

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

- 10846** *Resolución de 16 de junio de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la certificación de Enagás Transporte, SAU, con respecto a la participación en un proyecto de enriquecimiento de biogás para la posterior inyección de biometano en la red de distribución de gas natural.*

CERT/DE/001/21

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 CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria ha adoptado la siguiente resolución:

#### Antecedentes de hecho

Primero. *Certificación de Enagás Transporte, SAU, como gestor de la red de transporte.*

Mediante resolución de 26 de julio de 2012, publicada en el BOE el 17 de agosto de 2012, la Comisión Nacional de Energía (CNE) acordó certificar a Enagás Transporte, SAU, (Enagás Transporte) como gestor de la red de transporte de gas natural conforme al modelo de separación patrimonial, con el requerimiento de determinadas adaptaciones, que fueron realizadas, de modo que el 18 de abril de 2013, el Consejo de la CNE emitió acuerdo sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en la certificación definitiva de Enagás Transporte. La Orden IET/1942/2014, de 14 de octubre, autorizó y designó a Enagás Transporte, SAU, como gestor de red de transporte de gas natural. Dicha orden se publicó en el BOE de 23 de octubre de 2014 y, tras la oportuna notificación por parte del Gobierno español con arreglo al artículo 10, apartado 2, y al artículo 14 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 16 de julio de 2015 (2015/C 232/07).

Segundo. *Comunicación de Enagás, SA, acerca de la participación en un proyecto de biogás.*

El 29 de octubre de 2021 se recibió en el registro de la CNMC escrito de esa misma fecha de Enagás, SA, por medio del cual se informaba sobre la puesta en operación del Proyecto UNUE, en particular en lo relativo al cumplimiento por parte de Enagás de lo dispuesto en el epígrafe segundo del artículo 63.bis 2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

El escrito, tras resumir las vicisitudes recién señaladas sobre la certificación y la autorización y designación de Enagás Transporte como gestor de red de transporte de gas natural, señaló que Enagás está impulsando proyectos para la descarbonización de distintos sectores económicos, siempre respetando que su desarrollo no represente un conflicto de interés con las actividades que desarrolla Enagás Transporte como gestor de la red de transporte. El rol de Enagás consiste en actuar como agente impulsor de proyectos de gases renovables que faciliten alcanzar una escala mínima que haga atractiva la entrada de más participantes, impulsando asimismo de este modo el cumplimiento de los compromisos del Gobierno en el proceso de transición energética.

El escrito continúa señalando que «con fecha 3 de noviembre está prevista la puesta en operación del denominado Proyecto UNUE en la provincia de Burgos, consistente en

el enriquecimiento del biogás generado por una planta de biogás, ya existente, para la posterior inyección del biometano resultante en el Sistema Gasista a través de una red de distribución».

Añade que dicho proyecto «está siendo desarrollado por la Sociedad UNUE Gas Renovable, SL, en donde Bioengas Renovables, SL, (sociedad 100 % Enagás Renovable, SLU) dispone del 49 % de las participaciones sociales de la compañía».

Enagás considera que la puesta en operación del Proyecto UNUE no presenta conflicto de interés para Enagás Transporte, SAU, ni esta sociedad obtiene beneficio o incentivo alguno que pudiera alterar o poner en cuestión la realización de su actividad como Transportista de manera independiente, transparente y no discriminatoria sobre todos los usuarios de su red. En particular, en virtud del artículo 63.bis2 de la Ley 34/1998, se considera que no tiene afección sobre los requisitos relativos a la separación de actividades dado que el Proyecto no es desarrollado o participado por Enagás Transporte, SAU, no impacta en el funcionamiento del mercado de gas natural dado el reducido volumen de energía que se prevé producir (0,0056 % de la demanda actual del Sistema) y no impacta en las condiciones de acceso a las instalaciones de Enagás Transporte, debido a que la inyección de estas reducidas cantidades se efectúa en la red de distribución y bajo las reglas establecidas por la Circular 8/2019, de 12 de diciembre, por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural.

Enagás adjuntó a su escrito un documento explicativo sobre la puesta en operación del Proyecto UNUE y su compatibilidad con la actividad de Enagás Transporte como TSO.

#### Tercero. *Trámite de audiencia.*

Mediante escritos de 13 de enero de 2022 se puso de manifiesto el procedimiento tanto a Enagás, SA, como a Enagás Transporte, SAU, y a UNUE, en su condición de interesados, a fin de que efectuasen las manifestaciones oportunas y aportasen los documentos que tuviesen por conveniente, todo ello en los términos del artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En dicho trámite formuló alegaciones Enagás Transporte, en las cuales insistió en la escasa entidad del proyecto y en que la inyección se realiza en la red de distribución, de modo que no afecta a su independencia como transportista.

#### Cuarto. *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 de conformidad en relación con el presente procedimiento.

#### Quinto. *Resolución provisional.*

El 24 de febrero de 2022, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó la resolución provisional sobre la certificación de Enagás Transporte, SAU, con respecto a la partición de Enagás, SA, en un proyecto de enriquecimiento de biogás para la posterior inyección de biometano en la red de distribución de gas natural.

Por medio de dicha Resolución Provisional, se acordaba lo siguiente:

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

Acuerda provisionalmente:

Único.

Mantener la certificación de Enagás Transporte, SAU, como gestor de la red de transporte, sujeta, caso de que así lo determine el dictamen que debe emitir la Comisión Europea y la decisión definitiva que, conforme al mismo adopte la CNMC, al cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales, podrá nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de UNUE.
2. Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales podrá ejercer derechos de voto en la Junta General de UNUE.
3. Se habrá de remitir a la CNMC la siguiente información:

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

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

4. Enagás, SA, deberá remitir a la CNMC información sobre las siguientes cuestiones:

Sobre los pactos que Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, suscriba con otros accionistas de UNUE.

Sobre su participación o la de cualquiera de sus filiales, en actividades de producción y/o suministro.

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 provisional fue notificada a la Comisión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 bis, apartado 5, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, al objeto de que esta emitiera su dictamen preceptivo. Asimismo, la resolución provisional fue notificada a los interesados (Enagás Transporte, SAU, Enagás, SA, UNUE Gas Renovable, SL) y a la Secretaría de Estado de Energía para su información.

Sexto. *Dictamen de la Comisión Europea.*

El 6 de junio de 2022 se recibió en el registro de la CNMC dictamen de la Comisión Europea, emitido ese mismo día 6 de junio de 2022, en relación con el procedimiento de certificación de referencia.

En su dictamen, la Comisión Europea, coincide con el criterio expresado en la resolución provisional de la CNMC, manifestando lo siguiente:

El artículo 9, apartado 1, letra b), inciso ii), de la Directiva 2009/73/CE 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. De conformidad con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2009/73/CE, tales derechos incluirán, en particular, la facultad de ejercer derechos de voto y la facultad de nombrar miembros en los

consejos de administración u otros órganos que representen legalmente a una empresa. Con la estructura actual de UNUE, no cabe duda de que Enagás, SA, puede ejercer tales derechos. La CNMC también demuestra de forma convincente que Enagás, SA, ejerce control sobre UNUE.

Por lo tanto, la comisión está de acuerdo con la posición de la CNMC de que solo es posible mantener la certificación de Enagás Transporte como gestor de la red de transporte controlado por Enagás, SA, si Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, deja de tener la posibilidad de ejercer los derechos antes mencionados en UNUE. Las condiciones previstas por la CNMC parecen adecuadas para garantizar el cumplimiento de los requisitos de las normas de separación de conformidad con la Directiva 2009/73/CE.

