por su equipo directivo y es refrendada por el Consejo de Administración y no por la Junta de Accionistas.

Finalmente, ACS justifica su petición indicando que *“la limitación al 3% del capital social de los derechos de voto en Iberdrola, S.A. de Grupo ACS puede ser perjudicial para la propia Iberdrola, S.A. que se verá así privada de un accionista,*

con plenos derechos sociales, que pueda servir como elemento de estabilidad y de defensa de sus intereses.....”

V. Con fecha 13 de octubre de 2006, tiene entrada en la CNE un escrito de IBERDROLA, en relación con la solicitud planteada por ACS ante la CNE a los efectos del levantamiento del límite del 3 por ciento para el ejercicio de sus derechos políticos como accionista de IBERDROLA, solicitando a la CNE el reconocimiento a IBERDROLA de la condición de interesado y, a tal efecto, se considere como personada en el procedimiento administrativo que pudiera estar sustanciándose en la CNE, y el acceso de IBERDROLA a dicho expediente administrativo.

VI. El Consejo de Administración de la CNE, en su sesión de 19 de octubre de 2006, acuerda estimar, en relación con el procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, la condición de interesada en el procedimiento de IBERDROLA, S.A., notificándose así en la misma fecha de 19 de octubre de 2006 a IBERDROLA, S.A. y a ACS, S.A.

VII. Con fecha 19 de octubre de 2006, se remite a ACS la comunicación referida en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de conformidad con los criterios establecidos en la Orden de 14 de abril de 1999, haciendo constar el objeto del procedimiento administrativo derivado de la solicitud de autorización planteado por ACS ante la CNE, con fecha 5 de octubre de 2006, el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo.

VIII. Con fecha 19 de octubre de 2006, se remite escrito a UNION FENOSA comunicando, a los efectos previstos en el artículo 34 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la tramitación del procedimiento administrativo que tiene por objeto la solicitud de autorización realizada por ACS ante la CNE, con fecha 5 de octubre de 2006, para que, en su caso, se persone y formule cuantas alegaciones estime

convenientes a su derecho.

IX. Con fecha 27 de octubre de 2006, la CNE remite oficio a ACS, en relación con el procedimiento de referencia, previo acuerdo del Consejo de Administración de la CNE de 26 de octubre de 2006, requiriendo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, le remita en el plazo de quince días hábiles determinada información, suspendiéndose el plazo para resolver por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento o por el transcurso del plazo concedido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La información solicitada es la siguiente:

- Sin perjuicio de la información ya señalada en su escrito de 4 de octubre de 2006, remita información sobre el porcentaje y número de acciones detenidas en la actualidad por ACS en el capital social de IBERDROLA, S.A., sus características y derechos específicos que atribuye, así como el porcentaje de acciones que pretende llegar a adquirir;
- Confirme que no posee representación en el Consejo de Administración de IBERDROLA, S.A. y señale si tiene intención o no de tenerla en el futuro una vez alcance el porcentaje del 24,9 %, o si por el contrario manifiesta su renuncia a dicha presencia, a los efectos del presente expediente;
- Exponga cuál es o será a su juicio la importancia relativa de la cuota de participación de ACS en el capital social de IBERDROLA, y la incidencia de dicha cuota del capital social en la adopción por la Junta General de Accionistas de IBERDROLA de decisiones que afecten a su estrategia competitiva;
- Desarrolle las razones por las que ACS entiende que mediante el ejercicio, en las reuniones de la Junta de Accionistas, de los derechos de voto correspondientes a sus participaciones en exceso sobre el 3 % en el

capital social de IBERDROLA, no se favorece el intercambio de información estratégica entre operadores ni implica el riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos, circunstancia necesaria para poder otorgar la autorización prevista en el artículo 34.5 del Real Decreto-Ley 6/2000;

- Información sobre las actuales participaciones accionariales detentadas por ACS en el capital social de UNION FENOSA;
- Detalle sobre la presencia de ACS en los órganos de administración o gestión de las sociedades UNION FENOSA (Consejo de Administración Comisiones Ejecutivas o Comités de Dirección), refiriendo los poderes concretos de intervención en la administración y gestión de dicha sociedad;
- Indique si además de las señaladas, existen otras participaciones accionariales en los operadores principales del sector de electricidad (IBERDROLA, UNION FENOSA u otros) detentadas por otras personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de ACS, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión, y en tal sentido, si se produce alguno de los supuestos en los que el artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 6/2000 presume actuación por cuenta de ACS o actuación concertada con dicha entidad.

X. Con fecha 27 de octubre de 2006, la CNE remite oficio a IBERDROLA, en relación con el procedimiento de referencia, previo acuerdo del Consejo de Administración de la CNE de 26 de octubre de 2006, requiriendo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, le remita en el plazo de quince días hábiles determinada información, suspendiéndose el plazo para resolver por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento o por el transcurso del plazo concedido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La información solicitada es la siguiente:

- Información detallada y actualizada de que disponga esa sociedad sobre la composición accionarial del capital social de IBERDROLA, S.A., señalando en cualquier caso solamente aquellos accionistas más relevantes, que dispongan de más de un 1 % del capital social;
- Copia de los estatutos sociales de IBERDROLA, S.A.;
- Detalle de los miembros de los órganos de administración de IBERDROLA, S.A., señalando el carácter que cada uno tenga (institucionales, independientes o dominicales) y su representación en caso de ser dominicales;
- Copia de cualesquiera acuerdos o pactos entre accionistas de IBERDROLA, S.A. que afecten a la gestión de dicha sociedad, o que afecten en alguna medida a la adopción de los acuerdos por el Consejo de Administración o por la Junta General, y no figuren en sus estatutos;
- Detalle de los acuerdos comerciales en el ámbito de los sectores energéticos que tenga suscritos IBERDROLA, s.a. con UNION FENOSA, S.A.

XI. Con fecha 27 de octubre de 2006, la CNE remite oficio a UNION FENOSA en relación con el procedimiento de referencia, previo acuerdo del Consejo de Administración de la CNE de 26 de octubre de 2006, requiriendo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, le remita en el plazo de quince días hábiles determinada información, suspendiéndose el plazo para resolver por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento o por el transcurso del plazo concedido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La información solicitada es la siguiente:

- Información detallada y actualizada de que disponga esa sociedad sobre la composición accionarial del capital social de UNION FENOSA, S.A.,

señalando en cualquier caso solamente aquellos accionistas más relevantes, que dispongan de más de un 1 % del capital social;

- Copia de los estatutos sociales;
- Detalle sobre los miembros de los órganos de administración de UNION FENOSA, S.A., señalando el carácter que cada uno tenga (institucionales, independientes o dominicales) y el accionista al que representan en caso de ser dominicales;
- Copia de cualesquiera acuerdos o pactos entre accionistas de UNION FENOSA, S.A., que afecten a la gestión de dicha sociedad, o que afecten en alguna medida a la adopción de los acuerdos por el Consejo de Administración o por la Junta General, y no figuren en sus estatutos;
- Detalle de los acuerdos comerciales en el ámbito de los sectores energéticos que tenga suscritos UNION FENOSA, S.A con IBERDROLA, S.A.

XII. Con fecha 30 de octubre de 2006, tiene entrada en la CNE un escrito de ENDESA por el que solicita se reconozca a la misma su condición de interesada en el expediente relativo a la solicitud de ACS de autorización al amparo de la función Decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, así como en el expediente relativo a la solicitud de levantamiento de la suspensión del ejercicio de derechos de voto al amparo del artículo 34.5 del Real Decreto-Ley 6/2000, y, en consecuencia se le dé traslado de toda la documentación que obre, actualmente y durante el curso de su tramitación, en dicho expediente así como de cualquier propuesta de resolución, informe o cualquier otra actuación que la CNE adopte en relación con el mismo y se permita a ENDESA formular las alegaciones y aportar los documentos que al efecto considere convenientes.

ENDESA indica que además de la solicitud de autorización ante la CNE para la adquisición del 24,99 por ciento del capital social de IBERDROLA, ACS ha solicitado autorización para el ejercicio de sus derechos de voto en IBERDROLA

por encima del 3 por ciento permitido por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, por lo que entiende ENDESA que en caso de obtener ACS respuesta favorable a sus peticiones “ejercerá en la práctica una influencia determinante respecto de la toma de decisiones por parte de Iberdrola, S.A. relativas a los activos estratégicos de los que es cotitular junto con Endesa...” , considerando que en este caso la esfera jurídica de ENDESA puede verse afectada por el cambio de titularidad de un partícipe.

También indica ENDESA en su escrito que ACS no sólo sería accionista de IBERDROLA, sino también de UNION FENOSA, S.A. , de la que dispone del 35,188 por ciento del capital social, existiendo una “posibilidad evidente” de que se materialice el riesgo de intercambios de información o coordinación de comportamientos entre competidores. Adicionalmente, se menciona la participación de IBERDROLA en el 9,5 por ciento de EDP que, a su vez, controla el 99 por ciento de HIDROCANTABRICO. Todo ello evidencia, según ENDESA, “el riesgo de coordinación de conductas entre competidores de Endesa, o intercambios de información estratégica entre los mismos, se multiplica por cuatro, pues afecta no ya sólo a Iberdrola, S.A. y a Unión Fenosa, S.A., sino también a Hidrocantábrico, S.A. y EDP.”

Continúa indicando que *“estas circunstancias justifican por sí solas el interés legítimo de Endesa en el presente expediente y su derecho a que sus alegaciones sean tomadas en consideración por la CNE en el procedimiento de autorización tramitado.”*

XIII. El Consejo de Administración de la CNE, en su sesión celebrada el 2 de noviembre de 2006, acuerda desestimar, en relación con el procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, la solicitud de reconocimiento de la condición de interesado en el procedimiento formulada por ENDESA. Con fecha 3 de noviembre de 2006, la CNE procede a trasladar del citado acuerdo a ACS y a ENDESA.

XIV. Con fecha 15 de noviembre de 2006 tiene entrada en la CNE escrito de respuesta por parte de UNION FENOSA a la solicitud de información remitida el 27 de octubre de 2006.

La información remitida es la siguiente.

1) Información detallada y actualizada sobre la composición accionarial del capital social de UNION FENOSA, S.A.:

ACCIONISTA	% CAPITAL
ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A.	40,47
CAIXA GALICIA	9,99
INVERSIONES RAZO, S.L. (D. Manuel Jove Capellán)	5,151
CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA (Caixanova)	5,022
CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO (CAM)	4,04
BANCO PASTOR	3,76

Según informa UNION FENOSA, mediante Hecho Relevante de fecha 15 de noviembre de 2006, ACS ha comunicado a la CNMV la compra, en dicha fecha, de un 4,5 por ciento de UNION FENOSA, por lo que su participación alcanza el 40,47 por ciento.

2) Se adjuntan los estatutos sociales.

3) Detalle sobre los miembros de los órganos de administración de UNION FENOSA, S.A., señalando el carácter que cada uno tenga y el accionista al que representan en caso de ser dominicales.

