

**RESOLUCIÓN DE LA CNE POR LA QUE SE DESESTIMA LA PETICIÓN DE
IBERDROLA EN SU ESCRITO DE 6 DE FEBRERO DE 2008 EN RELACIÓN
CON LA RESOLUCION DE LA CNE DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2006
(Función 14ª)**

ANTECEDENTES

I. Con fecha de 6 de febrero de 2008 ha tenido entrada en la CNE escrito de IBERDROLA, S.A. por el que, en relación con la Resolución de la CNE de 30 de noviembre de 2006, de autorización a ACS para incrementar su participación en el capital social en IBERDROLA hasta un porcentaje que no le obligase a lanzar una OPA según la legislación vigente en aquel momento, solicita:

1. *“Proceda a la apertura de expediente administrativo de revocación de la autorización concedida a ACS por incumplimiento de sus condiciones.*
2. *Proceda en el seno del mencionado expediente y para asegurar la efectividad práctica de la resolución que en el mismo pudiera dictarse, a la adopción de medidas provisionales, prohibiendo a ACS adquirir (directa o indirectamente, a través de sociedades controladas por ACS, incluyendo, por tanto, a Unión Fenosa) participaciones en IBERDROLA que le confieran la capacidad de ejercer una influencia decisiva en la misma o que excedan del 10 % de su capital social (o, en caso de ostentar una participación superior, que excedan de la que actualmente tenga), incluso mediante la liquidación de instrumentos financieros derivados concertados con terceros con anterioridad a las negociaciones.*

(....)

3. *Reconozca en ese expediente a IBERDROLA la condición de interesada*”.

II. IBERDROLA señala que *“ha tenido conocimiento a través de los medios de comunicación de la existencia de negociaciones entre ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. (en adelante ACS) y Electricité de France, Société Anonyme (EDF), que podrían tener por finalidad la formulación de una oferta pública de adquisición del 100 % del capital social de IBERDROLA*”. Y señala igualmente que *“Si bien el pasado 30 de enero ACS no reconoció la existencia de negociaciones limitándose a comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (“CNMV”) que “no ha alcanzado acuerdo alguno con Electricité de France (EDF) para formular una Oferta Pública de Adquisición sobre acciones de IBERDROLA, S.A.” (Hecho relevante de 30.12.008), se ha visto posteriormente obligada a confirmar la existencia de las mismas tras las declaraciones en este sentido de D. Carlos March, Presidente de la Banca March – propietaria, a través de la Corporación Financiera Alba, de un 20% de la constructora (así lo recogieron los teletipos del pasado 5 de febrero de Europapress, Bloomberg y EFE, entre otros)”*.

III. Continúa IBERDROLA señalando que *“Inmediatamente después, la propia ACS ha admitido, a requerimiento de la CNMV, “que ha mantenido conversaciones con EDF sobre el sector energético europeo y sobre su interés por Iberdrola y el mercado español en general, sin que en esas conversaciones se haya concretado ningún tipo de acuerdo y, por tanto, sin que nada se haya sometido al Consejo de Administración de ACS” (Hecho relevante de 5 de febrero de 2008) y que “[l]a estrategia del Grupo ACS puesta en manifiesto reiteradamente es, desde el respeto a todos los accionistas, grandes y pequeños, la consolidación de un gran grupo energético español donde ACS*

pueda ser protagonista junto al resto de sus socios”: (Hecho relevante de 5 de febrero de 2008)”.

IV. *Entiende IBERDROLA que “Aún cuando las referidas noticias y comunicados no dan detalles homogéneos sobre la forma en la que se articularía la operación, parece que la misma implicaría la toma de control de IBERDROLA por una de las empresas citadas, y la inmediata venta de activos de IBERDROLA a otra”.*