## Fundamentos de Derecho

### Primero. *Habilitación competencial.*

El artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, determina las funciones de supervisión y control de la CNMC en el sector eléctrico y del gas natural. En su apartado 3, este artículo 7 atribuye a la CNMC la función de supervisar la separación de actividades a que están obligados los sujetos que realizan actividades reguladas y certificar (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 supervisará 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 delante 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 natural.

Específicamente, dentro de la CNMC, la aprobación de la presente resolución es competencia de la Sala de Supervisión Regulatoria, previo informe de la Sala de Competencia, 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 (considerando 6) 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 esta directiva 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.

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 13/2012 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 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:

Artículo 63. Separación de actividades.

(...)

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

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

a) Ninguna persona física o jurídica 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 quáter), 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 propia 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 quáter 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 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<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Las referencias a la Comisión Nacional de Energía deben entenderse referidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

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.

Por otra parte, cabe señalar que el artículo 54 de la Ley de Hidrocarburos extiende a los gases renovables, la aplicación de las disposiciones que afectan al gas natural. En particular, el artículo 54 de la Ley de Hidrocarburos, sobre el régimen de actividades, establece en su apartado tercero que «Las normas establecidas en la presente Ley en relación con el gas natural serán también de aplicación, de manera no discriminatoria, al biogás y al gas obtenido a partir de la biomasa u otros tipos de gas siempre y cuando resulte técnicamente posible y seguro inyectar tales gases en la red de gas natural y transportarlos por ella». Esta disposición responde a lo previsto en el artículo 1 de la Directiva 2009/73/CE<sup>(2)</sup>.

<sup>(2)</sup> Artículo 1. Contenido y ámbito de aplicación

1. [...]

2. Las normas establecidas en la presente Directiva en relación con el gas natural, incluido el GNL, también serán aplicables de manera no discriminatoria al biogás y al gas obtenido a partir de la biomasa u otros tipos de gas siempre y cuando resulte técnicamente posible y seguro inyectar tales gases en la red de gas natural y transportarlos por ella.

De acuerdo con lo anterior, 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).

La resolución definitiva de la CNMC ha de aprobarse en el plazo de dos meses desde la recepción del dictamen de la Comisión Europea. Según el artículo 63 bis de la Ley 34/1998, la resolución definitiva ha de ser publicada en el BOE, junto con el dictamen de la Comisión Europea.

*Cuarto. Información facilitada por Enagás y objeto del procedimiento.*

Según lo indicado en los antecedentes de hecho, Enagás, SA, ha informado sobre su participación en el Proyecto UNUE, con fecha prevista de puesta en operación el 3 de noviembre de 2021, consistente en el enriquecimiento del biogás generado por una planta de biogás, ya existente, para la posterior inyección del biometano resultante en el sistema gasista a través de una red de distribución.

A tenor de la información facilitada, dicho proyecto «está siendo desarrollado por la Sociedad UNUE Gas Renovable, SL, en donde Bioengas Renovables, SL (sociedad 100 % Enagás Renovable, SLU) dispone del 49 % de las participaciones sociales de la compañía». A su vez, como resulta del documento adjunto al escrito anterior, Enagás SA, es titular al 100 % de Enagás Renovable, SLU.

Enagás considera que la puesta en operación del Proyecto UNUE no presenta conflicto de interés para Enagás Transporte, SAU, empresa certificada como gestor de red independiente.

En vista de todo ello, el objeto del procedimiento se circunscribe al análisis de la participación de Enagás en el Proyecto UNUE, tras el procedimiento de certificación precedente de Enagás Transporte, SAU, ya señalado, a fin de determinar si dicha participación justifica la imposición, en su caso, de nuevas condiciones adicionales a las impuestas en la anterior resolución de certificación.

Este objeto del actual procedimiento resulta congruente con la solicitud presentada por Enagás, referida a que la información facilitada se tenga en consideración «en particular en lo que se refiere al cumplimiento de lo dispuesto en el epígrafe segundo del artículo 63.bis 2 de la Ley 34/1998 del sector de hidrocarburos».

*Quinto. Análisis de las actividades del Proyecto UNUE.*

De acuerdo con la información facilitada por Enagás, SA, el proyecto de generación de biometano UNUE está promovido por la sociedad, UNUE Gas Renovable, SL. El proyecto tiene como objeto el enriquecimiento de biogás producido por la empresa gestora de residuos Biogasnalia, SL, para la generación de biometano, que posteriormente es inyectado en el Punto Virtual de Balance (PVB) a través de la red de distribución de la empresa Nedgia. A este respecto Enagás informa que «Nedgia Castilla y León, SA, (*Distributor System Operator*), es poseedora de las infraestructuras de conexión de la planta de UNUE con el sistema gasista. Adicionalmente, Nedgia dispone de un contrato con UNUE bajo el que se regulan las condiciones e infraestructuras necesarias para permitir la conexión e inyección de biometano generado en las instalaciones de UNUE». El gas producido por UNUE es vendido en su totalidad mediante contrato bilateral a la comercializadora holandesa de energía Renewable Energy Fuels B.V (Refuels) en las propias instalaciones de UNUE (transferencia de titularidad en brida). La nominación e inyección en el sistema gasista del gas generado por UNUE los realiza la empresa Axpo, en base a las condiciones acordadas en un contrato de servicios suscrito con la sociedad Refuel.

En la siguiente figura, tomada de la documentación aportada junto al escrito de Enagás, se presenta, de forma esquemática, el diagrama de flujo del biogás/biometano en el que se recogen, las instalaciones y empresas que intervienen, en los procesos de

producción del biogás, transformación en biometano y su posterior inyección en el sistema gasista:

## Proyecto UNUE

Diagrama de flujo del biogás/biometano

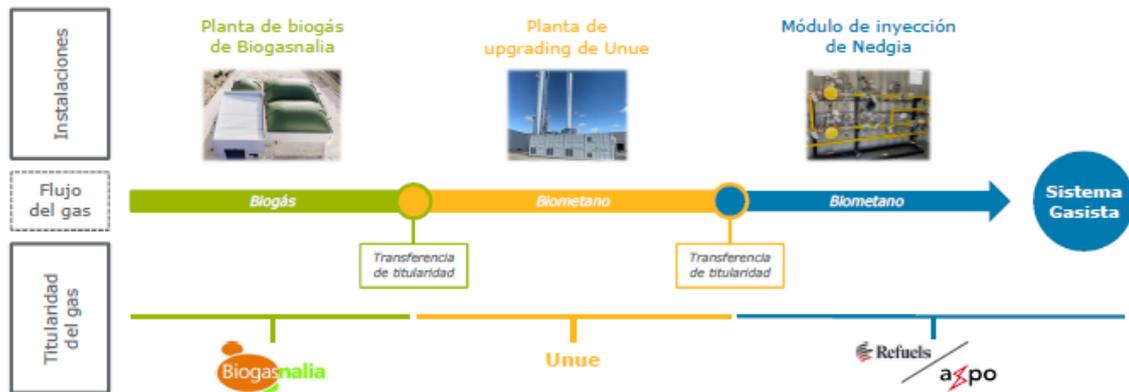


Figura 1. Flujo de biogás/biometano hasta su entrada en el sistema gasista (fuente: Enagás)

De acuerdo con la descripción del proyecto facilitada por Enagás, las actividades de la sociedad UNUE se desarrollan en su totalidad en España, dentro del sector energético, y más concretamente, exclusivamente en el ámbito del sector gasista. En relación con las actividades dentro del sector energético:

- a) UNUE no desarrolla ninguna actividad en el sector eléctrico.
- b) Dentro del sector gasista:
  - a. No desarrolla actividades reguladas de transporte y distribución.
  - b. Realiza actividades de producción, en concreto, de generación de biometano.
  - c. Vende el gas producido. El gas se vende por UNUE a Refuels (sociedad holandesa no registrada como comercializadora de gas natural en España) mediante un contrato bilateral en brida (antes de su entrada en el sistema). Axpo Iberia (registrada en el listado de comercializadoras de gas de la CNMC) es la empresa que nombra e inyecta el gas generado en las instalaciones de UNUE. Esto es posible gracias a una relación de servicios entre Axpo y Refuels.
  - d. No desarrolla actividades de suministro a cliente final.

