

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

10969 *Resolución de 26 de julio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, sobre la solicitud de certificación de ENAGAS como gestor de la red de transporte de gas.*

En el ejercicio de las funciones referidas en el artículo 63 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y de conformidad con el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, el Consejo de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del día 26 de julio de 2012, ha acordado emitir la siguiente Resolución:

ENAGAS, S.A. ha solicitado de la Comisión Nacional de Energía (CNE), en calidad de Autoridad Reguladora Nacional, la certificación acreditativa del cumplimiento por parte de dicha empresa de las exigencias establecidas en el artículo 9 de la Directiva 2009/73/CE (que ha resultado incorporado a la legislación nacional en el artículo 63.3 b) de la Ley del Sector de Hidrocarburos), al objeto de ser autorizada y designada como Gestor de la Red de Transporte de conformidad con el modelo de separación patrimonial «Ownership Unbundled TSO».

El Consejo de la CNE valoró la información remitida, que acompañaba a la solicitud de certificación remitida por ENAGAS, al tiempo que requirió sucesivas ampliaciones y clarificaciones de la misma.

Con base en esa información, el Consejo de la CNE, en su sesión de 19 de abril de 2012, adoptó una Resolución provisional sobre la certificación de ENAGAS, S.A. como gestor de la red de transporte de gas, indicando ciertas circunstancias que debían ser corregidas, mediante las acciones precisas, en el plazo indicado en la Ley del Sector de Hidrocarburos.

Esta Resolución provisional fue notificada a la Comisión Europea el 20 de abril de 2012, al objeto de que ésta emitiera el dictamen preceptivo.

La Comisión Europea, en su Dictamen emitido el 15 de junio de 2012, ha coincidido, esencialmente, con las apreciaciones efectuadas por la CNE en su Resolución provisional.

Teniendo en cuenta el Dictamen de la Comisión Europea, y tras el análisis de la nueva información recibida de ENAGAS, S.A. así como de la situación sobrevenida como consecuencia de la adquisición por el FROB de las acciones del Banco Financiero y de Ahorros, S.A., el Consejo de la Comisión Nacional de Energía emite la resolución de certificación de ENAGAS TRANSPORTE, S.A.U. en su condición de empresa segregada de ENAGAS, S.A., como gestor de la red de transporte, conforme con el modelo de separación patrimonial, sobre la base del informe que se anexa a la presente Resolución.

No obstante, conforme a lo establecido en la Disposición transitoria vigésimo cuarta de la Ley del Sector de Hidrocarburos introducida por el Real Decreto-Ley 13/2012, en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, antes del día 3 de octubre de 2012 ENAGAS deberá llevar a cabo las acciones precisas para dar pleno cumplimiento del artículo 63.3 b) de la Ley de Hidrocarburos, que impide que una misma persona física o jurídica ejerza derechos sobre el gestor de la red de transporte y al mismo tiempo sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o comercialización de gas natural.

A estos efectos, y dentro del citado plazo, ENAGAS deberá llevar a cabo las acciones necesarias para modificar las situaciones descritas a continuación:

- Manuel Menéndez Menéndez es Consejero Dominical del gestor de la red de transporte ENAGAS, y, asimismo, es Presidente del Consejo de Administración de dos empresas que llevan a cabo actividades de comercialización de gas natural: HC y NATURGAS.

- LIBERBANK S.A. ejerce derechos en el gestor de la red de transporte, al estar representada en el Consejo de Administración de ENAGAS, y, asimismo, ejerce derechos sobre empresas que llevan a cabo actividades de comercialización de gas natural: HIDROCANTÁBRICO y NATURGAS.

- Luis Javier Navarro Vigil es miembro del Consejo de Administración de ENAGAS, gestor de la red de transporte y al mismo tiempo es Consejero de BP y EON, empresas que desarrollan actividades de producción y/o comercialización.

- KUTXABANK, ejerce derechos en el gestor de la red de transporte al estar representada en el Consejo de Administración de ENAGAS, y, asimismo, ejerce derechos sobre una empresa que lleva a cabo actividades de comercialización de gas natural: IBERDROLA.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 bis 3 de la Ley de Hidrocarburos, redactado asimismo por el Real Decreto-ley 13/2012, ENAGAS deberá notificar a la Comisión Nacional de Energía la realización de las adaptaciones antes mencionadas con la finalidad de iniciar un nuevo procedimiento de certificación. En caso de que dicha notificación no haya tenido lugar antes del día 3 de octubre de 2012, la Comisión Nacional de Energía se vería obligada, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 bis 3 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, a iniciar de oficio un nuevo procedimiento de certificación.

Asimismo, la persistencia en el tiempo de la situación generada como consecuencia de la adquisición por el FROB de las acciones del Banco Financiero y de Ahorros, S.A. (que ejerce un 5,4% de derechos en Iberdrola, S.A.), la cual ha sido autorizada por la Comisión Europea por un período de seis meses, determinará la necesidad de realizar una nueva valoración de esta circunstancia, en el marco, en su caso, de un nuevo procedimiento de certificación.

En cumplimiento del artículo 63 bis, apartado 6, de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, la presente Resolución definitiva será publicada en el Boletín Oficial del Estado, junto con el Dictamen de la Comisión Europea, siendo notificada asimismo a la Comisión Europea, para la ulterior publicación de la designación de ENAGAS, S.A., como gestor de la red de transporte en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

La presente Resolución definitiva agota la vía administrativa, pudiendo ser recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional undécima, tercero, 6 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, así como en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer frente a la misma recurso potestativo de reposición ante la Comisión Nacional de Energía, en el plazo de un mes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 116 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Madrid, 26 de julio de 2012.–El Presidente de la Comisión Nacional de Energía, Alberto Lafuente Fález.

INFORME SOBRE LA CERTIFICACIÓN DE ENAGAS, COMO GESTOR DE LA RED DE TRANSPORTE

1. ANTECEDENTES

I. El día 4 de noviembre tuvo entrada en el registro de la CNE escrito de ENAGAS, S.A. (ENAGAS) en el que se solicitaba de esta Comisión, en calidad de Autoridad Reguladora, la Certificación Acreditativa del cumplimiento por parte de ENAGAS de las exigencias establecidas en el artículo 9 de la Directiva 2009/73/CE, al objeto de ser autorizada y designada por el Estado español como gestor de la red de transporte de conformidad con el modelo de separación patrimonial «Ownership Unbundled TSO».

ENAGAS adjuntaba cumplimentado –junto a su solicitud de Certificación– el formulario establecido por el Grupo de Trabajo sobre Certificación de Operadores de Redes de Transporte de la Comisión Europea. A través de éste exponía la información descriptiva de sus actividades y de su estructura económica y de gobierno, de acuerdo a los requisitos establecidos en el modelo de certificación para gestores con separación patrimonial.

II. Con fecha 30 de marzo de 2012, la Directiva 2009/73/EC fue traspuesta a la legislación española mediante el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo (1). Esta trasposición implica que en el presente informe se analiza el cumplimiento de las condiciones definidas en la regulación nacional (en particular sobre los apartados a y b del artículo 63.3 de la Ley de Hidrocarburos) en consonancia con los requerimientos de la propia Directiva.

(1) Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. BOE n.º 78, de 31 de marzo, pág 26876. Este real Decreto-ley modifica los artículos de la Ley del Sector de Hidrocarburos 34/1998.

III. El 19 de abril de 2012 el Consejo de la CNE aprobó la Resolución provisional en la que ponía de manifiesto que ENAGAS debía notificar a esta Comisión las adaptaciones que a continuación se especifican, antes de 3 de octubre de 2012, para considerarse certificado con separación patrimonial:

- Manuel Menéndez Menéndez es Consejero Dominical del gestor de la red de transporte ENAGAS, y, asimismo, es Presidente del Consejo de Administración de dos empresas que llevan a cabo actividades de comercialización de gas natural: HC y NATURGAS.
- LIBERBANK S.A. ejerce derechos en el gestor de la red de transporte, al estar representada en el Consejo de Administración de ENAGAS, y, asimismo, ejerce derechos sobre empresas que llevan a cabo actividades de comercialización de gas natural: HIDROCANTÁBRICO y NATURGAS.
- Luis Javier Navarro Vigil es miembro del Consejo de Administración de ENAGAS, gestor de la red de transporte y al mismo tiempo es Consejero de BP y EON, empresas que desarrollan actividades de producción y/o comercialización.
- KUTXABANK, ejerce derechos en el gestor de la red de transporte al estar representada en el Consejo de Administración de ENAGAS, y, asimismo, ejerce derechos sobre una empresa que lleva a cabo actividades de comercialización de gas natural: IBERDROLA.

IV. El 19 de junio de 2012, tiene entrada en el CNE dictamen de la Comisión Europea (CE), de fecha 15 de junio de 2012, sobre la certificación de ENAGAS, en base a la certificación provisional que la CE había recibido de la CNE en fecha 20 de abril de 2012.

En las observaciones de la CE destacan los siguientes puntos:

- La CNE supervisará la aplicación de las normas de separación impuestas a ENAGAS informando anualmente. Se considera que los mecanismo de control ex post que prevé la legislación española pueden garantizar el cumplimiento de las normas de separación
- La CE está de acuerdo con la CNE en que es necesario una acción correctora rápida, dentro del plazo fijado por ésta (3 de octubre de 2012), para evitar que miembros de consejo de administración de ENAGÁS sean al mismo tiempo miembros de consejo de administración de empresas de producción y/o suministro.
- De la misma forma, debe ser objeto de corrección inmediata la situación de las empresas LIBERBANK y KUTXABANK, que son accionistas de ENAGAS y nombran miembros en su Consejo, al mismo tiempo que ejercen derechos en empresas que desempeñan actividades de suministro de gas.

- La CE invita a la CNE a verificar si las dos empresas omaníes que ejercen actividades en España, Oman Oil Company accionista de ENAGAS y Oman Gas Company, exportador de gas a España, «se gestionan independientemente como entidades económicas separadas o si es posible asumir en todo caso (...) la ausencia de incentivos» para que la accionista de ENAGAS desee influir en la toma de decisiones de ENAGAS, favoreciendo los intereses de la empresa que vende gas omaní, en detrimento de otros suministradores. También indica la necesidad de asegurarse de que no se han producido cambios en las circunstancias en las que se basa la evaluación.

V. En fecha 5 de julio de 2012, la CNE acordó solicitar información a ENAGAS, sobre si se ha modificado la composición de sus accionistas y en particular la composición de su Consejo de Administración y los derechos de voto. También se solicitó información sobre las previsiones de ENAGAS para poder cumplir el 3 de octubre de 2012 con las condiciones que establecía la certificación provisional de la CNE, de fecha 19 de abril de 2012 y adicionalmente se recaba información del transportista sobre las empresas omaníes señaladas por la CE.

VI. En fecha 17 de julio de 2012, tiene entrada en la CNE contestación de ENAGAS, en la que pone de manifiesto:

- La composición accionarial de ENAGAS, que se mantiene sin alteraciones significativas desde la resolución provisional

- Informan que está previsto que en la próxima reunión del Consejo de Administración de ENAGAS, S. A., de 23 de julio, se adopte formalmente un acuerdo por el que se compromete a adoptar las medidas necesarias para cumplir los requisitos impuestos por la CNE y la CE en su certificación como transportista, para hacer efectivas las medidas impuestas en la resolución de 19 de abril en el Consejo de Administración de 17 de septiembre.

