

III. OTRAS DISPOSICIONES

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

5610 *Resolución de 5 de abril de 2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la certificación de Regasificadora del Noroeste, SA, con respecto a la adquisición de acciones de la compañía por parte de Sojitz Corporation.*

CERT/DE/001/17

En cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 63 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y el artículo 7.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Sala de Supervisión Regulatoria, en su sesión del día 4 de febrero de 2014, ha adoptado el siguiente acuerdo:

Antecedentes de hecho

Primero. *Certificación de Reganosa como gestor de la red de transporte.*

Mediante Resolución de 4 de febrero de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria acordó certificar a Regasificadora del Noroeste, SA (Reganosa), como gestor de la red de transporte de gas natural. Esta resolución se dictó de conformidad con el criterio expresado por la Comisión Europea en su Dictamen de 19 de diciembre de 2013, y fue publicada en BOE el 27 de marzo de 2014.

Previamente, una solicitud de certificación de Reganosa había sido denegada por la CNE mediante Resolución de 4 de abril de 2013.

Segundo. *Comunicación de Reganosa acerca de la adquisición por parte de Sojitz Corporation de acciones de la compañía.*

El 7 de septiembre de 2017 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Reganosa por medio del cual se informa que Sojitz Corporation va adquirir las acciones que First State Regasificadora, SL, ostenta en Reganosa:

«Por la presente les informamos, a los efectos de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia pueda verificar el cumplimiento de los requisitos de separación de actividades establecidos en el artículo 63.3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos (LSH), que con fecha 14 de julio de 2017, First State Regasificadora SLU (FSR), ha comunicado al Consejo de Administración de Regasificadora del Noroeste, SA (Reganosa), que la sociedad First State Infrastructure Holding Cooperatief, U.A. (FSI), titular del 100% de las acciones de FSR, ha suscrito un acuerdo de compraventa con Sojitz Corporation (Sojitz) en virtud del cual FSI se compromete a vender a Sojitz el 100% de las participaciones de FSR, lo que supondría la venta, en su caso, de forma indirecta, del 15% del capital social de Reganosa titularidad de FSR.»

Reganosa comunica este hecho a la CNMC en cumplimiento de la normativa aplicable en materia de certificación de gestores de la red de transporte, lo que realiza «a efectos de que la CNMC verifique si la operación se vería afectada por las condiciones previstas en el artículo 63.3 (sobre separación de actividades) de la LSH (Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos)».

Reganosa adjunta a su escrito los siguientes documentos:

- Estatutos Sociales de Sojitz Corporation.
- Documento explicativo sobre la actividad de Sojitz Corporation.
- Lista de los accionistas de Sojitz Corporation de países no miembros de la Unión Europea.
- Información sobre los directivos de Sojitz Coporation que podrían ser designados miembros del Consejo de Administración.

Tercero. *Requerimiento de información efectuado a Reganosa.*

Por escrito de 22 de septiembre de 2017, al que Reganosa accedió mediante notificación electrónica el 25 de septiembre de 2017, se requirió a Reganosa para que aportara la siguiente información:

- «1. Última versión de los estatutos completos del Consejo de Administración de Reganosa, en particular, prohibiciones relativas a los derechos de voto.
2. Situación actual de la operación comunicada y plazos previstos para su formalización.
3. En relación a las actividades empresariales de Sojitz, explicar detalladamente su presencia en las siguientes actividades:
 - a) Actividades reguladas (transporte y distribución de gas o electricidad) en Europa
 - b) Exploración y producción de gas natural en España, Europa y en el mundo especificando qué activos corresponden a GNL.
 - c) “Trading” de gas natural en España, Europa y en el mundo.
 - d) Suministro de gas en España, Europa y en el mundo.
 - e) Perspectivas o planes de negocio relativos a “trading” y suministro de gas en España, Europa y en el mundo.
 - f) Finalidad de la compra de la participación en la planta de Reganosa.
 - g) Cualquier otra información que pudiera ser de utilidad en relación a la certificación de Reganosa como gestor de la red de transporte.»

El 9 de octubre de 2017 Reganosa presentó en el Registro electrónico de la CNMC escrito por medio del cual da contestación al requerimiento efectuado. En dicho escrito informaba de los plazos previstos para la formalización de la compraventa comunicada, y adjuntaba la siguiente información:

- Estatutos sociales de Reganosa, respecto de los que aportaba tanto la certificación del Registro Mercantil sobre la inscripción de los Estatutos y sus modificaciones, como la versión consolidada de éstos (con las modificaciones integradas).
- Información facilitada a Reganosa por Sojitz Corporation acerca de la actividad de este grupo empresarial.

Cuarto. *Información complementaria presentada por Reganosa.*

El 6 de noviembre de 2017 Reganosa presentó en el Registro electrónico de la CNMC dos escritos adicionales aportando información:

En uno de ellos, Reganosa comunica a la CNMC los cambios habidos en el Consejo de Administración de Reganosa. En concreto, junto con el cambio de dos consejeros (que implican el nombramiento de D. José Manuel Rey Varela a instancias de la Xunta de Galicia, y de don Carlos Collantes Pérez-Ardá a instancias de GADISA y Forestal del Atlántico, grupo Tojeiro), Reganosa aporta las renunciaciones definitivas e irrevocables de los tres consejeros designados por First State Regasificadora.

En el otro escrito, comunica que ya se ha producido la formalización de la operación y que, como consecuencia de la misma, el 100% de las participaciones de First State Regasificadora, SLU, ha sido adquirido por Sojitz Corporation, procediendo First State

Regasificadora, SLU, a cambiar de denominación (pasando ésta a ser Sojitz Regasificadora, SLU). Asimismo, en el escrito de Reganosa se informa de que, «sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder a Sojitz una vez analizada toda la información aportada en el procedimiento previsto en el artículo 63 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, Sojitz, con el fin de preservar en todo momento la eficacia de la certificación de Reganosa como TSO, ha optado durante este período por no designar miembros en el Consejo de Administración a la espera de que recaiga un pronunciamiento de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia».

Quinto. Informe de la Sala de Competencia.

De conformidad con el artículo 14.2.d) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), la Sala de Competencia emitió informe el 14 de diciembre de 2017 en relación con el presente procedimiento.

Sexto. Resolución provisional.

El 14 de diciembre de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria emitió resolución provisional sobre la certificación de Reganosa con respecto a la adquisición de acciones de la compañía por parte de Sojitz Corporation. Por medio de dicha resolución provisional se acordó lo siguiente:

«Acuerda provisionalmente

Único.

Mantener la certificación de Regasificadora del Noroeste, SA (Reganosa), como gestor de la red de transporte con base en el cumplimiento de las siguientes condiciones (adicionales a las establecidas en la Resolución previa de esta Comisión, de 4 de febrero de 2014):

1. Sojitz no podrá nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa.
2. Asimismo, en el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta General de Reganosa, Sojitz no podrá participar en decisiones que impliquen la designación de miembros del Consejo de Administración.
3. Reganosa habrá de remitir a la CNMC información que permita supervisar el cumplimiento de las condiciones anteriores:

Habrà de remitir anualmente información sobre las Juntas Generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Una vez tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración, habrá de remitir información detallada que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

4. Cualquier variación en la situación de base considerada por esta Comisión para la imposición de estas condiciones podrá dar lugar conforme al artículo 63 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, a la revisión de las condiciones establecidas en la presente certificación.»

De acuerdo con lo establecido en el artículo 63 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la resolución provisional fue notificada a la Comisión Europea, a los efectos de que la misma emitiera su dictamen preceptivo, así como al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Asimismo, dicha resolución provisional fue notificada a Reganosa.

Séptimo. Solicitud de personación efectuada por Sojitz Corporation.

El 19 de diciembre de 2017 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de Sojitz Corporation, por el que solicita a la CNMC que considere a esta empresa como interesada en el procedimiento:

«... se tenga por personada a Sojitz en el Expediente CERT/DE/001/17 y, en consecuencia, se le dé vista de lo actuado, se le notifiquen las incidencias que en lo sucesivo se produzcan, se le dé audiencia antes de dictarse resolución definitiva y le sea notificada esta».

Octavo. *Información remitida por Sojitz Corporation y solicitud de revisión de la resolución provisional.*

El 22 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC otro escrito de Sojitz Corporation exponiendo una serie de operaciones económicas acometidas por esta empresa tras la emisión de la Resolución Provisional, y la previsión de otras, en proceso, sobre las que adjuntaba documentación. Por medio de este otro escrito, Sojitz Corporation solicitaba a la CNMC la suspensión del procedimiento y la adopción de una nueva resolución provisional: «... teniendo por presentado este escrito, lo admita y, en su virtud, (i) acuerde la suspensión del procedimiento en el trámite de informe preceptivo ante la Comisión Europea en el Expediente núm. CERT/DE/001/17 y (ii) proceda a revisar la resolución provisional y emitir una nueva resolución provisional teniendo en cuenta las circunstancias sobrevenidas o, subsidiariamente, (i) ponga en conocimiento de la Comisión Europea dichas circunstancias antes de que ésta emita su dictamen preceptivo, y (ii) tenga las mismas en consideración antes de dictarse una resolución definitiva.»

Noveno. *Estimación de la solicitud de personación.*

El 25 de enero de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria acordó estimar la solicitud efectuada por Sojitz Corporation al objeto de personarse en el procedimiento CERT/DE/1/17.

Esta decisión fue notificada tanto a Sojitz Corporation como a Reganosa.

Décimo. *Desestimación de la solicitud de revisión de la Resolución Provisional.*

El 25 de enero de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria acordó desestimar la solicitud de Sojitz Corporation de emitir -en el marco del presente procedimiento- una nueva resolución provisional, dando traslado, no obstante, a la Comisión Europea de la información remitida por esa empresa.

Esta decisión fue notificada también tanto a Sojitz Corporation como a Reganosa.

Undécimo. *Dictamen de la Comisión Europea.*

El 19 de febrero de 2018 se recibió en el Registro de la CNMC Dictamen de la Comisión Europea, de fecha 14 de febrero de 2018, sobre la certificación de Reganosa. En el apartado de «Observaciones» del Dictamen, la Comisión Europea indica lo siguiente:

«(...)

En primer lugar, la Comisión observa que la valoración por parte de la CNMC de la posible existencia de un «control» sobre las empresas a los efectos de las condiciones establecidas en el artículo 9, apartado 1, letras b) y c), parece basarse exclusivamente en el porcentaje de participación que tiene Sojitz.