En cuanto a la estructura de propiedad, el proyecto UNUE está participado sólo por dos socios: Suma Capital (a través de dos fondos gestionados por esta sociedad gestora) y Bioengas Renovables, SL, con un 51 % y un 49 % del capital social respectivamente. Suma Capital, accionista mayoritario, es una sociedad cuyo objeto principal es la gestión de sociedades y fondos de capital riesgo. Su participación en el proyecto UNUE forma parte de la cartera de activos de dos de sus fondos de capital riesgo: SC Efficiency & Environment Fund II, F. C. R., y SC Efficiency & Environment Fund II plus, F. C. R. E. El otro socio, Bioengás Renovables, como se indicaba en el apartado anterior, es una empresa del grupo Enagás que tiene como accionista único a la sociedad Enagás Renovables, SL, de la que Enagás, SA, es titular al 100 %. La participación de Enagás, SA, en el proyecto es indirecta, a través de empresas filiales, tal y como indica Enagás en su informe anual 2020: el grupo Enagás, SA, participa en

un 49 % en el proyecto UNUE. A continuación, se presenta de manera esquemática la estructura de propiedad del proyecto UNUE:

## Proyecto UNUE

UNUE Gas Renovable S.L.

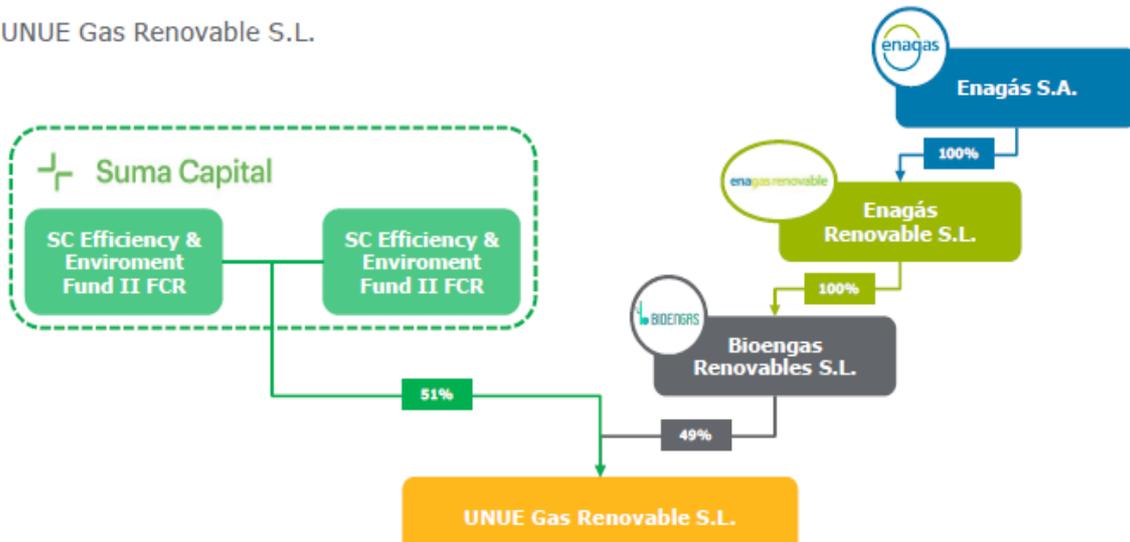


Figura 2. Estructura de propiedad del proyecto UNUE (fuente: Enagás, SA)

Adicionalmente, Enagás, SA, realiza las actividades de transporte por medio de su sociedad filial Enagás Transporte, SAU, filial en la que ostenta la totalidad del capital social y que está certificada como gestor de la red de transporte bajo el modelo de separación patrimonial conocida como «ownership unbundling TSO». Además, a través de su filial Enagás GTS, SA, de la que es también único accionista, realiza las funciones de gestor técnico del sistema gasista, por las que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la Ley de Hidrocarburos, en su apartado primero «será responsable de la operación y de la gestión técnica de la Red Básica y de transporte secundario, y garantizará la continuidad y seguridad de suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución».

Dado que Enagás, SA, empresa matriz del grupo Enagás, es por una parte, accionista único de Enagás Transporte, SAU, certificada como gestor de red de transporte, y por otra, accionista único a través de filial interpuesta de la empresa Bioengas Renovables, SL, que posee el 49 % del capital social del proyecto UNUE que desarrolla actividades de producción, procede analizar si su participación en estas sociedades cumplen los requisitos de separación de actividades legalmente exigibles para que Enagás Transporte, SAU, pueda mantener la certificación como gestor de la red de transporte bajo el modelo de separación patrimonial u «ownership unbundling».

### Sexto. Análisis de los requisitos de separación de actividades.

De acuerdo con las previsiones de la Directiva 2009/73/CE, el artículo 63.3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, establece tres prohibiciones que se han de respetar a los efectos de asegurar la separación entre actividades reguladas (como la gestión de la red de transporte) y liberalizadas (como la producción y el suministro a los consumidores):

– 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:

«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.»

Se trata de una prohibición equivalente a la del artículo 9.1.b).i) de la Directiva 2009/73/CE<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> «Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012: una misma persona o personas no tengan derecho: a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte...»

– El artículo 63.3 a).2 de la Ley 34/1998 prevé que ninguna persona que ejerza control sobre un gestor de la red de transporte puede ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo actividades de producción o suministro (de electricidad o gas).

«3. (...) Los gestores de red de transporte deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Ninguna persona física o jurídica tendrá derecho:

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.

(...)

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.»

Se trata de una prohibición equivalente a la del artículo 9.1 b) ii) de la Directiva 2009/73/CE<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> «Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012: una misma persona o personas no 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 a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro...»

– El artículo 63.3.b) de la Ley 34/1998 prevé 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.»

Se trata de una prohibición equivalente a las del artículo 9.1.c) y 9.1.d) de la Directiva 2009/73/CE<sup>(5)</sup>.

<sup>(5)</sup> «Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012: una misma persona o personas no tengan derecho a nombrar a los miembros del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, de un gestor de la red de transporte o una red de transporte, y, directa o indirectamente, a ejercer control o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro, y una misma persona no tenga derecho a ser miembro del consejo de supervisión, del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa a la vez de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro o de un gestor de la red de transporte o una red de transporte.»

– El artículo 63.3c) de la Ley 34/1998 prevé que ninguna persona física o jurídica puede ser, al mismo tiempo, miembro del órgano de administración del gestor de la red de transporte y de empresas que realicen funciones de producción o suministro de gas natural.

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

A tenor del documento de trabajo de la Comisión Europea de 22 de enero de 2010 «Nota interpretativa sobre la Directiva 2009/72/CE relativa a las normas comunes del mercado interior de electricidad y sobre la Directiva 2009/73/CE relativa a normas comunes para el mercado interior del gas natural – Régimen de separación de actividades», la referencia al control incluye tanto el control *de iure* como *de facto* y también incluye tanto el control directo como el indirecto, a través de una empresa filial interpuesta, por ejemplo<sup>(6)</sup>.

<sup>(6)</sup> «The reference to control thus encompasses both *de iure* and *de facto* control, and also includes both direct and indirect control, through an intermediate subsidiary for example».