- Información sobre Oman Oil Company y Oman Gas Company en la que se especifica que el alcance de la actividad de aprovisionamiento de Oman Gas Company no puede dar lugar a influencia alguna en el proceso de toma de decisiones de ENAGAS, S.A. y deja expresa constancia de que en momento alguno ENAGAS, S. A. ha constatado la existencia de influencia de Oman Gas Company en Oman Oil Company, ni conflicto de interés alguno entre ambas compañías.

- Se adjuntan dos documentos en los que se incluye los únicos cambios ocurridos en el Consejo de Administración de ENAGAS, que no guardan relación con este proceso y también la escritura de segregación y constitución simultánea de las sociedades filiales ENAGAS GTS, S.A.U. y ENAGAS Transporte, S.A.U.

VII. En fecha 24 de julio de 2012, tiene entrada en la CNE escrito de ENAGAS, señalando que su Consejo de Administración, en la reunión mantenida el día 23 de julio de 2012, ha acordado, por unanimidad de todos sus miembros presentes y representados, llevar a cabo cuantas actuaciones le competan con el objeto de que ENAGAS, S.A., o la sociedad de su grupo que en su momento proceda, si fuera el caso, obtenga la certificación definitiva como gestor de la red de transporte de gas, de conformidad con la Directiva 2009/73/CE sobre el mercado interior del gas y con el Real Decreto-Ley 13/2012 que la transpone.

En concreto, el Consejo de Administración de ENAGAS se compromete a modificar, con anterioridad al 3 de octubre próximo, las situaciones descritas en la «Resolución provisional sobre la solicitud de certificación de ENAGAS, S.A. como Gestor de la Red de Transporte de Gas de conformidad con lo establecido en la Directiva 2009/73/CE», de 19 de abril de 2012, de la CNE, y en el Dictamen de la Comisión de Europea de 15 de junio de 2012 sobre la certificación de ENAGAS, así como cualquier otra situación cuya modificación pudiera imponer la Resolución definitiva de la CNE. Igualmente, se acordó dejar constancia de que los miembros del Consejo de Administración y accionistas de las sociedad afectados por las citadas situaciones han puesto de manifiesto su total disposición para tomar cuales acciones fueran necesarias para modificar tales situaciones,

incluida la renuncia de cargos o el ejercicio de derechos políticos. Finalmente, se acordó formalizar las acciones de corrección necesarias en la próxima reunión del Consejo de Administración de ENAGAS, prevista el 17 de septiembre próximo, e informar sobre ello a la CNE.

El Consejo de la CNE, sobre el análisis de la información aportada y teniendo particularmente en consideración los requisitos establecidos por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 26 de julio, que modifica la Ley de Hidrocarburos, emite el siguiente informe.

2. NORMATIVA APLICABLE

Sobre la necesidad de separación de actividades

Una de las medidas más recurrentes de la legislación europea y que se establece en la Directiva 2009/73/CE, para la consecución de un mercado interior del gas natural eficiente, hace referencia a la separación efectiva de las actividades de producción y suministro de gas de las actividades de gestión de las infraestructuras.

En sus considerandos (6), (7) y (8) la Directiva 2009/73/CE reconoce la ineficacia de las normas sobre separación jurídica y funcional contempladas en la anterior Directiva 2003/55/CE para alcanzar la separación efectiva de los gestores de redes, y justifica la necesidad de nuevas medidas que afiancen esta separación.

La separación efectiva de las actividades de producción y suministro de gas de las actividades de gestión de las infraestructuras ha sido transpuesta a la legislación española a través del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo. Éste, en el apartado IV de su Preámbulo establece:

«... Al gestor de red de transporte se le exige la separación efectiva de las actividades de transporte, por un lado, y de las actividades de suministro y producción, por otro. A tal fin se propone, con carácter general, un modelo de separación patrimonial, de forma que ninguna persona puede ejercer el control sobre una empresa de suministro y producción y, al mismo tiempo, tener intereses o ejercer derechos en un sistema de transporte, evitando así que empresas verticalmente integradas puedan favorecer a las de su propio grupo empresarial, discriminando a sus competidoras...»

El artículo 2 de la Directiva 2009/73/CE, define a su vez la figura del gestor de la red de transporte. Esta definición se recoge también en el artículo 58, de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos:

«...Los gestores de red de transporte son aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de la red troncal y certificadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 63 bis.»

Sobre los modelos de separación de actividades

La Directiva afirma la necesidad de eliminar el incentivo que empuja a las empresas integradas verticalmente a discriminar a sus competidores en lo que se refiere al acceso a la red y al desarrollo de infraestructuras.

La separación patrimonial de la red implica que el propietario de la red es designado gestor de la misma y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro. La separación patrimonial se establece en el artículo 9 de la Directiva, que dicta normas para evitar que la misma persona o grupo de personas pueda ejercer el control o cualquier derecho sobre una empresa de producción y/o suministro y, controlando al mismo tiempo un gestor de la red de transporte o una red de transporte, y viceversa, entendiéndose por «control» la definición contenida en Reglamento 139/2004.

Asimismo, limita la participación mayoritaria, al mismo tiempo, en empresas de transporte y suministro/producción, el ejercicio de los derechos de voto, la participación en los Consejos de Administración de empresas y la facultad para designar a dichos administradores. Cuando los derechos corresponden al Estado miembro u otro organismo

público, no se considerará que son la misma persona o personas dos organismos públicos distintos que ejerzan el control, uno sobre el gestor de la red de transporte y otro sobre la empresa de suministro/producción.

El artículo 63 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, establece diversas condiciones para garantizar la separación efectiva de las actividades reguladas respecto a las actividades de comercialización y producción. En particular, establece en su apartado 3 las condiciones que ha de cumplir el gestor de la red troncal de gasoductos para cumplir con el modelo de separación patrimonial de la red referido en la Directiva. En concreto se describe como un «gestor de red de transporte» la figura gestor con separación patrimonial, titular de la red troncal de transporte. Este es el modelo que solicita ENAGAS al objeto de ser autorizada y designada por el Estado español como gestor de la red de transporte:

«Artículo 63. *Separación de actividades.*

1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución a que se refiere el artículo 60.1 de la presente Ley deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o comercialización ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.

2. Los transportistas que operen alguna instalación comprendida en la red básica de gas natural, definida en el apartado 2 del artículo 59 deberán tener como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte definida en el artículo 58.a), pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte, debiendo llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte.

3. Las empresas propietarias de instalaciones pertenecientes a la red troncal de gasoductos deberán operar y gestionar sus propias redes, o ceder la gestión de las mismas a un gestor de red independiente en los casos previstos en la presente Ley.

Los gestores de red de transporte deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Ninguna persona física o jurídica que ejerza control, de manera directa o indirecta, sobre el gestor de red de transporte podrá ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo actividades de producción o comercialización de gas natural, ni viceversa.

b) Ninguna persona física o jurídica que sea miembro o tenga derecho a nombrar a los miembros del Consejo de Administración o de los órganos que representen legalmente al gestor de la red de transporte, podrá ejercer control o derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o comercialización de gas natural. Tampoco podrá transferir personal del gestor de red de transporte a empresas que realicen funciones de producción o suministro.

A estos efectos se considerará que una sociedad ejerce el control de otra en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio (2).»

(2) El artículo 42 del Código de Comercio establece:

«En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- Posea la mayoría de los derechos de voto.
- Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración...

Sobre los procesos de designación y certificación

El procedimiento de designación y certificación de una empresa titular de redes de transporte como gestor de la misma viene regulado en el artículo 10 de la Directiva. Estos gestores serán certificados por los Estados miembros en un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de solicitud por parte del gestor o de la Comisión Europea, una vez comprobado que cumplen los requisitos requeridos. Los países controlarán que se cumplen constantemente las condiciones que hicieron posible la designación de los gestores de redes de transporte notificando a la Comisión Europea las designaciones y cualquier cambio en dichas condiciones.

El Reglamento 715/2009/CE también trata sobre la certificación de los gestores de redes de transporte en su artículo 3. Este artículo, introducido por primera vez por el nuevo Reglamento, describe la participación de la Comisión Europea en el procedimiento de certificación de estos agentes, como parte del proceso de autorización exigido por la Directiva 2009/73/CE. De acuerdo con el Reglamento, será función de la Comisión Europea examinar las notificaciones relativas a las decisiones sobre la certificación de los gestores de redes y elaborar un dictamen al respecto que será enviado a la autoridad reguladora nacional pertinente. La autoridad nacional tendrá un plazo de dos meses desde la recepción del dictamen para tomar una decisión firme sobre la designación del gestor.

El artículo 63 bis de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos establece el procedimiento que ha de seguirse para acreditar la certificación del «gestor de red de transporte» –modelo de separación patrimonial, referido en la Directiva en su artículo 9–.

«Artículo 63 bis. *Certificación de los gestores de red de transporte.*

1. Los gestores de red de transporte, incluyendo los gestores de red independientes, deberán obtener previamente una certificación de cumplimiento de los requisitos de separación de actividades otorgada por la Comisión Nacional de Energía de acuerdo con el procedimiento recogido en los apartados siguientes.

2. Las empresas que pretendan ser gestores de una instalación perteneciente a la red troncal deberán solicitar la citada certificación a la Comisión Nacional de Energía.

Asimismo, aquellas empresas que hayan sido certificadas deberán notificar a la Comisión Nacional de Energía cualquier transacción que pueda requerir un control del cumplimiento de los requisitos relativos a la separación de actividades, incluyendo toda circunstancia que pueda ocasionar que una persona o personas de un país no miembro de la Unión Europea asuma el control de parte de la red troncal o de un gestor de red de transporte.

3. La Comisión Nacional de Energía iniciará el procedimiento de certificación tras la solicitud o notificación por la empresa interesada, tras una solicitud motivada del Ministerio de Industria, Energía y Turismo o de la Comisión Europea o a iniciativa propia en aquellos casos en los que tenga conocimiento de posibles transacciones que puedan dar o hayan dado lugar al incumplimiento de los requisitos establecidos en relación a la separación de actividades.

4. La Comisión Nacional de Energía previa audiencia y de forma motivada, adoptará una resolución provisional sobre la certificación en el plazo máximo de cuatro meses desde la presentación de la solicitud o notificación. Transcurrido dicho plazo sin haberse dictado resolución expresa se considerará la certificación provisional concedida.

5. En todos los casos, la Comisión Nacional de Energía deberá comunicar a la Comisión Europea su resolución provisional en relación con la certificación de la empresa interesada acompañada de la documentación pertinente relativa a la misma, con el fin de que ésta emita el correspondiente dictamen previo a la adopción de la resolución definitiva. Asimismo remitirá copia del expediente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

De no emitir un dictamen la Comisión Europea en el plazo previsto al efecto en la legislación comunitaria, se considerará que no pone objeciones a la resolución provisional de la Comisión Nacional de Energía.

6. En el plazo de dos meses desde la recepción del dictamen emitido por la Comisión Europea, o agotados los plazos previstos al efecto en la legislación comunitaria, la Comisión Nacional de Energía resolverá con carácter definitivo sobre la certificación, dando cumplimiento a la decisión de la Comisión Europea. Dicha resolución, junto con el dictamen de la Comisión Europea, deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado y en el «Diario Oficial de la Unión Europea. La certificación no surtirá efectos hasta su publicación.