V. *Se refiere IBERDROLA a las páginas 62 y 63 de la Resolución de la CNE de 30 de noviembre de 2006, dictada al amparo de la denominada Función Decimocuarta, relativa a la autorización de ACS para incrementar su participación en IBERDROLA hasta un porcentaje que no exija formulación de una OPA, para indicar las razones que justificaban la decisión de ACS, y señala que tales parámetros “fueron los valorados por esa Comisión en ambos expedientes para otorgar las correspondientes autorizaciones”, como el hecho de que “con dicha participación ACS persigue un objetivo estratégico. En efecto, declara que “el objetivo estratégico de esta operación es poder jugar un papel relevante en el sector eléctrico español” y que pretende crear “un núcleo accionarial estable, de carácter nacional, que respalda plenamente la gestión que realiza su equipo directivo, encabezado por su Presidente, y con vocación de permanencia”. Señala igualmente IBERDROLA que “en respuesta a la petición de esta Comisión de describir de forma más detallada su objetivo estratégico, aclarando en particular si existe una vocación de control sobre IBERDROLA, o una simple intención de participar en su gestión sin adquirir una influencia decisiva sobre la misma o ninguna de las anteriores, ACS manifiesta la siguiente: hoy por hoy la vocación del Grupo ACS con su participación en Iberdrola es la de colaborar en la gestión de la sociedad sin adquirir una influencia decisiva o de control sobre la misma”.*

VI. Entiende IBERDROLA, con base en las consideraciones de la CNE en su Resolución de 30 de noviembre de 2006, que *“(l)a CNE es consciente de que cualquier alteración en la estrategia de ACS puede determinar una afectación a los bienes jurídicos tutelados por la Función Decimocuarta o, al menos, es consciente que un cambio de las circunstancias concurrentes exigiría un nuevo proceso autorizatorio e, incluso, la revocación de la autorización concedida”*.

Además, señala que *“al respetuoso criterio de IBERDROLA, que lo que autorizó la CNE no fue simplemente un incremento de participación de ACS hasta el 24,99%; lo autorizó con la condición de que ese incremento (i) respetara el fin previsto a la solicitud (contribuir a la creación de un núcleo estable de accionistas de carácter nacional) y (ii) no tuviera por finalidad adquirir una posición de control exclusivo o conjunto de la Sociedad”*.

Y entiende que tal “condición” *“está radicalmente opuesta a la declaración de intenciones contenida en el Hecho relevante presentado por ACS ante la CNMV el pasado 5 de febrero en la que la constructora, como se ha indicado anteriormente, admite finalmente que “la estrategia del Grupo ACS puesta de manifiesto reiteradamente es, desde el respeto a todos los accionistas, grandes y pequeños, la consolidación de un gran grupo energético español donde ACS pueda ser protagonista junto al resto de sus socios”*.

VII. Asimismo, reclama IBERDROLA la adopción de medidas cautelares *“prohibiendo a ACS adquirir (directa o indirectamente, a través de sociedades controladas por ACS, incluyendo, por tanto, a Unión Fenosa) participaciones en IBERDROLA que le confieran la capacidad de ejercer una influencia decisiva en la misma o que excedan del 10 % de su capital social (o, en caso de ostentar una participación superior, que excedan de la que actualmente tenga), incluso mediante la liquidación de instrumentos financieros derivados concertados con terceros con anterioridad a las negociaciones.*

Entiende IBERDROLA que la *“razón que justifica la pronta adopción de medidas cautelares es el claro riesgo de que se frustre la función de control que justificó el otorgamiento de aquella autorización”,* debiendo la CNE, en relación con el *“periculum in mora” “ponderar las consecuencias que tendría el incumplimiento de la “condictio iuris” impuesta al amparo de la Función 14 por la Resolución de 30 de noviembre de 2006”,* que a su juicio *“dejaría sin cobertura administrativa alguna a los contratos privados celebrados para la adquisición de acciones, por lo que estos contratos devendría radicalmente nulos en aplicación de la regla general del artículo 6.3 del Código Civil”.*

VIII. Por último, con fecha 27 de febrero de 2008, tiene entrada en el registro de la CNE escrito de Iberdrola, S.A. por el que aclara una serie de cuestiones a su escrito inicial de 6 de febrero de 2008.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Procede, en primer lugar, recapitular brevemente los argumentos jurídicos empleados por IBERDROLA para sostener la pretensión objeto de la presente Resolución. A juicio de IBERDROLA, *“la constatación de la existencia de negociaciones entre ACS y EDF cuyo resultado final, de prosperar, se aleja de los presupuestos de hecho comunicados por ACS y objeto de valoración por*

esa Comisión (finalidad de la inversión de ACS en IBERDROLA consistente en la formación de núcleo estable de accionistas nacionales) constituye un caso de alteración sobrevenida de circunstancias bajo las que se otorgó la autorización, que requiere una nueva valoración por esa Comisión al amparo de la Función Decimocuarta, por tratarse de un supuesto no amparado por la autorización vigente”.