El mismo documento señala que las mismas reglas se aplican en caso de presencia de una matriz. La empresa matriz no está autorizada a ejercer el control sobre un TSO y, directa o indirectamente, ejercer control o disponer de cualquier derecho sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación<sup>(7)</sup>. Y añade que, a tenor del artículo 9.1.c) de la Directiva de Gas la misma persona no está autorizada a nombrar miembros del del órgano de administración de un TSO y directa o indirectamente ejercer control o ejercer cualquier derecho sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de suministro<sup>(8)</sup>. El documento concluye a este respecto que lo pretendido por la regla anterior es evitar cualquier situación en la que una matriz que tenga cualquier influencia sobre un suministrador, incluso mínima, pueda nombrar miembros del TSO, lo cual ha de entenderse también aplicable a la actividad de generación<sup>(9)</sup>.

<sup>(7)</sup> «Similar rules apply in case of the presence of a parent company, such as a holding company: a parent company is not entitled to exercise control over a supplier, and directly or indirectly exercise control or exercise any right over a TSO or over a transmission system. Nor is a parent company entitled to exercise control over a TSO or a transmission system, and directly or indirectly exercise control or any right over an undertaking performing any of the functions of generation or supply (Article 9(1)(b)(i) and (ii) Electricity and Gas Directives)».

<sup>(8)</sup> «Under subparagraph (c), the same person is not entitled to appoint members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertaking, of a TSO or a transmission system, and directly or indirectly to exercise control or exercise any right over an undertaking performing any of the functions of generation or supply».

<sup>(9)</sup> «In practice this rule adds to the rules of subparagraph (b) a specific requirement as regards parent companies or other entities that do not have any controlling interest in a TSO or a supplier. It aims to avoid a situation where a parent company having some influence over a supplier, even minimal, can appoint board members of a TSO. As a consequence, a parent company (or other entity) that holds a majority share, or has the power to appoint board members or exercise voting rights in a supplier, cannot appoint board members of a TSO.»

Para analizar el cumplimiento de los requisitos de separación de actividades enumerados en el artículo 63, apartados a), b) y c), es necesario determinar el alcance de la participación de Enagás, SA, en el gestor de la red de transporte (Enagás Transporte, SAU) y en UNUE Gas Renovable, SL, empresa que realiza actividades de producción.

En relación con la participación de Enagás, SA, en el gestor de la red de transporte, queda fuera de toda duda que Enagás, SA, como accionista único de Enagás Transporte, SAU, ejerce control sobre el gestor de la red de transporte. Enagás Transporte, SAU, se creó en virtud de lo establecido en la disposición adicional trigésimo primera de la Ley de Hidrocarburos, «Constitución de filiales de Enagás, SA», en la que, entre otros asuntos, dispone la creación de una filial con las funciones de transportista en la que ostente el 100 % del capital y determina la no transmisibilidad de sus acciones a terceros:

«Enagás, SA, constituirá dos filiales en las que ostente la totalidad del capital social y a las que correspondan las funciones de gestor técnico del sistema y transportista respectivamente (...).

1. (...) Enagás, SA, no podrá transmitir a terceros las acciones de las filiales que realicen actividades reguladas (...)

En relación con UNUE, Enagás, SA, participa en el proyecto de manera indirecta, a través de filiales interpuestas, en concreto, como accionista único de Enagás Renovables, SL, que es a su vez accionista único de Bioengas Renovables, SL, empresa esta última que posee, de manera directa, el 49 % del capital social del proyecto UNUE. La nota interpretativa de la Comisión Europea relativa a la separación de actividades, antes mencionada, señala que, en caso de una empresa matriz, la referencia al control incluye tanto el control *de iure* como *de facto* y también incluye tanto el control directo como el indirecto, a través de una empresa filial interpuesta. Por lo tanto, la participación indirecta que ostenta Enagás, SA, constituiría una participación de facto en UNUE igual al 49 % y, por consiguiente, debe cumplir los requisitos de separación de actividades que establece el artículo 63.

Lo anterior supone que Enagás, SA, ejerce derechos sobre UNUE. De manera adicional, es necesario determinar si, Enagás ejerce también control directo o indirecto sobre UNUE. Aunque el «control» resultaría, en principio, de una participación mayoritaria, la Ley 34/1998 no define en qué condiciones se puede entender que existe dicho control por lo que es necesario acudir a otras normas y criterios interpretativos.

Los requisitos de separación de actividades recogidos en el artículo 63 de dicha Ley 34/1998 derivan de la trasposición de la Directiva 2009/73/CE, la cual expone en varios de sus considerandos la necesidad de reforzar los requisitos relativos a la separación de actividades reguladas y no reguladas con el fin de eliminar los incentivos a que empresas verticalmente integradas discriminen a sus competidores en lo que se refiere al acceso a la red y a la inversión. Por consiguiente, la separación de actividades tiene como finalidad favorecer la libre y leal competencia entre empresas.

La comunicación consolidada de la comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, la Comunicación) ha ahondado en el concepto de control de una empresa definiéndolo, en su párrafo 16, como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa. No es necesario, por tanto, probar que realmente se ejerce o se ejercerá la influencia decisiva»<sup>(10)</sup>.

<sup>(10)</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52008XC0416(08)).

El párrafo 62 de la comunicación establece que el control conjunto, se da «cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. En este contexto, «influencia decisiva» significa la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. A

diferencia del control exclusivo, que concede a un accionista dado el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas». Es el llamado control negativo, que se ejerce a través de derechos de veto o de capacidad de bloqueo.

El párrafo 65 indica, además, que es posible que exista control conjunto «aun cuando no exista igualdad entre las dos empresas matrices en lo referente a los votos o a la representación en los órganos decisorios», porque el veto o bloqueo puede ejercerse cuando se requieran mayorías específicas para la adopción de ciertos acuerdos.

Como explican los párrafos 66 y 67 de la comunicación, para que exista control conjunto, estos derechos de veto o de bloqueo «deben referirse a las decisiones estratégicas» y «deben ser más completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios». En particular, la comunicación detalla que «los derechos de veto que confieren el control conjunto se refieren habitualmente a decisiones sobre cuestiones tales como el presupuesto, el plan de negocios, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos». Además, la comunicación matiza que para que exista este control conjunto «un accionista minoritario no precisa tener todos los derechos de veto anteriormente mencionados. Algunos derechos, o incluso uno solo, pueden ser suficientes».

En esta misma línea, el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) establece que a «los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa, b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa (...)».

En el caso de UNUE, el artículo 12 de sus estatutos sociales, establece que la aprobación de determinados acuerdos requerirá el voto favorable de las participaciones que representen el 70 %<sup>(11)</sup>:

---

<sup>(11)</sup> La Resolución de 25 de febrero de 2021 de la CNMC sobre la solicitud de intervención planteada por la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas en relación con los servicios de mantenimiento prestados por ERION MANTENIMIENTO FERROVIARIO, SA, de la CNMC (STP/DTSP/020/20), siguió un criterio similar. En ausencia de una definición de «control» en la correspondiente normativa sectorial, recurrió a la normativa de competencia sobre el «control directo o indirecto» de una empresa sobre otra. En ese caso se concluyó que una participación no mayoritaria del 49% de las participaciones sociales, determina el control de la empresa cuando, a tenor de los Estatutos, se requiere mayoría de dos tercios para diversas materias (<https://www.cnmc.es/index.php/expedientes/stpdtsp02020>).