PEDRO JOSE LOPEZ JIMENEZ (PRESIDENTE)	DOMINICAL ACS
HONORATO PEREZ ISLA (VICEPRESIDENTE PRIMERO Y	

CONSEJERO DELEGADO)	EJECUTIVO
JOSE LUIS MENDEZ LOPEZ (VICEPRESIDENTE)	DOMINICAL CAIXA GALICIA
JOSE MARIA ARIAS MOSQUERA (VICEPRESIDENTE)	DOMINICAL BANCO PASTOR
PR PRISA, S.A. (representado por GUILLERMO DE LA DEHESA ROMERO)	DOMINICAL ACS
ERNESTO MATA LOPEZ	EJECUTIVO
FERNANDO FERNANDEZ-TAPIAS ROMAN	INDEPENDIENTE
JOSE ANTONIO OLAVARRIETA ARCOS	INDEPENDIENTE
ELIAS VELASCO GARCIA	EJECUTIVO
JOSE B. TERCEIRO LOMBA	DOMINICAL CAIXA GALICIA
ALFONSO PORRAS DEL CORRAL	DOMINICAL BANCO PASTOR
LUIS ESTEBAN MARCOS	DOMINICAL CAM
CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA (CAIXANOVA) (representada por JULIO FERNANDEZ GAYOSO)	DOMINICAL CAIXANOVA
ANGEL GARCIA ALTOZANO	DOMINICAL ACS
SANTOS MARTINEZ-CONDE Y GUTIERREZ BARQUIN	DOMINICAL ACS
MANUEL DELGADO SOLIS	DOMINICAL ACS
JOSE MARIA LOIZAGA VIGURI	DOMINICAL ACS
ANTONIO GARCIA FERRER	DOMINICAL ACS
JUAN CARLOS RODRIGUEZ CEBRIAN	DOMINICAL CAIXA GALICIA
JOSE LUIS DEL VALLE PEREZ	DOMINICAL ACS
JULIO SACRISTAN FIDALGO	DOMINICAL ACS

UNION FENOSA indica en su escrito que en tal momento existe una vacante en el Consejo de Administración debido a la dimisión presentada por el consejero de INVERSIONES RAZO, S.L.

4) Con respecto a acuerdos o pactos entre accionistas de UNION FENOSA, S.A. que afecten a la gestión de dicha sociedad, o que afecten en alguna medida a la adopción de los acuerdos por el Consejo de Administración o por la Junta General y no figuren en sus estatutos, UNION FENOSA indica que no tiene constancia de la existencia de pactos parasociales definidos en el artículo 112 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, de Mercado de Valores, que afecten a la regulación del ejercicio del derecho de voto en las Juntas Generales o restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones de UNION FENOSA.

Asimismo, indica que la sociedad no tiene conocimiento de la existencia de acciones concertadas entre los accionistas significativos en el sentido del artículo 2 del Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre Comunicación de Participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias.

5) Detalle de los acuerdos comerciales en el ámbito de los sectores energéticos suscritos por UNION FENOSA, S.A. con IBERDROLA, S.A.

GENERACION ELECTRICA			
SOCIEDAD	% UF	% IB	OTROS
CENTRAL TERMICA DE ACECA COMUNIDAD DE BIENES (C.B)	50	50	
CENTRAL NUCLEAR DE TRILLO C.B.	34,5 UFG	48 IBG	2% NUCLENOR (empresa participada a su vez al 50% por IBG)
CENTRAL NUCLEAR DE ALMARAZ C.B.	11,292 UFG	52,687 IBG	
CENTRALES NUCLEARES ALMARAZ- TRILLO, A.I.E.	19,33 UFG	51,06 IBG	0,7% NUCLENOR (empresa participada a su vez al 50% por IBG)
TECNATOM, S.A.	15,001 UFG	30,002 IBG	

Se indica que, adicionalmente, existe una empresa participada entre UFG (UNION FENOSA GENERACION) e IBG (IBERDROLA GENERACION), entre otros, denominada DESARROLLO TECNOLOGICO NUCLEAR, S.L. En la actualidad está inactiva y en proceso de liquidación.

DISTRIBUCION ELECTRICA		
SOCIEDAD	% UF	% IB
ELECTRICA CONQUENSE, S.A.	46,406	53,594

GAS (REGASIFICACION)

SOCIEDAD	ACCIONISTAS	ACCIONISTAS
PLANTA DE REGASIFICACION DE SAGUNTO, S.A.	INFRAESTRUCTURAS DE GAS, S.A. 50%	INICIATIVAS DE GAS, S.A. 50%

INFRAESTRUCTURAS DE GAS, S.A. está participada en un 85 por ciento por UNION FENOSA GAS y en un 15 por ciento por OMAN OIL HOLDINGS SPAIN, S.L.

Por su parte, INICIATIVAS DE GAS, S.A. está participada en un 60 por ciento por IBERDROLA y en un 40 por ciento por ENDESA.

XV. Con fecha 16 de noviembre de 2006 tiene entrada en la CNE el escrito de ACS en respuesta a la solicitud de información formulada por la CNE, mediante solicitud de fecha 27 de octubre de 2006. En el mismo se detallan las preguntas formuladas por la CNE, haciendo constar las siguientes respuestas:

- *Información sobre el porcentaje y número de acciones detenidas en la actualidad por ACS en el capital social de IBERDROLA, detallando características, derechos específicos, así como el porcentaje de acciones que pretende llegar a adquirir.*

ACS indica que a través de una sociedad participada al 100 por cien, posee en la actualidad 90.154.918 acciones, representativas del 10 por ciento del capital social de IBERDROLA, S.A., representadas por medio de anotaciones en cuenta, con un valor nominal unitario de 3 euros, todas ellas pertenecientes a la misma clase y serie que las demás acciones emitidas por la compañía, disponiendo de los mismos derechos y obligaciones que el resto de accionistas.

Al respecto de las acciones que se pretenden adquirir, ACS indica que pretende adquirir el número de acciones que como máximo permita la normativa reguladora

de las ofertas públicas de adquisición de valores de sociedades cotizadas sin la necesidad de lanzar una OPA, porcentaje que, en la actualidad supone un 25 por ciento menos 1 acción. En la medida en que se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley, de transposición de directivas comunitarias, que establece el límite anterior en el 30 por ciento, se solicita que la autorización sea hasta ese límite máximo, rebasado el cual, conforme a la legislación vigente, se hace obligatorio lanzar una OPA.

- *Representación en el Consejo de Administración de IBERDROLA, S.A.*

ACS indica que ninguna de las sociedades del grupo posee representación en los órganos de administración de IBERDROLA, S.A. y se confirma que no ha solicitado autorización para ostentar representación alguna una vez superado el porcentaje del 10 por ciento y se alcanza el porcentaje del 25 o del 30 por ciento, sin que aquello implique que se renuncie a solicitar en su día a la CNE dicha autorización si se considera necesario para la mejor defensa de los intereses de la sociedad.

- *Importancia relativa de la cuota de participación de ACS en el capital social de IBERDROLA e incidencia de dicha cuota en la adopción de decisiones que afecten a la estrategia competitiva.*

ACS entiende que su participación en el 10 por ciento del capital social de IBERDROLA, a pesar de situarles como primer accionista, *“tiene una importancia relativa en general y prácticamente nula en la definición de la estrategia competitiva”*. Justifica la importancia relativa en general en la medida en que no dispone de presencia en el órgano de administración de IBERDROLA y en el hecho de que, normalmente, suelen asistir a las Juntas Generales de Accionistas más del 50 por ciento del capital social. En cuanto a la consideración de una importancia prácticamente nula en relación a estrategia competitiva, se indica que los planes estratégicos, elaborados por los órganos de dirección, no se suelen

someter a deliberación y voto en las Juntas Generales de Accionistas. Adicionalmente expone que, conforme a los Estatutos Sociales vigentes, el derecho de voto de los accionistas de IBERDROLA viene limitado, como máximo, al 10 por ciento del capital social y que, en determinados casos de conflicto de interés, como fusiones, escisiones o ampliaciones de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente, el socio afectado carece de derecho de voto en el asunto tratado.

- *Razones por las que ACS entiende que mediante el ejercicio, en las reuniones de la Junta de Accionistas, de los derechos de voto correspondientes a sus participaciones en exceso sobre el 3% en el capital social de IBERDROLA, no se favorece el intercambio de información estratégica entre operadores ni implica el riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos, circunstancia necesaria para poder otorgar la autorización prevista en el art. 34.5 RDL 6/2000.*

ACS indica en su escrito tres razones que justifican la citada afirmación:

En primer lugar, el hecho de que los planes estratégicos o industriales de las compañías no se someten a la decisión de las Juntas Generales de Accionistas, siendo estos planes, por lo general, confeccionados por la alta dirección de las sociedades y en todo caso, sometidos al conocimiento, o a la aprobación, de las Comisiones Ejecutivas o de los Consejos de Administración de las sociedades, llegando al conocimiento de los accionistas cuando se hacen públicos a través de Hechos Relevantes, siendo publicadas generalidades al respecto de dichos planes, por motivos de confidencialidad.

En segundo lugar, indica la limitación del ejercicio de los derechos de voto en IBERDROLA, S.A. a un máximo del 10 por ciento, así como la supresión de dicho derecho de voto respecto de acuerdos sobre fusiones, escisiones y ampliaciones de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente para los

accionistas que incurran en conflicto de interés.

En tercer lugar, conforme a lo establecido en el artículo 127, tercero, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aún participando en los órganos de administración los representantes dominicales de ACS tendrían la obligación de abstenerse de participar en la deliberación y votación de los asuntos en los que pudieran entrar en contradicción los intereses del accionista representado y los de la propia sociedad.

- *Información sobre las actuales participaciones accionariales detentadas por ACS en el capital social de UNION FENOSA.*

ACS indica que sumando el porcentaje del 4,5 por ciento comprado en fecha 15 de noviembre de 2006, la participación del GRUPO ACS en UNION FENOSA, S.A. alcanza un total de 123.301.939 acciones, que representan el 40,4694 por ciento del capital social.

- *Detalle sobre la presencia de ACS en los órganos de administración o gestión de las sociedades UNION FENOSA, indicando poderes concretos de intervención.*

ACS informa que su grupo está representado en el Consejo de Administración de UNION FENOSA a través del Presidente y ocho vocales, es decir, nueve miembros de un total de 22, existiendo en la actualidad una vacante sin cubrir. En la Comisión ejecutiva, con 5 miembros de un total de 12 y sus representantes no forman parte del Comité de Dirección. Se indica que el Consejo de Administración goza por ley de plenos poderes de representación, habiendo delegado en la Comisión Ejecutiva la totalidad de los mismos salvo los que por Ley o según los Estatutos sean de naturaleza indelegable.

Continúa exponiendo que el Presidente del Consejo de Administración, al margen

de las facultades estatutarias, ha sido apoderado por la Comisión Ejecutiva, mediante acuerdo del 27 de julio de 2006, para el ejercicio de otras facultades, las cuales se detallan de forma exhaustiva en el escrito.

- *Indicar la existencia de otras participaciones accionariales en los operadores principales del sector de electricidad detentadas por otras personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de ACS, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión, y en tal sentido, si se produce alguno de los supuestos en los que el artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 6/2000 presume actuación por cuenta de ACS o actuación concertada con dicha entidad.*

ACS responde que su grupo no posee participación accionarial alguna, distintas de las mencionadas en este escrito, en el capital social de otros operadores principales del sector de la electricidad.