(...)

Así pues, la Comisión invita a la CNMC a evaluar en su resolución final si, sujeto a este criterio jurídico, podría considerarse que Sojitz ejerce control sobre cualquier empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro de gas o electricidad, o sobre Reganosa. Dicha evaluación, de conformidad con la definición de control establecida en el artículo 2, apartado 36, de la Directiva del Gas, es tanto más necesaria cuanto que la resolución provisional de certificación justifica el derecho de Sojitz a participar en la Junta General de REGANOSA basándose en la falta de control de Sojitz sobre empresas que lleven a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro de gas o electricidad en España o en Europa.

(...)

La CNMC no solo debe evaluar si Sojitz ejerce control sobre cualquiera de las empresas que lleven a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro de gas o electricidad, sino también si existe un riesgo de conflicto de intereses. Para ello, debe realizar una evaluación adecuada de todos los hechos y circunstancias pertinentes facilitados por el gestor de las redes de transporte o que estén disponibles por otros medios y establecer dicha evaluación en su decisión.

En cuando a las actividades de trading de energía, las declaraciones de Sojitz de que no tiene intención de realizar operaciones de trading y suministro de gas natural en España o en Europa en el futuro y la circunstancia de que las operaciones de trading del pasado se desarrollaron sobre todo en los mercados asiáticos no constituyen ninguna garantía de que Sojitz no vaya a estar presente en el suministro de gas en España o en otros Estados miembros en un futuro.

Por consiguiente, la Comisión invita a la CNMC a que evalúe en su resolución final si, en las circunstancias que acabamos de presentar, puede excluirse un conflicto de intereses y/o si, llegado el caso, Sojitz podría beneficiarse de él.

Por otra parte, la Comisión está de acuerdo con la CNMC en que la certificación debe ir acompañada de:

La prohibición a Sojitz de nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa y la prohibición de que, en el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta General de Reganosa, Sojitz participe en decisiones que impliquen la designación de miembros del Consejo de Administración de Reganosa; y

Obligaciones de remisión de información para Reganosa que permitan a la CNMC comprobar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se concederá la certificación.

Por último, la Comisión recomienda imponer a Sojitz una obligación de información adicional que exija a Sojitz que facilite a la CNMC la información adecuada para poder supervisar que no existe un conflicto de intereses vinculado a las actividades de trading de energía de Sojitz.»

Duodécimo. *Traslado a los interesados del Dictamen emitido por la Comisión Europea.*

El 23 de febrero de 2018 Sojitz Corporation accedió al expediente administrativo recibiendo copia de la totalidad de los documentos contenidos en el mismo, y, en particular, del Dictamen de la Comisión Europea.

Por escrito de 26 de febrero de 2018, notificado el 1 de marzo de 2018, se dio traslado a Reganosa del Dictamen de la Comisión Europea.

Fundamentos de Derecho

Primero. *Habilitación competencial.*

El artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, determina las funciones de supervisión y control de la CNMC en el sector eléctrico y del gas natural. En su apartado 3 atribuye a la CNMC la función de supervisar la separación de actividades a que están obligados los sujetos que realizan actividades reguladas y la función de certificar, en su caso (esto es, en el caso de los gestores de las redes de transporte de gas y electricidad), el cumplimiento de esos requisitos de separación:

«La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisar y controlará el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

(...)

3. Supervisar y, en su caso, certificar, la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en

particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades.

(...)

Asimismo, el artículo 63 bis (al que más adelante se aludirá, al respecto del procedimiento de certificación) atribuye a la CNMC la competencia para tramitar y resolver el procedimiento de certificación de los gestores de transporte de las redes de gas; procedimiento en el marco del cual la CNMC ha de adoptar una resolución definitiva dando cumplimiento a las prescripciones contenidas en el dictamen que la Comisión Europea emite a la vista de la resolución provisional.

Específicamente, dentro de la CNMC, la aprobación de la presente resolución es competencia de la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y con el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto).

Segundo. *Normativa en materia de separación de actividades.*

La Directiva 2009/73/CE establece las normas comunes para el mercado interior del gas natural. En la misma se acoge la consideración (1) de que «Sin una separación efectiva entre las redes y las actividades de producción y suministro («separación efectiva»), existe un riesgo de discriminación, no solo en la explotación de la red sino también en lo que se refiere a los incentivos de las empresas integradas verticalmente para invertir adecuadamente en sus redes». En su artículo 9, la Directiva 2009/73/CE establece unas obligaciones para los Estados miembros al objeto de garantizar la separación entre la gestión de la red de transporte de gas natural y las actividades de producción y suministro.

(1) Considerando 6.

Este precepto fue incorporado al Derecho español por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que efectuó una modificación del artículo 63.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. La redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2013 fue luego modificada por el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio «al objeto de puntualizar la separación de actividades de los gestores de la red de transporte, el procedimiento de designación de los gestores de los redes de transporte y de la separación funcional de los distribuidores pertenecientes a grupos verticalmente integrados con intereses en comercialización, en relación a la correcta transposición de la Directiva del Mercado Interior de Gas Natural». Dicho Real Decreto-ley 8/2014 fue luego tramitado por las Cortes como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, dando lugar a la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que acoge la modificación del artículo 63.3 de la Ley 34/1998 que planteaba el Real Decreto-ley 8/2014.

Tras estas modificaciones, el artículo 63.3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos establece, en línea con el artículo 9 de la Directiva 2009/73/CE, las siguientes obligaciones en materia de separación de actividades:

«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 tendrá derecho:

1. A ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo actividades 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 la red troncal de gasoductos.

2. A ejercer control de manera directa o indirecta sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte troncal 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.

b) Ninguna persona física o jurídica, tendrá derecho a nombrar a los miembros del órgano de administración de un gestor de red de transporte o una red troncal 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.

c) Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho a ser miembro del órgano de administración, simultáneamente en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro y de un gestor de la red de transporte o de la red troncal de transporte.

Los derechos indicados en las letras a) y b) anteriores incluirán en particular:

1.º La facultad de ejercer derechos de voto.

2.º La facultad de designar a miembros del órgano de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa.

3.º La posesión de una parte mayoritaria conforme se establece en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado 3.a) se incluirá también dentro del concepto de “empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o comercialización” a aquellas que realicen las actividades de generación o suministro en el sector de la electricidad y en el término “gestor de red de transporte” al operador del sistema eléctrico o gestor de red de transporte en el sector de la electricidad.

No obstante lo anterior, aquellas empresas transportistas, que fuesen propietarias de instalaciones de la red troncal con anterioridad al día 3 de septiembre de 2009 y que por formar parte de un grupo empresarial al que pertenezcan sociedades que desarrollen actividades de producción o comercialización no den cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior, podrán optar por mantener la propiedad de las instalaciones de la red troncal siempre y cuando cedan su gestión a un gestor de red independiente en las condiciones establecidas en el artículo 63 quáter.»

De este modo, las empresas propietarias de instalaciones de la red de troncal de gasoductos, para poder operar o gestionar sus instalaciones, han de respetar los requisitos establecidos en las letras a) a c) de este artículo 63.3; aunque si estos sujetos transportistas existen con anterioridad al 3 de septiembre de 2009 pueden optar, como alternativa al cumplimiento de los requisitos señalados, por encomendar la gestión de sus instalaciones a un gestor independiente (conforme a lo establecido en el artículo 63 quater), que es entonces quien habrá de cumplir los requisitos de separación señalados.

El caso en que el gestor de la red de transporte cumple los requisitos señalados en el artículo 63.3, gestionando su red, responde al modelo que es conocido como separación de propiedad [«Ownership Unbundling» (OU)], y el caso en que la gestión se encomienda a un sujeto independiente en los términos del artículo 63 quater responde al modelo conocido como gestión de red independiente [«Independent System Operator» (ISO)].

El cumplimiento de los requisitos de separación, ya sea por parte del titular de las instalaciones (modelo OU), ya sea por parte del gestor de red independiente (modelo ISO), ha de ser certificado por la CNMC, conforme a un procedimiento específico contemplado en el artículo 63 bis de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

Tercero. *Procedimiento de certificación.*

El artículo 63 bis de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, según la última redacción dada al mismo por la mencionada Ley 18/2014, de 15 de octubre, regula, en

línea con las previsiones del artículo 10 de la Directiva 2009/73/CE, el procedimiento de certificación de los gestores de la red de transporte:

«1. Las sociedades mercantiles que actúen como gestores de red de transporte o gestores de red independientes serán autorizadas y designadas como tales por el Ministro de Industria, Energía y Turismo a solicitud de las interesadas.

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 los Mercados y la Competencia en relación con el cumplimiento de los requisitos de separación de actividades establecidos en el artículo 63.3 y de acuerdo con el procedimiento recogido en los apartados siguientes.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia controlará que la sociedad designada como gestor de la red de transporte se mantiene en el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 63.3.

Las designaciones de los gestores de red de transporte se notificarán a la Comisión Europea a efectos de su publicación en el “Diario Oficial de la Unión Europea”.

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.»

De este modo, el procedimiento de certificación se sigue tanto respecto de la pretensión inicial de un sujeto de ser un gestor de instalaciones de la red troncal de gas natural, como también respecto de las transacciones posteriores que puedan afectar al cumplimiento –por parte de un sujeto ya certificado– de los requisitos de separación.

En el marco de este procedimiento de certificación, el artículo 63 bis contempla la aprobación, por la CNMC (quien, en los términos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, asume las competencias que ostentaba la CNE), de una resolución provisional, en la que figurará una decisión preliminar del Organismo, la cual se ha de someter al dictamen de la Comisión Europea, en cuya conformidad, la CNMC habrá de resolver con carácter definitivo.

Así, el mecanismo expuesto permite articular la adopción de una decisión por parte de la Comisión Europea con base en una toma de posición previa por parte de la autoridad reguladora nacional (posición de la autoridad reguladora nacional a la que sólo se le quiere dar un carácter preliminar, pues la decisión definitiva dependerá de la posición que adopte la Comisión Europea).

Así se revela con claridad de lo establecido en el artículo 10 de la Directiva 2009/73/CE (que el artículo 63 bis de la Ley 34/1998 incorpora al Derecho español), y de lo establecido en el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 715/2009, sobre condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural:

Artículo 10 de la Directiva 2009/73/CE:

«(...)