Continúa señalando que “al existir negociaciones entre ACS y EDF encaminadas directa o indirectamente a una toma de control de IBERDROLA, cualquier adquisición de acciones de IBERDROLA que ACS pudiera realizar o hubiera realizado, desde el inicio de las negociaciones hasta su eventual materialización en la formulación de una Oferta Pública de Adquisición, no están amparadas por dicha autorización y podrían ser calificadas como fraudulentas, en la medida en que al amparo de una autorización de cobertura, otorgada por la CNE con una finalidad (permitir a ACS incrementar su participación con el propósito de reforzar un núcleo estable de accionistas españoles), se estaría persiguiendo una finalidad distinta (colocarse en mejor posición para tomar el control de IBERDROLA) que la Función Decimocuarta ni la Resolución de 30 de noviembre de 2006 permiten sin un nuevo proceso autorizador.”

Entiende IBERDROLA que la “alteración sobrevenida se daría igualmente en el caso de que en esas negociaciones estuviera involucrada cualquier sociedad controlada directa o indirectamente por ACS, en particular, Unión Fenosa, S.A. (“Unión Fenosa”); como reconocía la Resolución de esa Comisión de 15 de febrero de 2007 (que autorizó, bajo ciertas condiciones el ejercicio de derechos políticos de ACS en IBERDROLA –artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000), ACS no ejerce sólo una influencia significativa sobre Unión Fenosa sino que ejerce una indiscutible “influencia decisiva”, es decir, que tienen el control exclusivo de la compañía eléctrica a todos los efectos... Más aún, desde 2007,

Unión Fenosa está integrada en el Grupo de Sociedades de ACS (en los términos del artículo 42 del Código de Comercio y 4 de la Ley de Mercado de Valores): desde el 1 de enero de 2007 consolida en sus cuentas las de Unión Fenosa por el método de integración global, y también desde principios de 2007 designa a la mayoría de los miembros de su Consejo de Administración (doce consejeros, de un total de 22, son considerados como dominicales de ACS).”

La argumentación de IBERDROLA se basa esencialmente, tal y como se ha recogido en los Antecedentes de esta Resolución, en su consideración de que *“lo que autorizó la CNE no fue simplemente un incremento de participación de ACS hasta el 24,99%; lo autorizó con la condición de que ese incremento (i) respetara el fin previsto en la solicitud (contribuir a la creación de un núcleo estable de accionistas de carácter nacional) y (ii) no tuviera por finalidad adquirir una posición de control exclusivo o conjunto de la Sociedad”*.

Y entiende que tal “condición” *“está radicalmente opuesta a la declaración de intenciones contenida en el Hecho relevante presentado por ACS ante la CNMV el pasado 5 de febrero en la que la constructora, como se ha indicado anteriormente, admite finalmente que “la estrategia del Grupo ACS puesta de manifiesto reiteradamente es, desde el respeto a todos los accionistas, grandes y pequeños, la consolidación de un gran grupo energético español donde ACS pueda ser protagonista junto al resto de sus socios”*.

II. Recapituladas, en síntesis, las alegaciones de IBERDROLA, esta Comisión considera que las mismas han de ser desestimadas y, en consecuencia, que no procede la apertura de un procedimiento administrativo de revocación de la autorización por incumplimiento de las condiciones que la acompañan, toda vez que las circunstancias que IBERDROLA considera sobrevenidamente alteradas no constituyen los presupuestos de hecho que determinaron en su

día el otorgamiento de la autorización en los términos que la misma recoge, ni tampoco una condición a la que se supedita su eficacia. Y por las mismas razones, resulta obvia la improcedencia también de adoptar las medidas provisionales solicitadas por IBERDROLA para preservar la efectividad de un hipotético pronunciamiento estimatorio de su pretensión principal.