7. En cualquier fase del procedimiento la Comisión Nacional de Energía y la Comisión Europea podrán solicitar a la empresa transportista o a las empresas que realicen actividades de producción o comercialización cualquier información útil para el cumplimiento de las tareas recogidas en este artículo.

La Comisión Nacional de Energía garantizará la confidencialidad de la información sensible a efectos comerciales.»

Sobre los límites de participación accionarial que aplican a ENAGAS

La Ley 12/2007 modificó en la Ley del Sector de Hidrocarburos la disposición adicional vigésima, que establecía la separación de funciones y los límites de participación accionarial que aplican a ENAGAS.

Estos límites, sin perjuicio de los que ahora resultan para ENAGAS del nuevo artículo 63.3, han pasado a recogerse en la vigente disposición adicional trigésimo primera de la Ley del Sector de Hidrocarburos, introducida por la disposición final sexta de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares, que establece que ENAGAS constituirá dos sociedades filiales en las que ostente la totalidad del capital social y a las que correspondan las funciones de gestor técnico del sistema y transportista respectivamente:

«1. ENAGÁS, S.A. constituirá dos sociedades filiales en las que ostente la totalidad del capital social y a las que correspondan las funciones de gestor técnico del sistema y transportista respectivamente, que se realizará con la aportación de todos los activos materiales y personales que se encuentren actualmente dedicados al ejercicio de cada una de las citadas actividades. ENAGAS, S.A. podrá transmitir su denominación social a la sociedad filial transportista.

2. A la sociedad filial de ENAGAS, S.A. constituida con arreglo al apartado anterior que ejerza las funciones del Gestor Técnico del Sistema le serán de aplicación todas las disposiciones de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, relativas al mismo.

A la sociedad filial que ejerza la actividad de transportista le serán de aplicación todas las disposiciones de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, relativas a la citada actividad. Los gasoductos de transporte primario que forman parte de la red troncal le serán autorizados de forma directa a dicha sociedad filial de transporte a los efectos de la citada Ley.

Ninguna persona física o jurídica podrá participar directa o indirectamente en el accionariado de la sociedad matriz, en una proporción superior al 5 por 100 del capital social, ni ejercer derechos políticos en dicha sociedad por encima del 3 por 100. Estas acciones no podrán sindicarse a ningún efecto. Aquellos sujetos que realicen actividades en el sector gasista y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente participen en el capital de éstos en más de un 5 por 100, no podrán ejercer derechos políticos en dicha sociedad matriz por encima del 1 por 100. Dichas limitaciones no serán aplicables a la participación directa o indirecta correspondiente al sector público empresarial. Las participaciones en el capital social no podrán sindicarse a ningún efecto.

Asimismo, la suma de participaciones directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector de gas natural, no podrá superar el 40 por 100.

A efectos de computar la participación en dicho accionariado, se atribuirán a una misma persona física o jurídica, además de las acciones y 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 (RCL 1988, 1644), del Mercado de Valores, aquellas cuya titularidad corresponda:

a) A las 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.

b) A los socios junto a los que aquélla ejerza el control sobre una entidad dominada conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En todo caso, 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.

El incumplimiento de la limitación en la participación en el capital a la que se refiere la presente disposición se considerará infracción muy grave a los efectos señalados en el artículo 109 de la presente Ley, siendo responsables las personas físicas o jurídicas que resulten titulares de los valores o a quien resulte imputable el exceso de participación en el capital o en los derechos de voto, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos anteriores. En todo caso, será de aplicación el régimen sancionador previsto en dicha Ley.

ENAGAS, S.A. no podrá transmitir a terceros las acciones de las filiales que realicen actividades reguladas.»

La Ley 12/2011 también añade una nueva disposición transitoria vigésima tercera a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. «Plazo para constituir la filial.»

«Antes de que transcurra un año desde la entrada en vigor de la presente ley, ENAGAS, S.A. constituirá las sociedades filiales a las que se refiere la disposición adicional trigésima primera de esta Ley. Los aranceles de Notarios, Registradores Mercantiles y de la Propiedad correspondientes a los actos necesarios para la constitución de las filiales quedarán reducidos al 10%.»

A este respecto, la constitución de la sociedad filial ENAGAS TRANSPORTE, S.A.U. ha sido aprobada por la Junta General de Accionistas de ENAGÁS de 30 de marzo de 2012. El capital de esta sociedad filial, que asume la titularidad de la red troncal de gasoductos, pertenece 100% a su matriz, ENAGAS, S.A. Asimismo, conforme a los acuerdos adoptados en la citada Junta, la administración de la filial ENAGAS TRANSPORTE, S.A.U. será ejercida por su accionista único (ENAGAS, S.A.) a través de la figura de su Presidente (D. Antonio Llardén Carratalá). Este acuerdo ya ha sido ejecutado el 2 de julio de 2012, mediante la inscripción en Registro Mercantil de la segregación mencionada, de acuerdo al hecho relevante de fecha 11 de julio de 2012 publicado por ENAGAS.

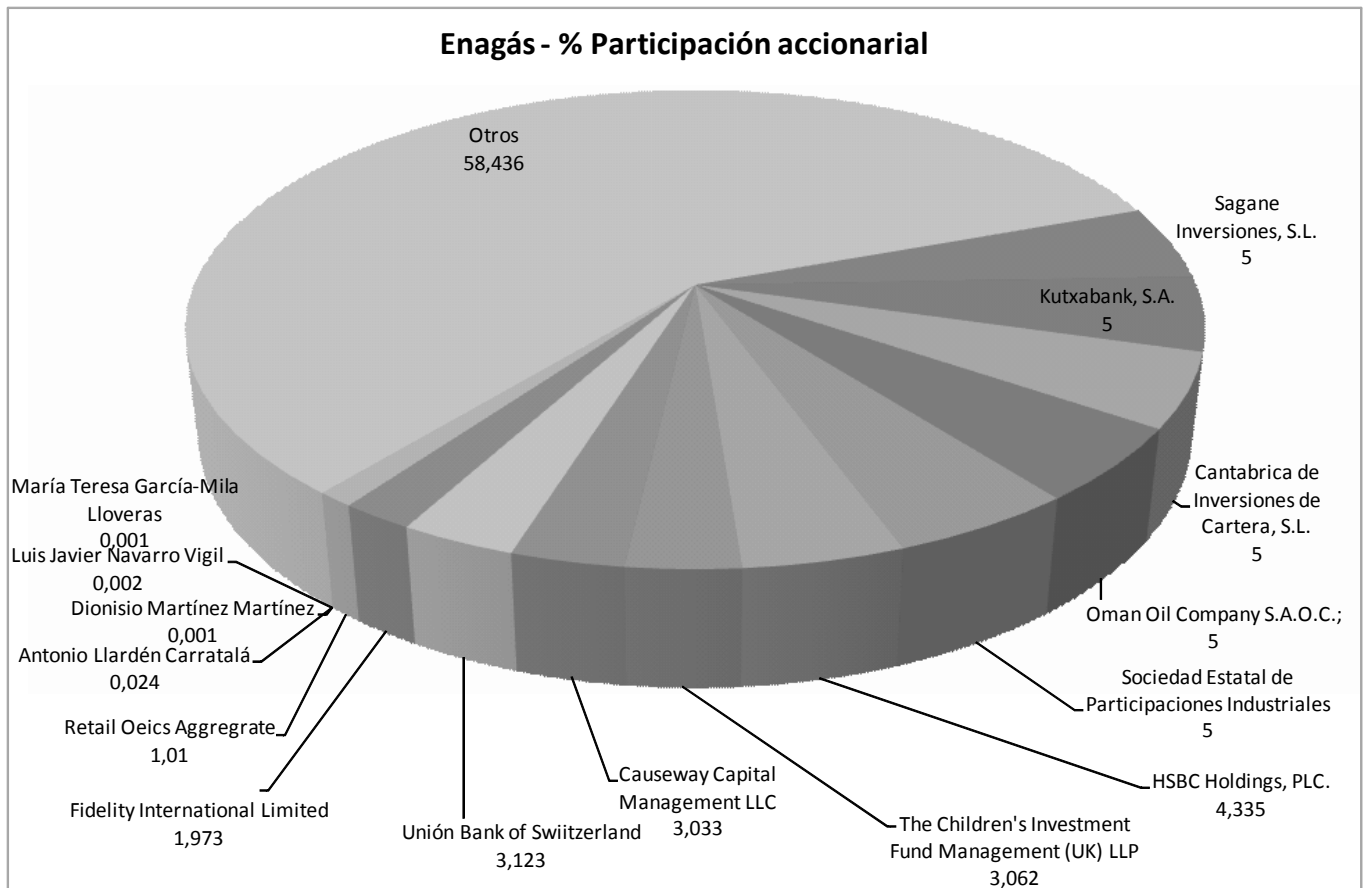
Adicionalmente, el artículo 63.b) de la Ley de Hidrocarburos es muy claro al establecer que no pueden ejercerse derechos simultáneamente en una empresa con actividades de suministro y en el transportista.

3. CONSIDERACIONES

Sobre las empresas accionistas de ENAGAS y los derechos de voto del Consejo

La distribución de la participación accionarial de ENAGAS a fecha 16 de julio de 2012, según lo datos proporcionados por ENAGAS que figuran en la CNMV, se muestra en la figura:

Distribución de la Participación Accionarial de ENAGAS



En los estatutos de la sociedad, según la modificación de los mismos acordada en la Junta General de 30 de marzo, se establece que ENAGAS tendrá un máximo de 15 y un mínimo de 6 consejeros.

*Sección 2.ª Del Consejo de Administración**Artículo 35.º Composición del Consejo.*

«La Sociedad estará regida y administrada por el Consejo de Administración, al que corresponderá colegiadamente la representación de la Sociedad, en juicio y fuera de él. La representación se extenderá, sin limitación alguna de facultades, a todos los actos comprendidos en el objeto social.

El Consejo de Administración estará integrado por 6 miembros, como mínimo, y 15 como máximo, nombrados por la Junta General.

La elección de los miembros del Consejo de Administración se efectuará por medio de votación. A estos efectos, las acciones que voluntariamente se agrupen hasta constituir una cifra de capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el

número de miembros del Consejo, tendrá derecho a designar a los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes miembros del Consejo.

El cargo de Consejero, para el que no se requiere la cualidad de accionista, será renunciable, revocable y reelegible una o más veces. El nombramiento de los Consejeros surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

No pueden ser Consejeros ni, en su caso, representantes persona física de un Consejero persona jurídica:

a) Las personas físicas o jurídicas que ejerzan el cargo de administrador en más de 5 (cinco) sociedades cuyas acciones se encuentren admitidas a negociación en mercados nacionales o extranjeros.

b) Las personas físicas o jurídicas que estén incurso en cualquier supuesto de incompatibilidad o prohibición previsto en disposiciones de carácter general, incluidas las que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la Sociedad o su Grupo.»

A continuación se incluye la información recogida de la página web de ENAGAS, en fecha 17 de julio de 2012, sobre la composición de su Consejo de Administración y los puestos que ocupan simultáneamente, relevantes para el análisis que se realiza:

Presidente:

1. Antonio Llardén Carratalá (Consejero Ejecutivo).

– Miembro de la Junta Directiva y de la Comisión Ejecutiva del CLUB ESPAÑOL DE LA ENERGÍA.

Consejeros:

2. Jesús David Álvarez Mezquíriz (Independiente).

– Presidente de Biocarburantes Peninsulares, S.L.

– Consejero de EULEN S.A.