5. Las autoridades reguladoras adoptarán una decisión sobre la certificación del gestor de la red de transporte en un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de notificación por el gestor de la red de transporte o a partir de la fecha de la solicitud de la Comisión. Transcurrido este plazo, se considerará que se ha concedido la certificación. La decisión explícita o tácita de la autoridad reguladora solo podrá surtir efecto tras la conclusión del procedimiento establecido en el apartado 6.

6. La decisión explícita o tácita sobre la certificación del gestor de la red de transporte será notificada a la Comisión sin demora por la autoridad reguladora, junto con la información pertinente relativa a dicha decisión. La Comisión actuará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 3 del Reglamento (CE) número 715/2009.»

Artículo 3 del Reglamento (CE) 715/2009:

«6. Cuando la Comisión reciba una notificación relativa a la certificación de un gestor de la red de transporte con arreglo al artículo 9, apartado 10, de la Directiva 2009/73/CE, la Comisión, adoptará una decisión relativa a la certificación. La autoridad reguladora dará cumplimiento a la decisión de la Comisión.»

El legislador español, a fin de acoger las prescripciones del Derecho de la Unión Europea, y en la incorporación de las mismas que ha llevado a cabo por medio del artículo 63 bis de la Ley 34/1998, atribuye a la resolución de la autoridad reguladora nacional, como se ha dicho, un valor «provisional», y permite así la adopción ulterior de una decisión «definitiva» por parte de la autoridad reguladora nacional (que servirá para acoger la posición adoptada por la Comisión Europea, y dará efectividad a la misma).

Esa resolución definitiva de la CNMC ha de aprobarse en el plazo de dos meses desde la recepción del dictamen de la Comisión Europea, lo que, en este caso, se ha producido el 19 de febrero de 2018. Según el artículo 63 bis, la resolución definitiva ha de ser publicada en el BOE, junto con el dictamen de la Comisión Europea.

Cuarto. *Situación concurrente en Reganosa y objeto del presente procedimiento.*

Reganosa es una empresa titular de instalaciones de la red troncal de transporte de gas natural.

La Orden IET/2434/2012, de 7 de noviembre, por la que se determinan las instalaciones de la red básica de gas natural pertenecientes a la red troncal de gas natural, recoge en su anexo la relación de estas instalaciones, identificando entre sus titulares a Reganosa. En concreto, Reganosa es titular de la conexión con su planta de regasificación en Mugaros (A Coruña) del gasoducto Mugaros-As Pontes-Guitiriz, es titular del tramo de este mismo gasoducto situado entre Guitiriz y Cabanas y, asimismo, es titular del tramo entre Cabanas y Abegondo del gasoducto Cabanas-Betanzos-Abegondo.

Reganosa fue certificado como gestor de la red de transporte, conforme al modelo OU, por la CNMC, en virtud de Resolución definitiva de 4 de febrero de 2014. En esta Resolución, la CNMC analizó la composición del accionariado de Reganosa, conformado del modo siguiente:

- Gasifica: 21 %.
- Gadisa (grupo Tojeiro): 20,28 %.
- Xunta de Galicia: 17,5 %.
- Forestal del Atlántico, SA (filial de Gadisa al 80 %; grupo Tojeiro): 16,22 %.
- First State Regasificadora: 15 %.
- Sonatrach: 10 %.

La Resolución de la CNMC, aprobada en conformidad con el Dictamen de la Comisión Europea de 19 de diciembre de 2013, condicionaba la certificación de Reganosa a la adopción de una serie de medidas en relación con sus accionistas Gasifica y Sonatrach (que son empresas que tienen intereses en la comercialización de gas natural). En concreto, la Resolución de la CNMC señalaba lo siguiente:

«Tomando en consideración el Dictamen de la Comisión Europea, la Sala de Supervisión Regulatoria, ha adoptado la Resolución sobre la certificación de Reganosa como gestor de la red de transporte de gas, sobre la base del informe que se anexa a la presente Resolución, concluyendo que procede otorgar la certificación como gestor de la red de transporte a Reganosa, sobre la base del cumplimiento de las siguientes condiciones, que se aplicarán sin que haya de mediar un régimen transitorio:

Primera.

Gasifica y Sonatrach no podrán ejercer derechos de voto en la Junta General de Reganosa.

Segunda.

Gasifica y Sonatrach no podrán nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa.

Tercera.

Reganosa remitirá a la CNMC información que permita supervisar el cumplimiento de las anteriores condiciones:

1. Remitirá anualmente información sobre las Juntas Generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de la condición primera.
2. Una vez tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración, remitirá información detallada que permita comprobar el cumplimiento de la condición segunda.»

Con posterioridad, en febrero de 2016, Gasifica vendió sus acciones en Reganosa, siendo las mismas adquiridas por el Grupo Tojeiro y por la Xunta de Galicia, de modo que, con carácter previo a la operación planteada por Sojitz Corporation, la composición accionarial de Reganosa es la siguiente:

- Grupo Tojeiro: 50,69 % (Gadisa, 28,16 %; Forestal del Atlántico, 22,53 %).
- Xunta de Galicia: 24,31 %.
- First State Regasificadora: 15 %.
- Sonatrach: 10 %.

El 7 de septiembre de 2017 Reganosa ha notificado a la CNMC una operación económica que puede implicar una nueva labor de supervisión de los requisitos de separación establecidos en el artículo 63.3 de la Ley 34/1998, solicitando a la CNMC que verifique si la operación afecta al cumplimiento de los mismos.

Esta operación consiste en la venta a Sojitz Corporation, por parte de First State Infrastructure Holding, del 100% de las participaciones en First State Regasificadora, SL (empresa propietaria del 15% de las acciones de Reganosa). Esa venta, según indica Reganosa, se ha formalizado el 27 de octubre de 2017; tras la misma, First State Regasificadora, SLU, ha cambiado de denominación, pasando a denominarse Sojitz Regasificadora, SLU.

De acuerdo con lo expuesto, el objeto del presente procedimiento consiste en verificar, a los efectos de la certificación de Reganosa, si la operación realizada por Sojitz (consistente en la adquisición del 15% de las acciones de Reganosa, acciones que se detentan a través de quien ha pasado a ser su filial al 100%: Sojitz Regasificadora, SLU) afecta al cumplimiento de los requisitos de separación establecidos en el artículo 63.3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

Quinto. *Análisis de las actividades realizadas por Sojitz Corporation.*

Quinto.1. Descripción de las actividades del grupo Sojitz.

Sojitz Corporation es un grupo empresarial con presencia en los cinco continentes, que cuenta con diversas líneas de negocio. La compañía se organiza en nueve divisiones dedicadas a los negocios de automoción, industria aeroespacial, infraestructuras y medio ambiente, energía, metales y carbón, industria química, alimentación y agricultura, distribución minorista e infraestructuras industriales y desarrollo urbano.

En el sector energético desarrolla actividades de generación de electricidad (con centrales diésel, de ciclo combinado, solar y eólica), exploración y producción de petróleo y gas natural, licuefacción de GNL y operaciones de trading en el mercado spot mayorista de GNL.

En relación con las actividades que desempeña en el sector energético cabe destacar que:

- a) No desarrolla actividades reguladas de transporte y distribución de gas natural y electricidad en Europa.
- b) En cuanto a las actividades de exploración y producción (E&P) de gas natural no realiza actividad alguna en España aunque sí en Europa y en el resto del mundo.

En concreto, todas las actividades de exploración y producción de gas natural que desarrolla en Europa están localizadas en el Reino Unido y no están relacionadas con actividades de GNL. La siguiente tabla detalla la participación de Sojitz en proyectos ubicados en Europa (Reino Unido):

Proyecto/yacimiento	Tipo de actividades	Participación del grupo Sojitz	Filial de Sojitz [participación de Sojitz (Porcentaje)]
«Grove Field».	E&P (gas)	7,5%	Sojitz Energy Project Limited (100%).
«Tors Field».	E&P (gas)	15%	Sojitz Energy Project Limited (100%).
«Seven Seas Field».	E&P (gas)	10%	Sojitz Energy Project Limited (100%).
«Gryphon Field».	E&P (petróleo y gas)	13,5%	Sojitz Energy Development Limited (100%).

Asimismo, Sojitz desarrolla actividades de exploración y producción de gas en EEUU y tiene activos de GNL en Catar e Indonesia cuya producción vende en Asia mediante contratos a 20 años. La siguiente tabla detalla la participación de Sojitz en proyectos de exploración y producción fuera de Europa:

Proyecto/yacimiento	Tipo de actividades	Localización	Participación del grupo Sojitz	Filial de Sojitz [Participación de Sojitz (Porcentaje)]
«Main Pass (GoM)».	E&P (gas).	EEUU.	17 % (2)	Sojitz Energy Venture, Inc. (100%).
«Tight Gas Fields (Texas)».	E&P (gas).	EEUU.	20%-100 % (3)	Sojitz Energy Venture, Inc. (100%).
«Seven Seas Field».	Licuefacción GNL.	Catar.	3 %	LNG Japan Corporation (50%).
«Gryphon Field».	Licuefacción GNL.	Indonesia.	7,35 %	LNG Japan Corporation (50%).

(2) La participación depende del yacimiento de gas.

(3) La participación depende del yacimiento de gas.

c) En cuanto a actividades de trading, entre los años 2011 y 2017, Sojitz ha participado en algunas operaciones en el mercado spot de GNL con destino mercados asiáticos y diversos orígenes, entre otros, España. En la siguiente tabla se detallan las operaciones de trading en las que ha participado Sojitz:

Cargamento	2011	2012	2013	2014	2015	2016-2017
Origen.	Egipto Nigeria Perú España Trinidad y Tobago Yemen	Australia Nigeria España	Brunei	Malasia Catar Rusia	Indonesia España Catar	Catar Australia Holanda
Destino.	Japón China Taiwan	Japón	Japón	Japón	Japón, etc.	Japón Corea Taiwan

d) Sojitz no desarrolla actividades de suministro de gas natural a cliente final en España, Europa o el resto del mundo.

e) Finalmente, en lo relativo a sus actividades de generación de electricidad, Sojitz tiene participaciones en diversas centrales térmicas ubicadas en Asia (Arabia Saudí, Omán y Vietnam) (4) y participa en diversos proyectos de generación de electricidad –principalmente de origen renovable– en América (México, Perú, EE.UU. y Chile); en cuanto a Europa, Sojitz dispone de plantas fotovoltaicas en Alemania (5), y tiene participaciones en parques eólicos de Irlanda (6).

