




Comisión
Nacional
de Energía

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO LUÍS ALBENTOSA PUCHE EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA 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

Luis Albentosa Puche, consejero de la Comisión Nacional de Energía (CNE), suscribe este voto particular mediante el cual expresa su radical discrepancia con la Resolución aprobada por la mayoría del Consejo de Administración de la CNE, por la que se desestima la petición de IBERDROLA, formulada en su escrito de 6 de febrero de 2008, en relación con el expediente AEV 1/2006.

I. Introducción: naturaleza y finalidad del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 establece limitaciones a las personas, físicas o jurídicas, que, directa o indirectamente, participan, en una proporción igual o superior al 3 por ciento, en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de *operador principal* de un mismo sector, de entre los especificados en el mencionado Real Decreto-Ley. Tales limitaciones establecidas en el citado artículo 34 se concretan en que:

- 
- a) Se prohíbe el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso sobre el 3 por ciento del capital social en más de uno de dichos operadores principales.

- b) Se prohíbe la designación de miembros de los órganos de administración en más de una de dichas sociedades.

La finalidad perseguida al establecer estas limitaciones son dos. En primer lugar, evitar el intercambio de información estratégica entre operadores principales, ya que, según han señalado en reiteradas ocasiones tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) español como la Comisión Europea y el Tribunal de Luxemburgo, el intercambio de información entre competidores es susceptible de constituir una práctica restrictiva de la competencia. En segundo lugar, las limitaciones establecidas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 pretenden evitar que los operadores principales puedan coordinar sus comportamientos estratégicos, adoptando decisiones contrarias a la competencia efectiva.

Por lo tanto, la tarea a realizar por la CNE es la de identificar con la mayor precisión posible las materias que, en el ámbito del gobierno de las empresas (conocido como gobierno corporativo), suponen un riesgo de que los operadores principales intercambien información estratégica y/o coordinen sus comportamientos estratégicos.

El artículo 34 del mencionado Real Decreto-Ley tiene un carácter preventivo, *ex-ante*, ya que lo que este artículo protege es la defensa de la competencia de manera preventiva. Las limitaciones establecidas en el citado artículo 34 se aplican de manera automática sin que, por un lado, sea necesario probar en modo alguno que se han producido infracciones de la normativa societaria o de la de competencia y sin que, por otra parte, ello suponga una vulneración del principio de presunción de inocencia. Alguien podría argumentar que este artículo 34 no puede ser aplicado si no se demuestra que la competencia ha quedado afectada o si no se prueba el incumplimiento de la normativa societaria o de defensa de la competencia. Sin embargo, esta forma de razonar ignoraría que el artículo 34 de este Real Decreto-Ley pretende evitar unos riesgos que presuntamente existen.



En definitiva, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 no es una norma de competencia de carácter sancionador, *ex-post*, ya que para aplicar normas de este carácter es absolutamente necesario probar que se ha producido una infracción. Además, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 despliega su eficacia cuando una persona, física o jurídica, posee participaciones accionariales de dos o más empresas independientes que compiten entre si, dejando de ser de aplicación cuando tales compañías pasan a fusionarse.

La finalidad, por tanto, del artículo 34 es prevenir la posibilidad de que haya colusión o coordinación de comportamientos competitivos de empresas de determinados sectores productivos, derivada de la presencia de accionistas comunes. Los riesgos que suscitaría una eventual concentración de IBERDROLA y UNIÓN FENOSA nada tiene que ver con los riesgos que se plantean con la participación simultánea de ACS en UNIÓN FENOSA y en IBERDROLA.

El consejero que suscribe este voto particular considera que no tener en cuenta estas consideraciones, acerca de la naturaleza y finalidad del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, es lo que explica, desde la óptica lógico-formal, la posición adoptada -en opinión de este consejero errónea- por la mayoría del Consejo de Administración de la CNE.

Este consejero vota en contra de esta Resolución, aprobada por la mayoría del Consejo de Administración de la CNE, por dos conjuntos de causas. En primer lugar, por las mismas razones incluidas en el voto particular formulado con motivo de la Resolución adoptada en el procedimiento AEV 1/2006: haber modificado el mecanismo mediante el cual se establecieron las limitaciones a las que quedó sometida ACS en la Junta General de Accionistas de IBERDROLA, y por permitir a ACS intervenir en la elección y designación de miembros del Consejo de Administración de IBERDROLA distintos a los dominicales. En segundo lugar, por razones específicas adicionales derivadas de la solicitud de IBERDROLA.



