

## **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 EL EXPEDIENTE AEV 1/2006**

### **ANTECEDENTES**

I. Con fecha de 6 de febrero de 2008 ha tenido entrada en la CNE escrito de IBERDROLA, S.A. por el que solicita *“apertura de un expediente administrativo adoptando la medida provisional de suspensión provisional de los derechos de voto de ACS en IBERDROLA por encima del 3 %, sin excepción alguna, medida que afectaría a las acciones titularidad directa o indirectamente por ACS-incluyendo, por tanto las que pudiera adquirir Unión Fenosa”*, así como que se le reconozca la condición de interesada en dicho expediente.

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 Europress, 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”.*

Reproduce IBERDROLA en su escrito el apartado Tercero de la Resolución adoptada por la CNE en su sesión del 15 de febrero de 2007, en el expediente administrativo sobre la solicitud de autorización de ACS para el ejercicio de los derechos políticos correspondientes a su participación en IBERDROLA al amparo de lo dispuesto en el artículo 34.Quinto del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercados de bienes y servicios, y confirmada en alzada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que autorizaba a ACS el ejercicio de sus derechos de voto en IBERDROLA con relación a determinadas materias, prohibiendo a ACS adoptar ningún pacto de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto con otros accionistas de IBERDROLA en relación con dichas materias.

V. Reproduce igualmente IBERDROLA en su escrito el artículo 8 del Real Decreto 1232/2001, que desarrolla en artículo 34 del Real Decreto-ley, para señalar que a su juicio la simple existencia de conversaciones entre ACS y EDF, que tengan por finalidad cualquier acto o negocio jurídico relativo a acciones o activos de IBERDROLA puede constituir una alteración relevante de las circunstancias tomadas en consideración por la CNE al dictar su Resolución de 15 de febrero de 2007, autorizando a ACS, bajo ciertas condiciones, el ejercicio de sus derechos políticos.

VI. Considera IBERDROLA que ACS puso en conocimiento de la CNE, y de los mercados en general, cuál era la finalidad que perseguía cuando decidió entrar en el capital social de IBERDROLA, delimitando los *“presupuestos de hecho que determinaron su otorgamiento”* (el de la referida autorización de la CNE) y, señala que a su juicio *“en buena lógica, al valorar la CNE el comportamiento previsible de ACS en IBERDROLA y sus incentivos tomó en consideración lo manifestado por ACS”*.

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”*.

Sostiene IBERDROLA que tal finalidad difiere radicalmente de la manifestada en el Hecho relevante presentado por ACS ante la CNMV el pasado 5 de febrero, de *“consolidación de un gran grupo energético español donde ACS pueda ser protagonista junto al resto de sus socios”*, lo que a su juicio no parece referirse a 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”*.

**VII.** Asimismo, reclama IBERDROLA la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión del ejercicio de derechos de voto de ACS en IBERDROLA en atención al claro riesgo, a su juicio, de que se frustre la función de control que justificó el otorgamiento de la autorización, señalando que para valorar el *periculum in mora* la CNE ha de tomar en consideración que el ejercicio de los derechos de voto *“al margen de los términos de la autorización – porque han sobrevenido circunstancias que afectan a su pervivencia- podría, además de dar lugar a la apertura de un expediente sancionador (artículo 8.3 del Real Decreto 1232/2001)... afectar a la validez de los acuerdos adoptados en la Junta General de Iberdrola en los que el voto de ACS .. haya sido decisivo para la aprobación de los mismos..”* y a su juicio *“las propuestas del Consejo de Administración de IBERDROLA que hayan sido rechazados por*

*la Junta con el voto determinante de ACS pueden haber causado perjuicios absolutamente irreparables a IBERDROLA”.*

**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 los argumentos jurídicos empleados por IBERDROLA para sostener la pretensión objeto de la presente Resolución. A juicio de esa sociedad, *“la simple existencia de negociaciones entre ACS y EDF cuyo resultado final, de prosperar, se aleja de los presupuestos de hecho (finalidad de la inversión de ACS en IBERDROLA) comunicados por ACS y valorados por la CNE (formación de un núcleo estable de accionistas, apoyo a los gestores, etc.) se integra en el supuesto de hecho previsto en el artículo 8 del Real Decreto 1232/2001. Es decir, constituye un caso de alteración sobrevenida de circunstancias que requiere una nueva valoración por esa Comisión acerca de la conveniencia de mantener la autorización a ACS para el ejercicio de sus de derechos de voto en IBERDROLA, revocarla o someterla a nuevas condiciones”.*

Continúa IBERDROLA señalando que *“esta 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; como reconocía la Resolución de esa Comisión de 15 de febrero de 2007 (que autoriza a ACS, 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)”.*

II. Recapituladas, en síntesis, las alegaciones de IBERDROLA, esta Comisión considera que las mismas han de ser desestimadas y, en consecuencia, que no procede por ahora, y con base en ellas, la iniciación de un procedimiento administrativo dirigido a determinar la procedencia de mantener en sus términos originales la autorización otorgada a ACS, revocarla o someterla a nuevas condiciones, toda vez que las circunstancias que IBERDROLA considera alteradas no constituyen los presupuestos de hecho que determinaron, en su día, el otorgamiento de la autorización en los términos que la misma recoge. Y por las mismas razones, resulta obvia la improcedencia también de adoptar en este momento medida provisional alguna de suspensión de los derechos de voto de ACS en IBERDROLA.