XVI. Con fecha 16 de noviembre de 2006 tiene entrada en la CNE un escrito de IBERDROLA, en respuesta al requerimiento de información realizado con fecha 27 de octubre, aportando los datos solicitados:

- *Información detallada y actualizada sobre la composición accionarial del capital social de IBERDROLA, S.A., señalando solamente aquellos accionistas más relevantes, que dispongan de más del 1 por ciento del capital social.*

IBERDROLA se remite a la información disponible en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y que la sociedad adjunta al escrito respuesta, de la cual se destacan las siguientes participaciones:

ACCIONISTA	% PARTICIPACION
------------	-----------------

JUAN LUIS ARREGUI CIARSOLO (Consejero)	1,938
ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A.	10
BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.	5,460
BILBAO BIZKAIA KUTXA	5,010
AURREZKI KUTXA ETA BAHITETXEA RESIDENCIAL MONTECARMELO, S.A.	10

Asimismo, se adjuntan los Estatutos Sociales de IBERDROLA, S.A., solicitados por la CNE, los cuales están disponibles en la página web de IBERDROLA.

Al respecto del detalle sobre los miembros del Consejo de Administración de IBERDROLA, se acompaña la siguiente relación actualizada de consejeros:

	CARGO	TIPOLOGIA DE CONSEJERO
JOSE IGNACIO SANCHEZ GALAN	PRESIDENTE Y CONSEJERO DELEGADO	EJECUTIVO
JUAN LUIS ARREGUI CIARSOLO	VICEPRESIDENTE	EXTERNO INDEPENDIENTE
VIRCTOR DE URRUTIA VALLEJO	VICEPRESIDENTE	EXTERNO INDEPENDIENTE
JOSE ORBEGOZO ARROYO	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
LUCAS MARIA DE ORIOL LOPEZ- MONTENEGRO	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
RICARDO ALVAREZ ISASI	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
MARIANO DE YBARRA Y ZUBIRIA	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
JOSE IGNACIO BERROETA ECHEVARRIA	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
JULIO DE MIGUEL AYNAT	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
SEBASTIAN BATTANER ARIAS	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
XABIER DE IRALA ESTÉVEZ	VOCAL	EXTERNO DOMINICAL (BBK)
IÑIGO VICTOR DE ORIOL IBARRA	VOCAL	EXTERNO
INES MACHO STADLER	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE
BRAULIO MEDEL CAMARA	VOCAL	EXTERNO INDEPENDIENTE

JOSE CARLOS PLA ROYO	VOCAL	EXTERNO DOMINICAL (BBVA)
----------------------	-------	--------------------------

En relación a acuerdos o pactos entre accionistas de IBERDROLA, S.A. que afecten a la gestión de la sociedad o a la adopción de acuerdos por parte del Consejo de Administración o la Junta General y que no figuren en los estatutos, IBERDROLA indica que *“no tiene conocimiento de pactos parasociales entre accionistas.”*

Finalmente, al respecto de acuerdos comerciales en el ámbito de los sectores energéticos suscritos entre IBERDROLA y UNION FENOSA, se adjunta detalle de los acuerdos en vigor, relativos a las actividades de generación, gas y renovables, para los cuales IBERDROLA solicita el mantenimiento de la confidencialidad:

1. Acuerdos comerciales entre IBERDROLA GENERACION Y UNION FENOSA:

- Centrales nucleares de Almaraz y Trillo

Ambas sociedades son copropietarios en régimen de Comunidad de Bienes de ambas centrales nucleares, de acuerdo con los siguientes porcentajes de participación:

C.N. ALMARZAZ	
IBERDROLA GENERACION, S.A.U.	52,687%
ENDESA GENERACION, S.A.	36,021%
UNION FENOSA GENERACION, S.A.	11,292%

C.N. TRILLO	
IBERDROLA GENERACION, S.A.U.	48%
UNION FENOSA GENERACION, S.A.	34,5%
HIDROCANTABRICO, S.A.	15,5%
NUCLENOR, S.A.	2%

Asimismo, se indica que tienen constituida una Agrupación de Interés Económico (Centrales Nucleares Almaraz-Trillo, AIE) para la explotación, gestión y administración de los activos en copropiedad, estando representadas ambas sociedades en el órgano de gobierno de la misma, Junta de Administradores.

- Central Térmica de ACECA

IBERDROLA GENERACIÓN y UNION FENOSA GENERACION son copropietarios en régimen de Comunidad de bienes, al 50 por ciento, de la central térmica de ACECA.

2. Acuerdos comerciales vigentes entre IBERDROLA y UNION FENOSA GAS, S.A.

La SOCIEDAD INICIATIVAS DE GAS, S.L. propiedad de IBERDROLA, S.A. al 60 por ciento y de ENDESA GENERACION, S.A. al 40 por ciento, es propietaria del 50 por ciento de SAGGAS, perteneciendo el otro 50 por ciento a la sociedad INFRAESTRUCTURAS DE GAS, S.A., sociedad participada en un 85 por ciento por UNION FENOSA GAS, S.A. y por OMAN OIL HOLDINGS SPAIN, S.L, en el 15 por ciento. UNION FENOSA GAS, S.A. es propiedad al 50 por ciento de UNION FENOSA, S.A. y ENI.

SAGGAS se rige por sus estatutos sociales y por el acuerdo entre sus dos accionistas, de fecha 7 de enero de 2003, modificado parcialmente con fecha 26 de marzo de 2004. En dicho acuerdo se prevé un régimen de mayorías reforzadas para la adopción de ciertos acuerdos sociales, trascendentes para la sociedad, así como un sistema para evitar el bloqueo.

3. Acuerdos comerciales vigentes entre IBERDROLA y UNION FENOSA en el área de renovables.

- Contrato de conexión, de 21 de marzo de 2002, entre EOLICAS DEL SIL, S.A. (absorbida por IBERDROLA ENERGIAS RENOVABLES DE GALICIA, S.A.) y UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A., para la construcción de las instalaciones de conexión del Parque eólico de Serra do Larouco a la red de distribución de UNION FENOSA DISTRIBUCION.
- Contrato de 21 de marzo de 2003 entre EOLICAS DEL SIL y UNION FENOSA DISTRIBUCION modificando parcialmente el anterior contrato.
- Contrato de Compromiso de Cesión de uso de instalaciones eléctricas, de 10 de mayo de 2004, entre ENERGIAS EOLICAS EUROPEAS, S.A. (absorbida por IBERDROLA ENERGIAS RENOVABLES DE CASTILLA LA MANCHA, S.A.) y ENEL UNION FENOSA RENOVABLES.
- Compromiso de cesión de uso de instalaciones eléctricas, de 27 de julio de 2006, entre IBERDROLA ENERGIAS RENOVABLES DE CASTILLA LA MANCHA, S.A. y ENEL UNION FENOSA RENOVABLES, S.A.

XVII. Con fecha 22 de noviembre de 2006 tiene entrada en la CNE escrito de IBERDROLA advirtiendo un defecto en la información facilitada en el escrito anterior, de fecha 16 de noviembre, aportando información complementaria y referida, concretamente, a los acuerdos comerciales vigentes entre IBERDROLA y UNION FENOSA DISTRIBUCION.

Así, a la información ya notificada añade los datos referidos a ELECTRICA CONQUENSE, S.A., participada por IBERDROLA, S.A. en un 53,59 por ciento y por UNION FENOSA DISTRIBUCION, S.A. en el 46,41 por ciento restante. En cumplimiento de la separación jurídica de actividades en 2000 se constituyó ELECTRICA CONQUENSE DISTRIBUCION, S.A.U., propiedad 100 por cien de ELECTRICA CONQUENSE, siendo la sociedad que presta el suministro de energía eléctrica en Cuenca.

XVIII. Con fecha de 23 de noviembre de 2006 tiene entrada en la CNE

comunicación de IBERDROLA por la que señala que es de interés de esa sociedad no tener por solicitada la declaración de confidencialidad del Anexo 4 del escrito presentado en el expediente abierto a instancia de ACS al amparo del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

XIX. Con fecha de 18 de enero de 2007 el Consejo de Administración de la CNE acuerda otorgar el trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por un plazo de diez días hábiles, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación realizada con fecha de salida de la CNE de 22 de enero de 2007.

XX. Con fecha de 29 de enero de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de IBERDROLA, S.A. por el que, al amparo de lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, solicita ampliación en cinco días hábiles más del plazo de diez días inicialmente concedido a esa sociedad para el trámite de audiencia.

XXI. Con fecha de 8 de febrero de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de IBERDROLA por el que presenta alegaciones dentro del trámite de audiencia. En resumen, señala IBERDROLA que *“dada la relevancia de las participaciones de ACS en Unión Fenosa –participación de control que permite ejercer una influencia decisiva- y en Iberdrola –participación estratégica que permite ejercer una influencia significativa si se mantiene en el 10 % y de control si aumenta hasta el 24,99 % (o hasta el 29,99 %)- existe un riesgo cierto de que ambas coordinen sus comportamientos competitivos a través de ACS, y parece razonable asumir que tal concertación, de producirse, podría causar daños relevantes en el mercado.*

La CNE podría incluso considerar que los riesgos de coordinación de comportamientos competitivos y/o los previsibles daños sobre la competencia son

aún mayores que en el caso de La Caixa. Si en aquel caso se limitó el ejercicio de los derechos de voto por encima del 3 % a las votaciones relativas al contenido de la Junta General ordinaria (aprobación de la gestión, de las cuentas y aplicación del resultado), en éste la CNE podría llegar a prohibir, sin excepción alguna y sin posibilidad de solicitar autorizaciones puntuales, el ejercicio de los derechos políticos de ACS en Iberdrola por encima del 3 %.

Por ello, la CNE, atendiendo a la finalidad del Real Decreto-Ley 6/2000 y a sus propios precedentes, no habría de autorizar el ejercicio de derechos de voto por encima del 3 % en Iberdrola”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCESALES

I. Competencia de la Comisión Nacional de Energía para resolver el presente procedimiento

El número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, establece que “... la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”.

Por tanto, en relación con los sectores energéticos, la CNE es el organismo competente para tramitar las solicitudes de autorización realizadas al amparo del citado número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

Asimismo, en el número Siete del mencionado precepto se establece que "La Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones están legitimadas, dentro de sus respectivas competencias, para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo".

Por último, la CNE tiene atribuidas, como organismo regulador de los sectores energéticos, amplias funciones en la Disposición Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Dentro de la Comisión Nacional de Energía, corresponde a su Consejo de Administración aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE.

II. Procedimiento aplicable y carácter de la decisión

El procedimiento se ha tramitado con arreglo a lo previsto en el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, y con carácter general con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que la CNE debe sujetar su actuación cuando ejerce potestades administrativas, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Undécima Primero.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

De conformidad con el referido Real Decreto 1232/2001, el plazo para resolver el presente procedimiento es el de cuatro meses desde la entrada de la solicitud en el registro de la CNE.

FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

III. Sobre la finalidad de las limitaciones previstas en el artículo 34 Uno del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, y su origen en los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, convalidado mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha 29 de junio de 2000, modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y por el Real Decreto-Ley 5/2005, establece determinadas limitaciones aplicables a las personas físicas o jurídicas que directa o indirectamente participen, en una proporción igual o superior al 3 por ciento del total, en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número Dos del mismo artículo.

Estas limitaciones se concretan en la prohibición del ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 por ciento del capital social en más de uno de dichos operadores, y en la prohibición de designación de miembros de los órganos de administración en más de una de dichas entidades.

La finalidad del precepto, según se señala en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, es la de *“prevenir la coordinación de comportamientos competitivos de operadores de determinados mercados en procesos de liberalización derivada de la presencia de accionistas comunes. Con este fin, se establecen ciertas limitaciones a la presencia simultánea en el Consejo de Administración de operadores competidores en dichos mercados, así como al ejercicio de los derechos de voto correspondientes al capital de los mismos”*.

Una finalidad de la misma naturaleza fue la que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Competencia en el análisis de las operaciones de concentración celebradas en el sector financiero, entre el Banco Santander y el Banco Central Hispano (Informe del TDC en el expediente C 39/99), y entre el Banco Bilbao Vizcaya y Argentaria, Caja Postal y Banco Hipotecario (Informe del TDC en el expediente C 47/99).

En este contexto, para determinar el alcance y finalidad del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, resultan elocuentes determinados fragmentos del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia en el informe sobre la concentración de las entidades financieras BBV y Argentaria, Caja Postal y Banco Hipotecario, cuando examina los efectos de la concentración en otros mercados diferentes del sector financiero, y en particular, los efectos sobre la competencia de la adquisición, por virtud de la propia fusión, de participaciones significativas en varios operadores de sectores que se encuentran en procesos de liberalización.

El Tribunal se refiere en primer lugar al concepto de influencia decisiva en el caso de control en común de empresas participadas, en los siguientes términos:

“La Comisión (Europea) define el concepto de influencia decisiva, en el caso de control en común de empresas participadas, como el “poder para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa”. Las circunstancias que permiten suponer la existencia de dicho poder de veto no incluyen solamente la mención específica de este derecho en los estatutos de la empresa participada, o en acuerdos explícitos entre los accionistas a este fin; también contemplan los casos en que los accionistas minoritarios pueden controlar la empresa mediante el ejercicio común de sus derechos de voto, a través de acuerdos jurídicamente vinculantes, o como consecuencia de la existencia de intereses comunes importantes que favorezcan una acción conjunta para

evitar el perjuicio mutuo al ejercer sus derechos sobre la empresa participada. En este último caso, la existencia de vínculos previos entre los accionistas constituyen indicadores de dicho interés común.

Los derechos de veto que den lugar al control común deben referirse a decisiones sobre la estrategia competitiva de la empresa participada, pero no requieren la facultad de influir en el funcionamiento cotidiano de la misma.

Pero dado que el examen del Tribunal se refiere a participaciones significativas que no necesariamente confieren control, su razonamiento no se detiene con la referencia al concepto de influencia decisiva, en los términos empleados por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, en el antiguo Reglamento CEE 4064/89, de 21 de diciembre de 1989 sobre control de concentraciones, sino que lo extiende a la consideración de la “*posible influencia con efectos negativos*” en casos de participaciones que no impliquen el control.

Señala el Tribunal:

En la consideración de la posible influencia con efectos negativos sobre la competencia se tienen en cuenta otros factores. Aún cuando las participaciones accionariales no impliquen el control de las empresas participadas competidoras entre sí, o la participación en su gestión, el hecho de ser un accionista relevante en las mismas permite conocer e intercambiar información estratégica. El entramado de intereses cruzados entre las matrices de empresas competidoras entre sí contribuye así mismo a la adopción de comportamientos contrarios a la competencia efectiva, especialmente si ello permite rentabilizar las elevadas inversiones requeridas para la participación en diversos sectores estratégicos. (el subrayado es nuestro)

En suma, el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que a través de participaciones accionariales que no confieran el control de las empresas participadas competidoras entre sí puede, no obstante, intercambiarse información estratégica y adoptarse comportamientos contrarios a la competencia efectiva.

El intercambio de información entre competidores es susceptible de constituir una práctica restrictiva de la competencia, contraria al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, o al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, según han señalado en reiteradas ocasiones tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia en el ámbito español¹, como la Comisión Europea y el Tribunal de Luxemburgo, en el contexto de la Unión Europea².

Por otro lado, la expresión "*adopción de comportamientos contrarios a la competencia efectiva*" que emplea el Tribunal, similar a la referida en el número Cinco del artículo 34 ("riesgo de coordinación de comportamientos estratégicos") remite con carácter general a la posibilidad de adopción de cualesquiera prácticas restrictivas de la competencia, o incluso de posición dominante colectiva, prohibidas por los preceptos de la legislación española y comunitaria antes mencionados (añadiendo en este caso los relativos al abuso de posición dominante antes no referidos, es decir, el artículo 6 de la Ley española antes señalada y el artículo 82 del Tratado mencionado).

¹ Ver Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia siguientes: Resolución de 6 de marzo de 1992, en el Expte. 306/91, Henkel Ibérica, Camp, Procter & Gamble España y Lever España; Resolución de 25 de mayo de 1993, en el Expte. 322/92 Faconauto; ; Resolución de 3 de junio de 1996, en el Expte. A 164/96, Servicio Trip/Asnef; Resolución de 7 de julio de 1997, en el Expte. A 209/97, Fichero Asnef-Sic.

² En su Séptimo Informe de Defensa de la Competencia, la Comisión Europea señala la distinción entre acuerdos de intercambio de información legales o anticompetitivos, dependiendo del tipo de información intercambiada (secretos de negocios) y la estructura de mercado. Ver también las siguientes decisiones en las que la Comisión Europea consideró contrarios al artículo 85 del Tratado CE acuerdos de intercambio de información entre competidores: Glass Containers (OJ L 160/1, 1974); Fatty Acids DOCE L , 1987 y UK Tractors DOCE L 68, 1992).

El razonamiento del Tribunal puede ser de utilidad para interpretar el alcance de las limitaciones previstas en el artículo 34, su finalidad y los riesgos que pretende evitar, y en la misma medida, la interpretación de los términos en que se expresa la autorización contemplada en el número Cinco del artículo 34, a cuyo amparo se insta por ACS la solicitud objeto del presente expediente.

IV. Sobre la cláusula autorizatoria prevista en el número Cinco del artículo 34 del RDL 6/2000, de 23 de junio

El número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, establece, en su primer párrafo:

“No obstante lo señalado en el número primero, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”.

Son dos los aspectos o circunstancias a los que se refiere el número Cinco del artículo 34 del RD-L 6/2000 para que pueda otorgarse la autorización: que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores, ni a su vez implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos, cuya concurrencia o no en este expediente se examina en los párrafos siguientes.

La prohibición prevista en el artículo 34.1 RDL 6/2000 constituye una limitación o restricción de dos derechos constitucionales, a saber: el derecho de propiedad (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE).

El bien jurídico que justifica y legitima esa limitación de derechos constitucionales

es la competencia. Obsérvese que la libertad de empresa se garantiza “en el marco de la economía de mercado”, una de cuyas manifestaciones intrínsecas es, precisamente, la defensa de la competencia.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las leyes limitadoras de derechos constitucionales han de ser interpretadas y aplicadas por los poderes públicos competentes al efecto (órganos jurisdiccionales y Administraciones públicas) de manera conforme con y a la luz de los derechos limitados, es decir, por regla general, de modo restrictivo, o, lo que es lo mismo, de forma favorable a la mayor efectividad posible de los derechos restringidos.

En consecuencia, la limitación de un derecho constitucional habilitada por la ley sólo es constitucionalmente lícita en la medida estricta en que resulte necesaria e imprescindible para la preservación del bien jurídico que justifica la limitación del derecho (principio de proporcionalidad y principio favor libertatis).

Así, el Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 74/1991 (Sala segunda) de 8 de abril, que el principio favor libertatis, “debe presidir la interpretación del alcance de los requisitos establecidos para el ejercicio de los derechos fundamentales”.

Así pues, cuando el propio legislador que establece la limitación del derecho (en este caso, la prohibición dispuesta en el artículo 34.1 RDL 6/2000) ha previsto la posibilidad de que sea excepcionada (total o parcialmente) por el órgano competente para aplicarla, autorizando (in totum o en parte) la conducta prohibida por regla general (art. 34.5), la interpretación y aplicación de esa excepción han de ser, por principio, favorables a la mayor efectividad posible de los derechos limitados, de tal modo que la restricción (prohibición) establecida con carácter general sólo despliegue sus efectos en la medida estrictamente necesaria para lograr el fin legítimo perseguido por la norma limitadora (aquí, la defensa de la competencia frente al riesgo de concertación de estrategias competitivas entre

dos operadores principales o dominantes).

Según se infiere del artículo 34.5 RDL 6/2000, la prohibición establecida en el apartado primero del citado precepto legal persigue prevenir dos riesgos, a saber: el “intercambio de información estratégica entre operadores” y la “coordinación de sus comportamientos estratégicos”. Por lo tanto, la prohibición del artículo 34.1 sólo es constitucionalmente lícita en la medida en que la misma resulte estrictamente necesaria o imprescindible para prevenir los dos riesgos señalados en el artículo 34.5.

Consecuentemente, dicha prohibición ha de ser excepcionada (total o parcialmente) cuando su mantenimiento íntegro no resulte necesario para prevenir los citados riesgos. Por consiguiente, la función del órgano competente para excepcionar la prohibición general establecida en el artículo 34.1 del RDL 6/2000 (esto es, para otorgar o denegar la autorización prevista en el artículo 34.5), la CNE, consiste en la concreción de los dos límites genéricamente señalados por el legislador en dicho precepto (a través de conceptos jurídicos indeterminados), identificando con mayor precisión y detalle aquellos tipos de decisión o materias del gobierno corporativo que, a su juicio, comportan, en principio, el riesgo de que se activen los dos límites indicados por la norma (“intercambio de información estratégica entre operadores” y la “coordinación de sus comportamientos estratégicos”). En esta tarea le asiste a la CNE un “margen de apreciación”, como sucede de ordinario cuando la Administración ha de aplicar conceptos jurídicos indeterminados.

De este modo, identificados esos tipos de decisión o materias, la CNE ha de otorgar la autorización prevista en el artículo 34.5 para que el solicitante de la misma pueda participar en la toma de decisiones relativas a las demás materias (no incluidas en la relación de materias antes aludida), ejerciendo así la potestad autorizatoria (que permite excepcionar, total o parcialmente, la prohibición general) de manera favorable a la mayor efectividad posible de los derechos

constitucionales limitados por ésta; o, dicho con otras palabras, manteniendo la prohibición sólo en la medida estrictamente necesaria para preservar el bien jurídico que la justifica, la competencia.

V. Sobre los argumentos esgrimidos por los interesados en el procedimiento

En el escrito de fecha 5 de octubre de 2006, por el que ACS solicita autorización a la CNE al amparo del artículo 34.5. del Real Decreto-Ley 6/2000, señala que a su juicio la autorización solicitada no implicará que se favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni tampoco supone riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos entre IBERDROLA y UNION FENOSA, puesto que como accionista sin representación en el Consejo de Administración de IBERDROLA, el GRUPO ACS no dispondrá en esta sociedad de otra información que la información pública disponible por parte de cualquier accionista, ni podrá influir en la estrategia de IBERDROLA en la medida en que, según manifiesta ACS, esta estrategia se decide por su equipo directivo y es refrendada por el Consejo de Administración y no por la Junta de Accionistas.

