

III. OTRAS DISPOSICIONES

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

19607 *Resolución de 10 de noviembre de 2022, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la certificación de Enagás Transporte, SAU, con respecto a la participación de Enagás, SA, en un proyecto de desarrollo de una planta de generación de hidrógeno verde.*

CERT/DE/001/22

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:

I. 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 hidrógeno verde.*

El 21 de marzo de 2022 se recibió en el registro de la CNMC escrito de esa misma fecha de Enagás, SA (Enagás), por medio del cual se informa sobre la puesta en operación del Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, 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.

En el escrito se señala 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. Indica asimismo que 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 así de este modo el cumplimiento de los compromisos del Gobierno en el proceso de transición energética.

Se expone que «el Proyecto contempla el desarrollo de una planta de generación de hidrógeno verde a partir de energía renovable fotovoltaica» que será destinado para múltiples aplicaciones en la isla de Mallorca. Se indica que parte del hidrógeno se

transportará a través de un hidroduto que la sociedad Redexis prevé construir, lo que permitirá su inyección en la red de distribución de gas natural que dicha compañía dispone en la isla.

Enagás considera que la puesta en operación del Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca «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».

Asimismo, señala que, con el objeto de que la CNMC pueda realizar una evaluación adecuada (case-by-case) en relación con la existencia de riesgo de conflicto de intereses con la actividad realizada por Enagás Transporte, como TSO, tal y como propone la Comisión Europea en su documento de trabajo de 8 de mayo de 2013, se solicita que tenga en cuenta que:

«- El Proyecto no es desarrollado o participado por Enagás Transporte, SAU.

- No impacta en el funcionamiento del mercado de gas natural y tiene nula influencia en el precio de la commodity o en las reglas del mercado del gas natural, entre otras cuestiones por el reducido volumen de energía que se prevé producir, aproximadamente 300 Tn/año, de las cuales algo menos de la mitad (145 Tn/año) se inyectarían en la red de distribución de gas para su consumo en blending al 2 % con el gas natural.

- No impacta en las condiciones de acceso a las instalaciones de Enagás Transporte, SAU, no solo porque el transporte de esa reducida cantidad de hidrógeno se realizaría mediante un hidroduto titularidad de un tercero ajeno a Enagás y que posteriormente se inyectaría sobre una red de distribución (también ajena a la actividad que realiza Enagás Transporte, SAU), sino porque se realiza bajo las reglas establecidas por la Circular 8/2019, de 12 de diciembre, de la CNMC, por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural.

- El desarrollo y puesta en operación del Proyecto ha sido apoyado por diferentes Administraciones públicas y ha obtenido subvenciones tanto de la Comisión europea como del IDAE.⁽¹⁾

⁽¹⁾ EPE Instituto para la Diversificación y el Ahorro de la Energía (IDAE) es un organismo adscrito al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

Enagás adjunta a su escrito un documento explicativo sobre el Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, que incluye los acuerdos suscritos a los fines de desarrollo del proyecto, el cual se lleva a cabo por la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL (Power to Green Hydrogen Mallorca).

Finalmente, solicita a la CNMC «que, habiendo presentado este escrito y sus anexos, lo admita y, en su virtud lo tenga en consideración a los efectos oportunos y 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».

Tercero. *Solicitud de información adicional.*

Con fecha de 1 de junio de 2022 la CNMC puso a disposición de Enagás y Enagás Transporte la notificación telemática de un requerimiento de información adicional, de la misma fecha, en relación con el Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, con la finalidad de analizar el cumplimiento de los requisitos de separación de actividades en relación con la certificación de los gestores de redes de transporte, ofreciendo el plazo de 10 días hábiles para remisión de la información solicitada, según el artículo 73.1 de la Ley 39/2015.

Con fecha 14 de junio de 2022 tuvo entrada en el registro telemático de la CNMC el escrito de Enagás, de fecha 13 de junio de 2022, solicitando ampliación de plazo por el

tiempo máximo permitido del plazo inicialmente otorgado, conforme al artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De conformidad con el citado artículo 32 y en el ejercicio de las competencias atribuidas a la Directora de Energía por el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, con fecha 15 de junio de 2022, se puso a disposición telemática del interesado la notificación de no concesión de ampliación de plazo adicional requerida.