II. Motivos asociados a la Resolución de la CNE en relación al procedimiento AEV 1/2006

a) El cambio de criterio para determinar los asuntos de la Junta General de Accionistas que pueden ser votados por ACS

Este consejero quiere hacer constar que, desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2000, en todos y cada uno de los casos en que se ha aplicado su artículo 34.5, el Consejo de Administración de la CNE ha establecido una *lista positiva* que contiene los asuntos que la empresa solicitante de autorización puede votar en la Junta General de Accionistas de la empresa participada, excluyéndose la posibilidad de votar el resto de los asuntos del orden del día. Esta lista positiva ha estado siempre compuesta sólo por tres asuntos: aprobación de las cuentas anuales, aprobación del informe de gestión y aplicación de los resultados. Además de esta lista positiva, el Consejo de Administración de la CNE siempre ha concedido a la empresa solicitante la posibilidad de solicitar autorización para votar asuntos concretos del orden del día de una próxima Junta General de Accionistas.

Frente a esta forma de actuar, el Consejo de Administración de la CNE, en su sesión del 15 de febrero de 2007, procedió de forma diferente a como lo venía haciendo en los casos precedentes. En efecto, en febrero de 2007, por primera vez desde junio de 2000, el Consejo de Administración de la CNE respondió a la solicitud de ACS estableciendo una *lista negativa*, integrada por todos los asuntos del orden del día de la Junta General de Accionistas de IBERDROLA sobre los que aquélla no puede votar, de forma que todos los restantes asuntos del orden del día pueden ser votados por ACS. Frente a los tres asuntos de la lista positiva señalados más arriba, la lista negativa que mayoritariamente aprobó el Consejo de Administración de la CNE incluye los asuntos que, en principio, pueden afectar a los aspectos estratégicos de la empresa participada por ACS (IBERDROLA) y a las condiciones de competencia de los sectores energéticos, especialmente del eléctrico, en el que operan tanto UNIÓN FENOSA como IBERDROLA, ambas participadas por ACS.

Este consejero, que suscribe este voto particular, se mostró contrario a estos cambios introducidos por la Resolución aprobada mayoritariamente por el Consejo de Administración de la CNE.

La influencia que puede ejercer eventualmente ACS en IBERDROLA con el mero ejercicio del total de sus derechos de voto en la Junta General de Accionistas es de una gran relevancia, de modo que puede calificarse de influencia significativa en una magnitud muy elevada. No es necesario verificar que ACS disfruta de una capacidad de influencia decisiva con carácter exclusivo ni conjunto sobre IBERDROLA; para detectar tal capacidad de influencia es suficiente identificar indicios de riesgo de coordinación de comportamientos competitivos, mediante la simple constatación de los efectos que pueden ejercerse influyendo en la adopción de decisiones estratégicas de la empresa, y sin que necesariamente las adopte.

Si se aceptara el argumento, esgrimido por ACS, según el cual en la Junta General de Accionistas no se definen los comportamientos estratégicos de una empresa, habría que concluir que el legislador podría haberse limitado a prohibir la designación de consejeros, pues nada importaría que los derechos de voto se ejercieran en un porcentaje muy superior al 3 por ciento. Sin embargo, la imposición de una limitación referida al ejercicio de derechos de voto en la Junta General de Accionistas está justificada en que, mediante el mero ejercicio de esos derechos, ACS puede eventualmente influir en la estrategia competitiva de la empresa, suponiendo un riesgo potencial de coordinación de comportamientos estratégicos.