«(...) con carácter general, los Socios reunidos en la Junta General decidirán por la mayoría legalmente establecida los asuntos propios de la competencia de la Junta 12.5.2. No obstante lo anterior, se requerirá el voto favorable de, al menos, las participaciones sociales que representen el 70 % del capital social de la sociedad, presente o debidamente representante (sic) en junta y siempre y cuando, la citada junta tenga un quórum de asistencia de, al menos, el 52 % del capital social de la Sociedad», para la válida adopción de los acuerdos que se indican a continuación (en adelante las «Materias Reservadas de la Junta General».)»

A tenor del mismo artículo, entre dichas materias reservadas de la Junta General se encuentran las siguientes:

«(a) La modificación del sistema de Administración de la Sociedad, así como el número de miembros que formen parte del mismo y su cese y nombramiento. (b) La fijación y modificación de la cuantía máxima de la retribución de los miembros del Órgano de Administración de la Sociedad. (c) Aumentos de capital social con exclusión limitación del derecho de asunción preferente (d) La reducción de capital que no afecte por igual a todas las

participaciones sociales. (e) La aprobación de operaciones societarias consideradas estructurales, tales como fusiones, escisiones, transformación, aportaciones de rama de actividad, cesión global de activo y pasivo; así como aprobar la disolución o liquidación de la Sociedad, salvo en los casos en que, conforme a la ley, sea obligatoria la adopción del acuerdo, en cuyo caso resultará de aplicación el régimen de mayorías que legalmente se establezca por defecto. (f) Modificación del objeto social de la sociedad. (g) La modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales. (h) El anticipo de fondos, la concesión de créditos o préstamos, la prestación de garantías y facilitar asistencia financiera a los socios y/o administradores (...) (i) La concesión e opciones sobre participaciones sociales de la sociedad, derechos u otros instrumentos que den derecho a la adquisición de participaciones sociales de la Sociedad o a los derechos económicos y/o políticos asociados a las mismas. La formulación, el otorgamiento o el establecimiento de plan de incentivos para empleados o colaboradores. (j) La adquisición, enajenación y/o amortización de participaciones propias de la Sociedad (...) (k) Creación de sociedades filiales o la adquisición de participaciones o acciones en sociedades. (l) Las operaciones de adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (...) (m) Creación, supresión y/o modificación de clases de participaciones con derechos políticos y/o económicos preferentes. (n) El establecimiento, modificación o supresión de prestaciones accesorias. (o) El establecimiento, modificación o supresión de prestaciones de servicios o de obra de los administradores en favor de la Sociedad. (p) La designación, relección o cese de auditores de cuentas. (q) La modificación o sustitución de cualquiera de las Materias Reservadas de la Junta General, así como la inclusión de cualquier otra nueva materia (...) (r) Cualquier modificación de los estatutos sociales de la Sociedad salvo los aumentos y reducciones de capital social (...) (s) La exclusión de cualquier socio de la Sociedad. (t) Cualquier cambio o propuesta de cambio a la política de distribución de dividendos de la Sociedad (...).»

Por otro lado, en el artículo 14 de los estatutos relativo al régimen del consejo de administración, establece que, los acuerdos sobre «Materias Reservadas del Consejo de Administración», «requerirán para su aprobación que los votos afirmativos se correspondan con, cuando menos, tres cuartas partes de los consejeros con cargo vigente del Consejo de Administración». Entre las Materias Reservadas del Consejo de Administración, los estatutos mencionan la aprobación y modificación del presupuesto anual, la incursión de cualquier gasto o inversión no incluido y previsto en el presupuesto anual de la sociedad, por importe superior a 20.000 euros o la celebración de contratos de alta dirección.

A la vista de los estatutos de UNUE, y teniendo en cuenta la interpretación del término «control» que realiza la Comisión Europea en su comunicación, la participación de Enagás en UNUE va más allá del simple ejercicio de derechos. El hecho de que Suma Capital, a través de dos de sus fondos de capital riesgo, cuente con un 51 % del accionariado no le proporciona el control exclusivo de la sociedad. Los estatutos de UNUE establecen, para la adopción de decisiones estratégicas, mayorías decisorias superiores al 51 %, lo que no excluye que otros accionistas, en este caso Enagás, puedan ostentar el control gracias a su capacidad de bloquear decisiones estratégicas. Los estatutos posibilitan a que Enagás, tanto en la Junta General como en el Consejo de Administración de UNUE, cuente con mayoría de bloqueo para todos los acuerdos relativos a decisiones estratégicas. Especialmente importante es el derecho de bloqueo sobre el presupuesto anual y la selección de personal directivo como se señala en el párrafo 69 de la Comunicación: «son vitales los derechos de veto relativos a las decisiones sobre el nombramiento y destitución de altos directivos y la aprobación del presupuesto». Asimismo, los consejeros de Enagás disponen de derecho de veto sobre inversiones, endeudamientos y enajenaciones de activos con un valor tan bajo que cualquier operación de mínima envergadura debe contar con su visto bueno.

La capacidad de Enagás para influir en los aspectos anteriores, y en particular en el nombramiento de los directivos y en las decisiones sobre inversiones, da lugar a que pueda determinar aspectos básicos del desarrollo de la actividad de generación de biometano que es el objeto social de UNUE. Por todo lo anterior se concluye, a los efectos del artículo 63 de la Ley de Hidrocarburos que Enagás ejerce control sobre UNUE.

Por consiguiente, y a la hora de analizar si Enagás cumple con los requisitos de separación de actividades recogidos en el artículo 63 de la Ley de Hidrocarburos, hay que tener en cuenta que Enagás, SA, ejerce control sobre el gestor de la red de transporte y al mismo tiempo ejerce control sobre UNUE, empresa que realiza una actividad de producción.

El artículo 63.3 a) 1 de la Ley 34/1998 establece una prohibición de ejercicio de derechos en el gestor de la red de transporte que se aplica a empresas que, específicamente, «controlen» a otras que realicen actividades de producción o de suministro (ya sean de gas o de electricidad). Como se acaba de señalar, a pesar de que Enagás no dispone de una participación mayoritaria en UNUE, las mayorías fijadas en los estatutos para la adopción de acuerdos sobre decisiones estratégicas le otorgan control sobre la sociedad, lo que, según el artículo 63.3 a) 1, sería incompatible con el control que ejerce como accionista único en el gestor de transporte. Por consiguiente, cabe concluir que Enagás, SA, no cumple con el requisito de separación de actividades recogido en el artículo 63.3 a) 1.

El artículo 63.3 a) 2 de la Ley 34/1998 establece una prohibición de ejercicio de derechos en empresas que realicen actividades de producción o de suministro (ya sean de gas o de electricidad) que se aplica a empresas que, específicamente, «controlen» un gestor de la red de transporte. Enagás, como accionista único de Enagás Transporte, SAU, ejerce control sobre un gestor de la red de transporte lo que sería incompatible con la participación que ostenta en UNUE, que le permite el ejercicio de derechos en una sociedad con actividades de producción. Por lo tanto, cabe concluir que Enagás, SA, no cumple con el requisito de separación de actividades recogido en el artículo 63.3 a) 2.

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.

Enagás, SA, tiene una participación significativa en el proyecto UNUE que le permite ejercer derechos en las actividades de producción lo que, de acuerdo con este artículo, sería incompatible con el derecho que Enagás, SA, como único accionista de Enagás Transporte, SAU, tiene de nombrar a los miembros del órgano de administración del gestor de la red de transporte.

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 de 22 de enero de 2010 sobre «El régimen de separación», 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<sup>(12)</sup>. A tenor de dicho documento de la Comisión Europea, 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<sup>(13)</sup>. La comisión añade en su documento la siguiente interpretación del artículo 9.1 c), (traducción propia):

<sup>(12)</sup> *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The unbundling regime* [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010\\_01\\_21\\_the\\_unbundling\\_regime.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf).