3. Kartera 1, S.L. (Dominical. Representado por Joseba Andoni Aurrekoetxea Bergara).

– Presidente de la Comisión de Control de BBK.

– Consejero en Bahía Bizkaia Gas, S.L.

4. Sagane Inversiones, S.L. (Dominical. Representada por Carlos Egea Krauel).

– Presidente Ejecutivo del BANCO MARE NOSTRUM, S.A.

– Presidente de la Caja de Ahorros de Murcia.

– Secretario del Consejo de Administración de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS (CECA).

– Vicepresidente de AHORRO CORPORACIÓN.

– Vicepresidente de CYUM Tecnologías y Comunicaciones, S.L.

– Consejero en Infocaja, S.L.

– Representante físico de la Caja de Ahorros de Murcia en el Consejo de Administración de CASER, S.A.

5. Sultan Hamed Khamis Al Burtamani (Dominical. Propuesto por Oman Oil Holdings Spain S.L.)

– Director de Proyectos - Área de Desarrollo de Negocios de Oman Oil Company S.A.O.C.

– Consejero de Saggas.

– Consejero de Oiltanking Ofjell Oman

6. Teresa García-Milá Lloveras (Independiente).
 - Consejera de BANCO SABADELL.
 - Vocal de la Comisión de Auditoría y Control de BANCO SABADELL.
 - Vocal de la Comisión Delegada de Control de Riesgos de BANCO SABADELL.
7. Miguel Ángel Lasheras Merino (Independiente).
 - Consultor OTR Energía S.L.
8. Dionisio Martínez Martínez (Independiente).
 - Vocal de la Comisión General de Codificación
9. Luis Javier Navarro Vigil (Otro Consejero Externo).
 - Consejero de BP ESPAÑA, S.A.
 - Consejero de E.ON ESPAÑA, S.A.
 - Consejero de E.ON RENOVABLES, S.A.
 - Consejero de Terminal de GNL de Altamira.–MÉXICO
10. Martí Parellada Sabata (Independiente).
 - Patrono de la Fundación ICO.
 - Patrono de la Fundación para la Sostenibilidad Energética y Ambiental.
11. PEÑA RUEDA, S.L.U. (Dominical. Propuesto por CIC, SL. -Cajastur-. Representada por Manuel Menéndez Menéndez).
 - Presidente del Consejo de HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. (HC).
 - Presidente del Consejo de NATURGÁS ENERGÍA GRUPO S.A.
 - Presidente y Consejero Delegado de LIBERBANK, S.A.
 - Consejero de EDP RENOVABLES, S.A.
12. Ramón Pérez Simarro (Independiente).
 - Socio de ENERMA CONSULTORES.
13. José Riva Francos (Independiente).
 - Vicepresidente del Grupo SUARDIAZ.
 - Consejero de LOGISTA, S.A.
 - Consejero de GARANAIR, S.L.
14. Sociedad Estatal de Participaciones Industriales - SEPI - (Dominical. Representada por Federico Ferrer Delso).
15. Isabel Sánchez García (Independiente).

Secretario del Consejo:

Rafael Piqueras Bautista.

Por otra parte, en el artículo 37, sobre Cargos, de los Estatutos de ENAGAS se establece que:

Artículo 37.

«El Consejo de Administración designará a su Presidente.

El Consejo de Administración podrá designar a propuesta de la Comisión de Nombramientos, Retribuciones y Responsabilidad Social Corporativa, un Consejero Independiente, quien bajo la denominación de Consejero Independiente Coordinador, podrá desempeñar los siguientes cometidos:

- a) Solicitar del Presidente del Consejo de Administración la convocatoria de este órgano cuando lo estime convenientes.
- b) Solicitar la inclusión de asuntos en el Orden del Día de las reuniones del Consejo de Administración.
- c) Coordinar y hacerse eco de las opiniones de los Consejeros externos.
- d) Dirigir la evaluación por el Consejo del Presidente y, en su caso, del Consejero Delegado.
- e) Ejercer como Vicepresidente las funciones del Presidente relativas al Consejo de Administración en caso de ausencia, enfermedad o imposibilidad por cualquier causa. A falta del Consejero Independiente Coordinador sustituirá al Presidente a los efectos de este apartado el Consejero de más edad.

Compete, asimismo, al Consejo de Administración la designación de Secretario, pudiendo nombrar, además un Vicesecretario, que en defecto de aquél hará sus veces, los que podrán no ser Consejeros. En defecto de ambos hará las veces de Secretario el Consejero de menos edad.

El Presidente y el Secretario del Consejo de Administración y el Vicesecretario, si lo hubiere, que sean reelegidos miembros del Consejo por acuerdo de la Junta General, continuarán desempeñando los cargos que, hasta ese momento, ostentaren en el seno del Consejo sin necesidad de nueva elección, sin perjuicio de la facultad de revocación que respecto de dichos cargos corresponde al Consejo de Administración.»

Por otra parte en los Estatutos de ENAGAS están también reflejada la existencia de dos Comisiones:

1. COMISIÓN DE AUDITORÍA Y CUMPLIMIENTO:

Presidente: José Riva Francos.

Miembros:

- Sociedad Estatal de Participaciones Industriales -SEPI- representada por Federico Ferrer Delso.
- Luis Javier Navarro Vigil.
- Martí Parellada Sabata.
- Isabel Sánchez García.

Secretario: Rafael Piqueras Bautista.

2. COMISIÓN DE NOMBRAMIENTOS, RETRIBUCIONES Y RESPONSABILIDAD CORPORATIVA.

Presidente: Dionisio Martínez Martínez.

Miembros:

- Bilbao Bizkaia Kutxa - BBK -. (Dominical. Representado por Joseba Andoni Aurrekoetxea Bergara).
- Sagane Inversiones, S.L., representada por Carlos Egea Krauel.
- Miguel Angel Lasheras Merino.
- Teresa García-Milá Lloveras.
- Ramón Pérez Simarro.

Secretario: Rafael Piqueras Bautista.

Sobre la participación en el accionariado de ENAGAS de una empresa radicada en un tercer país: Omán.

El artículo 11 Certificación en relación a terceros países de la Directiva 2009/73/EC regula el procedimiento de certificación de los gestores de redes de transporte controlados por personas de terceros países. La autoridad reguladora, en este caso, no sólo evaluará

el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva sobre el control de la empresa, sino también el riesgo que la certificación puede suponer para la seguridad de suministro del país y de la Comunidad. En concreto el artículo 11.2 establece:

«2. Los gestores de redes de transporte notificarán a las autoridades reguladoras toda circunstancia que pueda ocasionar que una persona o personas de uno o más terceros países asuman el control de la red de transporte o del gestor de la red de transporte»

Esta condición ha sido traspuesta en la legislación nacional en el artículo 63 ter de la Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos:

«Artículo 63 ter. *Certificación en relación con países no pertenecientes a la Unión Europea.*

1. Cuando se solicite una certificación por parte de una empresa que esté controlada por una persona o personas de uno o más países no miembros de la Unión Europea, la Comisión Nacional de Energía lo notificará a la Comisión Europea, así como toda circunstancia que pueda ocasionar que una persona o personas de uno o más terceros países asuman el control de parte de la red troncal o de un gestor de red de transporte.

2. La Comisión Nacional de Energía iniciará el proceso de certificación de acuerdo con el procedimiento y plazos previstos en el artículo 63 bis.

En cualquier caso, la Comisión Nacional de Energía denegará la certificación si no se ha demostrado:

- a) que la entidad en cuestión cumple los requisitos del artículo 63, y
- b) que la concesión de la certificación no pondrá en peligro la seguridad de suministro energético nacional y de la Unión Europea, teniendo en cuenta los derechos y obligaciones de España y de la Unión Europea con respecto a dicho tercer país, y otros datos y circunstancias específicos del caso y del tercer país de que se trate.»

En la respuesta facilitada a esta Comisión, ENAGAS señalaba que Oman Oil Company, S.A.O.C. tiene una participación indirecta del 5% en ENAGAS y unos derechos de voto del 1% (3) a través de Oman Oil Holding Spain, S.L.U. Al mismo tiempo, esta última tiene una participación de un 7,5% en el transportista Saggas, titular de una planta de regasificación y por tanto también sociedad transportista. El Consejero de ENAGAS es actualmente la misma persona que representa a la empresa omaní en el Consejo de Administración de Saggas. La sociedad omaní no tiene participación accionarial conocida sobre empresas con intereses en la producción y el suministro de gas natural en España.

(3) En base a la disposición adicional vigésima de la Ley 12/2007, que establece que aquellos sujetos que realicen actividades en el sector gasista y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente participen en el capital de éstos en más de un 5%, no podrán ejercer derechos políticos en el Gestor Técnico del Sistema por encima del 1%.

No existe control por parte de los inversores Omaníes sobre ENAGAS al poseer sólo un 5% de su accionariado y un 1% de los derechos de voto.

El dictamen de la Comisión Europea invita a la CNE a verificar si en las circunstancias concretas del presente caso, las empresas omaníes Oman Oil Company y Oman Gas Company se gestionan independientemente como entidades económicas separadas o si es posible asumir en todo caso la ausencia de incentivos para que la empresa Omán Oil Company desee influir en la toma de decisiones del gestor de la red de transporte favoreciendo los intereses de suministro de Oman Gas Company en detrimento de otros usuarios de la red.

Con respecto a las empresas omaníes cabe mencionar que:

- Oman Gas Company, S.A.O.C. es el titular de los contratos de abastecimiento que Gas Natural Fenosa S.A. tiene suscritos en Omán, para el suministro de gas en España, que supusieron solamente un 0,5% de los suministros de gas a España en 2011.

- Oman Gas Company, S.A. O.C. no es una empresa comercializadora en España, por lo tanto no tiene acceso a la red, ni es usuario de la misma. Tampoco existe ninguna empresa comercializadora que opere en España de capital omaní.

- Oman Oil Company S.A.O.C. es una empresa omaní de propiedad estatal (Sultanato de Oman). La Compañía se creó en 1996 para buscar oportunidades de inversión dentro del sector energético, fuera y dentro de Omán, con el fin de diversificar la economía omaní y fomentar la inversión privada omaní y la inversión extranjera. En Omán se centran en desarrollar proyectos industriales de gas.

En España tiene participación accionarial en:

- Compañía Logística de Hidrocarburos S.A. (CLH), 10%
- Planta de Regasificación de Sagunto, 7,5%
- ENAGAS, 5%
- La Seda- Barcelona, 0,75%

Asimismo, ha adquirido recientemente en Portugal el 15% de REN, operador de la red de transporte.

El consejo de Omán Oil company está compuesto por las siguientes personas:

- H.E. Nasser bin Khamis Al Jashmi (Presidente). Vicesecretario del Ministerio de Petróleo y Gas
- H.E. Sultan bin Salim Al Habsi. Vicesecretario del Ministerio de Finanzas
- H.E. Eng. Ahmed bin Hassan Al Dheeb. Vicesecretario del Ministerio de Comercio e Industria
- Salim bin Hassan Macki. Antiguo miembro del Consejo de Estado
- Sheikh Salim Abdullah Al Rawas. Antiguo miembro del Consejo del Banco Central de Omán.

Por tanto en su accionariado están representados tres Ministerios del país, recayendo la presidencia en el representante del Vicesecretario del Ministerio de Petróleo y Gas.

