



Comisión
Nacional
de Energía

**ACUERDO RELATIVO A LA SUPERVISIÓN
DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS
DE SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES
ESTABLECIDOS EN LA RESOLUCIÓN
DEFINITIVA DE CERTIFICACIÓN DE
ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U.**

18 de abril de 2013

ACUERDO RELATIVO A LA SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES ESTABLECIDOS EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DE CERTIFICACIÓN DE ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U.

1 OBJETO

El objeto de este Acuerdo es supervisar si Enagás Transporte, S.A.U. (Enagas) ha llevado a cabo las acciones correctoras necesarias para cumplir con las obligaciones de separación de actividades, señaladas en la 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. El acuerdo se adopta al amparo de las funciones vigésimo primera (sobre la supervisión de la separación de actividades) y vigésimo séptima (sobre la supervisión del cumplimiento por parte de los transportistas y de los gestores de las redes de transporte de las obligaciones establecidas en la Ley 34/1998, de de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos), funciones previstas en la disposición adicional undécima, tercero,1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

2 ANTECEDENTES

La Resolución definitiva de 26 de julio de 2012, del Consejo de la CNE certificó a Enagás Transporte, S.A.U. (como empresa segregada de Enagás, S.A.) como gestor de la red de transporte de gas, estableciendo, no obstante, que antes del 3 de octubre de 2012 (plazo señalado en la disposición transitoria vigésimo cuarta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre), se debían llevar a cabo las acciones necesarias para corregir ciertas situaciones que no resultaban adaptadas a las exigencias sobre separación de actividades. Esta Resolución fue publicada en el BOE el 17 de agosto de 2012.

El 18 de septiembre 2012 tuvo entrada en el Registro de la CNE escrito de Enagás, S.A. en el que manifiesta que *“ha procedido a adaptar su composición a lo dispuesto en la resolución de certificación y a lo dispuesto en el artículo 63.3 LSH”*, solicitando al respecto a la CNE que, *“teniendo por presentado este escrito con su documentación adjunta, lo admita, y en consecuencia, proceda a darle la tramitación que en su caso corresponda”*.

El 15 de noviembre de 2012 el Consejo de la CNE acordó requerir a Enagas información adicional a fin de comprobar la realización por parte de Enagás de las acciones correctoras necesarias para cumplir con las obligaciones de separación de actividades, a las que se refiere la Resolución definitiva de certificación mencionada:

- información actualizada sobre la participación accionarial en el capital de Enagás, S.A., sociedad matriz de Enagás Transporte, S.A.U., y sobre los derechos de voto en los órganos de la mencionada Compañía;
- información sobre la venta del 5% de las acciones de Enagás de las que era titular Liberbank;
- los términos en que permanece Kutxa Bank en Enagás en lo que concierne al ejercicio de sus derechos políticos, aclarando, en particular, los términos del compromiso de no ejercicio de tales derechos y la operativa conforme a la que se daría realización a este compromiso; y,
- copia de los instrumentos que, en su caso, documenten los cambios relativos a los siguientes aspectos:
 - La renuncia y cese de Kutxa Bank respecto del Consejo de Administración de Enagás, y el compromiso de Kutxa Bank de no ejercitar derechos políticos.
 - La renuncia de Luis Javier Navarro Vigil a su puesto de consejero en BP España, S.A., E.On España, S.A. y E.On Renovables, S.A.

El 5 de diciembre de 2012 tiene entrada en la CNE, escrito de Enagas en el que responde a las preguntas formuladas. El 25 de febrero de 2013, Enagás presenta en el Registro de la CNE un escrito adicional, completando al anterior.

3 NORMATIVA APLICABLE Y REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DE CERTIFICACIÓN

La Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos establece:

“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 Comercio¹.

La Resolución de 26 de julio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía sobre la solicitud de certificación de Enagas señala:

“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:

¹ 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:

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

- *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.”

4 CONSIDERACIONES

Sobre el accionariado de ENAGAS, los miembros del Consejo de Administración y los derechos políticos.

Señala Enagas en el escrito recibido el 5 de diciembre de 2012 que los accionistas de referencia son:

- **Oman Oil Company, S.A.O.C.** que ostenta una participación accionarial del 5%, ejerce derechos de voto por un 1% y está representada en el Consejo de Administración por el consejero Sultan Ahmed Khamis Al Burtamani.
- **Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)** que ostenta una participación accionarial del 5%, ejerce derechos de voto por un 5% y es consejero-persona jurídica de Enagás, S.A., representada por el Vicepresidente de SEPI, Federico Ferrer Delso.

