



VOTO PARTICULAR QUE EMITEN LOS CONSEJEROS JAIME GONZÁLEZ GONZÁLEZ Y SEBASTIÀ RUSCALLEDA I GALLART CON RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA EN EL PROCEDIMIENTO AEV 1/2006, SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN INSTADA POR ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A. AL AMPARO DEL NÚMERO CINCO DEL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO.

Los consejeros que emiten este voto particular quieren hacer constar que están de acuerdo con la mayoría del Consejo en considerar que la restricción del derecho de voto de ACS en las juntas generales de Iberdrola debe limitarse solamente a aquellos supuestos que favorezcan el intercambio de información estratégica o la coordinación de comportamientos estratégicos entre Iberdrola y Unión Fenosa y que para determinar dichos supuestos es válido lo que establece la Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de concentración (DOCE C 66/5, de 2 de marzo de 1998) .

Sin embargo, discrepan del voto mayoritario en lo relativo al contenido del Acuerdo Primero aprobado por mayoría, entendiendo que no debería limitarse a prohibir la designación por parte de ACS de miembros del Consejo de Administración de IBERDROLA en virtud del sistema proporcional referido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas o del sistema de cooptación del artículo 138 de la misma Ley, sino que debería recogerse dicha prohibición en los términos más amplios posibles, de manera similar a lo previsto en la propuesta de la Dirección de Regulación y Competencia elevada al Consejo de Administración.

En efecto, la prohibición recogida en el apartado Primero del Acuerdo en su versión aprobada por la mayoría del Consejo, unido al hecho de que, de acuerdo

con lo previsto en la lista de materias recogidas en el Acuerdo Segundo punto 2 ACS, no tendría de manera expresa prohibida la votación en Junta del nombramiento de consejeros distintos de los nombrados por los procedimientos previstos en los artículos 137 y 138 LSA, permitiría a esa sociedad interpretar que puede intervenir, a través del ejercicio de derechos de voto en la Junta, en la designación de los consejeros independientes y ejecutivos no dominicales.

Esta posibilidad de intervención de ACS como accionista en la designación de consejeros ejecutivos no dominicales y de consejeros independientes es contraria al espíritu y finalidad del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, y no encuentra justificación alguna en el procedimiento administrativo tramitado, pues se permitirá de esta manera a ACS ejercer una influencia significativa elevada en la adopción de decisiones que afectan a la determinación de la estrategia competitiva de IBERDROLA, incrementando de manera notable el riesgo de intercambio de información estratégica y coordinación de la estrategia competitiva de los dos operadores principales, IBERDROLA y UNION FENOSA.


El régimen del Acuerdo adoptado por mayoría resulta además incongruente en cuanto prohíbe sin embargo votar sobre el nombramiento de los altos directivos distintos de los que forman parte de los órganos de administración, salvedad que tenía su explicación, en el documento remitido por la Dirección de Regulación y Competencia, en el hecho de que la prohibición de designación de consejeros recogida en el Acuerdo Primero ya recogía la imposibilidad de designación de consejeros por ninguna vía a través del ejercicio de derechos de voto en Junta.


Así, se daría la incongruencia de que ACS podría votar sobre el nombramiento de los consejeros no dominicales incluido en su caso el Consejero Delegado no dominical, y sin embargo no podrá votar sobre el nombramiento de, por ejemplo, los Directores Generales.

Tal régimen es además incongruente en sí mismo con los propios argumentos esgrimidos por la mayoría del Consejo para delimitar el contenido concreto de la relación de materias sobre las que ACS no podrá votar en Junta General, en tanto asuntos relacionados con la determinación de la estrategia competitiva de la

empresa, y recogidos en el apartado Segundo del Acuerdo Segundo, argumentos basados en los criterios que se desprenden de la Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de concentración para diferenciar dichos asuntos de otros sobre los que habría de permitirse votar por formar parte de la protección normal de los accionistas minoritarios.

En efecto, dicha Comunicación señala en su párrafo 14:

“También puede adquirirse el control exclusivo en el caso de una «minoría cualificada», lo cual puede determinarse en el plano jurídico o en el de los hechos.

El control exclusivo tendrá efectos jurídicos cuando existan derechos específicos inherentes a la participación minoritaria. Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que confieran la mayoría de los derechos de voto u otros derechos que permitan al accionista minoritario determinar la estrategia competitiva de la empresa afectada como, por ejemplo, el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros de los consejos de administración o de vigilancia.

O el párrafo 20:

“La forma más clara de control en común se da cuando hay sólo dos empresas matrices que se reparten a partes iguales los derechos de voto de la empresa en participación. En este caso no es preciso que exista entre ellas un acuerdo formal. Sin embargo, cuando dicho acuerdo exista, debe ser conforme al principio de igualdad de las empresas matrices estableciendo, por ejemplo, que cada una de ellas tiene derecho al mismo número de representantes en los órganos de administración y que ningún miembro posee un voto de calidad (20). También hay igualdad cuando ambas empresas tienen derecho a designar un número igual de miembros en los órganos decisorios de la empresa en participación”.

En definitiva, aunque referidos al ejercicio de control, de estos fragmentos citados se desprende que la Comisión está considerando que el poder de nombrar consejeros es un indicio de capacidad de controlar la sociedad, ya sea de manera exclusiva o mediante control conjunto, por lo que el nombramiento de consejeros constituye de manera obvia una materia relacionada con la determinación de la estrategia competitiva de la sociedad (tal y como recoge la propia redacción literal de la Comunicación), y que por tanto debería quedar vedada a ACS en el ejercicio de sus derechos de voto en Junta de Accionistas.

Así se desprende igualmente de los siguientes párrafos de la referida Comunicación, en los que señala cuándo los derechos de veto de un accionista minoritario confieren control, lo que a los efectos del expediente de ACS tiene interés por la diferenciación entre materias sobre las que habría de permitirle votar por formar parte del ámbito de protección de los intereses financieros de los accionistas minoritarios frente a las materias relativas a la determinación de la estrategia competitiva:

“22. Los derechos de veto deben referirse a las decisiones estratégicas sobre la política comercial de la empresa en participación y deben ser más completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación. Esta protección normal de los derechos de los accionistas minoritarios guarda relación con las decisiones que afectan a la esencia misma de la empresa en participación: modificaciones de los estatutos, aumento o reducción del capital, liquidación, etc. Un derecho de veto que, por ejemplo, impide la venta o el cierre de la empresa en participación, no confiere un control en común al accionista minoritario afectado.

23. En cambio, los derechos de veto que dan lugar al control en común 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. Asimismo, no es necesario establecer que quien adquiera el control en común de la empresa en participación hará realmente uso de su influencia decisiva. Basta con que exista dicha posibilidad, es decir, que posea los derechos de veto pertinentes”.

A la vista del contenido de toda la Comunicación, y la importancia que se concede, (no sólo en la Comunicación sino también en la normativa española de defensa de la competencia y su aplicación por las autoridades de competencia, para determinar cuando se ejerce control) a la capacidad de nombrar miembros de los órganos de administración como elemento determinante de la capacidad de ejercer influencia decisiva y control, hay que entender que el “*nombramiento de los altos directivos*” se refiere al nombramiento de los miembros de los órganos de administración y en su caso igualmente de los directivos más representativos de la sociedad que intervienen en su gestión, pero sin que tenga sentido prohibir votar el nombramiento de estos últimos excluyendo a los que sí formen parte del Consejo de Administración, como se hace, sin embargo, en el régimen recogido en el Acuerdo aprobado por mayoría.


