



Comisión
Nacional
de Energía

**RESOLUCION DE LA COMISION NACIONAL DE
ENERGIA SOBRE LA SOLICITUD DE
AUTORIZACION DE ELECTRABEL, S.A.,
REALIZADA AL AMPARO DEL ARTICULO 34.4
DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000**

14 Noviembre de 2000

RESOLUCION DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA DE DENEGACION DE LA SOLICITUD DE AUTORIZACION DE ELECTRABEL, S.A., REALIZADA AL AMPARO DEL ARTICULO 34.4 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000

ANTECEDENTES DE HECHO

I. Con fecha de 1 de agosto de 2000 tiene entrada en la CNE escrito de ELECTRABEL, S.A. en el que manifiesta que el día 3 de julio de 2000, adquirió una participación equivalente al 10 % del capital social de HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A., y que es asimismo titular de determinados derechos contractuales sobre aproximadamente el 4,66 % del capital de IBERDROLA, S.A.

Señala que tiene suscrito un contrato de “swap” con MERRILL LYNCH INTERNATIONAL (ML) en virtud del cual se efectuó una permuta financiera de 4.189.632 acciones de la sociedad IBERDROLA, S.A. aproximadamente equivalentes a un 4,66 % del capital social de dicha sociedad, y que ML es a todos los efectos el titular legítimo de dichas acciones hasta la fecha de vencimiento del Contrato de Derivados el día 28 de Diciembre de 2000. De acuerdo con el contrato citado, ELECTRABEL, S.A. tiene la facultad de deshacer el swap y recuperar las acciones, o consolidar definitivamente la situación liquidando en su caso las diferencias de cambio que se hubieran producido.

En el citado escrito, aunque considera que no existiría obligación legal alguna para ello, por no ser titular dominical de las acciones ni de los derechos de voto sobre las acciones de IBERDROLA, S.A., ELECTRABEL, S.A. realiza *ad cautelam* la comunicación exigida por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, indicando su intención de ejercitar sin restricción alguna la totalidad de los derechos de voto que pudieran corresponderle por razón de su participación en

HIDROCANTABRICO, S.A., así como el ejercicio de cualesquiera otros derechos inherentes a su condición de accionista de la citada sociedad y en proporción a su participación en la misma.

Y señala que aunque en la actualidad no posee participación alguna en los órganos de administración y dirección de la sociedad IBERDROLA, *“se trata de una posibilidad que mi representada debería preservar”*.

Por ello, solicita en el suplico del escrito la *“autorización para el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las acciones de que sea titular en las sociedades participadas respecto de las que no hubiera manifestado su intención de ejercitar sus correspondientes derechos de voto sin restricción alguna, así como para la designación de miembros para integrar el Consejo de Administración de la mencionada sociedad”*.

II. Con fecha de 25 de septiembre de 2000, fue remitido escrito de la CNE a ELECTRABEL, S.A. en el que, de conformidad con lo acordado por su Consejo de Administración el día 19 de septiembre de 2000, se requiere a dicha empresa el envío de información adicional en relación con el asunto, suspendiéndose el plazo máximo legal para resolver en los términos previstos en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En dicho escrito, se requiere a ELECTRABEL para el envío del documento “Confirmation of Swap Transaction”, traducido al castellano por intérprete jurado; documentación adicional relativa al contrato de Swap o contrato de derivados con indicación de a quién corresponde en la actualidad el ejercicio de los derechos de voto del paquete accionario en IBERDROLA, S.A., e identificando la persona física o jurídica que los haya venido ejerciendo desde la celebración del Contrato de Derivados; toda la documentación, incluida la de carácter contable, necesaria para determinar la titularidad dominical del paquete accionario en IBERDROLA,

S.A, en particular los estados contables auditados con posterioridad a la fecha de adquisición del citado paquete accionario.

III. Con fecha de 6 de octubre de 2000 tiene entrada en la CNE escrito de ELECTRABEL, S.A. en el que solicita una ampliación del plazo para remitir la información requerida. Con fecha de 10 de octubre de 2000 se acuerda por la CNE la ampliación de plazo otros cinco días más, recibándose en esta Comisión escrito de ELECTRABEL, con fecha de 18 de octubre de 2000, en el que contesta al requerimiento realizado.

En el citado escrito, ELECTRABEL, S.A. señala que los derechos de voto no han sido ejercitados por dicha sociedad, y que desconoce quién los ha ejercitado desde la celebración del contrato de derivados, indicando asimismo que no ha celebrado ningún contrato, acuerdo o compromiso relativo al ejercicio de los citados derechos políticos distinto del Contrato de Derivados.

