



Comisión
Nacional
de Energía

ACUERDO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA POR EL QUE SE DESESTIMA LA SOLICITUD FORMULADA POR REPSOL YPF, S.A. MEDIANTE ESCRITO DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2011

I. Antecedentes

Con fecha 5 de septiembre de 2011 ha tenido entrada en la CNE escrito de REPSOL YPF, S.A. (en adelante, REPSOL) por el que solicita a la CNE *“que de conformidad con lo previsto en el apartado 3 de la Función 14ª, requiera con urgencia de oficio a PEMEX para que presente ante la CNE la solicitud de autorización administrativa, al cumplirse todos los requisitos que legalmente se prevén, y proceda a examinar si el citado Acuerdo de Sindicación podría afectar en última instancia a las actividades reguladas y a los activos enumerados en el apartado 2 de la Función 14ª”*.

En el citado escrito, REPSOL describe las características esenciales de la operación. Señala que SACYR Y VALLEHERMOSO, S.A. (en adelante, SACYR) comunicó el pasado 29 de agosto a la CNMV, mediante Hecho Relevante, que había alcanzado un pacto de accionistas con Petróleos Mexicanos y P.M.I Holdings BV, para syndicar sus derechos de voto en Repsol.

En este sentido, destaca que SACYR *“es titular, de forma indirecta, de una participación del 20,01% del Capital de Repsol. Pemex era titular, de forma directa e indirecta, del 4,87%, si bien en virtud de dicho acuerdo parasocial, asumió el compromiso de adquirir en el mercado durante las siguientes semanas, un 5% adicional. Con fecha 2 de septiembre pasado, Pemex ha comunicado, por medio de Hecho Relevante, que ya ha adquirido, a través de P.M.I Holdings B.V., un 4,62 adicional en Repsol”*.

Señala, asimismo, que *“en virtud del citado pacto parasocial, SyV y Pemex desean alcanzar conjuntamente el 29,8% del capital social en Repsol”*.



Comisión
Nacional
de Energía

Por su parte, con fechas 14, 21 y 28 de septiembre de 2011 han tenido entrada en la CNE escritos de REPSOL, formulando alegaciones complementarias a las realizadas en su escrito de 5 de septiembre de 2011.

II. Normativa aplicable

La normativa con arreglo a la cual ha de examinarse la operación es la nueva redacción de la función decimocuarta de la Disposición Adicional Undécima, Tercero. 1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En particular, la operación debe incardinarse dentro del apartado tercero de la citada función, cuyo tenor literal es el que sigue:

3. Deberá solicitarse autorización a la Comisión Nacional de Energía cuando se pretenda por sociedades no comunitarias, la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 20 por ciento del capital social o cualquier otro inferior que conceda influencia significativa en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades o sea titular de alguno de los activos mencionados en el apartado 2 anterior. En el cálculo de los porcentajes de participación se tendrán en cuenta los derechos de voto de otras sociedades que hayan sido o vayan a ser adquiridas en un porcentaje igual o superior al 25% por parte de la sociedad no comunitaria que va a realizar la adquisición. También se considerarán los derechos de voto de terceras partes con las que la sociedad no comunitaria adquirente haya concluido un acuerdo de ejercicio conjunto de voto”

Por consiguiente, los aspectos que deberán tenerse en cuenta para valorar si la operación debe estar sujeta o no a la autorización de la función decimocuarta, son los siguientes:

1.- Que se trate de una adquisición de participaciones por parte de una sociedad no comunitaria. A estos efectos, el apartado 3 del precepto añade una especificación: “La autorización también será necesaria en el caso de sociedades comunitarias en las que una sociedad no comunitaria posea al menos el 25% de su capital, o cualquier otro



Comisión
Nacional
de Energía

inferior que conceda influencia significativa, siempre que haya indicios de que la creación de la sociedad comunitaria o el uso de dicha sociedad comunitaria se ha realizado en fraude de Ley con el objeto de eludir la preceptiva autorización”.

2.- Que la adquisición supere el 20% del capital social o, tratándose de un porcentaje inferior, conceda influencia significativa.

3.- Que la sociedad cuyas participaciones se adquieren realice, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, alguna de las actividades enumeradas en el apartado 2 del precepto.