(4) <https://www.sojitz.com/en/business/service/energy/>.

(5) Mixdorf (24 MW) y Betzweiler (3 MW); <https://www.sojitz.com/en/news/2011/10/201110242.php>.

(6) Cinco parques eólicos, por un global de 223 MW, ubicados en la costa Oeste de Irlanda (<https://www.sojitz.com/en/news/2017/07/20170731.php>).

En respuesta al requerimiento de información remitido por la CNMC a Reganosa, Sojitz informa de que a corto plazo seguirá participando en operaciones de trading de GNL principalmente en los mercados asiáticos y que no tiene intención de realizar operaciones de «trading» y suministro de gas natural en España o en Europa.

Quinto.2. Finalidad de la operación económica realizada y análisis de posibles escenarios de conflicto.

Durante la tramitación del procedimiento, Sojitz Corporation ha manifestado que la finalidad de la adquisición de la participación en la planta de Reganosa es poder reemplazar activos «upstream», afectados de forma significativa por la variación de los precios del petróleo y las condiciones de mercado, por activos de infraestructuras que se vean menos afectados por las condiciones de mercado. Además, explican que tienen interés por adquirir participaciones en otras terminales de GNL, principalmente en el sudeste asiático y sur de Asia, por lo que la toma de participación en Reganosa les proporcionaría experiencia y «know-how» en el negocio de las terminales de GNL.

Ahora bien, entre las actividades que desarrolla o ha desarrollado Sojitz en el sector energético, cabe destacar las actividades de exploración y producción de gas natural en Europa, en concreto en Reino Unido, y las operaciones de «trading» en el mercado mayorista spot, en especial aquellas que tienen origen en Europa, en concreto España, y destino mercados asiáticos. En el sector eléctrico, Sojitz Corporation participa en actividades de generación de electricidad en Alemania e Irlanda. Pues bien, tras la formalización de la operación de compraventa de las acciones de la planta de regasificación de Reganosa, desde el 27 de octubre de 2017 el grupo Sojitz ha pasado a participar en Europa tanto en actividades reguladas como no reguladas, si bien al haber optado por no designar miembros en el Consejo de Administración de Reganosa a la espera del pronunciamiento de la CNMC sobre la operación de toma de participación, actualmente no ejerce derechos y, por lo tanto, su participación tiene carácter meramente financiero.

Por lo tanto, es preciso analizar la potencial existencia de un conflicto de intereses derivado de la participación de Sojitz en actividades reguladas y no reguladas en el mercado europeo. En este sentido, cabe indicar que Sojitz Corporation desarrolla actividades de producción tanto de gas como de electricidad en Europa y actividades de licuefacción en Asia. Además, entre los años 2011 y 2017, Sojitz ha participado en operaciones de «trading» en el mercado spot de GNL con destino mercados asiáticos algunos de la cuáles han tenido su origen en Europa, en concreto en España y Holanda.

En definitiva:

– La existencia de intereses de Sojitz Corporation en el negocio de la producción genera un potencial conflicto de interés con respecto a la participación en la toma de decisiones de un gestor de la red de transporte de gas, al surgir un incentivo objetivo para discriminar –en el ejercicio de sus actividades como gestor de red- en beneficio del gas en cuya producción tiene intereses, o en perjuicio del gas en cuya producción no tiene intereses.

– Lo mismo cabe decir, potencialmente, en relación con los intereses de Sojitz Corporation en el negocio de comercialización de gas.

Así, aunque Sojitz no sea un actor de los de mayor relevancia en el mercado europeo, cabe indicar que la participación de Sojitz de manera simultánea en las actividades de producción y comercialización mencionadas y la toma de participación en Reganosa podrían entrar en conflicto con los requisitos de separación de actividades establecidos en artículo 9 de la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (incorporado al Derecho español en el artículo 63.3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos). En consecuencia, parece recomendable imponer ciertas restricciones al ejercicio de derechos en Reganosa, así como obligaciones de remisión periódica de información que permitan supervisar el cumplimiento de tales restricciones.

Quinto.3. Marco de situación considerado respecto de las actividades de Sojitz Corporation.

Hay que aclarar que el marco de situación expuesto (relativo a las actividades de producción y de comercialización realizadas por Sojitz Corporation, como empresa que efectúa la adquisición de acciones de Reganosa) ha sido el concurrente al tiempo de la conclusión de la instrucción del procedimiento (que fue iniciado a raíz de la solicitud presentada por Reganosa), y ha sido el considerado, por tanto, por la CNMC para adoptar su Resolución Provisional, que fue comunicada a la Comisión Europea.

Estando pendiente la emisión del dictamen de la Comisión Europea, Sojitz Corporation, que se ha personado como interesado en el procedimiento, ha puesto de manifiesto algunas operaciones, planteadas por esta empresa al objeto de superar ciertos escenarios de conflictos de intereses valorados en la Resolución Provisional de certificación, y con el propósito de que se pueda eliminar alguna o algunas de las condiciones consideradas por la CNMC en su resolución provisional.

Ahora bien, la información sobre estas operaciones aportada por Sojitz Corporation es información que, o bien requeriría de las oportunas labores de comprobación, o incluso requeriría del transcurso del tiempo para poder materializarse, pues se trata en algunos casos de proyectos de transacciones pendientes de realizar. A este respecto, hay que tener en cuenta que el procedimiento de certificación, definido por la Directiva 2009/73/CE y por la Ley 34/1998, otorga un plazo de cuatro meses a la autoridad reguladora nacional para analizar la situación de hecho que implica cada modificación de las circunstancias que pueden afectar al cumplimiento de los requisitos de certificación, y, a su vez, un plazo de dos meses a la Comisión Europea para emitir su dictamen con base en la resolución provisional emitida por la autoridad reguladora nacional.

Por ello, la información sobre esas nuevas operaciones aportada por Sojitz Corporation requeriría de un análisis pormenorizado en un nuevo procedimiento de certificación, tal y como se expuso en la resolución de 25 de enero de 2018 por la que se desestima la solicitud de revisión de la Resolución Provisional. En el seno de ese nuevo procedimiento, se habría de comprobar si -en los términos que exigen los documentos de la Comisión que interpretan la Directiva 2009/73/CE, y en aplicación del artículo 63.3.b) de la Ley 34/1998- se constata la eliminación de los posibles conflictos de interés entre las actividades de producción o comercialización desarrolladas por Sojitz y la participación ostentada en Reganosa.

Como ya se indicó, que proceda tramitar un nuevo procedimiento ante transacciones que impliquen una modificación de las circunstancias consideradas es diferente a que esas transacciones se deban analizar en el procedimiento en curso (revisando la Resolución Provisional adoptada), si resulta, como en este caso, que el procedimiento ha concluido en su tramitación, y cuenta con Resolución Provisional remitida ya a la Comisión Europea. Lo cual ya se puso de relieve en la resolución de 25 de enero de 2018 mencionada, indicando que ello habría de entenderse sin perjuicio de que el solicitante pueda desistir del procedimiento, si considera que la valoración de las circunstancias de hecho objeto del procedimiento ya no le resulta de interés, y presentar una solicitud nueva.

Pues bien, expuestas estas consideraciones a los interesados por medio de la citada resolución de 25 de enero de 2018, no se ha formulado, sin embargo, desistimiento de la solicitud de certificación presentada, lo que determina la pertinencia de adoptar la presente resolución definitiva sobre la certificación, en relación con las circunstancias expuestas, aun cuando se prevea o se esté planteando un escenario próximo de modificación de las mismas al objeto de eliminar o reducir situaciones de posible conflicto de interés.

Por su parte, la Comisión Europea, recibida la información de Sojitz Corporation acerca de las nuevas operaciones proyectadas, alude a las mismas en el apartado descriptivo de la operación: «Sojitz tiene previsto reducir su participación en el sector de la energía en un futuro próximo». No obstante, la Comisión Europea no ha hecho particular consideración de tales operaciones a los efectos de instar a la CNMC a un eventual levantamiento de las condiciones planteadas provisionalmente; antes bien, la Comisión Europea considera que tales condiciones deben reforzarse e incluso plantearse algunas adicionales, hasta que ulteriormente, en su caso, se acredite la supresión del riesgo de conflicto de intereses.

Sexto. Valoración sobre el cumplimiento de los requisitos de separación de actividades.

Sexto.1. Derechos que Sojitz Corporation puede ostentar en Reganosa.

El artículo 63.3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, especifica las prohibiciones que se deben respetar en relación con un gestor de la red de transporte, a los efectos de que éste pueda ser certificado.

Esas prohibiciones, que antes se han enunciado, son diferentes según que el accionista de un gestor de la red de transporte controle al mismo, o simplemente ejercite derechos en el gestor que no impliquen ese control.

Es claro que la operación económica realizada por Sojitz Corporation (que supone adquirir el 15% de las acciones de Reganosa) no implica que esa empresa (Sojitz) pase a controlar a Reganosa. Su participación queda lejos de ser mayoritaria. En cambio, el grupo Tojeiro (a través de sus participaciones en Gadisa y en Forestal del Atlántico) posee una participación mayoritaria (50,69%). También la Xunta de Galicia (24,31% en Reganosa) es un accionista que posee una participación mayor a la de Sojitz Corporation.

No consta que la entrada Sojitz Corporation en Reganosa se haya hecho en connivencia con esos otros dos accionistas (grupo Tojeiro y Xunta de Galicia) (7); ni que exista pacto entre ellos para que Sojitz Corporation disponga de derechos de voto que le permitan controlar a Reganosa.

(7) Ni tampoco con el restante accionista minoritario (Sonatrach, 10%).

En realidad, la Xunta de Galicia es una Administración Pública, que ha de servir con objetividad los intereses generales, y cuyos eventuales pactos o convenios con entidades privadas han de estar sujetos a las obligaciones generales de transparencia. Por su parte, el grupo Tojeiro es un grupo familiar con intereses en el negocio maderero y de la alimentación, implantado principalmente en Galicia, y que carece de conexión alguna con Sojitz Corporation.

Ambos accionistas (grupo Tojeiro y Xunta de Galicia) han sido ajenos a la operación que ha dado origen al presente procedimiento de certificación. Ésta se debe la decisión de la filial holandesa (First State Infrastructure Cooperatief U.A.) de Colonial First State Global Asset Management (la división de gestión de activos del Commonwealth Bank of Australia) de vender a Sojitz Corporation su participación en Reganosa.