Por lo tanto, a la vista de la presencia de ACS tanto en UNIÓN FENOSA como en IBERDROLA sólo cabe la autorización en los términos recogidos en asuntos precedentes: autorización sólo para el ejercicio de derechos de voto en exceso sobre el 3 por ciento para decidir sobre la aprobación de las cuentas anuales, del informe de gestión y de la aplicación del resultado. En tales precedentes se dejaba no obstante la vía abierta a la posibilidad posterior de solicitar una autorización concreta e individualizada por parte del interesado.



b) La designación de miembros del Consejo de Administración de IBERDROLA distintos de los dominicales

El punto *primero* del ACUERDA de la Resolución de la CNE, aprobado por la mayoría del Consejo de Administración de la CNE en febrero de 2007, debería haber prohibido a ACS a que participara en cualquier votación destinada a aprobar el nombramiento de cualquier tipo de consejero. Por un lado, tal como la mayoría del Consejo de la CNE hizo, debería haberse prohibido a ACS que participara en el nombramiento de consejeros dominicales. Por otro lado, contrariamente a lo que estableció el punto *primero* del ACUERDA, aprobado por la mayoría del Consejo de la CNE, debería haberse impedido que ACS intervenga en la elección y designación de consejeros de IBERDROLA distintos a los dominicales. Todo ello se hubiera conseguido con una redacción del punto *primero* del ACUERDA como la siguiente (las palabras en cursiva no aparecieron en el texto aprobado por la mayoría del Consejo de Administración de la CNE) que fue la utilizada en los precedentes citados.

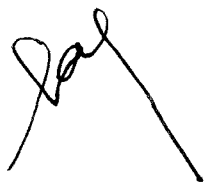
Primero.- ACS no podrá designar miembros del Consejo de Administración de IBERDROLA, ni en virtud del sistema proporcional referido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni por el procedimiento de cooptación establecido en el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas, no pudiendo tampoco, en virtud de lo establecido en el propio artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, ejercer sus derechos de voto respecto a las propuestas de nombramiento de otros consejeros vinculados profesionalmente a la sociedad, ni respecto de las propuestas de ratificación o separación de Consejeros que deben ser aprobadas por la Junta de Accionistas.

Con la decisión adoptada en febrero de 2007 por la mayoría del Consejo de Administración de la CNE existe la posibilidad de que ACS participe como accionista, ejerciendo sus derechos de voto en la Junta General de Accionistas, en el nombramiento del Presidente ejecutivo o del Consejero Delegado de IBERDROLA.

El criterio utilizado por la mayoría del Consejo de Administración de la CNE para decidir qué materias forman parte de la relación de asuntos que ACS no puede votar en la Junta General de Accionistas de IBERDROLA, diferenciándolos de aquellos que sí puede votar, consistió en distinguir los asuntos relacionados con la determinación de la estrategia competitiva de la empresa y los asuntos que forman parte del ámbito de protección de los accionistas minoritarios, en tanto inversores, recogida tal diferencia en la Comunicación europea sobre el concepto de concentración, citada a su vez en la Resolución de la mayoría del Consejo de Administración de la CNE.

Pues bien, con el régimen previsto en el punto *primero* del ACUERDA de febrero de 2007, en opinión del consejero que suscribe este voto particular, la mayoría del Consejo de Administración de la CNE incurrió en una flagrante contradicción, pues permitió a ACS votar en la Junta General de Accionista el nombramiento de consejeros no dominicales de IBERDROLA, lo que constituyó en sí misma una cuestión que pertenece claramente al terreno de la estrategia competitiva de IBERDROLA. De este modo la Resolución de la mayoría del Consejo de Administración de la CNE se apartó de manera injustificada de los precedentes anteriores, sin incluir motivación alguna sobre el asunto, cuando estamos ante un caso de mayor gravedad que los anteriores.

De haberse continuado con el esquema autorizatorio de los precedentes citados, como defendió y defiende el consejero que suscribe este voto particular, ACS no podría ejercer derechos de voto por encima del 3 por ciento en materia alguna distinta de los tres asuntos antes mencionados (aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y aplicación del resultado), por lo que, en ningún caso, podría ejercer sus derechos de voto, en la Junta General de Accionistas de IBERDROLA, en los puntos del orden del día referidos al nombramiento de consejeros.



III. Causas adicionales que explican este voto particular

En primer lugar, la Resolución de la que discrepa radicalmente este consejero no está minimamente motivada, ya que se limita a señalar que *las alegaciones de IBERDROLA (...) han de ser desestimadas (...) toda vez que las circunstancias que IBERDROLA considera alteradas no constituyen los presupuestos de hecho que determinaron el otorgamiento de la autorización en los términos que la misma recoge.*

En segundo lugar, debe señalarse que, a lo largo de la Resolución objeto de este voto particular, hay, cuando menos, cuatro referencias a supuestos condicionantes temporales:

- a) ... la mera existencia de conversaciones entre ACS y EDF no supone *todavía* una modificación relevante...
- b) ... simples intenciones que no comportan *aún* modificación relevante...
- c) ... no aprecia que los hechos a los que alude IBERDROLA en su solicitud supongan *por ahora* una modificación sobrevenida...
- d) ... no cabe acceder *por el momento* a la pretensión principal...