El invocado artículo 8 del Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, al que alude IBERDROLA, establece lo siguiente:

*“1. Una vez otorgadas las autorizaciones referidas en el artículo 1 del presente Reglamento, la persona o personas autorizadas deberán comunicar a la Comisión Nacional de Energía o a la Comisión del Mercado de las*

*Telecomunicaciones cualquier variación en los presupuestos de hecho que determinaron su otorgamiento. Dicha comunicación se efectuará en el plazo máximo de diez días, a contar desde que dicha variación se produzca.*

*Asimismo, la Comisión Nacional de Energía o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán iniciar de oficio dicho procedimiento de modificación si conociesen la existencia de dicha variación y no se les hubiese comunicado en plazo”.*

*2. Durante el tiempo que medie entre el momento en que se produzca la variación referida en el apartado anterior y el pronunciamiento expreso de la Comisión Nacional de Energía o de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, o, en su defecto, el transcurso del plazo señalado en el artículo 7.1 del presente Reglamento, los efectos de la autorización previamente concedida no se extenderán a las nuevas adquisiciones de acciones u otros valores que confieran derechos de voto o de designación de miembros en el órgano de administración. A estos efectos, la persona o personas autorizadas deberán abstenerse de ejercitar los derechos de voto en un porcentaje superior al previamente autorizado. En el caso de que se hubiese autorizado la designación de miembros del órgano de administración, la persona o personas que pudieran designar nuevos miembros deberán abstenerse de hacerlo.*

*3. En caso de variación de los presupuestos determinantes del otorgamiento de una autorización, el ejercicio de derechos de voto o la designación de miembros de órganos de administración no amparada por ella, dará lugar a la 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.*

*4. En los casos previstos en el párrafo anterior, la Comisión Nacional de Energía o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones darán publicidad a la ausencia de autorización respecto del ejercicio de tales*

*derechos políticos o la designación de ulteriores miembros del órgano de administración.*

*5. La resolución que, en su caso, dicte la Comisión Nacional de Energía o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá subordinar a nuevas condiciones la autorización inicial, a la vista de las nuevas circunstancias concurrentes”.*

III. Como ya ha sido señalado, la mera existencia de conversaciones entre ACS y EDF no supone todavía una modificación relevante de los presupuestos fácticos esenciales tenidos en cuenta en su día por la CNE al otorgar la autorización del ejercicio de derechos de voto a ACS. 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 con condiciones fue otorgada una vez examinada la ausencia de los riesgos que la norma de aplicación persigue prevenir esto es: (i) que no se favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores; y (ii) que la operación no implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos. Y ello, teniendo en cuenta al efecto los criterios que recoge el apartado 5 del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

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), tales como el grado de su influencia en ambos operadores, la dispersión de sus respectivos capitales sociales, así



como otros elementos de juicio de orden similar. 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, pues como se ha señalado el análisis de riesgos que realiza la CNE guardan relación con (i) que no se favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores; y (ii) que la operación no implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos. 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, atendiendo tanto a su participación accionarial en esta última como a la limitación que en el ejercicio de los derechos de voto tiene ya impuesta en los términos de la Resolución de la CNE de 15 de febrero de 2007.

**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 15 de febrero de 2007 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.

**IV.** Finalmente, cabe señalar asimismo que la limitación que de manera implícita 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.

Adicionalmente, procede destacar, en todo caso, que la propia solicitante reconoce que la circunstancia de una modificación de la capacidad de influencia de ACS en IBERDROLA no se ha producido hasta la fecha. 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”<sup>1</sup>.*

**V.** Por lo que respecta a la solicitud de adopción de medidas provisionales de suspensión del ejercicio de derechos de voto, 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 modificación de la autorización otorgada a ACS por variación en los presupuestos de hecho determinantes de la misma, conforme al artículo 8 del Real Decreto 1232/2001.

**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 contemplada en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 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

---

<sup>1</sup> 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”.

## ACUERDA

Desestimar la solicitud de IBERDROLA, S.A., recogida en su escrito de fecha 6 de febrero de 2008, de *“apertura de un expediente administrativo adoptando la medida provisional de suspensión provisional de los derechos de voto de ACS en IBERDROLA por encima del 3 %, sin excepción alguna, medida que afectaría a las acciones titularidad directa o indirectamente por ACS-incluyendo, por tanto las que pudiera adquirir Unión Fenosa”*.

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.