Procede subrayar, por tanto, que el objeto del presente Acuerdo se contrae exclusivamente a determinar si la adquisición de participaciones en REPSOL por parte de PEMEX requiere o no la autorización de esta Comisión con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 de la función decimocuarta. En modo alguno se extiende, en consecuencia, al examen de cualesquiera otros aspectos previstos en el pacto de accionistas suscrito por SACYR y PEMEX el 29 de agosto de 2011, toda vez que los mismos se sitúan al margen del ámbito objetivo de la citada función decimocuarta.

III. Sobre el sujeto que adquiere la participación

Dentro del grupo PEMEX son dos los sujetos intervinientes en el acuerdo de sindicación suscrito con SACYR. De una parte, Petróleos Mexicanos, con una participación del 4,8% en el capital social de Repsol, y, de otra, la sociedad filial holandesa de PEMEX P.M.I. Holdings B.V., con una participación inicial del 0,07% en REPSOL, e incrementada posteriormente en un 4,62%.

Por consiguiente, cabe perfectamente atribuir a PEMEX, a los efectos de la función decimocuarta, la participación indirecta del 4,618% adquirida en el capital social de REPSOL a través de P.M.I. HOLDING B.V., y, por consiguiente, entender que se trata de una participación adquirida por una sociedad no comunitaria. Por todo ello, tratándose de un supuesto claro de participación directa e indirecta de una sociedad



Comisión
Nacional
de Energía

no comunitaria, se cumple el requisito subjetivo que exige la función decimocuarta en su apartado 3.

A estos efectos, procede señalar que, si bien la función decimocuarta emplea el término “sociedad”, al ser ésta la figura jurídica habitual empleada por los sujetos en el tráfico mercantil, no parece que exista razón alguna para excluir de la aplicación de la función decimocuarta al Grupo PEMEX por el hecho de que en su cabecera se encuentre un organismo de naturaleza pública. No cabe obviar que este Grupo, a través de su entramado societario, desarrolla actividades mercantiles, por lo que la configuración jurídica que pueda ostentar conforme a su Derecho nacional no puede erigirse en ventaja para eludir la aplicación de las normas reguladoras.

IV. Sobre el alcance la participación adquirida

Vistos los porcentajes adquiridos por el Grupo PEMEX en REPSOL, que ha pasado a ostentar un 9,49% de su capital social, unido al grado de influencia que ha alcanzado como consecuencia del pacto parasocial suscrito con SACYR, titular del 20,01%, cabe considerar que en el presente caso se cumple el requisito relativo a la participación establecido en el apartado 3 de la función decimocuarta. A estos efectos, se ha de señalar que el apartado 3 del precepto dispone que *“(en el cálculo de los porcentajes de participación) También se considerarán los derechos de voto de terceras partes con las que la sociedad no comunitaria adquirente haya concluido un acuerdo de ejercicio conjunto de voto”*.

V. Sobre las actividades que desarrolla la sociedad en la que se han adquirido las participaciones

V.1. La concurrencia del supuesto de aplicación de la función decimocuarta previsto en su apartado 3 requiere, finalmente, que se adquieren participaciones *“en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrolle*



Comisión
Nacional
de Energía

alguna de las actividades o sea titular de alguno de los activos mencionados en el apartado 2 anterior” de la citada función decimocuarta.

REPSOL considera en su escrito que *“es innegable que Repsol desarrolla actividades reguladas y/o estratégicas enumeradas en el apartado 2 de la Función 14ª a través de Repsol Eléctrica de Distribución, S.L., Repsol Investigaciones Petrolíferas, S.A. (RIPSA) y Gas Natural Fenosa, sobre la que ostenta una posición de control conjunto”.*

Alude REPSOL a *“la actividad de distribución de electricidad en Puertollano a través de la sociedad Repsol Eléctrica de Distribución, S.L., y la actividad de almacenamiento de gas natural a través de Repsol investigaciones Petrolíferas, S.A. (RIPSA), quien es titular del 82% del almacenamiento subterráneo Gaviota”.* Señala REPSOL que *“ambas circunstancias justificarían, sin necesidad de mayor análisis, la obligación de acudir al procedimiento autorizatorio previsto en la Función 14”.*

Por su parte, REPSOL considera también que *“la actuación revisora de la CNE debe contemplar necesariamente el impacto del Acuerdo de Sindicación sobre las actividades reguladas y estratégicas llevadas a cabo por Gas Natural Fenosa, en atención al control conjunto de Repsol sobre Gas Natural Fenosa y a la influencia significativa que indirectamente Pemex tendrá sobre las actividades de Gas Natural Fenosa”.* Se remite al acuerdo de 11 de enero de 2000 suscrito con La Caixa en virtud del cual se ostenta el control conjunto sobre Gas Natural Fenosa, siendo REPSOL el socio industrial.