- Oman Gas Company S.A.O.C. es la mayor empresa de transporte en Omán que suministra gas a todos los sectores en el país y también exporta gas. Fue fundada en Agosto de 2000. Es una empresa pública donde el Ministerio de Petróleo y Gas posee el 80%, siendo el otro 20% propiedad de Oman Oil Company. Tiene una concesión de 27 años del Estado para construir, operar y mantener las infraestructuras gasistas de Omán. El Consejo de Oman Gas Company está formado por:

- Dr. Zaid Khamis Al-Siyabi. Presidente. Director General de Exploración y Producción de Petróleo y Gas del Ministerio de Petróleo y Gas.
- Awatif Mohammed Al-Hakmani. Vicepresidenta. Directora General de Investigación del Ministerio de Finanzas.
- Abdullah Ahmed Al-Shanfari. Director General de Industrias del Petróleo del Ministerio de Petróleo y Gas.
- Salih Ali Al-Harthy. Director de ingresos de gas, del Ministerio de Finanzas.
- Kauthar Al-Abdali. Directora de Evaluación financiera de inversiones petrolíferas del Ministerio de Petróleo y Gas.
- Rashid Ali Al-Khaifi. Director del Tesoro del Ministerio de Finanzas.
- Hilal Ali Al-Kharusi. Jefe de Desarrollo de Negocio de Oman Oil Company.

En el Consejo están representados miembros del dos Ministerios omaníes, presidiendo el representante del Ministerio del Petróleo y Gas, además de un representante de Oman Oil Company, dado que esta posee el 20% del capital.

- En Omán las compañías de terceros países pueden participar en los procesos de otorgamiento de concesiones para desarrollar infraestructuras de producción y extracción de gas natural, pero no pueden poseer infraestructuras de transporte, ni comercializar el gas en el mercado Omaní. Las principales compañías extranjeras con presencia en Omán

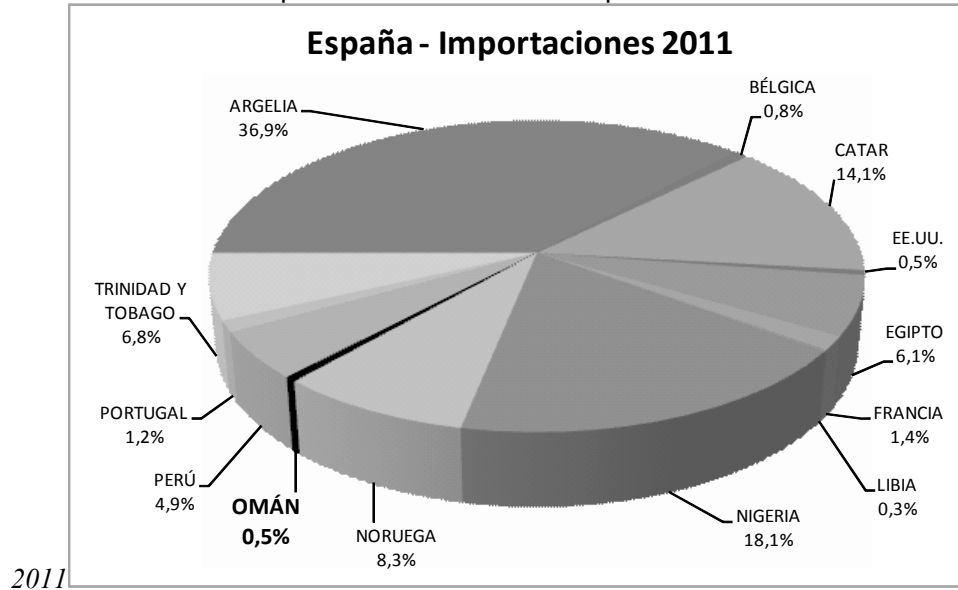
son: BP (700.000 millones de m³ de reservas de gas), Royal Dutch Shell (30 % de Oman LNG), CNPC (200 millones de m³ /año), Korea LNG (5 % de Oman LNG), Occidental Petroleum, Partex (2% de Oman LNG), PTTEP, Tethys y Total (5,54 % de Oman LNG).

Oman LNG tiene 3 plantas con una capacidad total para licuar de 13.500 millones de m³ al año. Oman Gas Company S.A.O.C es la principal empresa transportista del país. Posee una red con más de 2.300 km de gasoductos con sus instalaciones auxiliares a lo largo y ancho de todo el país. La empresa distribuye anualmente alrededor de 12.500 millones de m³ de gas a sus clientes, tanto domésticos como industriales, incluyendo instalaciones de licuefacción, para la posterior exportación de GNL.

A la vista de la información disponible y en particular del accionariado y composición del Consejo de las dos empresas es difícil concluir si son empresas económicamente separadas. No obstante, es posible afirmar que Oman Oil Company no tiene incentivos para influir sobre ENAGAS de forma que esta pueda dar un trato preferencial a alguna empresa con derecho de acceso, toda vez que no hay ninguna empresa que tenga ninguna relación de propiedad directa o indirecta con Oman Oil Company que tenga derecho de acceso al sistema español. Así, Oman Gas Company vende el gas a Unión Fenosa Gas fuera de las fronteras españolas, como otros muchos proveedores, no teniendo ningún tipo de relación con ENAGAS o con cualquier otra empresa que desarrolla actividades reguladas en España.

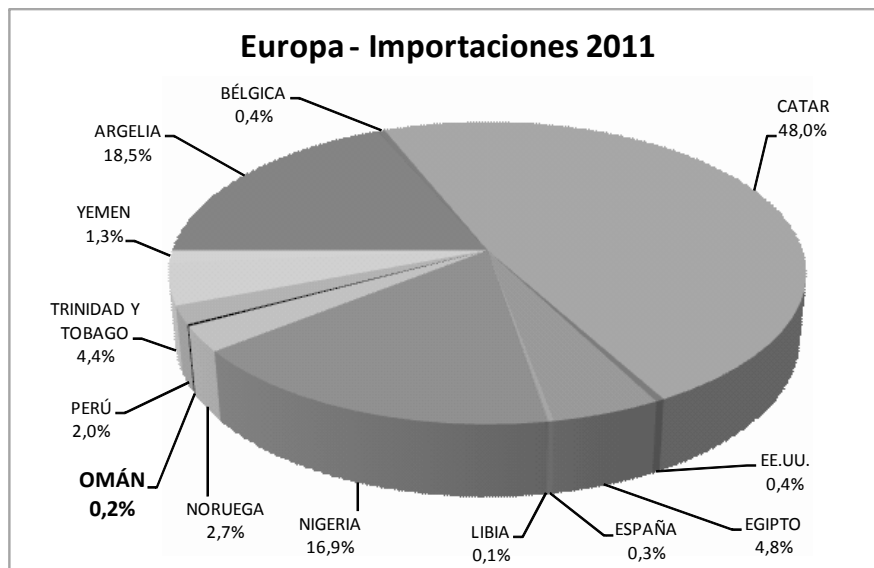
Por otra parte, el porcentaje de aprovisionamiento al mercado español proveniente de Omán es muy bajo, un 0,5% de las importaciones totales de gas en 2011. Un eventual problema con los suministros provenientes de este país no originaría problemas de suministro, al tener España las fuentes de aprovisionamiento muy diversificadas.

Importaciones de Gas en España. Año



A su vez las importaciones desde Omán a la totalidad de los países europeos representan tan sólo el 0,2% del total de las importaciones de GNL -a su vez las importaciones de GNL representan alrededor del 15% de las importaciones totales de gas europeas - por lo que se puede afirmar que Omán no juega un papel determinante en la seguridad de suministro de gas en Europa.

Importaciones de GNL en Europa. Año 2011



Por todo lo referido, no se considera que se incumpla ningún requisito necesario para la certificación de ENAGAS en relación a este asunto.

Sobre el análisis de los Estatutos y composición del Consejo de ENAGAS.

El artículo 63 de la Ley 34/1998 establece las siguientes exigencias en relación al control y derechos que pueden ejercer las personas físicas o jurídicas.

«Artículo 63. *Separación de actividades.*

1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución a que se refiere el artículo 60.1 de la presente Ley deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o comercialización ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.

2. Los transportistas que operen alguna instalación comprendida en la red básica de gas natural, definida en el apartado 2 del artículo 59 deberán tener como único objeto social en el sector gasista la actividad de transporte definida en el artículo 58.a), pudiendo incluir entre sus activos gasoductos de la red secundaria de transporte, debiendo llevar en su contabilidad interna cuentas separadas de las actividades de regasificación, almacenamiento y transporte.

3. Las empresas propietarias de instalaciones pertenecientes a la red troncal de gasoductos deberán operar y gestionar sus propias redes, o ceder la gestión de las mismas a un gestor de red independiente en los casos previstos en la presente Ley.

Los gestores de red de transporte deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Ninguna persona física o jurídica que ejerza control, de manera directa o indirecta, sobre el gestor de red de transporte podrá ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo actividades de producción o comercialización de gas natural, ni viceversa.

b) Ninguna persona física o jurídica que sea miembro o tenga derecho a nombrar a los miembros del Consejo de Administración o de los órganos que representen legalmente al gestor de la red de transporte, podrá ejercer control o derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o comercialización de gas natural. Tampoco podrá transferir personal del gestor de red de transporte a empresas que realicen funciones de producción o suministro. (...)

En los estatutos sociales de ENAGAS, artículo 2 –Objeto Social– señala que constituyen el objeto social, entre otras:

«a) Las actividades de regasificación, transporte básico y secundario y almacenamiento de gas natural, mediante o a través de las infraestructuras o instalaciones gasistas correspondientes, propias o de terceros, así como la realización de actividades auxiliares o vinculadas a las anteriores.

b) El diseño, construcción, puesta en marcha, explotación, operación y mantenimiento de todo tipo de infraestructuras gasistas e instalaciones complementarias, incluidas redes de telecomunicaciones, telemando y control de cualquier naturaleza y redes eléctricas, ya sean propias o propiedad de terceros. (...)

ENAGAS es titular de activos de transporte, plantas de regasificación y almacenamientos subterráneos. Conforme a ello, ENAGAS como empresa propietaria de la red troncal de transporte actúa como gestor de la red de transporte en la medida que construye, explota, opera y mantiene gasoductos de transporte.

De acuerdo a la composición accionarial de ENAGAS, limitada por la propia Ley de Hidrocarburos, no existe ninguna persona física o jurídica que ejerza control, de manera directa o indirecta sobre el gestor de la red de transporte de acuerdo a los términos del artículo 42 del Código de Comercio.

De esta forma cumple con las condiciones establecidas en los artículos 63.1, 63.2 y 63.3 a) de la Ley 34/1998.

Adicionalmente, como señala la Ley de Hidrocarburos, modificada con la disposición adicional sexta de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, en el plazo de un año ENAGAS debía constituir una sociedad filial a la que le corresponda la función de transportista, a la que será de aplicación las disposiciones de la Ley 34/1998 relativas a la citada actividad de transporte. Esta separación adicional se aprobó en la Junta de Accionistas de 30 de marzo de 2012.

Enagas publica en su página web, de fecha 11 de julio de 2012, un hecho relevante que señala «El Registro Mercantil de Madrid ha practicado, con efecto del día 2 de julio, la inscripción de la segregación de las actividades reguladas de transporte de gas y gestión técnica del sistema gasista de Enagás, S.A. a favor respectivamente, de las sociedades de nueva creación Enagás Transporte S.A.U. y Enagás GTS, S.A.U.». De esta forma Enagas S.A. tiene una sociedad filial dedicada a la función exclusiva de gestor de la red de transporte.