<sup>(13)</sup> «The concept of voting rights refers to any voting rights, no matter how limited, including voting rights which do not amount to 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<sup>(14)</sup>.»

<sup>(14)</sup> «Under subparagraph (c), the same person is not entitled to appoint members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertaking, of a TSO or a transmission system, and directly or indirectly to exercise control or exercise any right over an undertaking performing any of the functions of generation or supply. In practice this rule adds to the rules of subparagraph (b) a specific requirement as regards parent companies or other entities that do not have any controlling interest in a TSO or a supplier. It aims to avoid a situation where a parent company having some influence over a supplier, even minimal, can appoint board members of a TSO. As a consequence, a parent company (or other entity) that holds a majority share, or has the power to appoint board members or exercise voting rights in a supplier, cannot appoint board members of a TSO».

En conclusión, Enagás, SA, incumpliría la prohibición recogida en el artículo 63.3 b).

Finalmente, el artículo 63.3.c) de la Ley 34/1998 contiene la prohibición de ser miembro, simultáneamente del órgano de administración de una empresa con funciones de producción o suministro y de un gestor de la red de transporte.

Con respecto a esta última prohibición, de acuerdo con la información obtenida por esta Comisión del Registro Mercantil, no existen coincidencias entre los administradores o cargos sociales de UNUE y Enagás Transporte, SAU.

Séptimo. *Análisis de los posibles conflictos de intereses.*

Para el análisis de los supuestos de hecho que se produzcan en el marco de la aplicación de los requisitos de separación derivados de las Directivas europeas, la Comisión Europea ha insistido en la conveniencia de analizar los potenciales conflictos de intereses que se produzcan.

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 que las Directivas de Electricidad y de Gas del Tercer Paquete de energía han introducido una separación estructural entre las actividades del operador de un sistema de transmisión, por una parte, y las actividades de generación, producción y suministro por otro lado<sup>(15)</sup>. El objetivo de estas disposiciones sobre la «separación de actividades» de las redes es evitar conflictos de intereses y asegurar que los gestores de las redes de transporte toman sus decisiones de forma independiente, garantizando la transparencia y la no discriminación hacia todos los usuarios de la red. Esto no solo es relevante para las decisiones operativas del día a día de los TSOs, sino también por sus decisiones de inversión estratégicas. La atención del documento se centra en la aplicación de las normas de separación de la propiedad. De acuerdo con la experiencia de la Comisión Europea en la aplicación de las reglas de separación de propiedad esta cuestión puede surgir, por ejemplo, en caso de que la compañía matriz de un TSO tenga al mismo tiempo participación en ciertas actividades de generación, producción y/o suministro<sup>(16)</sup>.

<sup>(15)</sup> *Commission Staff Working Document. Ownership Unbundling. The commission's practice in assessing the presence of a Conflict of interest including in case of financial investors (8.5.2013 SWD (2013) 177 final).*

[https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/swd\\_2013\\_0177\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/swd_2013_0177_en.pdf),

<sup>(16)</sup> «The Electricity Directive and the Gas Directive of the Third energy package have introduced a structural separation between transmission system operator activities on the one hand, and generation, production and supply activities on the other hand. The aim of these provisions on "unbundling" of networks is to avoid conflicts of interest and to make sure that transmission system operators ("TSOs") take their decisions independently, ensuring transparency and nondiscrimination towards all network users. This is not only relevant for the day-to-day operational decisions of TSOs, but also for their strategic investment decisions.

The present document highlights the Commission's practice in dealing with certain aspects of the rules on unbundling of TSOs, as laid down in the Electricity and Gas Directives. The focus is on the application of the rules on ownership unbundling. In particular, the issue is addressed how the rules on ownership unbundling as set out in Article 9 of the Directives are to be applied in situations where a shareholder in a TSO also has participations in generation, production and/or supply activities, while it can be demonstrated that in the specific circumstances of the case there is no incentive for this shareholder to influence the decision making in the TSO with the intention to favour his generation, production and/or supply activities to the detriment of other network users».

Pues bien, a los efectos de las prohibiciones antes señaladas por la normativa de separación de actividades, estas son las circunstancias concurrentes, según lo que antes se ha expuesto:

Enagás, es accionista único de Enagás Transporte, SAU, empresa certificada como gestor de la red de transporte y en consecuencia, ejerce control sobre el gestor de la red de transporte. Adicionalmente, de acuerdo con la nota interpretativa de la Comisión Europea sobre la Directiva 2009/72/CE en relación al régimen de separación de actividades, la comunicación de la comisión en materia de competencia sobre el control de las concentraciones entre empresas, y vistos los estatutos y la estructura de propiedad que presenta la sociedad UNUE, Enagás, SA, ejerce control sobre la actividad de producción de manera indirecta, a través de filiales interpuestas, lo que supone un incumplimiento de los requisitos de separación de actividades recogido en el artículo 63.3 apartados a) 1, a) 2 y b).

De acuerdo con lo expuesto, en el marco actual de las actividades realizadas por Enagás, la participación de Enagás en actividades de producción y en la gestión de la red de transporte de manera simultánea genera una situación de potencial desigualdad entre los usuarios de la red que podría dar lugar a un trato discriminatorio con el fin de favorecer las actividades de producción en las que Enagás participa. La Directiva 2009/73/CE es clara a este respecto y expone, en varios de sus considerandos, la necesidad de imponer requisitos relativos a la separación de actividades reguladas y no reguladas con el fin de eliminar los incentivos a que empresas verticalmente integradas discriminen a sus competidores en lo que se refiere al acceso a la red y a la inversión. Si bien Enagás participa exclusivamente en el proceso de producción de biometano y son otras las empresas encargadas de realizar la nominación, inyección en la red y comercialización del gas producido, su participación en el proyecto podría condicionar su toma de decisiones en relación a sus redes, como, por ejemplo, en relación con la información y/o las decisiones de refuerzo de sus redes que favorezcan el proyecto de producción en el que participa. Por otro lado, si bien la inyección físicamente se realiza en una red de distribución, en un sistema gasista que funciona bajo un modelo «virtualizado» como es el español, la inyección se considera realizada en el punto virtual de balance (PVB), en el que se encuentran agrupadas tanto las redes de transporte como las de distribución.

Por otro lado, según indica Enagás, el tamaño del proyecto supone el 0,0056% de la demanda de gas natural en España en 2020 por lo que considera que el proyecto «no influye en el mercado gasista español». Aunque, dado el pequeño tamaño del proyecto, a día de hoy la influencia que pudiera tener en el mercado no parezca relevante, debe recordarse que el objetivo de la normativa es evitar una situación en que una empresa matriz que tiene cierta influencia sobre un productor, incluso mínima, pueda nombrar a los miembros de la junta de un TSO, tal como ha interpretado la Comisión Europea<sup>(17)</sup>.

<sup>(17)</sup> Citado documento de trabajo sobre «El régimen de separación», de 22 de enero de 2010, relativo a la interpretación por la Comisión Europea del artículo 9.1.c) la Directiva 2009/73/CE.

Adicionalmente, a pesar del pequeño tamaño del proyecto que se indica, según el informe de gestión consolidado del Grupo Enagás correspondiente al ejercicio finalizado a 31 de diciembre de 2020, Enagás se encuentra impulsando más de 45 proyectos de descarbonización, hidrógeno verde y biometano, junto a diversas empresas españolas. Si bien se trataría de proyectos incipientes, vinculados al desarrollo de tecnología asociada a gases renovables, si en un futuro Enagás permaneciera en proyectos cuya actividad consistiera en la producción efectiva de gases renovables, la consideración conjunta de aquellos proyectos que pudieran ir entrando en funcionamiento efectivo agravaría el posible conflicto de interés para Enagás Transporte, SAU.