- Kutxabank, que a través de Kartera 1, S. L., ostenta una participación accionarial del 5%, ejerce derechos de voto por un 3% según condiciones particulares y no tiene derecho a designar miembro en el Consejo de Administración.

Por otro lado, para cumplir las condiciones que se impusieron a Enagas se han producido los siguientes hechos:

- Se ha producido la renuncia a los cargos de consejeros en Enagas de Manuel Menéndez y Joseba Andoni Aurrekoetxea, que representaban a las personas jurídicas Peña Rueda S.L.(Liberbank) y Kartera 1, S. L. (Kutxa Bank) respectivamente.
- La renuncia de Luis Javier Navarro Vigil a su puesto de consejero en BP España, S. A., E.ON España, S. A. y E.ON Renovables, S. A. se acredita con las cartas del citado consejero a las tres empresas en el que comunica la dimisión de los cargos, todas ellas de principio de septiembre de 2012.²
- Liberbank, S.A. (a través de su filial Cantábrica de Inversiones de Cartera, S.L.) vendió su participación del 5% en Enagas, según comunicó el 4 de octubre de 2012 a la CNMV. Esta colocación de acciones en el mercado, se realizó mediante el método de colocación acelerada entre inversores cualificados. Comunica Liberbank que tras la venta no ostenta, directa o indirectamente, ninguna participación en la Sociedad.
- Kutxa Bank sigue siendo accionista de Enagas, su ex consejero señalaba en su renuncia *“por la presente formulo la dimisión de Kartera 1, S. L. como Consejero de Enagás, S. A. y la mía personal como su representante persona física. Con ese mismo objeto manifiesto igualmente el compromiso formal de Kartera 1, S. L. y Kutxa Bank en su condición de accionistas, directo o indirecto, de Enagás, S. A. de no ejercer derechos políticos en relación con su posible derecho al nombramiento de miembros del Consejo de Administración de Enagás, S. A., ni, en consecuencia, en el seno de dicho Consejo, que puedan comprometer la independencia de Enagás como Gestor de la Red de Transporte de Gas”*

² Estas renunciaciones han sido publicadas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil en las fechas de 23 de octubre de 2012, 2 de noviembre de 2012 y 5 de diciembre de 2012.

Señala en su escrito Enagas que, en virtud de la disposición adicional 31ª de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, que establece que ninguna persona física o jurídica puede ejercer derechos políticos en la sociedad por encima del 3%, Kutxa Bank, con el 5% del accionariado sigue pudiendo ejercer derechos políticos por el 3%, imponiéndose al Banco la restricción de no votar a favor de administradores cuya presencia en el Consejo pueda comprometer la independencia de Enagas.

Enagas adicionalmente reitera que velará por el cumplimiento del compromiso asumido por Kutxa Bank.

En otro orden de cosas, Enagas comunica que está estudiando proponer a los órganos de la Compañía (Consejo de Administración y Junta General) la modificación de sus Estatutos Sociales y su Reglamento del Consejo de Administración para limitar el acceso al Consejo a aquellas personas físicas o jurídicas que incurran en alguno de los supuestos de incompatibilidad y cuya presencia en el consejo de Administración de Enagas pudiera poner en cuestión la condición de gestor de la red de transporte.

En este sentido, en el escrito presentado el 25 de febrero de 2013 Enagás remite las modificaciones efectuadas a este respecto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Administración, aprobadas el 18 de febrero de 2013.

Sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la certificación definitiva.

a) Sobre los cambios que se han efectuado en relación con los requisitos establecidos:

Enagas con los dos últimos escritos y la información anexa a los mismos considera cumplidos los requisitos establecidos en la citada certificación. A día de hoy la situación podría resumirse como sigue:

- *Manuel Menéndez Menéndez **ya no** es Consejero del gestor de la red de transporte ENAGAS*
- *LIBERBANK S.A. **ya no** ejerce derechos en el gestor de la red de transporte **porque ha vendido la totalidad de la participación accionarial de ENAGAS***

- *Luis Javier Navarro Vigil es miembro del Consejo de Administración de ENAGAS, gestor de la red de transporte pero ya no es Consejero de BP y EON*
- *KUTXABANK, ejerce derechos en el gestor de la red de transporte pero ya no está representada en el Consejo de Administración de ENAGAS.*

Por tanto el único tema que podría quedar abierto se refiere al 3% de derechos que seguiría ejerciendo KUTXABANK, y, específicamente, a la cuestión de su participación en la designación de miembros del Consejo de Administración de Enagás. A este respecto, KUTXABANK ha presentado un compromiso que contempla no ejercer derechos políticos en relación con su posible derecho al nombramiento de miembros del Consejo de Administración de Enagás, S.A. de modo que pueda comprometer la independencia de dicha empresa.