El Informe Anual de Gobierno Corporativo de 2011 registrado por ENAGAS en la CNMV, en el apartado A.7 especifica que «no existe ninguna persona física o jurídica que ejerza o pueda ejercer el control sobre ENAGAS en relación al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores».

Sin embargo a la vista del artículo 9.2 de la Directiva – y del artículo 63.3 b) de la Ley 34/1998 - que particularmente señalan entre los derechos citados los que incluyen la facultad de ejercer derechos de voto, independientemente de su alcance, surgen dudas sobre la compatibilidad de determinados accionistas de ENAGAS.

Tras el examen de la información aportada por ENAGAS, en fecha 17 de julio de 2012, es necesario poner de manifiesto, tal como ya se hizo en la resolución de la certificación provisional, los casos que se refieren a continuación de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 63.3 de la Ley 34/1998:

Primero.

LIBERBANK, S.A. tiene una participación indirecta del 5% a través de CANTÁBRICA DE INVERSIONES DE CARTERA, S.L. y unos derechos de voto del 3% sobre ENAGAS. Designa miembro, persona jurídica del Consejo de Administración de ENAGAS a PEÑA RUEDA, S.L. representada por Manuel Menéndez. A su vez LIBERBANK, S.A. tiene una participación del 3,13% sobre la empresa HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A.(HC), un 5,01% sobre EDP y esta a su vez una participación del 96,6% sobre HC y un 75% sobre NATURGAS.

Por su lado, el consejero que representa a LIBERBANK, S.A en ENAGAS es Manuel Menéndez, su Presidente-Consejero Delegado, que es a su vez presidente del Consejo de NATURGAS Energía Grupo, S.A. consejero de EDP RENOVAVEIS, y presidente de HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A.

Esta situación resulta incompatible con el cumplimiento del artículo 63.3 b) de la Ley 34/1998.

Respecto a las sociedades citadas destacar que:

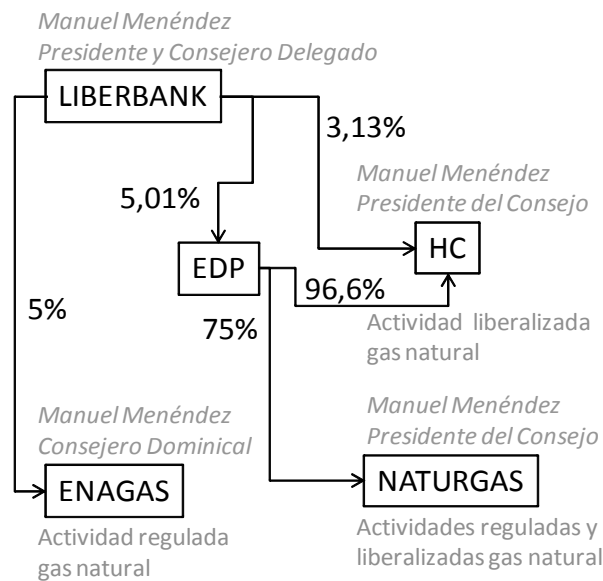
- LIBERBANK, S.A. es el banco constituido por el Grupo Cajastur, Caja de Extremadura y Caja Cantabria. Entre sus empresas participadas destaca su participación en ENAGAS, EDP y HC.

- HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. (participada en un 96,6% por el Grupo Internacional EDP y en un 3,13% por LIBERBANK, S.A) es la matriz del GRUPO HC ENERGÍA y la sociedad que desarrolla la actividad no regulada de producción o generación de energía eléctrica. Dentro del grupo de sociedades HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A. se desarrollan actividades reguladas de transporte y distribución y a su vez HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO ENERGÍA, S.A.U tiene por objeto social la actividad no regulada de comercialización y suministro mediante contratos no sujetos a tarifa.

- NATURGAS ENERGÍA GRUPO, S.A. es la sociedad matriz del GRUPO NATURGAS ENERGÍA. Los accionistas de NATURGAS ENERGÍA GRUPO son el EVE con una participación del 25% y EDP con una participación del 75%. El grupo desarrolla actividades incompatibles mediante diferentes sociedades (HC NATURGAS COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S.A., NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U., NATURGAS ENERGÍA TRANSPORTE, S.A.U y NATURGAS ENERGÍA SERVICIOS, S.A.U.

- EDP RENOVAVEIS (participada en un 15,51% por HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO) es la sociedad encargada de la promoción, construcción y explotación de instalaciones para la producción de electricidad a partir de energías renovables
 - Tanto CANTÁBRICA DE INVERSIONES DE CARTERA, S.L. como PEÑA RUEDA, S.L. son sociedades limitadas, 100% propiedad de LIBERBANK, S.A que tienen como objeto social el asesoramiento a personas y empresas, incluyendo los servicios de asesoramiento comercial, fiscal, industrial, laboral y financiero, así como la prestación de servicios culturales, jurídicos, fiscales y de gestión administrativa.

Participaciones de LIBERBANK S.A



Manuel Menéndez es Consejero Dominical del gestor de la red de transporte, ENAGAS y es el Presidente del Consejo de dos empresas que llevan a cabo actividades de comercialización de gas natural (HC y NATURGAS). Esta situación contraviene las condiciones establecidas en el artículo 63.3 b) para la separación patrimonial.

LIBERBANK S.A ejerce derechos en el gestor de la red de transporte, ENAGAS y ejerce derechos sobre empresas que llevan a cabo actividades de comercialización de gas natural (HC y NATURGAS). Esta situación contraviene las condiciones establecidas en el artículo 63.3 b) para la separación patrimonial.

Segundo.

D. Luis Javier Navarro Vigil es Consejero Externo de ENAGAS y miembro del Consejo de Administración de BP y EON, empresas ambas con intereses en la comercialización de gas natural.

Luis Javier Navarro es actualmente Consejero externo de ENAGAS en donde ejerce derechos de voto. Además Luis Javier Navarro es:

- Consejero de BP ESPAÑA, S.A.
- Consejero de E.ON ESPAÑA, S.A.
- Consejero de E.ON RENOVABLES, S.A.
- Consejero de la Terminal de GNL de Altamira - MÉXICO.
- Vocal de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento de ENAGAS junto con otros cuatro consejeros.

ENAGAS señala en su Informe Anual de gobierno corporativo que este Consejero fue Consejero Dominical nombrado por BP ESPAÑA, S.A.U. hasta 2006, fecha en la que esta empresa vendió toda su participación. Señalan que «no es considerado independiente por mantener o haber mantenido una relación de negocios importante con la Sociedad».

Tanto BP ESPAÑA, S.A. como EON ESPAÑA, S.A. son empresas que realizan actividades de producción, comercialización y distribución de gas natural. Luis Javier Navarro Vigil es miembro del Consejo de Administración de ENAGAS, gestor de la red de transporte y al mismo tiempo es Consejero de BP y EON, empresas que desarrollan actividades de producción y/o comercialización. El ejercicio de derechos en ENAGAS y en empresas con actividades de producción y comercialización es incompatible, de acuerdo con el artículo 63.3 b) de la Ley de Hidrocarburos sobre separación patrimonial de los gestores de redes de transporte.

Tercero.

KUTXABANK, S.A. titular indirecto, a través de KARTERA 1, S.L. de una participación accionarial en ENAGAS del 5%, ostenta idéntica participación en IBERDROLA, S.A. también a través de KARTERA 1, S.L., nombrando Consejeros en ambas sociedades. Asimismo, el Consejero nombrado en ENAGAS es miembro de la Comisión de nombramientos.

A través de KARTERA 1, tiene una participación del 5% en IBERDROLA, S.A., lo que le confiere derecho a nombrar uno de los catorce consejeros con los que cuenta el Consejo de Administración de IBERDROLA en la actualidad, y por otro lado tiene una participación, también del 5%, en ENAGAS, y dispone de un consejero en el Consejo de Administración de la empresa transportista, que en la actualidad no es la misma persona (4). Adicionalmente el Consejero de KUTXABANK en ENAGAS es miembro del comité de nombramientos, retribuciones y responsabilidad social corporativa.

Por tanto, KUTXABANK, ejerce derechos en el gestor de la red de transporte, ENAGAS como miembro de su Consejo de Administración y ejerce derechos sobre una empresa que lleva a cabo actividades de comercialización de gas natural, IBERDROLA. Esta situación resulta contraria a las condiciones establecidas en el artículo 63.3 b) para la separación patrimonial.

Sobre la adquisición por el FROB de las acciones del Banco Financiero y de Ahorros, S.A.

Ha de señalarse que, con posterioridad a la Resolución provisional de certificación emitida por esta Comisión, ha sobrevenido un acuerdo de adquisición por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de las acciones del Banco Financiero y de Ahorros, S.A. (BFA), cuestión que ha de ser examinada por esta Comisión:

De acuerdo con la información de los registros de la CNMV que se publica en la página web de este organismo (www.cnmv.es), BFA posee un 5,4% de Iberdrola, S.A. (5), empresa que tiene la condición de comercializadora del sector gasista.

Ahora bien, al amparo de la normativa sobre reestructuración bancaria, el 14 de mayo de 2012 (6) el FROB ha acordado adquirir el 100% de las acciones de BFA, como contrapartida de los recursos públicos empleados para dotarla de financiación (7). El 27 de junio de 2012 (8) BFA ha adoptado los acuerdos necesarios para hacer efectiva esta adquisición.

(4) El consejero de ENAGAS es también consejero de BBG, empresa transportista titular de una planta de regasificación.

(5) Bancaja, que tenía una participación del 5,4% en Iberdrola, S.A., quedó integrada en el Banco Financiero y de Ahorros, S.A., constituida en diciembre de 2010 como sociedad central del SIP (Sistema Institucional de Protección) conformado por ésta y otras cajas de ahorros.

(6) Ver Nota de Prensa del FROB de 14 de mayo de 2012.

(7) La adquisición de las acciones de esta compañía se ha efectuado al amparo del artículo 10.2 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, al convertir en acciones de BFA las participaciones preferentes convertibles correspondientes a las ayudas públicas dadas a las cajas afectadas, como consecuencia de haber declarado el Banco de España que era improbable que BFA pudiera hacer frente a la amortización de dichas ayudas en las condiciones establecidas.

(8) Ver hecho relevante comunicado por el BFA a la CNMV el 27 de junio de 2012.

Ha de señalarse que el FROB, constituido por el Real Decreto-ley 9/2009, goza de personalidad jurídica propia, y está regido y administrado por una Comisión Rectora; el nombramiento y cese de los miembros de dicha Comisión Rectora corresponde, conforme al Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, de reestructuración de departamentos ministeriales, al Ministro de Economía y Competitividad.

Concurre, así, una separación jurídica, y una diferente adscripción departamental, en lo que atañe a la SEPI (propietaria del 5% de Enagás) y al FROB (propietario, a través de BFA, del 5,4% de Iberdrola).

Esta situación descrita viene a adecuarse a lo previsto en el apartado 6 del artículo 9 de la Directiva 2009/73/CE, que dispone lo siguiente:

«En la aplicación del presente artículo, cuando la persona a que se refiere el apartado 1, letras b), c) y d), sea el Estado miembro u otro organismo público, no se considerará que son la misma persona o personas dos organismos públicos distintos que ejerzan el control, respectivamente, uno sobre un gestor de la red de transporte o sobre una red de transporte y, otro, sobre una empresa que realice las funciones de producción o suministro.» (9).