Igualmente señala ELECTRABEL en el escrito remitido a la CNE que no es titular dominical de las acciones de IBERDROLA, y que desconoce quienes son o han sido los titulares.

ELECTRABEL, S.A. adjunta como Documento nº 1 traducción jurada al castellano del Contrato de Derivados de fecha 3 de junio de 2000, denominado "Confirmation of Swap Transaction". Las condiciones generales de citado contrato señalan que

*"La Contraparte prestará Acciones a ML, quien las aceptará, de conformidad con lo dispuesto en la presente Confirmación. **Por "entrega" se entiende la acción de entregar o reentregar las Acciones, según proceda, incluido el otorgamiento de los documentos necesarios y la adopción de las medidas necesarias para transmitir todos los derechos, titularidad e intereses sobre las Acciones a la parte***

pertinente. Las expresiones “entregado” y “entregar” se interpretarán en consecuencia.

ML venderá las Acciones en el mercado previa comunicación verbal o escrita realizada por la Contraparte y ML confirmará por telefax a la Contraparte los datos de esa venta de Acciones”.

Asimismo, se adjunta como Documento nº 2 una carta de fecha 17 de octubre de 2000, remitida por MERRILL LYNCH a ELECTRABEL, en la que se indica que la titularidad y los derechos políticos de las acciones de IBERDROLA corresponden a los clientes de MERRILL LYNCH, habiendo perdido ELECTRABEL dichos derechos desde la celebración del Contrato de Derivados.

En relación al registro contable de las Acciones de IBERDROLA, S.A. adjunta como documento nº 3, copia y traducción jurada al castellano de las cuentas anuales auditadas de ELECTRABEL, y manifiesta que aquellas acciones figuran contabilizadas como un inmovilizado financiero, *“ya que el “swap” tiene la modalidad de “forward” por lo que, contablemente, no se da de baja la inversión hasta la expiración del contrato”.*

En el propio escrito remitido a la CNE el día 18 de octubre de 2000, y a fin de acreditar que no es titular ni ha ejercido los derechos políticos correspondientes a las acciones de IBERDROLA, S.A., ELECTRABEL solicita que se oficie solicitud de información al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores para que certifique si consta en sus archivos la sociedad ELECTRABEL como titular de las acciones de IBERDROLA; que se oficie a la Secretaría del Consejo de Administración de IBERDROLA para que certifique si la sociedad ELECTRABEL ha asistido, presente o debidamente representada a la Junta General de Accionistas de IBERDROLA desde la celebración del contrato, y asimismo se oficie solicitud de información a BNP-Paribas como entidad custodia de los

referidos títulos para que certifique si consta en sus archivos la sociedad ELECTRABEL como titular de las acciones de IBERDROLA.

IV. Con fecha de 7 de noviembre de 2000, se resuelve por la CNE de manera motivada la denegación de la práctica de la prueba solicitada por ELECTRABEL, S.A., entendiéndose que ha quedado suficientemente acreditada en el expediente la no titularidad del dominio ni de los derechos de voto sobre las acciones de IBERDROLA, S.A. que forman parte del acuerdo de “swap” firmado con MERRILL LYNCH.

V. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, previo estudio del expediente, analizados los escritos de alegaciones y argumentos expresados por la empresa solicitante, ha procedido en su sesión del día 14 de noviembre de 2000, a adoptar la presente Resolución, basando la misma en los Fundamentos Jurídicos que a continuación se exponen:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTOS JURIDICO-PROCESALES

I. Competencia de la CNE para resolver el presente procedimiento

La presente Resolución se dicta en el ejercicio de la competencia que atribuye a la Comisión Nacional de Energía el artículo 34.4. del Real Decreto-Ley 6/2000, consistente en la función de autorizar *“el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones señaladas en el apartado primero o la designación de miembros del órgano de administración a la que se refiere el apartado tercero, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”*.

Asimismo, se adopta en el ejercicio de las competencias que atribuye a la Comisión Nacional de Energía la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

II. Procedimiento aplicable

El segundo párrafo del apartado 4 del artículo 34 señala que *“Reglamentariamente se determinará la forma y el procedimiento a través de los cuales se concederán las autorizaciones previstas en este apartado”*.

El citado desarrollo reglamentario no ha sido llevado a cabo, lo cual no obsta ni aplaza el ejercicio por la CNE de la función que se le atribuye legalmente, debiendo por el contrario ejercer dicha función en cumplimiento de la obligación de resolver que establece el artículo 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual no podrá la Administración *“abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso...”*.