III. La mera existencia, en su caso, de conversaciones entre ACS y EDF, a que alude IBERDROLA, no supone una modificación relevante de los presupuestos fácticos esenciales tenidos en cuenta en su día por la CNE al otorgar la autorización a ACS para la toma de participación en el capital social de IBERDROLA. Tampoco el objetivo estratégico de ACS en la operación, cuyo detalle figura reproducido en la Resolución de la CNE así como en el escrito de IBERDROLA objeto de la presente Resolución, constituyó en su momento un presupuesto fáctico esencial para el otorgamiento de la autorización, sin cuya concurrencia no se hubiera podido otorgar la misma.

Por el contrario, la autorización fue otorgada una vez examinada la concurrencia de los riesgos que la norma de aplicación al caso, la función decimocuarta, persigue prevenir, y ponderadas las medidas que, asociadas al acto administrativo principal como cláusulas accesorias, permitían paliar los riesgos detectados. Dicho examen se fundó, en lo esencial, en un análisis de circunstancias *objetivas* (e independientes por tanto de la intención, propósito, finalidad u objetivo estratégico del solicitante), en particular el grado de la influencia adquirida por éste en la gestión de IBERDROLA. No obsta a lo anterior el hecho de que en el procedimiento de origen ACS haya podido realizar, incluso a requerimiento de esta Comisión, manifestaciones complementarias sobre la finalidad perseguida por su toma de participación en el capital social de IBERDROLA.

Por ello, carece de relevancia la alteración de circunstancias que, a juicio de IBERDROLA, se habría producido y sobre la que esta Comisión no entra a realizar valoración alguna. En este sentido, resulta irrelevante determinar si realmente se infiere una alteración de circunstancias (de carácter, en todo caso, subjetivo) de la contraposición entre, por un lado, la vocación de ACS de participar en la gestión de IBERDROLA sin adquirir influencia decisiva o de control, según la manifestó en el procedimiento de origen y, por otro, lo expresado ante la CNMV en el reciente Hecho Relevante del pasado 5 de febrero de 2008, en el que se señala que ACS tiene por objeto la consolidación de un gran grupo energético español donde esa sociedad pueda ser protagonista junto al resto de sus socios, toda vez que tanto en un caso como en otro se hace referencia a simples intenciones que no comportan aún modificación relevante alguna de las circunstancias y elementos objetivos tenidos en cuenta por la CNE a la hora de resolver el procedimiento de origen, en particular la capacidad de influencia de ACS en IBERDROLA.

IV. Asimismo, la cobertura de riesgos que pudieron derivarse de la operación de adquisición de ACS sobre Iberdrola se realizó por la imposición de las condiciones contenidas en la Resolución de esta CNE de fecha 30 de noviembre de 2006 y la supervisión del cumplimiento de dichas condiciones se realiza por la CNE en el ejercicio de sus competencias.

En consecuencia, esta Comisión no aprecia que los hechos a los que alude IBERDROLA en su solicitud supongan por ahora una modificación sobrevenida de las circunstancias objetivas o presupuestos de hecho que determinaron en su día el otorgamiento de la autorización a ACS.

V. Por otro lado, y por lo que respecta a su alegación sobre el incumplimiento de las condiciones que determinaron el otorgamiento de la autorización, la Resolución de la CNE de 30 de noviembre de 2006 prevé en los apartados Dos y Tres de su Acuerdo lo siguiente:

DOS.- ACS, S.A. deberá informar a esta Comisión trimestralmente, y, en todo caso, siempre que se produzca cualquier circunstancia a estos efectos relevante, sobre la evolución de la participación accionarial objeto de la presente Resolución, señalando el grado de influencia que a su juicio le confiere a misma.

TRES. – A la vista de la evolución de la citada participación accionarial y demás circunstancias concurrentes, esta Comisión someterá la toma de participación de ACS, S.A. a un nuevo procedimiento autorizador conforme a su función decimocuarta, en el supuesto de que la misma le confiera la capacidad de ejercer una influencia decisiva equivalente a control exclusivo o conjunto sobre la gestión de IBERDROLA, S.A.

A la vista de lo anterior, cabe señalar que la condición que postula IBERDROLA en relación con la autorización otorgada a ACS, como presupuesto del otorgamiento de la misma (en el sentido de que dicha autorización se halla sujeta a la condición, no ya de que la participación de ésta en el capital social de aquélla no le confiera una capacidad de influencia decisiva en la gestión de IBERDROLA, sino de que ACS no tenga siquiera por finalidad adquirir una posición de control exclusivo o conjunto en la primera) no aparece recogida, ni siquiera en términos parecidos o equivalentes, en la parte dispositiva del acto administrativo..