ACS justifica su petición indicando que *“la limitación al 3% del capital social de los derechos de voto en Iberdrola, S.A. de Grupo ACS puede ser perjudicial para la propia Iberdrola, S.A. que se verá así privada de un accionista, con plenos derechos sociales, que pueda servir como elemento de estabilidad y de defensa de sus intereses.”*

En el escrito remitido con fecha de 16 de noviembre de 2006 en respuesta a la petición de información realizada por la CNE en el marco del procedimiento administrativo, ACS señala que a su juicio su participación en el 10 por ciento del capital social de IBERDROLA, a pesar de situarle como primer accionista, *“tiene una importancia relativa en general y prácticamente nula en la definición de la estrategia competitiva”*, en la medida en que no dispone de presencia en el

órgano de administración de IBERDROLA y en el hecho de que, normalmente, suelen asistir a las Juntas Generales de Accionistas más del 50 por ciento del capital social. En cuanto a la consideración de una importancia prácticamente nula en relación a estrategia competitiva, indica que los planes estratégicos, elaborados por los órganos de dirección, no se suelen someter a deliberación y voto en las Juntas Generales de Accionistas. Adicionalmente expone que, conforme a los Estatutos Sociales vigentes, el derecho de voto de los accionistas de IBERDROLA viene limitado, como máximo, al 10 por ciento del capital social y que, en determinados casos de conflicto de interés, como fusiones, escisiones o ampliaciones de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente, el socio afectado carece de derecho de voto en el asunto tratado.

En respuesta a la cuestión sobre *“las razones por las que ACS entiende que mediante el ejercicio, en las reuniones de la Junta de Accionistas, de los derechos de voto correspondientes a sus participaciones en exceso sobre el 3% en el capital social de IBERDROLA, no se favorece el intercambio de información estratégica entre operadores ni implica el riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos, circunstancia necesaria para poder otorgar la autorización prevista en el art. 34.5 RDL 6/2000”*, ACS indica en primer lugar, el hecho de que los planes estratégicos o industriales de las compañías no se someten a la decisión de las Juntas Generales de Accionistas, siendo estos planes, por lo general, confeccionados por la alta dirección de las sociedades y en todo caso, sometidos al conocimiento, o a la aprobación, de las Comisiones Ejecutivas o de los Consejos de Administración de las sociedades, llegando al conocimiento de los accionistas cuando se hacen públicos a través de Hechos Relevantes, siendo publicadas generalidades al respecto de dichos planes, por motivos de confidencialidad.

En segundo lugar, se refiere ACS a la limitación del ejercicio de los derechos de voto en IBERDROLA, S.A. a un máximo del 10 por ciento, así como la supresión de dicho derecho de voto respecto de acuerdos sobre fusiones, escisiones y

ampliaciones de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente para los accionistas que incurran en conflicto de interés.

En tercer lugar, señala ACS que conforme a lo establecido en el artículo 127, tercero, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aún participando en los órganos de administración los representantes dominicales de ACS tendrían la obligación de abstenerse de participar en la deliberación y votación de los asuntos en los que pudieran entrar en contradicción los intereses del accionista representado y los de la propia sociedad.

Por el contrario y por lo que respecta a IBERDROLA, con fecha de 8 de febrero de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de esa sociedad por el que presenta alegaciones dentro del trámite de audiencia. En resumen, señala IBERDROLA que *“dada la relevancia de las participaciones de ACS en Unión Fenosa – participación de control que permite ejercer una influencia decisiva- y en Iberdrola –participación estratégica que permite ejercer una influencia significativa si se mantiene en el 10 % y de control si aumenta hasta el 24,99 % (o hasta el 29,99 %)- existe un riesgo cierto de que ambas coordinen sus comportamientos competitivos a través de ACS, y parece razonable asumir que tal concertación, de producirse, podría causar daños relevantes en el mercado.*

La CNE podría incluso considerar que los riesgos de coordinación de comportamientos competitivos y/o los previsibles daños sobre la competencia son aún mayores que en el caso de La Caixa. Si en aquel caso se limitó el ejercicio de los derechos de voto por encima del 3 % a las votaciones relativas al contenido de la Junta General ordinaria (aprobación de la gestión, de las cuentas y aplicación del resultado), en éste la CNE podría llegar a prohibir, sin excepción alguna y sin posibilidad de solicitar autorizaciones puntuales, el ejercicio de los derechos políticos de ACS en Iberdrola por encima del 3 %.

Por ello, la CNE, atendiendo a la finalidad del Real Decreto-Ley 6/2000 y a sus

propios precedentes, no habría de autorizar el ejercicio de derechos de voto por encima del 3 % en Iberdrola”.

VI. Sobre la concurrencia o no de los requisitos exigidos por el número 5 del artículo 34 del RD-L 6/2000: examen del requisito de que no se favorezca el intercambio de información estratégica

En el examen de la concurrencia del requisito de que no se favorezca el intercambio de información estratégica entre los operadores principales, configurada como condición necesaria para el otorgamiento de la autorización solicitada, cabe constatar, en consonancia con las alegaciones de ACS, que la ausencia de presencia por parte de esa sociedad en el Consejo de Administración de IBERDROLA, reduce en gran medida las posibilidades de persistencia de dicho riesgo.

No obstante lo anterior, ACS tendría atribuidos por su mera condición de accionista, aparte del derecho de voto (cuyas consecuencias en este expediente se examinan en el apartado siguiente), el resto de derechos políticos que se reconocen por su propia condición a cualquier otro accionista, derechos entre los que figura el derecho de información a que se refieren los artículos 48 y 112 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ciertamente, los órganos a través de los cuales se tiene normalmente acceso a información sensible de la compañía son los órganos de administración y gestión de la sociedad.

Por otro lado, el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que los administradores de la sociedad estarán obligados a proporcionar a los accionistas que lo soliciten con anterioridad a la reunión de la junta los informes o aclaraciones que estimen precisos sobre los asuntos del orden del día, salvo en los casos en que a juicio del presidente la publicidad de los datos solicitados

perjudique los intereses sociales, si bien esta excepción, según se recoge en el número 2 del mismo artículo, no procederá cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

En consecuencia, el contenido del derecho de información atribuido a un accionista con una participación superior al 3 % del capital social no difiere del que tiene atribuido cualquier otro accionista cuyo porcentaje de participación no exceda de dicho porcentaje, salvo si su participación excede del 25 % en cuyo caso con arreglo a la Ley de Sociedades Anónimas tendría un derecho de información en cierta medida cualificado respecto al del resto de accionistas.

Por ello, si la información a que puede tener derecho ACS respecto a la sociedad IBERDROLA mediante una participación accionarial que no excede del citado porcentaje del 25 %, una vez se ha señalado que no dispone de representación en su Consejo de Administración, es la misma que la de cualquier otro accionista de dicha sociedad con una participación que no supere el 3 %, podría entenderse que resulta indiferente, en el examen del cumplimiento de la condición negativa que se analiza en el presente apartado, que se permita o no el ejercicio de derechos de voto en exceso sobre los que corresponden a una participación semejante, pues en todo caso, la información suministrada al accionista por su propia condición de tal accionista sería la misma, aunque se limitaran sus derechos de voto, no siendo “limitables” al 3 % los derechos de información.

VII. Sobre la concurrencia o no del requisito de inexistencia de riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos de los operadores principales

La posibilidad de otorgamiento de la autorización solicitada está condicionada, en el número Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, a que ello no implique para los operadores principales *“riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”*.

Referido al presente expediente, la autorización no puede ser otorgada si implica el riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos de, por un lado, UNION FENOSA, y por otro lado, IBERDROLA, definidos previamente por esta Comisión como operadores principales del sector de electricidad.

En el análisis de la concurrencia o no en el presente expediente del requisito legal de inexistencia de riesgo de coordinación de los comportamientos estratégicos de los operadores principales es de nuevo de relevancia la circunstancia de la ausencia de presencia de ACS en los órganos de administración de IBERDROLA.

No estando presente ACS en dichos órganos se reduce la probabilidad de que dicho riesgo concorra, si bien ello no asegura totalmente que no pueda concurrir a través del mero ejercicio de derechos de voto en la Junta de Accionistas.

En efecto, si se aceptara el argumento de ACS respecto a que en la Junta no se suelen definir los comportamientos estratégicos de una compañía sino que ello se hace en el seno de su Consejo de Administración, tendríamos necesariamente que concluir que el legislador podría haberse limitado, al establecer las prohibiciones contenidas en el número Uno del artículo 34, a contemplar sólo la relativa a la designación de Consejeros, pues nada importaría que los derechos de voto se ejercieran en un porcentaje muy superior al 3 % del capital social si de esa manera no pudiese influirse en la definición de los comportamientos estratégicos, cuando además no existe intercambio de información estratégica a través de la Junta de Accionistas.

Sin embargo el legislador claramente establece limitaciones que, destinadas a la misma finalidad, se refieren a dos aspectos diferenciados, la limitación de los derechos de voto y la prohibición de designación de Consejeros, y en tal medida, el cumplimiento de uno sólo de los dos aspectos o limitaciones no supone en

todas las ocasiones una garantía de la inexistencia de los riesgos que la norma pretende evitar.

La imposición con carácter general de una limitación referida al ejercicio de derechos de voto en la Junta de Accionistas, diferenciada de la relativa a la designación de Consejeros, está justificada en el hecho de que mediante el mero ejercicio de esos derechos, sin necesidad de que se acompañe de una presencia del mismo accionista en el Consejo de Administración, puede eventualmente influirse en la estrategia competitiva de la empresa, suponiendo un riesgo potencial de coordinación de comportamientos estratégicos.

Antes de valorar la entidad del exceso de participación sobre el 3 por ciento ostentado por ACS en IBERDROLA y su incidencia sobre el análisis de la concurrencia del requisito de ausencia de riesgo de coordinación de comportamientos competitivos, procede con carácter previo examinar el contexto de la influencia ejercida por ACS en el otro operador principal, pues no es de relevancia solamente la influencia ejercida sobre la sociedad respecto de la cual se solicita autorización para ejercitar los derechos de voto, sino igualmente aquella que se ejerza sobre el otro operador principal sobre el que han optado, dado que las posibilidades de coordinación de comportamientos competitivos dependen precisamente de su presencia en ambos operadores.

VII.1. Sobre la presencia de ACS en el operador principal UNION FENOSA

Según se desprende de las informaciones recabadas en la instrucción del expediente, ACS tiene una participación en UNION FENOSA, S.A. representativa del 40,4694 % de su capital social (teniendo en cuenta el porcentaje adicional del 4,5 % comprado en fecha de 15 de noviembre de 2006), no existiendo a juicio de esa sociedad ninguna otra participación accionarial en ese u otros operadores principales detentadas por otras personas que actúen por cuenta de ACS, de forma concertada o formando con ella unidad de decisión de acuerdo con el

artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 6/2000.