- b) Sobre el ejercicio de derechos en una comercializadora y la designación de miembros del Consejo de Administración del gestor de la red de transporte:

En su Dictamen de 15 de junio de 2012, sobre el procedimiento de certificación de Enagás, la Comisión Europea recuerda que la letra c) del artículo 9.1 de la Directiva 2009/73/CE (que el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, incorpora al Derecho español, dando nueva redacción a –entre otros- el artículo 63 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, antes mencionado) prohíbe a una misma persona nombrar a los miembros del Consejo de Administración de un gestor de la red de transporte y, al mismo tiempo, ejercer algún derecho sobre una empresa comercializadora. Textualmente:

*“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.”*

En el artículo 9.1 de la Directiva 2009/73/CE se establece lo siguiente:

“1. Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012:

- a) toda empresa propietaria de una red de transporte actúe como gestor de la red de transporte;
- b) una misma persona o personas no tengan derecho:
- i) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte, o
 - ii) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro;
- c) una misma persona o personas no tengan derecho a nombrar a los miembros del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, de un gestor de la red de transporte o una red de transporte, y, directa o indirectamente, a ejercer control o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro, y
- d) una misma persona no tenga derecho a ser miembro del consejo de supervisión, del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa a la vez de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro o de un gestor de la red de transporte o una red de transporte.”

Así, a diferencia del supuesto que implica la prohibición de la letra b) i) de este artículo (en que -cuando se *controla* una empresa comercializadora- se prohíbe ejercitar cualesquiera derechos -a excepción de los meramente financieros- en un gestor de la red de transporte), cuando una empresa ejerce -sin ostentar el control- derechos en un comercializador (como ocurre con KUTXABANK), la prohibición de la letra c) del mencionado artículo se refiere al ejercicio del derecho a nombrar a los miembros del Consejo de Administración del gestor de la red de transporte.

La Comisión Europea ya lo expresaba en este sentido en su Nota Interpretativa de 22 de enero de 2010 sobre el régimen de separación previsto en las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE ³:

*“Under **subparagraph (c)**, the same person is not entitled to appoint members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertaking, of a TSO or a transmission system, and directly or indirectly to exercise control or exercise any right over an undertaking performing any of the functions of generation or supply. In practice **this rule adds to the rules of subparagraph (b) a specific requirement as regards parent companies or other entities that do not have any controlling interest in a TSO or a supplier.** It aims to avoid a situation where a parent company having some influence over a supplier, even minimal, can appoint board members of a TSO. As a consequence, a parent company (or other entity) that holds a majority share, or has the power to appoint board members or exercise voting rights in a supplier, cannot appoint board members of a TSO.”*

³ “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.”

Pues bien, KUTXABANK no es una entidad que controle a una empresa comercializadora, sino una empresa que ejerce derechos –sin ostentar el control- en Iberdrola, S.A.⁴, empresa que tiene la consideración de comercializadora de gas y que, a su vez, es matriz de otras comercializadoras gasistas (Iberdrola Generación, S.A.U. e Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U.). Según se indicaba en la Resolución definitiva de certificación, tales derechos que se ejercían en Iberdrola, S.A. eran los que correspondían a una participación del 5%, participación que, tras una operación efectuada por KUTXABANK en enero de 2013,⁵ ha quedado ligeramente reducida (al 4,9%).

Conforme a ello, en tanto ejerce derechos en una comercializadora (Iberdrola), KUTXABANK no puede ejercer el derecho a nombrar a miembros del Consejo de Administración de Enagás.

c) Sobre el compromiso asumido por KUTXABANK:

Como se ha indicado, KUTXABANK, que ha dejado de ser miembro del Consejo de Administración de Enagás, ha presentado un compromiso de no ejercicio de derechos referido tanto a esta empresa de forma directa (KUTXABANK) como a su filial Kartera 1. En sus términos literales, dicho compromiso expresa lo siguiente: *“...manifiesto igualmente el compromiso formal de Kartera 1, S.L. y Kutxabank en su condición de accionistas, directo e indirecto, de Enagás, S.A. de no ejercer derechos políticos en relación con su posible derecho al nombramiento de miembros del Consejo de Administración de Enagás, S.A., ni, en consecuencia, en el seno de dicho Consejo, que puedan comprometer la independencia de Enagás como Gestor de la Red de Transporte de Gas”*.