Octavo. *Condiciones aplicables a los efectos de mantener la certificación de Enagás Transporte, SAU.*

En el contexto de las circunstancias expuestas, y para no limitar el ejercicio de Enagás, SA, como accionista único de Enagás Transporte, SAU, de designar a miembros del consejo de administración en el gestor de transporte, que ha de mantener su certificación con separación de propiedad, se deben imponer condiciones a Enagás.

A tal efecto el documento de trabajo de la Comisión Europea de 8 de mayo de 2013 sobre separación de la propiedad y acerca de la práctica de la Comisión Europea en la valoración de conflictos de intereses, incluyendo el caso de inversores financieros, interpreta que el artículo 9.2 no excluye que se disponga de meros derechos financieros relativos a una participación minoritaria, como el derecho a recibir dividendos, sin derechos de voto o de nombramiento asociados a tal participación.

En este sentido se deberá observar lo siguiente:

1. Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales, podrá nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de UNUE.

2. Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales podrá ejercer derechos de voto en la Junta General de UNUE.

3. Se habrá de remitir a la CNMC la siguiente información:

– Anualmente, información sobre las juntas generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

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

4. Enagás, SA, deberá remitir a la CNMC información sobre las siguientes cuestiones:

– Sobre los pactos que Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, suscriba con otros accionistas de UNUE.

– Sobre su participación o la de cualquiera de sus filiales, en actividades de producción y/o suministro.

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.

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

## Resuelve

Único.

Mantener la certificación de Enagás Transporte, SAU, como gestor de la red de transporte, sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales, podrá nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de UNUE.

2. Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales podrá ejercer derechos de voto en la Junta General de UNUE.

3. Se habrá de remitir a la CNMC la siguiente información:

– Anualmente, información sobre las juntas generales celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

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

4. Enagás, SA, deberá remitir a la CNMC información sobre las siguientes cuestiones:

- Sobre los pactos que Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, suscriba con otros accionistas de UNUE.
- Sobre su participación o la de cualquiera de sus filiales, en actividades de producción y/o suministro.

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 Enagás Transporte, SAU, a Enagás, SA, y a UNUE Gas Renovable, SL. Asimismo, será notificada a la Comisión Europea y al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. 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, la resolución será publicada en el BOE.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Madrid, 16 de junio de 2022.–El Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Miguel Bordiu García-Ovies.

### DICTAMEN DE LA COMISIÓN

de 6 de junio de 2022

**con arreglo al artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 715/2009 y al artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/73/CE – España – Certificación de Enagás Transporte, SAU, como gestor de la red de transporte de gas**

*(El texto en lengua española es el único auténtico)*

#### I. Procedimiento

El 24 de febrero de 2022, la comisión recibió una 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 3 del Reglamento (CE) n.º 715/2009<sup>(1)</sup> y con el artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/73/CE<sup>(2)</sup>, en relación con una resolución provisional sobre el mantenimiento de la certificación de Enagás Transporte, SAU, (en lo sucesivo «Enagás Transporte») como gestor de la red de transporte de gas.

<sup>(1)</sup> 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).

<sup>(2)</sup> 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).

De conformidad con el artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 715/2009 y con el artículo 10 de la Directiva 2009/73/CE, la comisión debe examinar la resolución provisional notificada y enviar a la autoridad reguladora nacional pertinente un dictamen

sobre su compatibilidad con los artículos 9 y 10 de la Directiva 2009/73/CE en un plazo de dos meses.

## II. Descripción de la resolución preliminar notificada

Enagás Transporte ya está certificada conforme al modelo de separación patrimonial. Esta certificación fue objeto de un dictamen de la comisión el 15 de junio de 2012<sup>(3)</sup>. Tras algunas adaptaciones, la CNMC aprobó y designó a Enagás Transporte como gestor de la red de transporte de gas. La notificación del Gobierno español relativa a la designación se publicó en el diario oficial el 16 de julio de 2015<sup>(4)</sup>.

<sup>(3)</sup> COM(2012) 4171 final.

<sup>(4)</sup> 2015/C 232/07 (DO C 232 de 16.7.2015, p. 11).

Enagás Transporte es la propietaria de la principal red de transporte de gas en España y filial al 100 % de Enagás, SA. Esto se establece en la legislación española, que también especifica que esas acciones no son transferibles a terceros y que otra filial al 100 % de Enagás, SA, Enagás GTS, SA, desempeña la función de gestor técnico del sistema gasista. Otros gestores de la red de transporte que forman parte del consorcio Enagás son la red de gas Saggas (objeto de un dictamen de la Comisión de 18.9.2013<sup>(5)</sup>) y la red de gas ETN [objeto de un dictamen de la comisión de 30.9.2013<sup>(6)</sup>], ambas certificadas como gestor de red independiente y gasoductos específicos o redes de gasoductos que conectan plantas de regasificación. Estos gestores de la red de transporte no se ven afectados por el presente proceso de certificación.

<sup>(5)</sup> COM(2013) 6165 final.

<sup>(6)</sup> COM(2013) 6448 final.

La revisión de la certificación de Enagás Transporte fue iniciada por Enagás, SA, mediante un escrito en el que notificaba a la CNMC su participación en el Proyecto UNUE, que consiste en el enriquecimiento del biogás generado por una empresa de gestión de residuos para la posterior inyección del biometano resultante en el punto virtual de balance a través de la red de distribución de gas. La inyección la realiza una empresa distinta denominada Axpo Iberia, empresa registrada en el listado de comercializadoras de gas de la CNMC. Todo el biometano producido se vende mediante un contrato bilateral a la empresa comercializadora de energía de los Países Bajos Renewable Energy Fuels B.V. (Refuels)<sup>(7)</sup>.

<sup>(7)</sup> <https://www.refuels.nl/>.

El titular del proyecto es la empresa UNUE Gas Renovable, SL, participada por dos socios: el 51 % de las acciones está en manos de Suma Capital<sup>(8)</sup>, un gestor de inversiones independiente. El 49 % de las acciones pertenece a Bioengás Renovables, SL, cuyo accionista único es Enagás Renovable, SL, de la que Enagás, SA, es titular al 100 %.

<sup>(8)</sup> <https://sumacapital.com>.

Enagás, SA, considera que su participación no presenta conflicto de intereses para Enagás Transporte y que no altera ni pone en cuestión la realización de la actividad de Enagás Transporte como gestor de la red de transporte de manera independiente, transparente y no discriminatoria sobre todos los usuarios de la red: Enagás Transporte no tiene participación en UNUE, la inyección del biometano se efectúa en la red de distribución, no en la red de transporte, y el volumen de biometano producido es bajo en relación con el sistema global de gas natural, pues representa solo el 0,0056 % de la demanda actual.

Sin embargo, la CNMC concluye que se requieren cambios en la participación de Enagás, SA, en UNUE para mantener la certificación actual de Enagás Transporte como gestor de la red de transporte de gas.

La CNMC considera que no cabe duda de que Enagás, SA, como accionista único, controla Enagás Transporte. Además, Enagás, SA, tiene una participación indirecta del 49 % en UNUE, empresa que produce gas en forma de biometano y lo vende. Por lo tanto, Enagás, SA, simultanea el control de un gestor de la red de transporte con, al menos, el ejercicio de los derechos pertinentes en una empresa que realiza cualquiera de las funciones de producción o suministro. La CNMC concluye que Enagás, SA, incluso ejerce control sobre UNUE.