Estos condicionantes ponen de manifiesto que la mayoría del Consejo de Administración no ha tomado en consideración la naturaleza jurídica del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000: en principio, como ha sido señalado en el primer epígrafe de este voto particular, para aplicar este artículo no hay que esperar a que se compruebe que las intenciones, conversaciones o hechos mencionados por el solicitante tengan consecuencias sobre la competencia. Para acceder a las pretensiones del solicitante basta con comprobar que las conversaciones, intenciones y hechos aumentan el riesgo de que haya colusión o coordinación de comportamientos competitivos. El consejero que suscribe este voto particular no llega a afirmar que tal riesgo haya aumentado; simplemente señala que la Resolución rechazada por él no motiva, ni fundamenta, que tal aumento del riesgo no se vaya a producir.



En tercer lugar, la mayoría del Consejo de Administración de la CNE ha rechazado la posibilidad de que las alegaciones adicionales presentadas por el solicitante sean, siquiera, analizadas, lo que, para este consejero, es ciertamente sorprendente.

En cuarto lugar, las alegaciones iniciales y las alegaciones adicionales (no tomadas en consideración por el Consejo de Administración) presentan tres hechos que son calificados de novedosos respecto a la situación existente cuando (febrero de 2007) la CNE adoptó la Resolución cuya modificación solicita IBERDROLA:

- a) Desde el primero de enero de 2007, UNIÓN FENOSA está integrada en el GRUPO DE SOCIEDADES DE ACS, consolidándose las cuentas de la primera, por el método de la integración global, en las del segundo.
- b) ACS ha admitido ante la CNMV (hecho relevante de este órgano supervisor, de 5 de febrero de 2008) que *ha mantenido conversaciones con EDF sobre su interés por IBERDROLA*, lo que contrasta claramente con la última manifestación hasta entonces hecha, según la cual ACS pretende *crear un núcleo accionarial estable, de carácter nacional, que respalda plenamente la gestión que realiza su equipo directivo*.
- c) Desde principios de 2007, ACS designa a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de UNIÓN FENOSA.

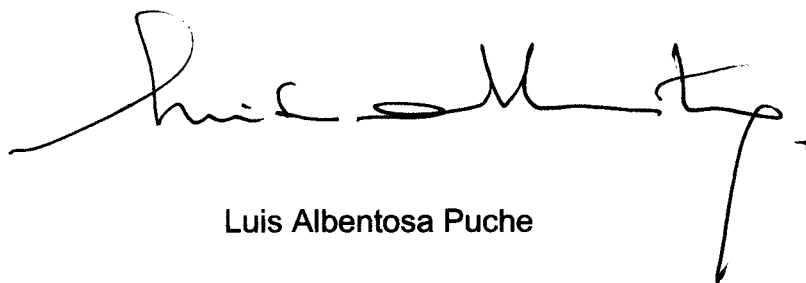
A la vista de estos tres hechos, este consejero se pregunta si tales supuestas novedades no merecen ser contrastadas y analizadas para, en su caso, motivar suficientemente la Resolución que deba adoptarse en respuesta a la solicitud de IBERDROLA.

En quinto lugar, en opinión del consejero que suscribe este voto particular, el objeto de la Resolución debe ser comprobar si ha aumentado o no el riesgo de que haya intercambio de información estratégica entre los dos operadores principales y de que se produzca coordinación de sus comportamientos estratégicos entre ambos. Para analizar si tal riesgo ha aumentado, es necesario comprobar que tal intercambio de información y tal coordinación de



comportamientos son posibles y *también* si existen (o aumentan) los incentivos para que alguno de estos dos fenómenos (o los dos) se produzcan. En opinión del consejero que suscribe este voto particular, la mayoría del Consejo de Administración ha adoptado su decisión sin realizar el correspondiente análisis de comprobación.

Madrid, a 3 de marzo de 2008

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Albentosa Puche', with a long, sweeping tail extending downwards and to the right.

Luis Albentosa Puche