V.2. Por lo que se refiere a la actividad de distribución de electricidad que REPSOL desarrolla en Puertollano, esta Comisión, observando criterios seguidos anteriormente en otros casos similares (señaladamente con ocasión de la adquisición de participaciones en REPSOL por SACYR, examinada por la CNE el 26 de octubre de 2006, así como la adquisición de participaciones en CEPSA por IPIC –Acuerdos de 18 de junio de 2009 y 14 de abril de 2011-), considera que procede interpretar el alcance del ámbito de aplicación de la función decimocuarta con arreglo a criterios teleológicos, y que, por tanto, el carácter indiscutiblemente marginal o residual de la actividad de distribución de electricidad que desarrolla REPSOL no justifica que la



Comisión
Nacional
de Energía

adquisición de participaciones en esta sociedad se someta por este mero motivo al requisito de la previa obtención de la autorización de la CNE, atendiendo a la finalidad de protección de la norma, que no es sino la seguridad de suministro. A estos efectos, cabe señalar que el peso de los activos de REPSOL ELÉCTRICA DE DISTRIBUCIÓN S.L. en el conjunto de la distribución eléctrica a nivel nacional es del 0,0391%. Igualmente, es notorio que la actividad de distribución eléctrica que desarrolla REPSOL constituye una actividad insignificante en el conjunto de actividades que realiza esta sociedad.

V.3. En cuanto a las actividades que desarrolla el Grupo Gas Natural Fenosa, en el que REPSOL ostenta una posición de control conjunto con LA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA en virtud de los pactos parasociales suscritos por estos dos accionistas, esta Comisión estima que dichas actividades no resultan imputables como propias a REPSOL a los efectos de la función decimocuarta, por cuanto REPSOL y Gas Natural Fenosa no forman parte del mismo grupo empresarial en los términos en que éste viene definido en la legislación mercantil.

En efecto, cabe recordar que la CNE ha mantenido en reiteradas ocasiones que REPSOL y Gas Natural Fenosa no integran un mismo grupo de sociedades, en el sentido jurídico-mercantil del concepto. Ya en el Informe aprobado por el Consejo de Administración de esta Comisión en su sesión de 16 de diciembre de 1999 se pronunciaba en este sentido, y posteriormente lo hizo igualmente por medio de sus Resoluciones de 24 de octubre de 2002, 24 de octubre de 2003, 4 de noviembre de 2004, 16 de febrero de 2006, 25 de abril de 2007 y 3 de julio de 2008, dictadas al amparo del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en las que se señala expresamente: *“GAS NATURAL SDG es una empresa participada conjuntamente por REPSOL-YPF y LA CAIXA, respecto de la que existe un control conjunto por parte de REPSOL-YPF y LA CAIXA, según lo acordado por estas sociedades, aún cuando GAS NATURAL no constituya un grupo consolidado globalmente, ni con REPSOL-YPF ni con LA CAIXA.”*



V.4. Pues bien, sentado lo anterior, la CNE viene considerando que para que la función decimocuarta sea de aplicación no basta cualquier relación de dependencia (en el sentido de cualquier relación de control) entre la sociedad en la que se adquieren participaciones y la sociedad que desarrolla las actividades mencionadas en la norma. Ésta no se limita a exigir cualquier tipo de relación de dependencia entre dichas sociedades, sino que, por el contrario, exige que entre ellas exista una relación de dependencia específica y especialmente cualificada, a saber: la relación de grupo. La CNE considera que este requisito debe interpretarse en el sentido propio de la legislación mercantil (artículo 42 del Código de Comercio). Obsérvese que el apartado 3 de la función decimocuarta exige que se adquieran participaciones en una sociedad *“que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades”*, desarrolle alguna de las actividades mencionadas en la norma, y no meramente que se adquieran en una sociedad que las desarrolle por medio de otras que controle, cualquiera que sea la fórmula de control.