Por tanto, a fin de mantener la certificación de Enagás Transporte como gestor de la red de transporte de gas en el modelo de separación patrimonial, la CNMC tiene previsto exigir que Enagás, SA, renuncie a los derechos pertinentes en UNUE, concretamente que cumpla las condiciones siguientes:

- Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales podrán nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de UNUE;
- Ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales podrán ejercer derechos de voto en la Junta General de UNUE.

Para verificar el cumplimiento de esas condiciones, la CNMC tiene previsto exigir a Enagás, SA, que presente información detallada tras el nombramiento de cualquier nuevo miembro del consejo de administración y, con carácter anual, sobre las juntas generales. La CNMC también tiene previsto exigir a Enagás, SA, que le presente información sobre los pactos suscritos por Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, con otros accionistas de UNUE y sobre la participación de Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, en actividades de producción o suministro.

La CNMC observa que no existen coincidencias entre UNUE y Enagás Transporte en lo que respecta a las personas que ocupan puestos de administradores o cargos sociales en consejos u órganos similares. Así, se sigue cumpliendo este requisito con arreglo a la legislación aplicable en materia de separación.

Sobre esta base, la CNMC presentó su resolución provisional a la comisión solicitando un dictamen.

### III. Observaciones

Sobre la base de la presente notificación, la comisión formula las siguientes observaciones sobre la resolución provisional.

El artículo 9, apartado 1, letra b), inciso ii), de la Directiva 2009/73/CE 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. De conformidad con el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2009/73/CE, tales derechos incluirán, en particular, la facultad de ejercer derechos de voto y la facultad de nombrar miembros en los consejos de administración u otros órganos que representen legalmente a una empresa. Con la estructura actual de UNUE, no cabe duda de que Enagás, SA, puede ejercer tales derechos. La CNMC también demuestra de forma convincente que Enagás, SA, ejerce control sobre UNUE.

Por lo tanto, la comisión está de acuerdo con la posición de la CNMC de que solo es posible mantener la certificación de Enagás Transporte como gestor de la red de transporte controlado por Enagás, SA, si Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, deja de tener la posibilidad de ejercer los derechos antes mencionados en UNUE. Las condiciones previstas por la CNMC parecen adecuadas para garantizar el cumplimiento de los requisitos de las normas de separación de conformidad con la Directiva 2009/73/CE.

Como menciona la CNMC en su resolución provisional, el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2009/73/CE no excluye, en efecto, la tenencia de derechos puramente financieros relacionados con una participación minoritaria, como el derecho a recibir dividendos, siempre que dicha participación no esté vinculada a derechos de voto o de nombramiento.

Por lo que se refiere al argumento de Enagás, SA, de que su participación en UNUE no provoca conflicto de intereses para Enagás Transporte, la comisión desea señalar sus explicaciones en dictámenes anteriores<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Por ejemplo, el dictamen de la comisión de 29 de mayo de 2020 de conformidad con el artículo 51, apartado 1, del Reglamento (UE) 2019/943 y los artículos 52, apartado 6, y 53, apartado 6, de la Directiva (UE) 2019/944 – Reino Unido – Certificación de TC Beatrice OFTO Limited como gestor de la red de transporte de electricidad [C(2020) 3623 final] y el dictamen de la comisión de 10.11.2020 de conformidad con el artículo 51, apartado 1, del Reglamento (UE) 2019/943 y a los artículos 52, apartado 6, y 53, apartado 6, de la Directiva (UE) 2019/944 – Reino Unido – Certificación de Diamond Transmission Partners Hornsea One Limited como gestor de la red de transporte de electricidad [C(2020) 7745 final].

La comisión considera que el medio con el cual el legislador perseguía el objetivo de eliminar cualquier conflicto de intereses entre los generadores/productores y los proveedores, por una parte, y los gestores de la red de transporte, por otra, supone proporcionar una solución estructural al problema de que los propietarios de infraestructuras de electricidad o gas puedan utilizar tal propiedad de la infraestructura (que constituye un monopolio natural o una «instalación esencial») para favorecer su propia actividad de producción o suministro. El régimen de separación con arreglo a la legislación de la Unión tiene por objeto evitar tales prácticas y ha sustituido el régimen anterior de medidas de comportamiento (notificación, control posterior) por una separación estructural entre las actividades de generación/suministro y la propiedad o explotación de la infraestructura de red, lo que excluye la posibilidad de utilizar la infraestructura para influir en la competencia.

Por lo tanto, las excepciones a la aplicación estricta de las normas de separación de la Unión deben limitarse a los casos en que, debido a la ausencia inequívoca de incentivos y a la capacidad de un accionista de un gestor de la red de transporte de influir en la toma de decisiones de dicho gestor de manera que favorezca sus intereses de generación o suministro en detrimento de otros usuarios de la red, resulte desproporcionado prohibir a las personas que inviertan en un gestor de la red de transporte. El documento de trabajo de los servicios de la comisión, de 8 de mayo de 2013, titulado «Ownership Unbundling: The Commission's practice in assessing a conflict of interest including in the case of financial investors<sup>(10)</sup> [«Separación patrimonial: práctica de la comisión en la evaluación de un conflicto de intereses, incluso en el caso de los inversores financieros» (documento en inglés)], se basaba en la hipótesis de que estos casos se referirían principalmente a sociedades de cartera activas a escala mundial que poseen, entre otras cosas, un gestor de la red de transporte y un productor o proveedor de energía, ambos situados en continentes distintos, o a inversores financieros cuya estrategia de inversión suele implicar inversiones tanto en activos de generación de energía renovable como en infraestructuras de transporte de la red, por ejemplo, la conexión de un parque eólico marítimo a la red terrestre, con miras a beneficiarse de ingresos regulados.

---

<sup>(10)</sup> SWD(2013) 177 final.

Enagás, SA, no es una sociedad de cartera activa a escala mundial que, casualmente, tenga como filial, entre otros, a un gestor de la red de transporte o a un inversor financiero que busque oportunidades de inversión para sus clientes. Se trata de una entidad creada en virtud del Derecho español como sociedad matriz del gestor de la red de transporte de gas nacional, que ahora tiene la intención de diversificarse hacia las actividades de producción y suministro, actividades que incluso tienen lugar en el mismo

país. Por lo tanto, el presente asunto no es comparable a los casos abordados en el documento de trabajo de los servicios de la comisión antes citado.

Supervisión continua.

La comisión recuerda la obligación establecida en el artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2009/73/CE de que las autoridades reguladoras supervisen que los gestores de la red de transporte sigan cumpliendo los requisitos de separación establecidos en esa misma directiva.

La comisión invita a la CNMC a que siga supervisando el caso también después de que se adopte la resolución final respecto a la certificación, a fin de asegurarse de que no se produzcan nuevos hechos que justifiquen un cambio en la evaluación.

#### IV. Conclusión

Por disposición del artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 715/2009, es preciso que, al adoptar su resolución final respecto a la certificación de Enagás Transporte, la CNMC tenga en cuenta en la máxima medida posible las observaciones de la comisión arriba expuestas y que, cuando adopte dicha resolución final, la notifique a la comisión.

El presente dictamen de la comisión se entiende sin perjuicio de las observaciones que esta pueda dirigir a las autoridades reguladoras nacionales del Estado miembro sobre otras resoluciones provisionales de certificación notificadas; también se entiende sin perjuicio de las observaciones que pueda dirigir a las autoridades de los Estados miembros responsables de la transposición de la legislación de la Unión en relación con la compatibilidad de las medidas nacionales de aplicación con el Derecho de la Unión.

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 Unión y nacional sobre el secreto comercial, el presente documento contiene información confidencial que desea sea suprimida antes de su publicación.

Hecho en Bruselas, el 6 de junio de 2022.