La participación accionarial de ACS en UNION FENOSA debe situarse en el contexto del resto de accionistas de su capital social: CAIXA GALICIA (9,99 %); INVERSIONES RAZO, S.L.-MANUEL JOVE (5,151 %); CAIXA DE AFORROS DE VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA (CAIXANOVA) (5,022 %); CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO (CAM) (4,04 %); BANCO PASTOR (3,76 %).

En cuanto al detalle de la participación de ACS en los órganos de administración de UNION FENOSA, señala que ACS está representado en el Consejo de Administración a través del Presidente y ocho vocales, es decir nueve miembros de un total de 22; en la Comisión Ejecutiva, está representado en el Consejo de Administración con cinco miembros de un total de 12; no teniendo representación en el Comité de Dirección. A lo anterior hay que añadir la designación posterior por parte de ACS de un consejero dominical adicional en UNION FENOSA, alcanzando la cifra de 10 sobre 22, según se desprende de la página Web de UNION FENOSA.

La importancia de la presencia de ACS en UNION FENOSA viene dada, en consecuencia, tanto por la elevada participación accionarial en su capital social como por la numerosa representación que ostenta en sus órganos de administración.

Si bien no ostenta la mayoría del capital social ni de los órganos de administración, el análisis de los porcentajes de asistencia de los accionistas a las Juntas Generales de UNION FENOSA ha permitido al Servicio de Defensa de la Competencia concluir, en el informe realizado con ocasión de la OPA sobre el 10 % lanzada por ACS sobre UNION FENOSA, que la primera tiene la capacidad de ejercer influencia decisiva de control exclusivo sobre la segunda. En suma, puede decirse, desde la perspectiva de los criterios utilizados en sede de control de concentraciones dentro de la normativa de competencia, que ACS tiene la

capacidad de ejercer el control exclusivo sobre UNION FENOSA.

En conclusión, la presencia de ACS en uno de ambos operadores principales, UNION FENOSA, es de relevancia, pues no sería simplemente la de un accionista que sólo pueda ejercer una suerte de influencia calificable de significativa sino que, si atendemos a lo señalado por el Servicio de Defensa de la Competencia, tendría la capacidad de ejercer una influencia decisiva o de control exclusivo.

VII.2. Sobre la presencia de ACS en el operador principal IBERDROLA

Para determinar el grado de influencia que ACS podría ejercer en IBERDROLA cabe recurrir a los criterios de análisis contenidos en la Comunicación de la Comisión sobre el Concepto de Concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/1989 del Consejo. La citada comunicación recoge como criterios para determinar cuando se puede considerar que hay control exclusivo sobre una empresa la posibilidad de nombrar más de la mitad de los Consejeros en los Consejos de Administración o de Vigilancia, atendiendo al quórum en Juntas Generales anteriores o cuando se tiene la posibilidad de gestionar las actividades de la empresa y determinar su política comercial.

Si bien procede señalar, como queda de manifiesto más adelante, que el empleo de estos criterios no significa que el objeto de los procedimientos de autorización al amparo del artículo 34.5 del RDL 6/2000 que tramite la CNE para la verificación de la concurrencia del requisito de ausencia de riesgo de coordinación de comportamientos estratégicos, sea el de determinar que la sociedad poseedora de acciones ejerce una influencia decisiva (equivalente a control) sobre la sociedad participada, pues el citado riesgo de coordinación puede presentarse eventualmente sin necesidad de disfrutar de un grado de influencia tan elevado. Así ha quedado de manifiesto en la cita del fragmento del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia realizada en el epígrafe III de la presente Resolución.

En nuestro caso, no sería necesario verificar que ACS disfruta de una capacidad de influencia decisiva con carácter exclusivo ni conjunto sobre IBERDROLA (algo que de ser así hubiera obligado a aquella a notificar la operación como proyecto de concentración a las autoridades de competencia), sino que sería suficiente, a los efectos de denegar o condicionar la autorización solicitada, identificar indicios de riesgo de coordinación de comportamientos competitivos, en el marco de aplicación del artículo 34 del RDL 6/2000, simplemente mediante la constatación de la capacidad de una *influencia significativa*, considerando a tales efectos la que pueda ejercerse influyendo en la adopción de decisiones estratégicas de la empresa, no necesariamente adoptándolas.

La cuantía de la participación accionarial de ACS en el contexto de la estructura accionarial que tiene IBERDROLA ofrece indicios de la importancia de la presencia actual o futura de ACS en esa sociedad.

Señala ACS que tiene a través de una sociedad participada al 100 %, un total de 90.154.918 acciones, representativas del 10 % del capital social de IBERDROLA, S.A., (participación que se habría incrementado atendiendo a las noticias de prensa), si bien en todo caso solicita autorización para el ejercicio de derechos de voto hasta una participación del 24,9999 % (cuya adquisición ha sido objeto de autorización por la CNE en ejercicio de la función Decimocuarta de la Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998).

El resto de accionistas de IBERDROLA, S.A. según la información remitida por ésta en el procedimiento administrativo y que figura en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores son los siguientes: BBVA (5,46 %); BBK (5,010 %); AURREZKI KUTXA ETA BAHITETXEA RESIDENCIAL MONTECARMELO (10 %).

Para completar la descripción anterior hay que añadir que ACS no tiene representación en el Consejo de Administración de IBERDROLA y ha declarado

en el curso de la instrucción que *“confirma que no se ha solicitado autorización para ostentar dicha representación...”*

La estructura accionarial que acaba de exponerse pone ya de manifiesto que ACS, de alcanzar el 24,9999 % como cuota de participación a tomar en todo caso en consideración en este expediente atendiendo a su solicitud, sería el accionista mayoritario de IBERDROLA.

El análisis de la importancia relativa efectiva de ACS en el capital social de IBERDROLA debe realizarse atendiendo al contexto histórico de los porcentajes de asistencia de los accionistas a las reuniones de las Juntas Generales de Accionistas de IBERDROLA.

Según se recoge en la página web de la propia IBERDROLA, los “quora” de asistencia a las Juntas Generales de esa sociedad en los años 2003, 2004, 2005 y 2006 son respectivamente de 65,56 %, 48,01 %, 52,30 % y 55,42 %. La cuota de participación accionarial de ACS hubiera representado en dichas Juntas Generales, en caso de que hubieran concurrido los mismos quora y sin tener en cuenta la limitación estatutaria al ejercicio de derechos de voto, los siguientes porcentajes respectivamente sobre el total de accionistas asistentes y representados: 37,9%, 51,8 %, 47,6 %, 44,9 %. De aplicarse la limitación estatutaria al ejercicio de derechos de voto, dichos porcentajes se convierten respectivamente para dichos ejercicios en los siguientes: 19,78%, 30,29 %, 26,81 %, 24,74 %. No obstante, la agregación que produce la adquisición de participaciones accionariales de IBERDROLA por parte de ACS y su asistencia a las Juntas, hará probablemente que los “quora” anteriores se eleven. En todo caso, parece obvio que con esa participación el grado de influencia en las Juntas es relevante.

Bien es verdad que los derechos de voto de los accionistas de IBERDROLA se encuentran limitados estatutariamente al 10%, según se establece en el artículo

29.3 de los estatutos de dicha sociedad, con lo que ACS no podría en ningún caso, de no suprimirse dichas restricciones, ejercer derechos de voto por encima de dicho límite. Pero tal circunstancia es independiente del presente expediente y puede variar en caso de que dicha restricción sea suprimida, por lo que el análisis a realizar por la CNE debe tomar en consideración el escenario de ejercicio por ACS de todos los derechos de voto asociados a la participación para la que solicita autorización. Además, incluso con tal limitación, el grado de influencia en la Junta sigue siendo importante.

En conclusión, a la vista de los datos examinados en el presente apartado relativo a la presencia ya sea actual o futura de ACS en IBERDROLA, la influencia que puede ejercer eventualmente la primera en la segunda con el ejercicio del total de sus derechos de voto en la Junta de Accionistas (sin tener en cuenta la restricción de derechos de voto en tanto circunstancia que puede variar) es de relevancia y, puede calificarse de “influencia significativa”. Sin embargo, tal influencia significativa quedará atenuada por el hecho de haber renunciado ACS al nombramiento de Consejeros en IBERDROLA.

VII.3. Sobre la valoración de la presencia conjunta de ACS en los dos operadores principales: persistencia del riesgo de coordinación de las estrategias competitivas

Las participaciones minoritarias que no confieren control se examinan bajo el Derecho de la Competencia en el marco del control de concentraciones sólo en la medida que acompañen a un proyecto de concentración que sí comporte una modificación de la estructura de control³. De lo contrario dichas participaciones son susceptibles de ser examinadas, en su caso y atendiendo a las circunstancias que acompañen a cada caso, ya sea bajo el artículo 1 de la Ley de Defensa de la

³ No así en el Derecho alemán, en el que incluso participaciones accionariales del 25 %, con independencia de que otorguen o no el control son examinadas dentro del procedimiento nacional de control de concentraciones por sus implicaciones estructurales.

Competencia o el artículo 81 del Tratado de Roma, o bajo el artículo 6 de la referida Ley española o el artículo 82 del referido Tratado.

El régimen jurídico del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, contempla un sistema de control de dichas participaciones diferente del señalado en el párrafo anterior, en la medida que establece una prohibición ex ante respecto del ejercicio de determinados derechos asociados a dichas participaciones accionariales (ya sea en términos de designación de Consejeros o de ejercicio de derechos de voto), con la posibilidad en todo caso de autorizar la supresión de dichas limitaciones siempre que ello no implique el riesgo de intercambio de información y de coordinación de la estrategia competitiva de los operadores.

El régimen jurídico de limitaciones y la presunción de riesgo sobre la que se basa dicho régimen encuentra su justificación en las particulares características de los sectores a los que se aplica el artículo 34 del Real Decreto-Ley, en cuanto sectores tradicionalmente de servicio público, inmersos en la actualidad en procesos de liberalización caracterizados por la existencia, junto a las liberalizadas, de actividades reguladas de red o monopolio natural, y en todo caso, de estructuras de mercado, para las actividades liberalizadas, de carácter oligopolístico.

En dicho contexto, los elementos fácticos que acompañan a este asunto, detallados en la presente Resolución, tanto respecto a la presencia estructural de ACS en ambos operadores como desde la perspectiva de la importancia de dichos operadores en el sector eléctrico, determinan la imposibilidad de otorgar la autorización en los términos solicitados, es decir, para el ejercicio de los derechos de voto en la Junta General sin limitación alguna.

La presencia común de ACS en los dos operadores principales es de relevancia, pues en UNION FENOSA puede ejercer el control exclusivo, de acuerdo con el

Servicio de Defensa de la Competencia, y su presencia en IBERDROLA es también relevante.

En consecuencia, los riesgos prevenidos por la norma se presentan en el presente expediente, tanto por la referida presencia en dichos operadores (en uno de ambos como accionista capaz de controlar, en el otro como accionista minoritario) como por la importancia de tales operadores en el sector eléctrico español.