A juicio de la CNE, no procede utilizar otro concepto de grupo a los efectos de la función decimocuarta. Así se desprende, en todo caso, de una interpretación sistemática interna del precepto. Adviértase que la propia norma incluye ahora expresamente una referencia al criterio de la concertación en el apartado 3, pero refiriéndolo no a la sociedad en la que se adquieren las participaciones, sino sólo a la adquirente (*“En el cálculo de los porcentajes de participación... También se considerarán los derechos de voto de terceras partes con las que la sociedad no comunitaria adquirente haya concluido un acuerdo de ejercicio conjunto de voto”*).

Por añadidura, esta Comisión entiende que la utilización a los efectos de la función decimocuarta de un concepto de grupo más amplio y no perfectamente aquilatado en sede normativa (como lo es, sin lugar a dudas, el veterano concepto de grupo en sentido jurídico-mercantil), esto es, la utilización de un concepto de mera elaboración doctrinal o tributario de una interpretación *ad hoc*, daría lugar inevitablemente a una interpretación extensiva de una norma que -no se olvide- es limitativa de derechos, y de este modo, en definitiva, a una determinación sumamente incierta e insegura de los contornos de su ámbito de aplicación.

Adviértase también, en cualquier caso, que la opción por una interpretación estricta del concepto de grupo (en sentido jurídico-mercantil), a los efectos de la función decimocuarta, en modo alguno implica que, en el caso que nos ocupa, esta Comisión deje desprotegidas las actividades reguladas que desarrolla Gas Natural Fenosa. Como es sabido, la función decimocuarta no es la única potestad que ostenta este organismo regulador en orden a la tutela de las actividades reguladas. Adicionalmente, no cabe ignorar que el ejercicio de estas actividades, cualquiera que sea el titular de las mismas, se halla legalmente sometido a una regulación normativa particularmente intensa, a la que deben ajustar su conducta cuantos sujetos desarrollen las mismas. A fin de garantizar la observancia de dicha regulación, esta Comisión tiene atribuidas potestades de inspección, obtención de información y, en su caso, de propuesta de sanción.

Por fin, no se debe olvidar que una eventual adquisición directa de participaciones en Gas Natural Fenosa, en los términos previstos en los apartados 2 o 3 de la función decimocuarta, estaría indiscutiblemente sometida a la aplicación de la misma (bien en su modalidad de autorización, bien en la de comunicación previa).

V.5. Por lo que respecta, finalmente, a la actividad de almacenamiento de gas natural que REPSOL alega desarrollar en el almacenamiento denominado Gaviota, y sobre el que REPSOL y ENAGAS, S.A. suscribieron el 8 de abril de 2010 un contrato de compraventa a favor de esta última, la CNE considera, a la vista de la Orden ITC/1767/2011, de 22 de junio, por el que se autoriza la cesión de la concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos denominada Gaviota a la sociedad ENAGAS, S.A., y pese a que la eficacia de la compraventa pueda hallarse aún diferida al cumplimiento de una serie de actuaciones de orden esencialmente formal, que no concurren circunstancias que justifiquen la imputación plena del activo a REPSOL y, por tanto, la sujeción de la adquisición de participaciones en dicha sociedad, por este mero motivo, al requisito de previa obtención de la autorización de la CNE.



Comisión
Nacional
de Energía

En definitiva, esta Comisión considera que el requisito de aplicación del apartado 3 de la función decimocuarta consistente en que se adquirieran participaciones en una sociedad que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su mismo grupo de sociedades, desarrolle alguna de las actividades o sea titular de alguno de los activos mencionados en el apartado 2, no concurre en el caso de REPSOL.

Por todo lo expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión de 29 de septiembre de 2011, **ACUERDA:**

Desestimar la solicitud formulada por REPSOL YPF, S.A. en su escrito de 5 de septiembre de 2011, a fin de que se requiera de oficio a PEMEX para que presente ante la CNE la solicitud de autorización administrativa prevista por el apartado 3 de la función decimocuarta, por entender que en el caso examinado no concurren los presupuestos de aplicación de la citada norma.

La presente decisión 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. 5, de la Ley 34/1998 de 7 de octubre, así como en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 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 CNE, 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.