Así lo revela la solicitud de certificación presentada por Reganosa al respecto de la operación de que se trata, con la que Reganosa remite toda la información relevante de que esa empresa disponía acerca del nuevo accionista.

Es cierto que, como señala la Comisión Europea en su Dictamen, el concepto de «control» deriva no sólo del porcentaje de participación accionarial, sino de otros posibles instrumentos (como pactos entre accionistas) que permitan, de hecho, controlar una sociedad. Así lo indica el artículo 42.1 del Código de Comercio:

«(...)

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. 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, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.»

Ahora bien, como pone de relieve la propia Comisión Europea en su Dictamen: «En cualquier caso, y a la espera del resultado del procedimiento de certificación, Sojitz Regasificadora, SLU, ha optado por no designar miembros en el Consejo de Administración de Reganosa y actualmente no ejerce ningún derecho, por lo que es de facto un accionista puramente financiero». De este modo, Sojitz Corporation no ejerce derechos de voto en Reganosa, y, además, de acuerdo con lo expuesto, no hay constancia ni indicio alguno de que, a través de un acuerdo con los otros socios -que sí ejercen sus derechos de voto- esté controlando de hecho a Reganosa.

Evidentemente, esta situación podría cambiar en el futuro, razón por la que será necesario articular unas específicas obligaciones de información al respecto, en línea con la observación realizada por la Comisión Europea en su Dictamen.

Pues bien, aunque la adquisición de acciones realizada por Sojitz Coporation no implique el control de Reganosa, esta operación sí implicaría, en principio, el ejercicio de derechos por parte de Sojitz Coporation en dicho gestor de la red de transporte (derechos entre los que figurarían los de participar -junto con los demás accionistas- en los órganos de gobierno de la sociedad; singularmente, el Consejo de Administración y la Junta General).

Como se ha dicho en el fundamento de derecho precedente, Sojitz ejerce actividades de comercialización y producción de gas natural, y actividades de producción de electricidad.

Pues bien, en lo que interesa a esta operación económica realizada por Sojitz, han de considerarse, específicamente, dos prohibiciones de las establecidas en el artículo 63.3 de la Ley 34/1998 (la establecida en el artículo 63.3.a).1 y la establecida en el artículo 63.b)), en la medida en que son prohibiciones que afectan a empresas que ejerzan derechos en un gestor de la red de transporte (aunque tales derechos no sean los que permitan «controlar» a dicho gestor):

- El artículo 63.3.a).1 de la Ley 34/1998 prevé, en lo que interesa a los efectos de la operación analizada, que ninguna persona jurídica que ejerza (directa o indirectamente) el control sobre una empresa de producción o suministro (de gas natural o de electricidad) pueda, al mismo tiempo, ejercer derechos en un gestor de la red de transporte de gas natural:

«3 (...)

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

a) Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho:

1. A ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo actividades 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 la red troncal de gasoductos.

(...)

A los efectos de lo dispuesto en el apartado 3.a) se incluirá también dentro del concepto de “empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o comercialización” a aquellas que realicen las actividades de generación o suministro en el sector de la electricidad y en el término «gestor de red de transporte» al operador del sistema eléctrico o gestor de red de transporte en el sector de la electricidad.”»

- El artículo 63.3.b) de la Ley 34/1998 prevé, en lo que interesa a los efectos de la operación analizada, que ninguna persona jurídica que tenga derecho a nombrar miembros de los órganos de administración de un gestor de la red de transporte de gas natural pueda, al mismo tiempo, ejercer derechos en empresas que realizan funciones de producción o suministro de gas natural.

«b) Ninguna persona física o jurídica, tendrá derecho a nombrar a los miembros del órgano de administración de un gestor de red de transporte o una red troncal 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.»

Sexto.2. El derecho al nombramiento de miembros del Consejo de Administración.

El artículo 63.3.b) de la Ley 34/1998 contiene una prohibición que se aplica a las empresas que ejerzan derechos en las actividades de producción o suministro. A tales empresas, el artículo 63.3.b) les prohíbe, en concreto, nombrar a miembros del órgano de administración de un gestor de la red de transporte.

Pues bien, Sojitz Corporation es una empresa que, indudablemente, según lo dicho, ejerce derechos en empresas de producción y comercialización de gas natural y GNL (8) (controlando algunas de ellas).

(8) <https://www.sojitz.com/en/business/service/energy/Ing.php>: «Estamos intensificando nuestros esfuerzos para fortalecer nuestro negocio de GNL, de modo que podamos contribuir a suministros estables para satisfacer la creciente demanda en Japón y otros países de Asia. En upstream, estamos participando en proyectos de GNL competitivos y de gran escala en Asia y Medio Oriente a través de LNG Japan Corporation, en la que Sojitz tiene una participación de 50% y Sumitomo Corporation tiene una participación de 50%».

Como consecuencia de la operación realizada, Sojitz adquiriría el derecho a nombrar a miembros del Consejo de Administración de Reganosa (en concreto, Sojitz designaría a tres, que eran los que designaba First State Regasificadora por su participación del 15%).

Esta designación de miembros del Consejo de Administración de Reganosa entraría en contradicción con la prohibición establecida en el artículo 63.3.b) de la Ley 34/1998, que trae causa de la establecida en el artículo 9.1.c) de la Directiva 2009/73/CE (9).

(9) «Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012: 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.»

Al respecto del ejercicio de estos derechos en empresas de producción o comercialización (incompatible con la designación de miembros del Consejo de Administración del gestor de la red de transporte), en su documento de trabajo, sobre «El régimen de separación», de 22 de enero de 2010, la Comisión Europea, al interpretar el artículo 9.1.c) la Directiva 2009/73/CE, destacaba que, a los efectos de esta prohibición, es irrelevante que los derechos de voto que se ejerciten en las empresas de producción o comercialización sean minoritarios:

«El concepto de derechos de voto se refiere a cualquier derecho de voto, sin importar cuán limitado sea, incluidos los derechos de voto que no equivalen a control.

(...)

Según la letra c), la misma persona no tiene derecho a nombrar a los miembros de la junta directiva, el consejo de administración o los órganos que representen legalmente a la empresa, de un GRT o un gestor de transporte, y, directa o indirectamente, ejercer control o ejercer cualquier derecho sobre una empresa que realice cualquiera de las funciones de generación o suministro. En la práctica, esta regla agrega a las reglas de la letra b) un requerimiento específico con respecto a las empresas matrices u otras entidades que no tienen ninguna participación mayoritaria en un TSO o un proveedor. Su objetivo es evitar una situación en que una empresa matriz que tiene cierta influencia sobre un proveedor, incluso mínima, pueda nombrar a los miembros de la junta de un TSO.»

Procede, por tanto, teniendo en cuenta en particular los intereses de producción de gas en empresas ubicadas en Europa, limitar el ejercicio del derecho de Sojitz Corporation –como accionista de Reganosa– de designar a miembros del Consejo de Administración de dicho gestor de la red de transporte, pues Sojitz Corporation es, indudablemente, una

empresa que tiene participaciones en empresas de producción y comercialización de gas (al margen de que las mismas sean mayoritarias, o no).

Sexto.3. El derecho a participar en la Junta General.

El artículo 63.3.a).1 de la Ley 34/1998 contiene una prohibición que se aplica a las empresas que controlen a aquellas que realicen actividades de producción o suministro. A tales empresas, el artículo 63.3.a).1 les prohíbe, en concreto, ejercer derechos –en general– en un gestor de la red de transporte.

Así, el artículo 63.3.a).1 establece una prohibición de ejercicio de cualesquiera derechos en el gestor de la red de transporte (una prohibición que no sólo afecta a la designación de los miembros del Consejo de Administración, sino que afecta a otros derechos que se ejerciten en los demás órganos de una empresa). Ahora bien, esta prohibición prevista en el artículo 63.3.a).1 se aplica, como se ha dicho, a empresas que, específicamente, «controlen» a otras que realicen actividades de producción o de suministro (ya sean de gas o de electricidad).

De acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho precedente, Sojitz es una sociedad que tiene participaciones en diversas empresas energéticas; sin embargo, el ejercicio de un control sobre las mismas queda circunscrito a casos muy particulares (empresas radicadas en Asia, algún campo de exploración y producción de gas en EE.UU. y a plantas fotovoltaicas ubicadas en Alemania).

Así, las actividades de producción de gas natural realizadas por Sojitz no se realizan en España. En cuanto a las realizadas en Europa (y, en concreto, en el Reino Unido), se trata de participaciones accionariales en las que la mayoritaria no supera el 15% (no permitiendo el control de la sociedad).

Hay que decir, de nuevo, al respecto de esta cuestión del control, que ni de la información elaborada por Sojitz y aportada por Reganosa (que suministra los datos de relevancia acerca de las participaciones de Sojitz en la exploración y producción de gas natural), ni de ningún otro indicio, resulta la existencia de instrumentos que permitan a Sojitz ostentar, de hecho, el control de las empresas que llevan a cabo las actividades de producción de gas natural en los yacimientos de que se trata (10).

(10) Los yacimientos de «Grove Field», «Tors Field», «Seven Seas Field» y «Gryphon Field»; los cuales están controlados, en realidad, por las empresas Newfield Exploration Company, ATP Oil & Gas, Centrica y Kerr-McGee Oil, respectivamente.

Asimismo, por lo que se refiere a la participación de Sojitz Corporation en la generación de electricidad, se trata, en lo que afecta al ámbito de Europa, de casos puntuales, relativos a instalaciones de generación de electricidad singulares, de carácter renovable, y ubicadas en países con los que España no tiene una interconexión directa o inmediata.

A este respecto, en el documento de trabajo de la Comisión Europea de 8 de mayo de 2013, sobre «Separación de propiedad-Práctica de la Comisión en la valoración de la presencia de un conflicto de interés incluyendo el caso de inversores financieros», la Comisión Europea expuso, al respecto de este tipo de participaciones (participaciones en empresas situadas en mercados geográficos alejados, y participaciones en empresas de generación eléctrica renovable de pequeña potencia), lo siguiente:

«La Comisión encontró en el contexto del procedimiento de certificación para los GRT que en ciertas situaciones contempladas en el artículo 9, apartado 1, letras b), c) y / o d), de las Directivas, era evidente desde los hechos del caso concreto que la participación simultánea en actividades de transmisión en por un lado, y en actividades de generación, producción y / o suministro, por otro lado, no dar lugar a cualquier posible conflicto de intereses o incentivo para explotarlo, y como consecuencia no tuvo ningún riesgo de tener un impacto negativo en la gestión independiente del TSO. Esta fue, por ejemplo, el caso en que un accionista participó en una red de transmisión en la UE, así como una participación en actividades de generación en los Estados Unidos o en Australia, sin conexión o interfaz entre los sistemas energéticos involucrados. Rechazar certificación en

tales situaciones habría sido claramente desproporcionada a la vista del objetivo de las normas de separación de que se trata, a saber, evitar posibles conflictos de intereses.