No habiendo desarrollo reglamentario relativo al procedimiento, resulta de aplicación lo previsto en materia de procedimiento en la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma de obligado cumplimiento por la CNE cuando ejercita potestades públicas, según se desprende de lo previsto en la Disposición Adicional Undécima. Primero de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la propia Ley 30/1992.

FUNDAMENTOS JURIDICOS SUSTANTIVOS

III. Sobre la previsión establecida en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000

1. El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 establece una prohibición sobre cualquier persona física o jurídica para el ejercicio de derechos de voto correspondientes al exceso respecto a una participación del 3 % en el capital de dos o más operadores principales en los mercados referidos en el propio precepto, en los siguientes términos:

“1. Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital 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 párrafo siguiente en una proporción superior al 3 por 100 del total del capital o de los derechos de voto, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado tercero del presente artículo.

En el propio apartado 1 de este artículo se aclaran algunos supuestos en los que, de concurrir determinadas circunstancias, se entienden las acciones poseídas por una misma persona física o jurídica:

“A estos efectos, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica:

a) las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como éste se

define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores;

b) Las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión.

Se entenderá salvo prueba en contrario que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración.

Interesa asimismo destacar que a efectos de la prohibición que establece el precepto *“se tendrá en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título”*.

En consonancia con la prohibición que se impone a los destinatarios de la norma en el primer párrafo del apartado 1, se establece para los mismos la obligación de comunicar a la CNE la sociedad respecto de la que se pretende ejercer los derechos de voto sin restricción alguna, en los siguientes términos:

Las personas físicas o jurídica a las que se impute el exceso referido en el párrafo primero de este número comunicarán en el plazo de un mes desde que se produzca la referida circunstancia a la Comisión Nacional de la Energía o a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, según corresponda por razón de materia, la sociedad respecto de la que se pretende ejercer los derechos de voto sin restricción alguna. Transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la citada comunicación quedarán suspendidos en cuanto al exceso del 3 por 100 los derechos de voto de todas las sociedades participadas.

2. Respecto a los mercados afectados por esta norma, y a los efectos de la presente Resolución, conviene señalar que el apartado 2 del artículo 34 establece que *“Los mercados o sectores a los que se refiere el apartado anterior son los siguientes: a) Generación, transporte y distribución de energía eléctrica.....”*.

3. Por último, la prohibición contemplada en la norma se aplica en la medida que los operadores sobre cuyo capital se dispongan de participaciones financieras sean principales, entendiéndose por operador principal, en los términos del artículo 34.2 penúltimo párrafo *“cualquiera que, teniendo la condición de operador de dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión”*.

4. No obstante, el ejercicio de derechos de voto que es objeto de prohibición en el apartado 1 del artículo 34 del Real Decreto-Ley puede ser objeto de autorización en determinadas circunstancias, de acuerdo con el régimen previsto en el apartado 4 del precepto.

Establece el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 6/2000 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 señaladas en el apartado primero o la designación de miembros del órgano de administración a la que se refiere el apartado tercero, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”.

IV. Sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 para su aplicación al presente caso

En el escrito remitido a esta Comisión el día 1 de agosto de 2000, ELECTRABEL, S.A. sostiene que realiza la comunicación exigida en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, y por la cual opta por el ejercicio sin restricción alguna de sus derechos de voto en la sociedad HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A., solamente ad cautelam, pues al no ser titular dominical ni de los derechos de voto sobre las acciones de IBERDROLA, S.A., no estaría sujeta a la obligación de comunicación que contempla el citado precepto.

Efectivamente, durante la tramitación del expediente, ha quedado acreditado suficientemente que ELECTRABEL, S.A. no es el titular del dominio ni de los derechos de voto respecto a las acciones de IBERDROLA que son objeto del contrato de “swap” firmado con MERRILL LYNCH, tal como se ha puesto de manifiesto en el apartado de Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, motivo por el cual se ha denegado la práctica de los medios de prueba propuestos a tal efecto por ELECTRABEL.

A pesar de entender que el supuesto objeto de consideración en la presente resolución no está sujeto al régimen previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, la empresa solicita en el petitum de su escrito la autorización para el ejercicio de derechos de voto y el nombramiento de miembros en el órgano de administración.

La propia circunstancia a la que se refiere la empresa solicitante determina, a juicio de esta Comisión, que los hechos que se someten a autorización no caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, por cuanto que ELECTRABEL, S.A. no constituye una persona jurídica, de las referidas en el artículo 34, que *“directa o indirectamente participen en el capital de*

dos o más sociedades en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el párrafo siguiente en una proporción superior al 3 por 100 del total del capital o de los derechos de voto”.