En efecto, y sin perjuicio de que ya el umbral mínimo vendría recogido en la propia norma al hacer referencia a un porcentaje del 3 por ciento, no estamos en este caso ante participaciones accionariales reducidas que puedan considerarse por debajo de una suerte de umbral “*de minimis*”⁴ que determinaría la ausencia de los riesgos prevenidos por la norma y la necesidad de otorgar la autorización sin condiciones, sino que por el contrario estamos en este caso ante participaciones de relevancia en cuanto atributivas, en un operador, del control exclusivo, y en el otro operador, de un grado de influencia elevada.

La importancia de IBERDROLA y UNION FENOSA en los mercados eléctricos viene dada por las siguientes cuotas de mercado, calculadas con base tanto en la información remitida por los sujetos en el procedimiento de determinación de los operadores principales como en base a otra información disponible:

SECTOR ELECTRICO

AÑO 2005 MERCADO NACIONAL	GWh
PRODUCCION REGIMEN ORDINARIO	212.955
PRODUCCION REGIMEN ESPECIAL	50.365
TOTAL	263.320

⁴ Véase a estos efectos la Decisión de 12 de diciembre de 1994, Asunto IV/34.891, Fujitsu AMD Semiconductor, DOCE L 341, de 30 de diciembre de 1994, en el que con participaciones cruzadas del 5 % y 0,5 % y ausencia de representación en los órganos de administración se consideró que no se daba lugar a una reducción sustancial de los incentivos de las empresas a competir.

PRODUCCION MERCADO NACIONAL 2005

GRUPO IBERDROLA	[...]
CUOTA MERCADO %	[...]
GRUPO UNION FENOSA	[...]
CUOTA MERCADO %	[...]

DATOS PRODUCCION ENERGIA ELECTRICA	jun-06	sep-06
GENERACION NETA	130.280	195.667
DEMANDA TRANSPORTE (b.c)	125.933	190.199

Demanda transporte=Generación neta-Consumos en bombeo-saldo intercambios internacionales
 Generación neta= Régimen ordinario-consumos generación+ régimen especial

Fuente: Boletín estadístico de energía. Mayo 2006. Nº96 (www..ree.es)

Ministerio de Industria, Turismo y Comercio

Serie actualizada con datos a 15 de diciembre de 2006

Balance energético

Balance eléctrico mensual (junio-sept 2006). REE

CALCULO CUOTAS MERCADO

	jun-06	sep-06
PRODUCCION IBERDROLA (GWh)	32.681	49.870
% sobre generación neta	25,09	25,49
% sobre demanda transporte(b.c)	25,95	26,22
PRODUCCION UNION FENOSA (GWh)	14.742	22.564
% sobre generación neta	11,32	11,53
% sobre demanda transporte(b.c)	11,71	11,86

**SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA
 CONSUMO DE ENERGIA ELECTRICA EN EL SISTEMA
 PENINSULAR ESPAÑOL (TARIFA Y MERCADO)**

Enero-Junio 2006	GWh
Consumo a tarifa	84.318
Consumo a mercado	31.901
Consumo total del sistema	116.219

Fuente: "Boletín informativo sobre la evolución de mercado minorista de electricidad en la zona peninsular. Periodo analizado: primer semestre año 2006. CNE (octubre 2006)

**CUOTAS DE PARTICIPACION POR ENERGIA DE LAS DISTRIBUIDORAS
EN EL MERCADO A TARIFA (ENERO-JUNIO 2006)**

	%
IBERDROLA DISTRIBUCION	42,7
ENDESA DISTRIBUCION (peninsulares)	34,6
UNION FENOSA DISTRIBUCION	16,4
HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION	4,9
VIESGO DISTRIBUCION	2,5

Fuente: "Boletín informativo sobre la evolución de mercado minorista de electricidad en la zona peninsular. Periodo analizado: primer semestre año 2006. CNE (octubre 2006)

**CUOTAS DE PARTICIPACION POR ENERGIA DE LAS COMERCIALIZADORAS
EN EL MERCADO (ENERO-JUNIO 2006)**

	%
ENDESA ENERGIA, S.A.	47,86
IBERDROLA, S.A.	17,84
UNION FENOSA COMERCIAL	11,56
CANTABRICO ENERGIA	9,82
GAS NATURAL	6,05
VIESGO	1,6
HISPAELEC ENERGIA	0,44
NEXUS ENERGIA, S.A.	0,2
OTRAS COMERCIALIZADORAS	4,62

Fuente: "Boletín informativo sobre la evolución de mercado minorista de electricidad en la zona peninsular. Periodo analizado: primer semestre año 2006. CNE (octubre 2006)

**EVOLUCION DE LA PARTICIPACION DE LAS EMPRESAS COMERCIALIZADORAS DE
ELECTRICIDAD EN EL MERCADO POR ENERGIA VENDIDA**

CUOTAS DE LAS EMPRESAS COMERCIALIZADORAS (1 er semestre 2006)

EMPRESA COMERCIALIZADORA	2º Sem 2005	1er Sem 2006	variación (%)
IBERDROLA, S.A.	34,51	17,84	-48,3
ENDESA ENERGIA, S.A.	35,11	47,85	36,29
UNION FENOSA COMERCIAL	12,1	11,56	-4,44
GAS NATURAL	7,26	6,05	-16,7
CANTABRICO ENERGIA	4,61	9,82	113,14
OTRAS COMERCIALIZADORAS	4,01	4,62	15,06
VIESGO	1,37	1,6	16,67
HISPAELEC ENERGIA	0,55	0,44	-19,87
NEXUS ENERGIA, S.A.	0,48	0,2	-57,95

Fuente: "Boletín informativo sobre la evolución de mercado minorista de electricidad en la zona peninsular. Periodo analizado: primer semestre año 2006. CNE (octubre 2006)

CUOTAS DE MERCADO DE LOS COMERCIALIZADORES POR NUMERO DE CONSUMIDORES TOTALES (2005)

	% CUOTA
ENDESA	39,66
IBERDROLA	36,25
GAS NATURAL	18,06
RESTO	1,38

Fuente: "El consumo eléctrico en el mercado peninsular en el año 2005"

ESTRUCTURA DEL MERCADO ELECTRICO PENINSULAR POR EMPRESAS DISTRIBUIDORAS (2005)

	GWh	%
IBERDROLA	52.373	37,57
ENDESA	53.323	38,25
UNION FENOSA	22.391	16,06
HCANTABRICO	7.697	5,52
E.VIESGO	3.618	2,60
OTROS	10	0,01
TOTAL DISTRIBUCION	139.412	100,00

Fuente: "El consumo eléctrico en el mercado peninsular en el año 2005" CNE

Las referidas cuotas de mercado ponen de manifiesto la importancia de los dos operadores principales en un contexto de mercado ya de por sí muy concentrado y de carácter oligopolístico, lo que podría ir acompañado de incentivos a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes.

VIII. Sobre el alcance de la autorización solicitada y sobre las condiciones necesarias para poder otorgarla

A la vista de que ACS no solicita autorización para la designación de miembros de los órganos de administración de IBERDROLA, los riesgos prevenidos por la norma no se presentan con la misma gravedad, sino que aparecen en la medida que a través de su presencia e intervención en las Juntas de Accionistas puedan

influir de manera significativa en la adopción de las decisiones relativas a la determinación de la estrategia competitiva.

El análisis de la incidencia de las participaciones minoritarias bajo el Derecho de la Competencia, ya sea en el marco de un procedimiento concreto de control de concentraciones o a través de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, ha permitido concluir que la tenencia de participaciones accionariales, aun sin ejercer derechos de voto ni disponer de consejeros, entraña riesgos para la competencia efectiva, obligando la Comisión Europea en dicho marco ya sea a la enajenación o a la limitación de los derechos de voto.

No estamos aquí, en aplicación del artículo 34 RDL 6/2000, ante la posibilidad de afectar a la tenencia de la participación en sí misma, sino que examinamos solamente en qué medida a través del ejercicio de derechos de voto en la Junta General persisten los riesgos para la competencia.

No obstante, como ya se ha indicado anteriormente, conviene tener en cuenta que cualquier limitación que se imponga supone una limitación de derechos básicos en nuestro ordenamiento como el derecho a la propiedad y la libertad de empresa, por lo que la justificación que se haga de la procedencia de cualquiera de esas restricciones al ejercicio de los derechos de voto debe quedar suficientemente motivada.

En la búsqueda del equilibrio anterior, resulta conveniente deslindar aquellas materias para las que el ejercicio de derechos de voto por parte de ACS en las Juntas Generales de Accionistas de IBERDROLA puedan suscitar riesgos de coordinación de la estrategia competitiva de esa sociedad con la del otro operador en que ACS está presente (UNION FENOSA) frente a aquellas materias en las que el ejercicio de sus derechos estaría relacionado simplemente con la protección de sus intereses en tanto accionista minoritario.

En este sentido, la Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de concentración (DOCE C 66/5, de 2 de marzo de 1998) distingue entre derechos de veto otorgados generalmente a los accionistas minoritarios para la protección de sus intereses financieros, que guardaría relación con la adopción de *“decisiones que afectan a la esencia misma de la empresa en participación: modificaciones de los estatutos, aumento o reducción del capital, liquidación, etc...”*, y derechos de veto que dan lugar al control en común, que *“se refieren habitualmente a decisiones y cuestiones tales como el presupuesto, el programa de actividad, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos. No obstante, la adquisición de control en común no exige que quien lo adquiere tenga la facultad de ejercer una influencia decisiva en el funcionamiento cotidiano de una empresa. Lo importante es que los derechos de veto permitan a las empresas matrices ejercer dicha influencia sobre la estrategia competitiva de la empresa en participación”*⁵.

Estas consideraciones generales de la Comisión Europea se refieren a los supuestos de control por lo que nos ofrece una primera aproximación del ámbito de materias afectadas.

En este sentido, dado el fin de la norma (la prevención de coordinación de comportamientos estratégicos) y teniendo en cuenta lo anterior, parece claro que los posibles aspectos relacionados con la definición de la estrategia de la compañía que se votasen en Junta deberían estar dentro de la relación de materias sujetas a la limitación de derechos de voto. No obstante, lo anterior no debe ser incompatible con la realidad de que algunas medidas planteadas en los Planes Estratégicos, como grandes inversiones, por su tamaño o naturaleza, tengan carácter de excepcional y que como tales pudieran alterar también la esencia propia de la empresa y, por tanto, parecería razonable que en estas

⁵ En la actualidad se está tramitando una nueva Comunicación de la Comisión europea (“Draft Comisión consolidated jurisdictional Notice”) que sustituirá a la Comunicación de 1998 arriba

circunstancias el derecho de voto sobre estas inversiones fuese inherente a los derechos de todos los accionistas minoritarios. Este aspecto es reconocido en la propia Comunicación de la Comisión Europea anteriormente citada.

En suma, se podría concluir que pertenecen al ámbito de decisiones que, a estos efectos, pueden afectar a la estrategia competitiva de la empresa los presupuestos, el programa de actividad y el Plan Estratégico, las grandes inversiones (salvo las de carácter excepcional indicadas en el párrafo anterior) o cualquier aspecto asociado a la tecnología a utilizar y a la política de venta de producto intermedio o final. Adicionalmente, y por cuestiones de influencia indirecta, habría otras cuestiones más relacionadas con la política de RR.HH y Organización del personal directivo que también se deberían incluir en la lista de cuestiones con limitación de voto. Lo anterior debe entenderse limitado al mercado relevante en el que se pretende evitar la posible coordinación, es decir, el sector eléctrico español.