(...)

No se excluye que una participación simultánea en un TSO de gas y en la generación de electricidad y / o actividades de suministro, o en un TSO de electricidad y en actividades de producción y/o suministro de gas también puede dar lugar a un conflicto de intereses. Sin embargo, en situaciones en las que un accionista tiene participación en un TSO de gas y, al mismo tiempo, una participación en actividades de generación de electricidad, la posibilidad de favorecer sus actividades de generación de electricidad influyendo en la transmisión de gas puede, en determinadas condiciones específicas, ser algo más limitado que en situaciones en las actividades de transmisión y generación se relacionan con la electricidad. En las opiniones sobre certificación del TSO eléctrico español Red Eléctrica de España y el TSO de gas Enagas, la Comisión aplicó un enfoque similar. La Comisión concluyó después de un análisis que no se podía esperar que el accionista de Red Eléctrica de España y de ENAGAS que también controlaba ciertas actividades de generación de carbón a pequeña escala, que eran realizadas bajo un marco regulado y se beneficiaban del despacho prioritario, fuera capaz de influir en las actividades de transmisión de Red Eléctrica de España o de ENAGAS de un modo discriminatoria para favorecer su participación en estas actividades de generación.»

Conforme a estos criterios, y a los efectos de la prohibición del artículo 63.3.a).1, la CNMC valora las siguientes circunstancias:

Sojitz Corporation no es comercializador ni productor en España, ni en ninguno de los países de la región S.O. de Europa.

En el Reino Unido dispone de participaciones en producción de gas, pero que no le atribuyen el control de las correspondientes sociedades

Las empresas de producción y comercialización de gas natural que Sojitz Corporation controla no se ubican en Europa (sino en Asia y EE.UU.).

Las empresas de producción de energía eléctrica que Sojitz Corporation controla en Europa son propietarias de unas plantas fotovoltaicas en Alemania, que, en conjunto implican menos de 30 MW de generación.

Sojitz Corporation ha manifestado que no tiene intención de realizar operaciones de trading y suministro de gas natural en España o en Europa; si bien, este aspecto, como señala la Comisión Europea, ha de ser objeto de particular supervisión.

De acuerdo con ello, no se considera que Sojitz Corporation realice una actividad de control sobre empresas de producción o suministro en España o en Europa. Por esta razón se considera que no procede aplicar el límite adicional al ejercicio de derechos en el gestor de la red que resulta del artículo 63.3.a).1 de la Ley 34/1998, pudiendo Sojitz ejercer sus derechos en la Junta General de Reganosa.

Séptimo. Condiciones aplicables a los efectos de mantener la certificación de Reganosa y cumplimiento del Dictamen de la Comisión Europea.

De acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho precedente, Sojitz Corporation no podrá designar a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa, en aplicación de lo establecido en el artículo 63.3.b) de la Ley 34/1998.

Sin embargo, en tanto se mantengan las circunstancias expuestas en el fundamento precedente (que implican que Sojitz Corporation no tiene control sobre empresas de producción o suministro cuya actuación afecte al mercado español o europeo), Sojitz sí podría participar en el otro órgano de gobierno de Reganosa, la Junta General. Conforme a los Estatutos Sociales comunicados por Reganosa a la CNMC, la Junta General asume las siguientes funciones (artículo 13.2 de los Estatutos Sociales):

«a) cualquier modificación de los estatutos sociales, incluidas las ampliaciones de capital social,

- b) Configuración y funcionamiento de los órganos de administración,
- c) Política y distribución de dividendos,
- d) Solicitud de admisión a negociación en Bolsa de Valores de las acciones de Reganosa,
- e) Fusión, escisión y transformación, disolución y liquidación,
- f) Disposición de la totalidad o de una parte significativa del activo de Reganosa,
- g) Adquisición de acciones propias.»

Pues bien, Sojitz Corporation podría participar en el ejercicio de estas funciones de la Junta General de Reganosa a excepción de aquello que implique la designación de miembros del Consejo de Administración.

Se trata de una valoración con la que la Comisión Europea muestra su conformidad:

«Por otra parte, la Comisión está de acuerdo con la CNMC en que la certificación debe ir acompañada de:

La prohibición a Sojitz de nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa y la prohibición de que, en el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta General de Reganosa, Sojitz participe en decisiones que impliquen la designación de miembros del Consejo de Administración de Reganosa; y

Obligaciones de remisión de información para Reganosa que permitan a la CNMC comprobar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se concederá la certificación.»

Será necesario, no obstante, supervisar la participación que realice Sojitz en esta Junta General, así como garantizar que el escenario analizado (falta de aparición de un conflicto de interés entre la participación en la Junta General de Reganosa y las concretas actividades de producción y suministro realizadas) se mantenga en el tiempo (pues, si no, podría ser necesaria la eliminación de toda participación de Sojitz en la toma de decisiones de Reganosa).

A este respecto, el Dictamen de la Comisión Europea plantea la necesidad de reforzar las tareas de supervisión que ha de desarrollar la CNMC. Concretamente, el Dictamen alude a dos aspectos en los que será necesario ese refuerzo (las participaciones de Sojitz Corporation en actividades sobre las que no ostenta un control, y las operaciones de trading que desarrolle en el futuro):

Participaciones que no implican control: En línea con lo indicado en el Dictamen de la Comisión Europea, en esta Resolución Definitiva se ha analizado con mayor detalle los supuestos en que –en la Resolución Provisional– se consideraba que las participaciones de Sojitz Corporation no conferían a esta empresa el control societario, justificando que dicho control no se ostentaba ni por vía del ejercicio de derechos de voto, ni por medio de acuerdos con otros accionistas o por otros instrumentos. No obstante, como se ha anticipado, se considera necesario articular un mecanismo de supervisión a este respecto (pues esta circunstancia de la falta de control es la base con la que se admite la participación de Sojitz Corporation en la Junta General), obligando a Reganosa a informar sobre los eventuales pactos de accionistas que se realicen en la empresa, y que sean conocidos por la propia Reganosa (11), y obligando, asimismo, a Sojitz, que ha adquirido la condición de interesado en el procedimiento, a que informe sobre los eventuales pactos de accionistas a que llegase tanto en relación con su participación en Reganosa como en relación con su participación en las actividades de exploración y producción de gas natural en Europa, y que le permitieran el control de las mismas.

(11) El artículo 29 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) prevé la posibilidad de que haya pactos reservados entre los socios, no oponibles a la sociedad.

Operaciones de «trading»: Al respecto de las operaciones de «trading» de Sojitz Corporation, el Dictamen de la Comisión Europea es muy explícito:

«En cuando a las actividades de “trading” de energía, las declaraciones de Sojitz de que no tiene intención de realizar operaciones de “trading” y suministro de gas natural en España o en Europa en el futuro y la circunstancia de que las operaciones de “trading” del pasado se desarrollaron sobre todo en los mercados asiáticos no constituyen ninguna garantía de que Sojitz no vaya a estar presente en el suministro de gas en España o en otros Estados miembros en un futuro.

(...)

Por último, la Comisión recomienda imponer a Sojitz una obligación de información adicional que exija a Sojitz que facilite a la CNMC la información adecuada para poder supervisar que no existe un conflicto de intereses vinculado a las actividades de trading de energía de Sojitz.»

Se hace necesario, por tanto, obligar a Sojitz Corporation a informar periódicamente sobre sus actividades de trading de gas en Europa.

De acuerdo con todo lo anterior, habrían de establecerse las siguientes condiciones, para mantener la certificación de Reganosa, tras la adquisición de acciones de la misma por parte de Sojitz:

– Sojitz no podrá nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa.

– Asimismo, en el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta General de Reganosa, Sojitz no podrá participar en decisiones que impliquen el nombramiento, la designación o propuesta de miembros del Consejo de Administración.

– Reganosa habrá de remitir a la CNMC la información siguiente:

Habrà de remitir anualmente información sobre las Juntas Generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Una vez tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración, habrá de remitir información detallada que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Habrà de informar sobre los pactos que se celebren entre sus accionistas, cuando los mismos sean conocidos por la sociedad.

– Sojitz habrá de remitir a la CNMC información sobre las siguientes cuestiones:

Habrà de informar a la CNMC sobre los pactos que suscriba con otros accionistas de Reganosa.

Habrà de informar a la CNMC sobre los pactos a que llegue en relación con su participación en las actividades de exploración y producción de gas natural en Europa, y que le permitieran el control de las empresas correspondientes.

Habrà de informar semestralmente a la CNMC sobre las actividades de trading que realice en Europa con gas natural.

Asimismo, cualquier variación en la situación de base considerada por esta Comisión para la imposición de estas condiciones podrá dar lugar, conforme al artículo 63 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, a la revisión de las condiciones establecidas en la presente certificación.

Octavo. Aspectos adicionales objeto de supervisión.

Señalado lo anterior, acerca de las condiciones a imponer, resta por tanto valorar la solución provisional aplicada por Reganosa en el presente caso: En uno de los escritos presentados el 6 de noviembre de 2017 en el Registro de la CNMC, Reganosa expresa que «Sojitz, con el fin de preservar en todo momento la eficacia de la certificación de Reganosa como TSO, ha optado durante este período por no designar miembros en el

Consejo de Administración a la espera de que recaiga un pronunciamiento de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia». Esta solución provisional se considera conforme a la normativa de separación de actividades.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, en el otro de los escritos presentados el 6 de noviembre de 2017, Reganosa, además de comunicar la renuncia definitiva de los tres miembros del Consejo de Administración que fueron designados por First State Regasificadora (y que, según lo dicho, no han sido sustituidos por ninguno designado por Sojitz Corporation), anuncia también el nombramiento de don Carlos Collantes Pérez Ardá (a instancias de Gadisa y Forestal del Atlántico) y de don José Manuel Rey Varela (a instancias de la Xunta de Galicia). Reganosa adjunta los acuerdos de 14 de junio de 2017 y 26 de julio 2017 en que se efectúa su nombramiento, recordando el régimen de incompatibilidades a que tales miembros están sujetos. Analizados, en cualquier caso, los nombramientos realizados, esta Comisión no aprecia que los mismos ostenten cargo, simultáneamente, en empresas que lleven a cabo funciones de producción o suministro (12), lo que implica que no estarían incursos en causa de incompatibilidad.