Esta prescripción del artículo 9 se encuentra en línea con lo señalado en el considerando 20 de la propia Directiva 2009/73/CE, que se expresa en el siguiente sentido: «...no debe existir la posibilidad de que una misma persona ejerza control o derecho alguno en violación de las normas relativas a la separación patrimonial o la opción relativa al gestor de red independiente, individual o conjuntamente, en la composición, las votaciones o la toma de decisiones de, a la vez, los órganos de los gestores de redes de transporte o de las redes de transporte y las empresas de producción o de suministro. Por lo que se refiere a la separación patrimonial y a la solución relativa al gestor de red independiente, siempre que el Estado miembro en cuestión pueda demostrar que se respeta este requisito, dos organismos públicos separados deben poder controlar, por una parte, las actividades de producción y suministro y, por otra, las de transporte».

En este marco normativo, la Comisión Europea, en su Nota Interpretativa relativa al régimen de separación establecido en las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, de 22 de enero de 2010, indica, en consecuencia, que dos entidades públicas separadas serán consideradas dos personas diferentes a los efectos de las prohibiciones señaladas en los artículos 9 de dichas Directivas (10); si bien, destaca la necesidad de que la separación entre esas dos entidades sea real y efectiva: «The rules on unbundling apply equally to private and public entities. For the purpose of the rules on ownership unbundling, two separate public bodies should therefore be seen as two distinct persons and should be able to control generation and supply activities on the one hand and transmission activities on the other provided they are not under the common influence of another public entity in violation of the rules on ownership unbundling provided for in Article 9 Electricity and Gas Directives; the public bodies concerned must be truly separate. In these cases, the Member State in question will need to be able to demonstrate that the requirements of ownership unbundling of Article 9 Electricity and Gas Directives are enshrined in national law and are duly complied with. This will have to be assessed on a case-by-case basis (recital 23 and Article 9(6) Electricity Directive and recital 20 and Article 9(6) Gas Directive).» (11).

(9) A este artículo 9.6 de la Directiva 2009/72/CE y de la Directiva 2009/73/CE se ha referido la Comisión Europea en sus Dictámenes de 9 de enero de 2012 sobre la certificación de Energinet.dk como gestor de la red de transporte danesa de electricidad y de gas, considerando que ciertas circunstancias (como la independencia de ministerios diferentes en relación con las áreas que constituyen su cometido, la existencia de entidades públicas con personalidad separada jurídicamente, las reglas internas que proscriben comportamientos discriminatorios o la existencia de recursos financieros propios, separados del patrimonio del Estado) permiten certificar a un gestor de la red de transporte aunque el mismo esté controlado por un Estado Miembro y éste, a su vez, pero a través de entes públicos diferentes, controle a entidades que realicen actividades de generación o comercialización.

(10) "Commission Staff Working Paper - Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The Unbundling Regime."

(11) En el mismo sentido, puede verse el documento de trabajo de la Comisión Europea de 21 de septiembre de 2011 sobre la certificación de los gestores de la red de transporte de electricidad y gas (parágrafo 43): "In case a public body is exercising the rights described in paragraph (b), (c) and (d) of Article 9.1 of the Electricity and Gas Directives, the unbundling provisions require ensuring independence between the public body exercising those rights over transmission and over generation, production or supply activities."

A este respecto, cabe considerar que, efectivamente, la SEPI y el FROB son dos personas jurídicas diferentes, que actúan de forma separada:

La SEPI fue creada por el Real Decreto-ley 5/1995, de 16 de junio, por el que se crea la Agencia Industrial del Estado y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y suprime el Instituto Nacional de Industria y el Instituto Nacional de Hidrocarburos; es una entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que cuenta con un patrimonio propio distinto al del Estado, constituido por el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y las participaciones accionariales de las que es titular. Precisamente, su objeto lo constituye, esencialmente, la gestión de las acciones y participaciones de titularidad pública estatal, y la obtención, a través de ellas, de la mayor rentabilidad, para lo que está sujeta a las directrices del Gobierno (12).

(12) Artículos 10 a 16 de la Ley 5/1996, de 10 de enero.

El FROB, en cambio, es un fondo con personalidad jurídica creado, como se ha señalado, por el Real Decreto-ley 9/2009, cuyo objeto es gestionar los procesos de reestructuración de entidades de crédito y contribuir a reforzar los recursos de las mismas. Su gobierno corresponde a las personas designadas –para un período de cuatro años– por el Ministerio de Economía y Competitividad. De los nueve miembros de la Comisión Rectora del FROB, cuatro son nombrados a propuesta del Banco de España, tres en representación de los Fondos de Garantía de Depósitos (designados entre los representantes de las entidades de crédito adheridas a los mismos), y, finalmente, los otros dos son nombrados en representación de la Administración General del Estado (13). Ahora bien, está establecido que, en todo caso, uno de los miembros nombrados a propuesta del Banco de España será el propio Subgobernador del Banco de España, quien ostentará la Presidencia de la Comisión Rectora, debiendo comparecer ante el Congreso de los Diputados tras la realización de alguna de las operaciones propias del Fondo así como en los términos que determina la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso (en el seno de la cual existe una Subcomisión de Reestructuración Bancaria y Saneamiento Financiero) (14).

(13) Uno de ellos de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa y otro de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos.

(14) Artículos 1 a 5 del Real Decreto-ley 9/2009.

A este respecto, cabe tener en consideración que el Banco de España (al que corresponde proponer cuatro de los miembros de la Comisión Rectora del FROB, y cuyo Subgobernador asume la Presidencia de dicha Comisión Rectora) desarrolla su actividad y cumple con sus fines actuando con autonomía respecto a la Administración General del Estado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

Adicionalmente, hay que destacar que, una vez nombrados los miembros de la Comisión Rectora del FROB, el Ministro de Economía y Competitividad sólo puede separarles del cargo por causas tasadas (incompatibilidad, incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente o condena por delito doloso). Además, la Comisión Rectora del FROB está facultada para establecer su propio régimen de convocatorias y para determinar las normas de su propio funcionamiento (15).

(15) Artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2009.

Asimismo, a diferencia de la SEPI, el FROB no está sometido a las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ni le son de aplicación las normas que regulan el régimen presupuestario, económico-financiero, contable, de contratación y de control de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del

Estado, salvo por lo que respecta a la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas, ni está sujeto a las disposiciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En definitiva, en el presente caso, se trataría de que una entidad pública empresarial (la SEPI), adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, ostenta el 5% de Enagás, y de que un fondo (el FROB) creado para el específico objetivo de la gestión de proceso de reestructuración de las entidades de crédito, dotado de personalidad jurídica propia, desvinculado, esencialmente, del régimen jurídico propio de los organismos públicos, y respecto del que normativamente están establecidas ciertas medidas que permiten que su Comisión Rectora pueda desarrollar autónomamente su funcionamiento, ostenta, de forma indirecta, un 5,4% en una empresa comercializadora; circunstancias que permiten concluir la existencia de separación efectiva entre una y otra participación (la participación del 5% en Enagás y la participación del 5,4% en Iberdrola).

Es de significar, finalmente, que la adquisición por parte del FROB de las acciones de BFA ha sido autorizada, con carácter temporal, por la Comisión Europea, que, en su Comunicado de Prensa de 27 de junio de 2012, indica que autoriza temporalmente, de conformidad con las normas de la UE sobre ayudas estatales, la conversión de acciones preferentes de titularidad estatal por un importe de 4.465 millones de euros en capital y una garantía de liquidez de 19.000 millones de euros en beneficio del grupo español BFA y de su filial Bankia; si bien, expresa que esta autorización se da por un período de seis meses, debiendo presentarse un plan de reestructuración de BFA y Bankia, para que puedan ser viables sin necesidad del apoyo permanente del Estado.

No obstante, la persistencia en el tiempo de la situación generada como consecuencia de la adquisición por el FROB de las acciones del Banco Financiero y de Ahorros, S.A. (que ejerce un 5,4% de derechos en Iberdrola, S.A.), la cual, como se ha señalado, ha sido autorizada por la Comisión Europea por un período de seis meses, determinará la necesidad de realizar una nueva valoración de esta circunstancia, en el marco, en su caso, de un nuevo procedimiento de certificación.

ANEXO

COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 15.6.2012
C(2012) 4171 final**DICTAMEN DE LA COMISIÓN**

de 15.6.2012

con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 715/2009 y al artículo 10,
apartado 6, de la Directiva 2009/73/CE
- España - Certificación de ENAGÁS, S.A. (gas)

I. PROCEDIMIENTO

El 20 de abril de 2012 la Comisión recibió del regulador español de la energía —la Comisión Nacional de Energía (en lo sucesivo, la «CNE»)— la notificación, conforme al artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/73/CE¹ (en lo sucesivo, la «Directiva del Gas»), de un proyecto de decisión de 19 de abril de 2012 sobre la certificación de «ENAGAS S.A.» (en lo sucesivo, «ENAGAS») como gestor de la red de transporte de gas. El asunto se registró con el número 024 - 2012- ES.

De conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 715/2009² (en lo sucesivo, el «Reglamento del Gas»), la Comisión debe examinar el proyecto de decisión notificado y emitir a la autoridad reguladora nacional competente un dictamen sobre la compatibilidad del mismo con el artículo 9 y con el artículo 10, apartado 2, de la Directiva del Gas.

II. DESCRIPCIÓN DE LA DECISIÓN NOTIFICADA

La empresa ENAGAS es propietaria y gestora de la red troncal de transporte de gas en España, con 9453 km de gasoductos de alta presión, incluidas las interconexiones con Argelia, Marruecos, Francia y Portugal.

ENAGAS ha solicitado su certificación de acuerdo con el modelo de separación efectiva de la propiedad previsto en el artículo 9 de la Directiva del Gas tal y como se ha transpuesto en la legislación española.

La participación en el capital de ENAGAS está limitada por el Derecho español³. De conformidad con la Ley 34/1998, ninguna persona física o jurídica puede participar directa o indirectamente en el accionariado de la sociedad matriz en una proporción superior al 5 % del capital social, ni ejercer

¹ Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (DO L 211 de 14.8.2009, p. 94).

² Reglamento (CE) n° 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1775/2005 (DO L 211 de 14.8.2009, p. 36).

³ Disposición adicional 31ª de la Ley 34/1998.

derechos políticos en dicha sociedad por encima del 3%. En el caso de las personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades en el sector del gas, incluidos los accionistas con una participación superior al 5%, el ejercicio de los derechos de voto en ENAGAS se limita al 1%. Para las empresas que desempeñan cualquiera de las funciones de producción o de suministro, se aplican sin restricción las disposiciones del artículo 9 de la Directiva del Gas en materia de separación de la propiedad⁴.

Las limitaciones arriba mencionadas que afectan a la participación en el capital de ENAGAS no se aplican a la empresa de propiedad estatal Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (en lo sucesivo, «SEPI»), cuya participación en ENAGAS asciende actualmente al 5% y cuyos derechos de voto representan también un 5%. SEPI, por lo tanto, está facultada en virtud de la Ley 34/1998 para aumentar su participación en el capital de ENAGAS.

La Comisión observa que la legislación española arriba indicada plantea, en principio, algunas dudas en cuanto a su compatibilidad con las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, especialmente las referentes a la libre circulación de capitales. Tales dudas deben ser aclaradas con las autoridades competentes españolas.