Por su parte, Enagás, al contestar el requerimiento de información, da cuenta a esta Comisión de cuál es el compromiso asumido por su accionista, y lo explica en los siguientes términos:

- *“Con fecha 17 de septiembre de 2012, KUTXABANK presentó la dimisión de Kartera 1, S.L. como miembro del Consejo de Administración de ENAGAS, poniendo, de este modo, solución al mencionado supuesto de incompatibilidad derivado del artículo 63.3 de la Ley 34/1998, de Sector de Hidrocarburos, y suscribió un compromiso de no votar*

⁴ Ver Informe anual de Gobierno Corporativo de Iberdrola, S.A., referido al ejercicio de 2012, conforme al modelo aprobado por la CNMV.

⁵ Ver Registro de la CNMV (www.cnmv.es).

a favor de nombramientos en el seno del Consejo de Administración de ENAGAS que puedan comprometer la independencia de ENAGAS como gestora de la red de transporte,...

- *“Sin perjuicio de lo anterior y como garantía añadida, en la referida carta de dimisión, KUTXABANK no sólo ha renunciado a su condición de miembro del Consejo de Administración de ENAGAS, sino que se ha comprometido a no votar a favor del nombramiento de administradores cuya presencia en el Consejo de Administración pueda comprometer la citada independencia de ENAGAS como gestor de red de transporte, en los términos que establece el artículo 63.3 de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos.”*

Adicionalmente, Enagás, en su escrito presentado el 5 de diciembre de 2012, aclara que KUTXABANK no podrá hacer uso del derecho a nombrar a los miembros de un Consejo de administración conforme al supuesto de representación proporcional contemplado en el artículo 243 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). Expresa, en este sentido, que *“...ni tiene derecho a nombrar a los miembros del Consejo de Administración de la misma [Enagás] (entendiendo por este derecho, el nombramiento por el sistema de representación proporcional establecido en el artículo 243 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para el que –en el caso de ENAGAS- se requeriría, en todo caso, una participación superior al 5% en su capital social, dado que, en la actualidad, su Consejo de Administración tiene un número de miembros inferior a 20).”*

Este artículo 243 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital dispone lo siguiente:

“Sistema de representación proporcional.

1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

2. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo.”

También aclara Enagás, en el referido escrito presentado el 5 de diciembre de 2012, que *“deberá asegurar conforme a su deber de diligencia que cualquier propuesta de nombramiento de Consejero que formule el propio Consejo de Administración a la Junta General de ENAGAS, respete los supuestos de incompatibilidad previstos en el artículo 63.3 del Ley 34/1998”* ; lo cual hay que entender que impediría que una persona dependiente de KUTXABANK fuera

designada como consejero, y, lógicamente, impediría también la propia designación de KUXTABANK por el procedimiento de cooptación previsto en el artículo 244 (*“Cooptación”*) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (*“En la sociedad anónima si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general”*).

En el mismo sentido, la modificación efectuada en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Administración de Enagás referida en particular a *“las limitaciones al ejercicio del derecho de voto”* se entiende por la propia Enagás como aplicable, tanto en relación con la limitación legal de ejercicio de derechos de voto por encima del 3%, como en relación con el hecho de adquirir la condición de miembro del Consejo de Administración sin poder serlo. Enagás expresa que *“el Consejo, en su condición de Mesa de Junta, velará, de un lado, por el cumplimiento de las limitaciones legales derivadas de la legislación sobre hidrocarburos (límite del 5% en cuanto a la participación de capital y el 3% ó 1% en cuanto al ejercicio de derechos políticos) y, de otro lado, y en especial, respecto de las limitaciones legales para el acceso y permanencia en el Consejo de Administración de Enagás en su condición de gestor de la red de transporte”*.

Hay que tener presente que el artículo 9.1.c) de la Directiva señala como incompatible con el ejercicio de derechos en un comercializador el *“derecho a nombrar a los miembros del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa”*, y, en consonancia, el art. 63.3.b) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, señala que *“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.”*

A juicio de esta Comisión, el respeto de esta exigencia impide al accionista ser, como tal (o a través de alguien que le represente) miembro del Consejo de Administración de

Enagás, y asimismo, le impide designar, por sí o por el sistema de agrupación de acciones, a una persona como miembro de ese Consejo.⁶

El compromiso asumido por KUTXABANK, considerando tanto los términos literales del mismo (expresado por esta empresa), como la modificación efectuada del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Administración de Enagás, y la línea de actuación expresada por esta última Compañía para la garantía del mismo, abarca ambos supuestos: ni KUTXABANK tendrá, como persona jurídica, la condición de miembro del Consejo de Administración de Enagás, ni KUTXABANK podrá ejercer un derecho a designar -por sí mismo o por medio del sistema de agrupación de acciones, en virtud de su participación accionarial en Enagás- a una persona física como miembro del Consejo de Administración de Enagás, atribuyéndole así la condición de Consejero.