ELECTRABEL, S.A. no es, en el momento en que solicita la autorización, titular de participaciones en dos o más sociedades que tengan la consideración de operadores principales, sino que sólo posee participaciones sobre el capital de una de dichas sociedades, HIDROCANTABRICO, S.A..

Por ello, éste no constituye un supuesto de los contemplados en el artículo 34.1 que sea susceptible de autorización bajo el apartado 4 de dicho artículo, al faltar el presupuesto básico exigido por la norma consistente en la titularidad dominical o de los derechos de voto en dos o más operadores principales, y en tal medida, aunque fuese otorgada la autorización, no podrían ser en la práctica ejercitados los citados derechos de voto correspondientes a las acciones de IBERDROLA, S.A., lo cual hace que la solicitud devenga *per se* improcedente.

ELECTRABEL, S.A. sólo es, en realidad, titular de unas expectativas de derechos sobre las acciones de IBERDROLA, S.A., en virtud del contrato de swap concluido con MERRILL LYNCH, y cuya efectividad depende del ejercicio de su propia voluntad, en los términos que describe el Contrato de Derivados y en el momento en que a ello tiene derecho conforme se especifica en el mismo, por lo que no procede que la Comisión anticipe su decisión respecto a dicha posible situación futura, debiendo por el contrario adoptarse ésta en el momento en que ELECTRABEL, S.A. sea efectivamente titular de participaciones en dos o más sociedades en una proporción superior al 3 por 100 del total del capital o de los derechos de voto, y solicite nuevamente a este Organismo la correspondiente autorización.

Tampoco concurren las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 34 para entender que ELECTRABEL, S.A. es titular dominical o ejercita los derechos de voto de las acciones de IBERDROLA, pues no son evidentemente poseídas ni ejercitados sus derechos de voto por empresas del grupo de sociedades de ELECTRABEL, S.A., ni son poseídas por *“personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión”*, en los términos del apartado b) del citado párrafo, pues según se ha acreditado en el expediente, las acciones de IBERDROLA, S.A. han sido vendidas a los clientes de ML, afirmando además ELECTRABEL, S.A. que no ha celebrado ningún contrato, acuerdo o compromiso relativo al ejercicio de los citados derechos políticos distinto del Contrato de Derivados, y en virtud de lo cual pudiera entenderse que ML actúa en nombre propio pero por cuenta de ELECTRABEL, S.A.

Por todas estas razones, no procede que por esta Comisión se entre a valorar anticipadamente el fondo del asunto, examinando el cumplimiento de las condiciones referidas en el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 6/2000, para que pueda ser otorgada la autorización solicitada, debiendo por el contrario no tomar en consideración la solicitud de autorización, por no acomodarse al supuesto de hecho contemplado en la norma como susceptible de autorización.

No obstante, si en cualquier momento posterior a la adopción de la presente Resolución, ELECTRABEL recupera los derechos de voto sobre las citadas acciones de IBERDROLA, S.A., sea por virtud de los efectos derivados del contrato de swap o por cualquier otro título, se estará a lo establecido en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, que será de plena aplicación, no pudiendo en tal medida ejercer tales derechos de voto, ni tener presencia en los Consejos de Administración de ambas sociedades.

Para el ejercicio conjunto de los derechos de voto correspondientes a las acciones sobre IBERDROLA, S.A. y sobre HIDROCANTABRICO, S.A. o para el nombramiento de miembros en los Consejos de Administración en ambas sociedades, ELECTRABEL, S.A. deberá obtener previamente la autorización otorgada por la CNE con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 6/2000, a cuyo efecto deberá solicitar nuevamente a la CNE la citada autorización.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios aplicables, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía

ACUERDA

PRIMERO. No tomar en consideración la solicitud de autorización formulada por ELECTRABEL, S.A., al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, por no estar incluido en el supuesto de hecho contemplado en la norma como susceptible de autorización, por cuanto que ELECTRABEL, S.A., al no ser en la actualidad titular del dominio ni de los derechos de voto sobre las acciones de IBERDROLA, S.A. no sería titular de *“participaciones en dos o más sociedades en una proporción superior al 3 por 100 del total del capital o de los derechos de voto”*, en los términos previstos en el artículo 34.1 del citado Real Decreto-Ley.

SEGUNDO. No obstante, si en cualquier momento posterior a la adopción de la presente Resolución, ELECTRABEL, S.A. recuperara los derechos de voto sobre las acciones de IBERDROLA, S.A., sea por virtud de los efectos derivados del contrato de swap o por cualquier otro título, se estará a lo

establecido en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, que será de plena aplicación.

Contra la mencionada Resolución, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse Recurso de Alzada, en el plazo de un mes, ante el Excmo. Señor Ministro de Economía, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Undécima, apartado Tercero, 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.