(12) Artículo 63.3.c) de la Ley 34/1998: «Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho a ser miembro del órgano de administración, simultáneamente en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro y de un gestor de la red de transporte o de la red troncal de transporte.»

Vistos los hechos y fundamentos expuestos, la Sala de Supervisión Regulatoria

RESUELVE

Único.

Mantener la certificación de Regasificadora del Noroeste, SA (Reganosa), como gestor de la red de transporte con base en el cumplimiento de las siguientes condiciones (adicionales a las establecidas en la Resolución previa de esta Comisión, de 4 de febrero de 2014):

1. Sojitz no podrá nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa.
2. Asimismo, en el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta General de Reganosa, Sojitz no podrá participar en decisiones que impliquen el nombramiento, designación o propuesta de miembros del Consejo de Administración.
3. Reganosa habrá de remitir a la CNMC la siguiente información:

Habrà de remitir anualmente información sobre las Juntas Generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Una vez tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración, habrá de remitir información detallada que dé cuenta y permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Habrà de informar sobre los pactos que se celebren entre sus accionistas, cuando los mismos sean conocidos por la sociedad.

4. Sojitz habrá de remitir a la CNMC información sobre las siguientes cuestiones:

Habrà de informar a la CNMC sobre los pactos que suscriba con otros accionistas de Reganosa.

Habrà de informar a la CNMC sobre los pactos a que llegue en relación con su participación en las actividades de exploración y producción de gas natural en Europa, y que le permitieran el control de las empresas correspondientes.

Habrà de informar semestralmente a la CNMC sobre las actividades de trading que realice en Europa con gas natural.

5. Cualquier variación en la situación de base considerada por esta Comisión para la imposición de estas condiciones podrá dar lugar conforme al artículo 63 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, a la revisión de las condiciones establecidas en la presente certificación.

Esta resolución definitiva será notificada a Reganosa y a Sojitz Corporation. Asimismo, será comunicada a la Comisión Europea y al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 bis, apartado 6, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, esta resolución definitiva, junto con el Dictamen de la Comisión Europea, será publicada en el BOE.

Madrid, 5 de abril de 2018.—El Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Joaquim Hortalà i Vallvé.

ANEXO

Dictamen de la Comisión de 14.2.2018 con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 715/2009 y al artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/73/CE-España-Certificación de Regasificadora del Noroeste, SA

I. Procedimiento.

El 19 de diciembre de 2017, la Comisión recibió notificación de la autoridad reguladora española para la energía (la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en lo sucesivo, la «CNMC»), de conformidad con el artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/73/CE (1) (en lo sucesivo, la «Directiva del Gas»), en relación con una resolución provisional sobre la certificación de Regasificadora del Noroeste, SA (en lo sucesivo, «Reganosa») como gestor de la red de transporte de gas, a raíz de un cambio en la estructura accionaria! de la empresa.

(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).

El 2 de febrero de 2017, la Comisión recibió documentación adicional en relación con el procedimiento para la certificación en curso; en particular, la resolución de la CNMC de 25 de enero de 2018 por la que se desestima la solicitud de Sojitz Corporation para que la CNMC modifique su resolución provisional de certificación, notificada a la Comisión.

De conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 715/2009 (2) (en lo sucesivo, el «Reglamento del Gas»), la Comisión debe examinar la decisión provisional notificada y enviar a la autoridad reguladora nacional pertinente un dictamen sobre su compatibilidad con el artículo 10, apartado 2, y con el artículo 9 de la Directiva del Gas.

(2) Reglamento (CE) n.º 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.º 1775/2005 (DO L 211 de 14.8.2009, p. 36).

II. Descripción de la decisión notificada.

Reganosa es el propietario de la planta de regasificación de GNL de Mugaros, situada en Galicia (Noroeste de España). La empresa es también el propietario y gestor de 130,5 km de gasoductos, de los cuales 85,5 km forman parte de la red principal de transporte de gas de España (la denominada «red troncal»).

Reganosa fue designada gestor de la red de transporte de gas por las autoridades españolas, sobre la base de una resolución de certificación de la CNMC de 4 de febrero de 2014. La Comisión Europea emitió su punto de vista sobre la resolución provisional de certificación en su dictamen de 19 de diciembre de 2013 [C(2013) 9689 final] (3).

(3) Dicho dictamen se adjuntó a la resolución de la CNMC, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» español. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3321.

Reganosa fue certificada como gestor de la red de transporte de conformidad con el modelo de separación de propiedad. La resolución de certificación de la CNMC de 4 de febrero de 2014 se centró en el posible conflicto de intereses resultante de la estructura accionarial de la empresa, que en el momento de la citada resolución de 2014 era el siguiente:

- Gasifica, SA (21 %).
- Gallega de Distribuidores de Alimentación, SA (Gadisa) (filial del «Grupo Tojeiro»).
- Xunta de Galicia (Comunidad Autónoma de Galicia) (17,50 %).
- Forestal del Atlántico, SA (16,22 %). Filial de Gadisa (80 %) y otros cinco accionistas (20 %, con participaciones que oscilan entre el 0,97 % y el 6,82 %).
- First State Regasificadora, SL (15 %).
- Sonatrach Petroleum Investment Corporation BV (10 %).

En su resolución de certificación de 2014, la CNMC concluyó que procedía otorgar a Reganosa la certificación como gestor de la red de transporte de conformidad con el modelo de separación de propiedad, supeditada al cumplimiento de las siguientes condiciones en relación con Gasifica y Sonatrach (puesto que tenían intereses en el sector del suministro de gas):

1. Gasifica y Sonatrach no podrán ejercer ningún derecho de voto en la Junta General de Accionistas.
2. Gasifica y Sonatrach no tendrán derecho a nombrar, designar o proponer a ningún miembro del Consejo de Administración de Reganosa.
3. Reganosa remitirá a la CNMC información que permita supervisar el cumplimiento de las condiciones de los puntos 1 y 2, del siguiente modo:

- Remitirá anualmente información sobre las Juntas Generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de la condición del punto 1.
- Cada vez que tenga lugar el nombramiento de un nuevo miembro del Consejo de Administración, remitirá información detallada que permita comprobar el cumplimiento de la condición del punto 2.

De acuerdo con la resolución provisional de la CNMC en cuestión, en febrero de 2016 Gasifica vendió sus acciones en Reganosa al Grupo Tojeiro y a la Xunta de Galicia. Como consecuencia de ello, la estructura accionarial de Reganosa pasó a ser la siguiente:

- Grupo Tojeiro (50,69 %) (Gadisa, 28,16 %; Forestal del Atlántico, 22,53 %).
- Xunta de Galicia (24,31 %©).
- First State Regasificadora, SL (15 %©).
- Sonatrach (10 %).

De acuerdo con la resolución provisional de certificación en cuestión, Reganosa informó a la CNMC, mediante carta de 7 de septiembre de 2017, de que First State Infrastructure Holding Cooperatief, UA, había firmado un acuerdo de adquisición con Sojitz Corporation (en lo sucesivo, «Sojitz»), según el cual se comprometía a vender a Sojitz el 100 % de sus acciones en First State Regasificadora, S.L. (la compañía titular del 15 % de las acciones de Reganosa). En consecuencia, la CNMC decidió iniciar un procedimiento de certificación, conforme a lo establecido en el artículo 10, apartado 4, letra a), de la Directiva del Gas. Dicha transacción fue ejecutada el 27 de octubre de 2017 y First State Regasificadora, SL, pasó a denominarse Sojitz Regasificadora SLU (en lo sucesivo, «Sojitz Regasificadora»).

Sojitz es un grupo empresarial con presencia en los cinco continentes y en diversos sectores económicos, como automatización, industria aeroespacial, infraestructuras y medio ambiente, industria química, alimentación y agricultura. En el sector de la energía, Sojitz tiene intereses en la generación de electricidad, incluidas las tecnologías convencionales (centrales de ciclo combinado y de gasóleo) y renovables (energía solar y eólica), así como en la exploración y producción de petróleo crudo y gas natural, la licuefacción del GNL y operaciones de «trading» en el mercado al contado («spot market») mayorista de GNL.

En su resolución provisional, la CNMC señala lo siguiente:

- Sojitz no desarrolla actividades reguladas de transporte o distribución de gas natural y electricidad en Europa.
- Sojitz no realiza actividad alguna de exploración y producción de gas natural en España; sin embargo, sí tiene intereses en la exploración y producción de gas natural (y petróleo, pero excluido el GNL) en Europa, en particular en cuatro yacimientos localizados en el Reino Unido, donde la participación de Sojitz oscila entre el 7,5 y el 15 %⁽⁴⁾. Además, Sojitz desarrolla actividades de prospección y producción de gas en los Estados Unidos de América. También posee activos de GNL en Qatar e Indonesia, cuya producción vende en Asia mediante contratos a largo plazo.
- Durante el periodo 2011-2017, Sojitz participó en operaciones de trading en el mercado al contado de GNL, con origen en España, los Países Bajos y diversos terceros países, y con destino en los mercados asiáticos.
- Sojitz no desarrolla actividades de suministro de gas a clientes finales en España y tampoco en Europa ni en cualquier otro lugar.
- Sojitz tiene participaciones en diversas centrales energéticas situadas en Arabia Saudí, Omán y Vietnam y participa en varios proyectos de generación de electricidad (principalmente de origen renovable) en México, Perú, EE. UU. y Chile. En Europa, posee varias centrales fotovoltaicas en Alemania y tiene participaciones en parques eólicos en Irlanda.

La CNMC remite a la información facilitada por Reganosa, según la cual Sojitz tiene previsto reducir su participación en el sector de la energía en un futuro próximo.

En cualquier caso, y a la espera del resultado del procedimiento de certificación, Sojitz Regasificadora, SLU, ha optado por no designar miembros en el Consejo de administración de Reganosa y actualmente no ejerce ningún derecho, por lo que es de facto un accionista puramente financiero.