La legislación española —y, en particular, la Ley 34/1998⁵— autoriza hasta el 3 de octubre de 2012 una excepción al artículo 9, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva del Gas en aplicación de la posibilidad que prevé el artículo 9, apartado 4, de la misma Directiva para los gestores de redes de transporte que no formen parte de una empresa integrada verticalmente.

La CNE analizó si ENAGAS cumple —y, si lo hace, en qué medida— los requisitos del modelo de separación efectiva de la propiedad establecido en el artículo 9 de la repetida Directiva tal y como ha sido transpuesta en la legislación española. En su proyecto de decisión, la CNE señala en relación con ENAGAS una serie de circunstancias que no se ajustan a las normas aplicables en materia de separación de la propiedad y que deben por tanto corregirse. Concretamente:

- un miembro del Consejo de Administración de ENAGAS es también presidente de los Consejos de HIDROCANTÁBRICO y de NATURGAS, empresas estas que ejercen actividades de suministro de gas;
- un miembro del Consejo de Administración de ENAGAS es también miembro del Consejo de BP y de EON, empresas ambas que desempeñan actividades de producción y/o de suministro de gas;

⁴ Artículo 63 de la Ley 34/1998, modificada por el Real Decreto-Ley 13/2012, que transpone la Directiva del Gas.

⁵ Disposición transitoria 24ª de la Ley 34/1998, modificada por el Real Decreto-Ley 13/2012, que transpone la Directiva del Gas.

- el accionista «LIBERBANK, S.A.», que tiene una participación del 5% en la empresa ENAGAS, ejerce derechos de voto en esa empresa y ha nombrado a uno de los miembros de su Consejo; al mismo tiempo, ejerce también derechos de voto en HIDROCANTÁBRICO y en NATURGAS⁶, que llevan a cabo actividades de suministro de gas;
- el accionista «KUTXABANK», además de poseer en ENAGAS a través de la sociedad «KARTERA 1, S.L.» acciones por un valor equivalente al 5%, ejerce en ella derechos de voto correspondientes a un 1% y ha nombrado a uno de los miembros de su Consejo; al mismo tiempo, con una participación del 5%, ejerce derechos de voto en IBERDROLA, empresa que desempeña actividades de suministro de gas.

De acuerdo con el proyecto de decisión de la CNE, ENAGAS debe notificarle no después del 3 de octubre de 2012 que las incompatibilidades arriba indicadas han quedado subsanadas.

Es en este contexto en el que la CNE ha notificado a la Comisión su decisión preliminar solicitando un dictamen.

III. OBSERVACIONES

Atendiendo a la decisión preliminar que se le ha notificado, la Comisión formula las observaciones siguientes.

1. Control por el accionista «SEPI» de actividades de generación

El artículo 9, apartado 1, letra b), inciso i), de la Directiva del Gas prohíbe que una persona o personas puedan ejercer directa o indirectamente el control de una empresa que lleve a cabo cualquier función de producción o de suministro y ejerzan también, al mismo tiempo, un control directo o indirecto o detenten cualquier derecho sobre el gestor de una red de transporte o sobre la propia red de transporte. La misma disposición prohíbe en su inciso ii) que una misma persona o personas controlen de forma directa o indirecta al gestor de una red de transporte o la propia red de transporte y ejerzan también directa o indirectamente el control o cualquier derecho sobre una empresa que desempeñe cualquiera de las funciones de producción o de suministro. Con el fin de evitar que de las relaciones verticales entre los mercados del gas y la electricidad se derive una influencia indebida, el artículo 9, apartado 3, de la misma Directiva determina, además, que las disposiciones en materia de separación de la propiedad se aplican conjuntamente a los mercados del gas y la electricidad, estando prohibida toda influencia simultánea sobre un generador o suministrador de electricidad y un gestor de la red de transporte de gas o sobre un productor o suministrador de gas y un gestor de la red de transporte de electricidad.

⁶ LIBERBANK tiene una participación del 3,13 % en HIDROCANTÁBRICO. Además, participa indirectamente en esa empresa y en NATURGAS con acciones en EDP por un valor equivalente al 5,01 %. EDP, por su parte, posee el 96,6 % de HIDROCANTÁBRICO y el 75 % de NATURGAS.

SEPI, accionista de ENAGAS, posee una empresa, Hunosa, S.A., cuya principal actividad es la extracción de carbón y que controla también una central térmica de 50 MW situada en La Pereda (Asturias). La cuestión que se plantea es si esa participación de SEPI en Hunosa S.A. afecta o no a las disposiciones del artículo 9, apartado 1, letra b), incisos i) y ii), en relación con el artículo 9, apartado 3, de la Directiva del Gas. Las actividades de generación contempladas —que se consideran importantes desde una perspectiva social y regional pero cuyo ejercicio no tiene lugar en condiciones comerciales normales— se desempeñan en virtud de un régimen regulado, el llamado «régimen especial», establecido por el marco jurídico español del Real Decreto 661/2007. Dado que la dimensión de esas actividades de generación es pequeña —con una producción que apenas representa el 0,1375% de la generación total de electricidad en España—, la Comisión estima que, mientras tales actividades se desempeñen en el marco de un régimen regulado, puedan beneficiarse legalmente de prioridad de evacuación (tal y como es el caso actualmente) y se mantenga su pequeña dimensión, no cabe pensar que SEPI pueda influir de forma discriminatoria en las actividades de transporte de ENAGAS, favoreciendo su participación en las actividades de generación de Hunosa S.A. En tales circunstancias, la Comisión no encuentra obstáculos para la certificación solicitada.

2. Supervisión del cumplimiento por los accionistas de las normas en materia de separación

ENAGAS, S.A. es una sociedad que cotiza en la Bolsa española. Dado que las participaciones de las empresas que cotizan en Bolsa pueden cambiar continuamente, es preciso definir con claridad mecanismos que garanticen el cumplimiento de las disposiciones de la legislación española en materia de separación.

El marco legal que establece actualmente el Real Decreto-Ley 13/2012 prevé un mecanismo de control ex post que atribuye a la CNE la función de supervisar la aplicación de las normas de separación y la potestad de velar por que se cumplan. La CNE debe supervisar el cumplimiento de dichas normas e informar anualmente tanto de las actividades desempeñadas por ella como de los resultados obtenidos⁷. Las infracciones de esas normas se consideran graves, y la CNE tiene la facultad de imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las personas que sean responsables de esas infracciones.

La Comisión considera que el mecanismo de control ex post que prevé actualmente la legislación española puede garantizar adecuadamente el cumplimiento de las normas de separación.

3. Composición del Consejo de Administración

El artículo 9, apartado 1, letra d), de la Directiva del Gas prohíbe que una misma persona sea miembro del consejo de supervisión, del consejo de administración o de cualquier otro órgano representativo de una empresa que desempeñe una función de producción o de suministro y, al mismo tiempo, miembro de cualquiera de esos órganos del gestor de una red de transporte o de la propia red de transporte.

⁷ El Real Decreto-Ley 13/2012 modifica en consonancia la disposición adicional 11.3.1 de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos (BOE nº 78, páginas 26917-26919).

La Comisión está de acuerdo con la CNE en que la situación de algunos miembros del Consejo de Administración de ENAGAS que son también miembros de los consejos de otras empresas de producción y/o de suministro de gas infringe lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, letra d), de la Directiva del Gas y exige la rápida adopción de una acción correctora dentro del plazo fijado por la CNE.

4. Ejercicio de derechos en empresas que desempeñan actividades de producción o de suministro

El artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva del Gas prohíbe que una misma persona nombre a miembros del consejo de supervisión, del consejo de administración o de otros órganos legalmente representativos del gestor de una red de transporte o de la propia red de transporte y ejerza al mismo tiempo el control directo o indirecto o cualquier derecho sobre una empresa que desempeñe cualquier función de producción o de suministro.

Según el proyecto de decisión de la CNE, la situación de las empresas LIBERBANK, S.A. y KUTXABANK, que son accionistas de ENAGAS, no cumple lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva del Gas, dado que ambas empresas ejercen en ENAGAS derechos de accionista y nombran a miembros de su Consejo, al tiempo que ejercen derechos en empresas que desempeñan actividades de suministro de gas. La Comisión comparte la opinión de la CNE de que esta situación debe ser corregida con una acción inmediata, adoptada en el plazo establecido por esa comisión.

5. Participación de una empresa del sector de la energía de un tercer país

Del proyecto de decisión de la CNE se desprende que la empresa Oman Oil Company tiene una participación del 5% en el capital de ENAGAS y está facultada para ejercer derechos de voto equivalentes a un 1% en el gestor de la red de transporte. La CNE concluye que Oman Oil company, que es propiedad del Sultanato de Omán, no ejerce control sobre ENAGAS y no se aplican aquí por lo tanto las normas de certificación específicas que establece el artículo 11 de la Directiva del Gas para los casos en que un gestor de red de transporte es controlado por una persona de un tercer país. La Comisión está de acuerdo con esa conclusión, pero señala que la participación de Oman Oil Company tiene que ser evaluada para comprobar si cumple los requisitos de separación de la propiedad que establece el artículo 9 de esa Directiva.

Según el repetido proyecto de decisión, la empresa Oman Oil Company no realiza actividades de suministro de gas a España ni al mercado de la UE. El gas de origen omaní sólo representa alrededor del 0,5% de los suministros de gas a España y es exportado por una empresa separada, la Oman Gas Company, que es propiedad del Sultanato de Omán. Para garantizar el cumplimiento del artículo 9 de la Directiva del Gas, la Comisión invita a la CNE a verificar si, en las circunstancias concretas del presente caso, las dos empresas omaníes se gestionan independientemente como entidades económicas separadas o si es posible asumir en todo caso —tomando en consideración, entre otras cosas, el hecho de que la sociedad Oman Gas Company se limite a exportar pequeñas cantidades de gas al mercado español— la ausencia de incentivos para que la empresa Oman Oil Company desee

influir en la toma de decisiones del gestor de la red de transporte favoreciendo los intereses de suministro de Oman Gas Company en detrimento de otros usuarios de la red. La Comisión subraya, asimismo, la necesidad de que la CNE compruebe si no se han producido cambios en las circunstancias en las que se basa su evaluación.

6. Conclusión

Por disposición del artículo 3, apartado 2, del Reglamento del Gas, es preciso que, al adoptar su decisión final respecto de la certificación de ENAGAS, la CNE tenga en cuenta en la máxima medida de lo posible las observaciones de la Comisión arriba expuestas y le comunique la decisión que adopte.

La posición de la Comisión que aquí se expone no afecta a la que pueda adoptar frente a las autoridades reguladoras nacionales sobre cualquier otro proyecto de medida que se le notifique en relación con la certificación o frente a las autoridades nacionales responsables de la transposición de la normativa de la UE respecto de la compatibilidad con ésta de cualquier disposición de aplicación nacional.

Dado que no considera confidencial la información aquí contenida, la Comisión procederá a la publicación del presente documento en su sitio web. Se invita, no obstante, a la CNE a que, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de este dictamen, comunique a la Comisión si considera que, de conformidad con las disposiciones de la UE o con las disposiciones nacionales en materia de secreto comercial, este documento contiene información confidencial que desee se suprima antes de que se proceda a esa publicación. En caso de hacerlo así, la CNE deberá exponer sus motivos.

Hecho en Bruselas, el 15.6.2012

Por la Comisión
Cecilia MALMSTRÖM
Miembro de la Comisión