Con fecha 16 de junio de 2022, tuvo entrada en el registro telemático de la CNMC la respuesta de Enagás al requerimiento de información adicional.

Cuarto. Reconocimiento de condición de interesado.

Con fecha 2 de junio de 2022, la CNMC remitió escrito, de 1 de junio de 2022, a la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, informándole de la recepción de la notificación recibida de Enagás sobre la puesta en marcha del Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, en los términos anteriormente descritos. Asimismo, se le informó que el nuevo procedimiento de certificación originado por tal comunicación –atendiendo a lo dispuesto en el artículo 63.bis 2 de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos– podría afectar a la certificación de Enagás Transporte, SAU (Enagás Transporte), y, en tanto la eventual imposición de condiciones a Enagás como resultado del procedimiento de certificación pudiera afectar a los intereses de Power to Green Hydrogen Mallorca se le reconocía la condición de interesado en el procedimiento, de conformidad con el artículo 4.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Quinto. Trámite de audiencia.

Mediante escritos de 21 de junio de 2022 se puso de manifiesto el procedimiento a Enagás, Enagás Transporte y Power to Green Hydrogen Mallorca, 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, SA, mediante escrito de fecha 5 de julio de 2022 y misma fecha de entrada en el Registro telemático de la CNMC, cuyo contenido se describe y analiza en el apartado séptimo y octavo de los fundamentos de derecho de esta resolución. En síntesis, Enagás manifestó haber acordado la venta del 30 % del capital social de Enagás Renovable a favor del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, indicando como fecha de efectividad de la misma el 20 de julio de 2022. ENAGÁS señaló asimismo su intención de renunciar al nombramiento de consejeros y al ejercicio de votos en la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca. A tal fin, adjuntó cartas de renuncia de los consejeros de forma irrevocable con fecha de efectos 20 de julio, así como un Pacto de Socios entre Enagás y Clean H2 Infra Fund según el cual esta última sociedad será quien designará a los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca.

Sexto. 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.

Séptimo. Resolución Provisional.

El 14 de julio de 2022, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó la Resolución Provisional sobre la certificación de Enagás Transporte, SAU, con respecto a la

participación de Enagás, SA, en un proyecto de desarrollo de una planta de generación de hidrógeno verde.

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. La renuncia irrevocable, con fecha de efecto 20 de julio de 2022, de sus correspondientes cargos por parte de los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados a propuesta de Enagás Renovable, SLU.

2. La designación del representante de Enagás Renovable, SLU, por Clean H2 Infra Fund SLP, en exclusiva, comprometiéndose Enagás, SA, de forma irrevocable, a votar en el sentido que indique Clean H2 Infra Fund SLP, en relación con la referida propuesta.

3. Cumplimiento de las disposiciones previstas en el apartado 6.7 del Pacto de socios remitido por Enagás, SA, a la CNMC y que se firmará entre Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU, y Clean H2 Infra Fund SLP, el 20 de julio de 2022 cuando se materialice la operación:

- Las resoluciones relativas al nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, a efectos de la adopción de las decisiones que le correspondan como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, corresponderán a la Junta General de Accionistas;

- En relación con el nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como para la destitución de dicho representante o representantes y su sustitución, se establece que el borrador de la propuesta de acuerdo a someter a la aprobación de la Junta General de Accionistas corresponderá exclusivamente a Clean H2 Infra Fund SLP, comprometiéndose Enagás, SA, irrevocablemente a votar según lo indicado por Clean H2 Infra Fund SLP, en relación con tal propuesta;

- El representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como los miembros del consejo de administración designados por dicho representante serán independientes del Grupo Enagás.

- El Consejo de Administración de Enagás Renovable, SLU, adoptará todos los acuerdos necesarios para ejecutar y formalizar el nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, decidido por la Junta General de Accionistas y permitir que dicho representante actúe como tal.

4. Cumplimiento efectivo del compromiso de facilitar a la CNMC, a partir de la fecha de materialización de la entrada en el accionariado de Enagás Renovable, SLU, del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, la documentación societaria relevante con los nombramientos señalados anteriormente, «evidenciando que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL; ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración».

5. Enagás, SA, habrá de remitir a la CNMC la siguiente información:

– Anualmente, información sobre las Juntas Generales de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las medidas propuestas por Enagás, SA.