Considera, no obstante, esta Comisión que, dada la entidad del compromiso de que se trata, sería necesario que KUTXABANK manifestara su compromiso en documento público (ya que lo que se ha presentado es copia de un documento privado). Lo cual se podría realizar en el plazo de un mes desde la notificación del presente Acuerdo.

Adicionalmente, tal y como Enagás reconoce, esta Comisión, en ejercicio las funciones vigésimo primera y vigésimo séptima, antes mencionadas, puede supervisar periódicamente el cumplimiento del compromiso de que se trata. A tales efectos (a fin de comprobar el compromiso asumido por KUTXABANK al respecto de las obligaciones de separación que conciernen a Enagás), convendrá que Enagás remita a esta Comisión información precisa relativa al desarrollo del proceso que se ha seguido para el nombramiento de cada nuevo Consejero.

Sobre las restantes circunstancias examinadas en la Resolución definitiva de certificación.

Aparte de los cambios reseñados en el apartado anterior, no se han producido otros cambios sustanciales en lo relativo a la estructura accionarial de Enagás:

⁶ En el mismo sentido, la Comisión Europea, en los supuestos que ha ido examinando, habla de que esta letra c) del artículo 9.1 de la Directiva impide “*be or appoint members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertaking*” (ver Dictamen de la Comisión de 27 de abril de 2012 relativo a OFTO, y Dictamen de la Comisión de 4 de febrero de 2013 relativo a Trans Austria Gasleitung).

Como se ha señalado, permanece como uno de los accionistas Oman Oil Company, S.A.O.C., titular del 5% de las acciones de esta Compañía, que ejerce derechos políticos por el 1%. Al respecto, ya se indicó en la Resolución definitiva de certificación que Oman Oil Company no tiene incentivos para influir sobre Enagás de forma que ésta 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 gasista español.

Asimismo, permanece también, como uno de los accionistas de Enagás, la SEPI, adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Al respecto, la Resolución definitiva de certificación ya concluyó la existencia de una separación efectiva de la misma respecto al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad, quien, en mayo de 2012, pasó a ostentar (a través del Banco Financiero y de Ahorros, S.A. –BFA-) una participación del 5,4% en Iberdrola, como fondo 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 funcionamiento⁷. Por lo demás, la autorización temporal (por seis meses) dada en junio de 2012 por la Comisión Europea a la adquisición por el FROB de las acciones de BFA estaba condicionada a la presentación de un plan de reestructuración de BFA y Bankia; pues bien, el 28 de noviembre de 2012 fue presentado el Plan Estratégico 2012-2015 del Grupo BFA-Bankia, siendo aprobado por la Comisión Europea, que, en la propia fecha indicada de 28 de noviembre de 2012, ha emitido un *Comunicado de Prensa*, aludiendo a la aprobación del citado Plan, al atenerse el mismo a la normativa sobre ayudas estatales.

De conformidad con todo lo expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión de 18 de abril de 2013,

⁷ Su regulación está, actualmente recogida en el Capítulo VIII de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y resolución de entidades de crédito.

ACUERDA

Primero.- Considerar que Enagás ha llevado a cabo las acciones necesarias para corregir las situaciones cuya solución se le exigía en la Resolución definitiva de certificación, aprobada por la CNE el 26 de julio de 2012; sin perjuicio de lo que se señala en el apartado siguiente de este Acuerdo.

Segundo.- Conforme a los requisitos de separación establecidos en la Resolución definitiva de certificación de Enagás, y en tanto KUTXABANK mantenga su participación en Iberdrola, Enagás, una vez tenga lugar el nombramiento de un nuevo miembro de su Consejo de Administración, deberá remitir a la CNE información detallada que permita comprobar el compromiso asumido por KUTXABANK de no designar miembros del Consejo de Administración de Enagás.

Adicionalmente, el compromiso asumido por KUTXABANK de no ejercer derechos políticos en relación con su posible derecho al nombramiento de miembros del Consejo de Administración de Enagas, S.A., ni, en consecuencia, en el seno de dicho Consejo, que puedan comprometer la independencia de Enagas como Gestor de la Red de Transporte de Gas, deberá quedar recogido en documento público, remitiéndose a esta Comisión en el plazo de un mes desde la notificación del presente Acuerdo.

Tercero.- Este Acuerdo será notificado a la Comisión Europea y se publicará en el sitio web de la CNE.

El presente Acuerdo puede ser recurrido 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 con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer frente al mismo 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.