El problema lógicamente surge a la hora de definir cuándo una gran inversión es de una naturaleza o tamaño tal que se puede considerar que cambia la esencia de la propia empresa. En este sentido, y dado el ámbito de competencia en el que se justifica este expediente parece razonable plantear que esto ocurre cuando el tamaño de la inversión o concentración sea tal que requiera la intervención o análisis por parte de un organismo nacional o supranacional de defensa de la competencia. En todo caso, en el caso de compras de empresas, lógicamente siempre estarán consideradas como que afectan a la esencia de la compañía, aquellas que el consenso del mercado considere como grandes operaciones corporativas.

Aunque algunas de las materias anteriores no es habitual que se voten en Junta, algún accionista podría tener interés en que así fuese y lo podría hacer sobre la

citada, si bien en el proyecto actualmente en tramitación se recoge la misma definición de materias que en la actualmente vigente.

base de los derechos que la Ley de Sociedades Anónimas otorga a accionistas con una participación por encima del 5%. Igualmente, la delimitación precisa de las materias resulta compleja, habiéndose preferido una enumeración más amplia, aún a riesgo de que se recojan eventualmente materias de manera redundante.

En todo caso, la relación de materias con limitación de voto tiene carácter agotador y exhaustivo, por lo que se ha de entender que todas las demás materias (no incluidas en la citada relación) no están afectadas por dicha limitación.

Conviene recordar de nuevo que ACS manifiesta que no solicita autorización para la designación de Consejeros en IBERDROLA, por lo que se mitiga en gran medida el riesgo prevenido por la norma.

Tras todos estos análisis puede concluirse que ACS no ejerce una influencia decisiva sobre IBERDROLA, pero podría ejercer una influencia significativa. Además, ACS podría eventualmente utilizar la información estratégica de que dispone sobre UNION FENOSA en el ejercicio de esos derechos de voto de manera concertada con otros accionistas relevantes de IBERDROLA, que además tienen representación en el Consejo de Administración de ésta.

Todo ello conduce a esta Comisión a entender que no sería procedente autorizar el ejercicio de derechos de voto sin establecer ninguna condición. Por el contrario, lo procedente es otorgar la autorización sólo si se cumplen determinadas condiciones.

Aun sometida a condiciones, esta autorización sólo es posible otorgarla teniendo en cuenta que ACS no solicita autorización para levantar la prohibición para designar Consejeros en IBERDROLA.

La citada prohibición debe entenderse referida tanto al derecho que se establece en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas sobre el sistema proporcional, como el que se derivaría en su caso del procedimiento de cooptación referido en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas. Sin perjuicio de que la designación con arreglo a este último procedimiento corresponde de manera formal y propiamente a los miembros de los órganos de administración, en los que ACS no está presente, se introduce dicha cautela con el fin de evitar la posibilidad de que, de manera indirecta, ACS pudiera, en su caso, a través de otros miembros del Consejo, conseguir el nombramiento de un Consejero dominical de esa sociedad mediante dicho procedimiento.

Así, ACS no podrá en ningún caso ejercer sus derechos de voto sobre aquellas materias que guardan relación con la determinación de la estrategia competitiva de la sociedad en el sector eléctrico español (tal como esa estrategia se ha definido anteriormente) y no guardan relación con la esencia misma de la empresa, y en particular:

- los presupuestos,
- la definición de la estrategia de la compañía, que incluye entre otros, el plan estratégico y el programa de actividad,
- las inversiones y desinversiones asociadas al cumplimiento de un objetivo recogido en el plan estratégico o programa de actividad, salvo las concentraciones que precisen la previa autorización de una autoridad nacional o supranacional de defensa de la competencia,
- el aprovisionamiento de combustibles y materias primas necesarias para el desarrollo de las actividades en el sector eléctrico,
- el nombramiento de los altos directivos distintos de los Órganos de Administración,
- las políticas de recursos humanos del personal directivo,
- la estructura societaria y organizativa a nivel directivo,

- y cualquier aspecto asociado a la tecnología a utilizar y a la política de venta de producto intermedio o final (por ejemplo, la política de precios mayoristas o minoristas, la política de producto o de canales de venta, las decisiones de exploración y/o promoción de mercados regionales, las decisiones de elección de nuevos clientes, acuerdos de distribución y agencia, etc.)

De acuerdo con las consideraciones recogidas en el apartado IV de la presente resolución, a diferencia de los precedentes anteriores, en esta Resolución se ha optado por una relación negativa de materias sobre las que no se puede ejercer derechos de voto, en lugar de recoger una referencia expresa a los asuntos sobre los que sí podrían votar, ni se recoge tampoco el mecanismo de autorización posterior concreta e individualizada para puntos del orden del día distintos de los recogidos en la autorización que se contemplaba en las Resoluciones de la CNE en los expedientes AEV 1/2001 y AEV 1/2005, todo ello a los efectos de reducir al máximo el margen de incertidumbre y de inseguridad jurídica que se derivaría del mismo.

A las condiciones señaladas es necesario añadir otras, a fin de impedir cualquier riesgo de intercambio de información o de coordinación de comportamientos competitivos. En virtud de las mismas, ACS no podrá adoptar ningún pacto de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto con otros accionistas de IBERDROLA sobre las materias con limitación de voto.

Por otro lado, para el caso en que se reconocieran derechos de información con contenido diferente a los accionistas de IBERDROLA dependiendo de su cuota de participación social o de cualesquiera otras circunstancias, como accionista de IBERDROLA ACS sólo tendrá reconocido el derecho de información que corresponda a cualquier otro accionista con una cuota de participación en el capital social del 3 %.

Además, ACS no podrá celebrar con otros accionistas de IBERDROLA ningún acuerdo o pacto que tenga por objeto adoptar o bloquear la adopción de acuerdos sociales en la Junta sobre las materias con limitación de voto.

ACS no podrá tampoco intercambiar información estratégica sobre UNION FENOSA con otros accionistas relevantes de IBERDROLA.

En este sentido, se ha de señalar que los antecedentes de hecho de la presente Resolución, tales como la elevada presencia de ACS en UNION FENOSA y en IBERDROLA, y la importancia indiscutida de tales sociedades en el mercado, determinan, en comparación con los que acompañaban a los asuntos anteriores (en los que las participaciones accionariales para las que se solicitaba autorización de ejercicio de derechos de voto eran más reducidas, pues se trataba de participaciones de alrededor del 5 %) la necesidad de extremar en mayor medida las cautelas para evitar la aparición de los riesgos prevenidos por la norma.

A tal efecto, y a la vista de las particulares preocupaciones que suscita el presente asunto respecto a los dos anteriores, se considera necesario recoger una cláusula adicional por la que se establezca la procedencia de realizar un seguimiento, más exhaustivo que el derivado del ejercicio de las funciones generales de supervisión y de velar por la competencia efectiva de los sectores energéticos que tiene atribuida la CNE, de la estrategia competitiva de IBERDROLA y UNION FENOSA.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía en su sesión celebrada el día 15 de febrero de 2007

ACUERDA

Primero.- ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. no podrá designar miembros del Consejo de Administración de IBERDROLA, S.A., ni en virtud del sistema proporcional referido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni por el procedimiento de cooptación establecido en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Segundo.- Autorizar a ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. para el ejercicio de derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 por ciento en el capital social de IBERDROLA, S.A. hasta el 24,9999%, subordinado al cumplimiento de las siguientes condiciones:

1.- ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. no podrá ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3% en el capital social de IBERDROLA, S.A. respecto a los asuntos que afecten a la estrategia competitiva de la empresa en el sector español de electricidad, por lo que sólo podrá ejercerlos respecto al ámbito de materias que guardan relación con la protección normal de los accionistas minoritarios para la defensa de sus intereses como inversores de la sociedad.

2.- De conformidad con la prohibición general recogida en el número 1 del presente Acuerdo, se consideran materias que afectan a la estrategia competitiva de la empresa en el sector español de la electricidad, respecto de las que ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. no podrá ejercer sus derechos de voto, las siguientes:

- los presupuestos,

- la definición de la estrategia de la compañía, que incluye entre otros, el plan estratégico y el programa de actividad,
- las inversiones y desinversiones asociadas al cumplimiento de un objetivo recogido en el plan estratégico o programa de actividad, salvo las concentraciones que precisen la previa autorización de una autoridad nacional o supranacional de defensa de la competencia,
- el aprovisionamiento de combustibles y materias primas necesarias para el desarrollo de las actividades en el sector eléctrico,
- el nombramiento de los altos directivos distintos de los Órganos de Administración,
- las políticas de recursos humanos del personal directivo
- la estructura societaria y organizativa a nivel directivo, y
- cualquier aspecto asociado a la tecnología a utilizar y a la política de venta de producto intermedio o final (por ejemplo, la política de precios mayoristas o minoristas, la política de producto o de canales de venta, las decisiones de exploración y/o promoción de mercados regionales, las decisiones de elección de nuevos clientes, acuerdos de distribución y agencia, etc.).

3.- Adicionalmente, y en relación con las materias anteriormente referidas, ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. no podrá adoptar ningún pacto de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto con otros accionistas de IBERDROLA, S.A.,

4.- Para el caso en que se reconocieran derechos de información con contenido diferente a los accionistas de IBERDROLA, S.A. dependiendo de su cuota de participación social o de cualesquiera otras circunstancias, como accionista de IBERDROLA, S.A., ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. sólo tendrá reconocido el derecho de información que corresponda a cualquier otro accionista con una cuota de participación en el capital social del 3%,

5.- ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. no podrá celebrar con otros accionistas de IBERDROLA, S.A. ningún acuerdo o pacto que tenga por objeto adoptar o bloquear la adopción de acuerdos sociales en la Junta que se refieran a las materias enunciadas en el número 2 del presente Acuerdo,

6.- ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. no podrá intercambiar información estratégica sobre UNION FENOSA, S.A. con otros accionistas relevantes de IBERDROLA S.A.

Tercero.- A los efectos de garantizar la no aparición de los riesgos de intercambio de información y coordinación de la estrategia competitiva de los operadores principales de IBERDROLA, S.A. y UNION FENOSA, S.A. prevenidos por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, esta Comisión realizará un seguimiento concreto de la evolución de la estrategia competitiva de ambos operadores, en su caso y previo acuerdo del Consejo de Administración de la CNE, mediante la solicitud periódica de información a dichas sociedades sobre sus planes estratégicos de corto, medio y largo plazo y sus modificaciones, o sobre cualesquiera otras materias que se consideren oportunas.

Cuarto.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.4 del Real Decreto 1232/2001, de 23 de noviembre, el incumplimiento de las condiciones a las que se subordina la autorización implicará automáticamente la extinción de su eficacia, dando lugar cualquier ejercicio de derechos de voto a la eventual incoación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador en los términos previstos en el artículo 34.seis del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio.

Contra la presente Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Industria, Comercio y Turismo, según lo establecido en la Disposición Adicional Undécima Tercero.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el plazo de un mes a

contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de la presente Resolución.