Como se infiere inequívocamente de la condición tres de la autorización, ésta no se condiciona a que no se produzcan alteraciones sobrevenidas referidas a determinadas circunstancias subjetivas (en este caso, cambios en los propósitos, objetivos o finalidades del accionista), sino que se condiciona exclusivamente (al modo de una condición resolutoria) a que no se produzca la siguiente circunstancia objetiva, a saber: que la participación adquirida por ACS

en el capital social de Iberdrola le confiera la capacidad de ejercer una influencia decisiva equivalente a control exclusivo o conjunto sobre la gestión de dicha sociedad. Pues bien, esta circunstancia objetiva, que es la única relevante a los efectos de una posible reapertura del procedimiento autorizatorio, no se ha producido hasta la fecha.

Así lo admite expresamente en sus alegaciones dirigidas a la *Public Service Commission del Estado de Nueva York*, el 7 de febrero de 2008 en el marco del expediente 07-M-0906, en las que advierte lo siguiente: *“The Commission (as well as other regulatory authorities in the United States) should not act precipitously based upon such speculation unless and until there is an actual factual basis behind them, such an agreement reached on the acquisition of stock or the transfer of a controlling interest in Iberdrola, which would result in a filing with this Commission”*. *The Joint Petitioners (Iberdrola) have no such information to provide and do not engage in speculation on the intent of other companies, especially in the absence of any statements made by such companies”¹*.

No existiendo, por tanto, la condición a la que IBERDROLA estima sujeta la autorización otorgada a ACS, mal puede ésta haberla infringido. En todo caso, procede recordar que (a diferencia de las cargas modales) las condiciones resolutorias no son susceptibles de ser infringidas, pues no establecen obligaciones de conducta, sino que se limitan a anudar determinadas consecuencias jurídicas a la producción de una determinada circunstancia objetiva. Procede advertir asimismo que la autorización otorgada en su día a ACS no incluye como cláusula accesoria una reserva de revocación, sino tan

¹ Traducción interna: “La Comisión (así como otras autoridades reguladoras en los Estados Unidos) no debería actuar de forma precipitada basándose en tales especulaciones a menos que exista una base real de hechos, como por ejemplo que se haya alcanzado un acuerdo sobre la compra de acciones o la transferencia de una participación de control en IBERDROLA, lo que conllevaría la apertura de un expediente por esta Comisión...” Los Solicitantes (IBERDROLA) no disponen de tal información y no quieren especular sobre las intenciones de otras compañías, especialmente ante la falta de declaraciones de las mismas”.

sólo –cabe insistir- una condición por cuya virtud esta Comisión reabrirá el procedimiento autorizador en el caso de que se produzca un supuesto objetivo bien determinado, a saber: que la participación adquirida por ACS en el capital social de IBERDROLA le confiera la capacidad de ejercer una influencia decisiva equivalente a control exclusivo o conjunto sobre la gestión de dicha sociedad.

VI. Por lo que respecta a la solicitud de adopción de medidas provisionales, no ha lugar a la estimación de la misma, toda vez que, por las razones anteriormente señaladas, no cabe acceder por el momento a la pretensión principal consistente en la iniciación de un procedimiento de revocación de la autorización otorgada a ACS.

VII. Por último, el Consejo de Administración de la CNE considera necesario dejar constancia explícita de que la presente resolución se ciñe a lo contemplado en el ejercicio de la función 14 y no presupone pronunciamiento alguno sobre la cuestión de fondo que subyace. Las leyes que limitan la libertad de circulación de capitales de determinadas empresas eléctricas comunitarias; la falta de armonización de la regulación o diseño de los mercados y la ausencia de una política común de seguridad en el abastecimiento energético, son todas cuestiones que preocupan a la CNE en el contexto europeo y español.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía en su sesión celebrada el día 28 de febrero de 2008

ACUERDA

Desestimar la solicitud de IBERDROLA, S.A., recogida en su escrito de fecha 6 de febrero de 2008, de *“apertura de expediente administrativo de revocación de la autorización concedida a ACS”* en la Resolución de esta Comisión de 30 de noviembre de 2006.

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.