La resolución provisional de certificación examina si, una vez que Sojitz haya adquirido el 15 % de las acciones de Reganosa, esta empresa puede seguir siendo un gestor de la red de transporte certificado y, en particular, si la presencia de Sojitz Regasificadora como accionista de Reganosa es compatible con los requisitos de separación del artículo 9 de la Directiva del Gas, tal como ha sido incorporado al Derecho español en el artículo 63 de la Ley 34/1998 (en lo sucesivo, la «Ley del Sector de Hidrocarburos»), y teniendo en cuenta la práctica de la Comisión en la valoración de la presencia de un conflicto de interés (4).

(4) Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: «Ownership Unbundling, Commission's practice in assessing the presence of a conflict of interest, including in case of financial investors» (Separación de propiedad-Práctica de la Comisión en la valoración de la presencia de un conflicto de interés incluyendo el caso de inversores financieros) [SWD(2013) 177 final].

En primer lugar, la resolución provisional de certificación concluye que, a la vista de los derechos que ejerce Sojitz sobre empresas que llevan a cabo actividades de producción de gas que están ubicadas en Europa, el derecho de Sojitz de designar a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa debe ser restringido, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, letra e), de la Directiva del Gas, incorporado al Derecho español en el artículo 63, apartado 3, letra b), de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

En segundo lugar, al examinar la conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, letra b), inciso i), de la Directiva del Gas, incorporado al Derecho español mediante el artículo 63, apartado 3, letra a), número 1), de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la resolución provisional de certificación tiene en cuenta las circunstancias siguientes:

- Sojitz no es productor ni suministrador en España, ni en ninguno de los países de la región del Suroeste de Europa.
- En el Reino Unido, Sojitz dispone de participaciones en actividades de producción de gas, pero no ejerce ningún control en las correspondientes empresas.
- Las empresas de producción y suministro controladas por Sojitz tienen su sede en Asia y en EE. UU.

– Las empresas de generación de energía eléctrica que Sojitz controla en Europa son propietarias de unas centrales fotovoltaicas en Alemania, que en conjunto suponen menos de 30 MW de generación.

– Sojitz ha manifestado que no tiene intención de realizar operaciones de «trading» y suministro de gas natural en España o en Europa.

La CNMC toma nota de que Sojitz no realiza ninguna actividad de control sobre empresas que lleven a cabo actividades de producción o suministro en España o en Europa. En base a lo que antecede, la resolución provisional de certificación concluye que ha de autorizarse a Sojitz a participar y a votar en la Junta General de Reganosa, salvo cuando dicho órgano esté implicado en la designación de los miembros del Consejo de Administración.

De acuerdo con la resolución provisional de certificación, Reganosa puede mantener la certificación como gestor de las redes de transporte, a condición de que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Sojitz no podrá nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa.

2. En el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta General de Reganosa, Sojitz no podrá participar en decisiones que impliquen la designación de miembros del Consejo de Administración.

3. Reganosa habrá de facilitar a la CNMC información que permita supervisar el cumplimiento de las condiciones anteriores, del siguiente modo:

– una vez al año, habrá de remitir información sobre las Juntas Generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas;

– una vez tenga lugar el nombramiento de un nuevo miembro del Consejo de Administración, habrá de remitir información detallada que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

III. Observaciones.

Sobre la base de la información que figura en la resolución provisional de certificación, notificada el 19 de diciembre de 2017, la Comisión formula las siguientes observaciones.

El artículo 9, apartado 1, letra b), inciso i), de la Directiva del Gas prohíbe que la misma persona o personas tengan derecho a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta, o ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte. El artículo 9, apartado 1, letra b), inciso ii), de la Directiva del Gas prohíbe que la misma persona o personas tengan derecho 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 ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro. El artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva del Gas prohíbe que una misma persona o personas nombren 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 ejerzan al mismo tiempo el control directo o indirecto o cualquier derecho sobre una empresa que desempeñe cualquier función de producción o de suministro.

En primer lugar, la Comisión observa que la valoración por parte de la CNMC de la posible existencia de un «control» sobre las empresas a los efectos de las condiciones establecidas en el artículo 9, apartado 1, letras b) y c), parece basarse exclusivamente en el porcentaje de participación que tiene Sojitz. Partiendo de esta premisa, la resolución provisional de certificación excluye la existencia de control de Sojitz sobre Reganosa (participada por Sojitz con un 15 % de sus acciones), por una parte, y sobre empresas que llevan a cabo actividades de producción de petróleo y gas en el Reino Unido (en las que la participación de Sojitz oscila entre el 7,5 y el 15 %), por otra. Sin embargo, en el artículo 2, apartado 36, de la Directiva del Gas, se define «control» como «una relación constituida por derechos, contratos o cualesquiera otros medios que, por separado o combinados y

tomando en consideración elementos de hecho o de derecho, concedan la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa» (5).

(5) Dicha definición procede del Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento de fusiones»).

Así pues, la Comisión invita a la CNMC a evaluar en su resolución final si, sujeto a este criterio jurídico, podría considerarse que Sojitz ejerce control sobre cualquier empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro de gas o electricidad, o sobre Reganosa. Dicha evaluación, de conformidad con la definición de control establecida en el artículo 2, apartado 36, de la Directiva del Gas, es tanto más necesaria cuanto que la resolución provisional de certificación justifica el derecho de Sojitz a participar en la Junta General de Reganosa basándose en la falta de control de Sojitz sobre empresas que lleven a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro de gas o electricidad en España o en Europa.

En segundo lugar, se recuerda que el objetivo de los requisitos de separación contenidos en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva del Gas, consiste en evitar cualquier conflicto de interés entre generadores/productores, suministradores y gestores de redes de transporte. Sobre esta base, la Comisión ha sostenido que sería contradictorio con dicho objetivo que la certificación de un gestor de redes de transporte hubiera de rechazarse en casos en los que puede demostrarse claramente que no existe ningún incentivo para el accionista de un gestor de redes de transporte para influir en la toma de decisiones del gestor de redes de transporte en favor de su interés en generación, producción y/o suministro en detrimento de otros usuarios de la red. Es preciso que la autoridad reguladora española lleve a cabo un análisis en profundidad y caso por caso, ya que la certificación solo puede ser otorgada si queda claramente excluido cualquier conflicto de intereses (6).

(6) Véase la página 10, sección 5, «Observaciones finales», del documento de trabajo de los servicios de la Comisión, que incluye una lista no exhaustiva de elementos que podrían ser relevantes para dicha evaluación en profundidad y caso por caso.

Con todo, la CNMC se limita a afirmar que «a los efectos de la prohibición del artículo 63.3.a).1) [de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que transpone el artículo 9.1.b).i) de la Directiva del Gas], la CNMC valora las siguientes [cinco] circunstancias» (7) y concluye directamente, sin ninguna evaluación, que: «De acuerdo con ello, no se considera que Sojitz realice una actividad de control sobre empresas de producción o suministro en España o en Europa».

(7) Estas cinco circunstancias son las siguientes:

- Sojitz no es suministrador ni productor en España, ni en ninguno de los países de la región S.O. de Europa;
- En el Reino Unido dispone de participaciones en actividades de producción de gas, pero que no le atribuyen el control de las correspondientes empresas;
- Las empresas de producción y comercialización de gas que Sojitz controla no se encuentran en Europa (sino en Asia y EE. UU.);
- Las empresas de generación de energía eléctrica que Sojitz controla en Europa son propietarias de centrales fotovoltaicas en Alemania que en conjunto suponen menos de 30 MW de generación;
- Sojitz ha manifestado que no tiene intención de realizar operaciones de «trading» y suministro de gas natural en España o en Europa.

La CNMC no solo debe evaluar si Sojitz ejerce control sobre cualquiera de las empresas que lleven a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro de gas o electricidad, sino también si existe un riesgo de conflicto de intereses. Para ello, debe realizar una evaluación adecuada de todos los hechos y circunstancias pertinentes facilitados por el gestor de las redes de transporte o que estén disponibles por otros medios y establecer dicha evaluación en su decisión.

En cuando a las actividades de «trading» de energía, las declaraciones de Sojitz de que no tiene intención de realizar operaciones de «trading» y suministro de gas natural en España o en Europa en el futuro y la circunstancia de que las operaciones de «trading» del pasado se desarrollaron sobre todo en los mercados asiáticos no constituyen ninguna garantía de que Sojitz no vaya a estar presente en el suministro de gas en España o en otros Estados miembros en un futuro.

Por consiguiente, la Comisión invita a la CNMC a que evalúe en su resolución final si, en las circunstancias que acabamos de presentar, puede excluirse un conflicto de intereses y/o si, llegado el caso, Sojitz podría beneficiarse de él.

Por otra parte, la Comisión está de acuerdo con la CNMC en que la certificación debe ir acompañada de:

- La prohibición a Sojitz de nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de Reganosa y la prohibición de que, en el ejercicio de sus derechos de voto en la Junta General de Reganosa, Sojitz participe en decisiones que impliquen la designación de miembros del Consejo de Administración de Reganosa; y
- Obligaciones de remisión de información para Reganosa que permitan a la CNMC comprobar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se concederá la certificación.

Por último, la Comisión recomienda imponer a Sojitz una obligación de información adicional que exija a Sojitz que facilite a la CNMC la información adecuada para poder supervisar que no existe un conflicto de intereses vinculado a las actividades de «trading» de energía de Sojitz.

IV. 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 Reganosa, la CNMC tenga en cuenta en la máxima medida posible las observaciones de la Comisión arriba expuestas y, cuando lo haga, notifique a la Comisión la decisión que adopte.

El presente dictamen se entiende sin perjuicio de las observaciones que la Comisión pueda dirigir a las autoridades reguladoras nacionales sobre otras decisiones provisionales de certificación notificadas; también se entiende sin perjuicio de la posición que la Comisión pueda expresar a las autoridades nacionales responsables de la transposición de la legislación de la UE en relación con la compatibilidad de medidas nacionales de aplicación.

La Comisión publicará este documento en su sitio web. La Comisión no considera que la información contenida en él sea confidencial. Se invita a la CNMC a informar a la Comisión, en el plazo de cinco días hábiles a partir de la recepción de la presente, de si considera que, de conformidad con la normativa de la UE y nacional sobre el secreto comercial, el presente documento contiene información confidencial que desea sea suprimida antes de su publicación. Se deberá motivar tal solicitud.

Hecho en Bruselas, el 14 de febrero de 2018.—Por la Comisión, Miguel Arias Cañete, Miembro de la Comisión.