– Una vez que tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, se habrá de remitir información detallada que dé cuenta y permita comprobar el cumplimiento de los compromisos de independencia presentados por Enagás, SA, en relación con el nuevo nombramiento.

– Una vez que tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, se habrá de remitir información detallada que dé cuenta y permita comprobar el cumplimiento de los compromisos de independencia presentados por Enagás, SA, en relación con el nuevo nombramiento.

6. 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 la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como sobre cualquier modificación que afecte al Pacto de Socios de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, firmado en diciembre de 2021, en vigor a la fecha de la presente resolución.

– Sobre los pactos que Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, suscriba con otros accionistas de Enagás Renovable, SLU, así como sobre cualquier modificación que afecte al Pacto de socios entre Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU, y el fondo Clean H2 Infra Fund SLP, facilitado a la CNMC y pendiente de firma.

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

Las condiciones anteriores quedan supeditadas a la materialización efectiva de la operación de concentración que tendrá como consecuencia la entrada en el accionariado de Enagás Renovable, SLU, del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, con una participación del 30 por ciento en su capital social, prevista con fecha 20 de julio de 2022.

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, sin perjuicio, igualmente, de que futuras modificaciones de la normativa en vigor pudieran afectar a la vigencia de tales condiciones, en cuyo caso se someterán a revisión.

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 ésta emitiera su dictamen preceptivo.

Octavo. *Dictamen de la Comisión Europea.*

El 14 de septiembre de 2022 se recibió en el registro de la CNMC el dictamen de la Comisión Europea adoptado en fecha 13 de septiembre de 2022, en relación con el presente procedimiento de certificación.

En su dictamen, la Comisión Europea, coincide con el criterio expresado en la resolución provisional de la CNMC, formulando ciertas observaciones sobre la misma, entre las que se destaca:

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

Las observaciones de la Comisión se presentan partiendo del supuesto de que los cambios anteriormente descritos en la estructura de propiedad de Enagás Renovable se llevan a cabo, según lo previsto, a más tardar antes de la adopción de la decisión final de certificación de la CNMC, proporcionando la base para las medidas relacionadas con la gobernanza empresarial antes mencionadas.

La Comisión coincide con la CNMC en que, sin la aplicación de estas medidas, Enagás Transporte incumpliría los requisitos de separación de conformidad con el artículo 9, apartado 1, letra b), inciso ii), de la Directiva 2009/73/CE.

(...)

Sin los cambios anunciados en la gobernanza empresarial de Enagás Renovable, Enagás, SA, la empresa matriz de la red de transporte de gas (Enagás Transporte), ejercería indirectamente tales derechos, o incluso controlaría Power to Green Hydrogen Mallorca, una empresa activa en la producción y el suministro.

(...)

La Comisión observa que, según el informe anual de 2021 del Grupo Enagás y, tal y como se recoge en la resolución provisional sobre la certificación, el grupo Enagás participa en 55 proyectos de hidrógeno o biometano. Sin embargo, las disposiciones del pacto de socios entre Enagás, SA, y Hy24 presentadas en la resolución provisional notificada por la CNMC solo se refieren al proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca. En cualquier caso, será importante que no solo se renuncie de iure a los derechos que no se ajustan a los requisitos de separación del artículo 9 de Directiva 2009/73/CE (en el pacto de socios entre Enagás, SA, y Hy24), sino que tampoco se ejerzan en la práctica. Habida cuenta de los intereses de Enagás, SA en múltiples proyectos de producción y suministro de hidrógeno y biometano, el control del cumplimiento de las normas de separación podría ser bastante complejo y exigir muchos recursos. Aunque la Comisión está de acuerdo con la resolución provisional sobre la certificación tal y como ha sido notificada, la CNMC debería investigar si es necesaria una solución más universal y posiblemente estructural para hacer frente a la situación en la que Enagás, SA, como empresa matriz de un gestor de la red de transporte de gas, participa en actividades de producción y suministro, en lugar de soluciones específicas para cada uno de los múltiples proyectos que puedan entrar en conflicto con las normas de separación.

Supervisión continua.

La Comisión recuerda la obligación establecida en el artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2009/73/CE de que las autoridades regulatorias supervisen que los gestores de la red de transporte siguen 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.»

Noveno. *Escritos de Enagás posteriores a la resolución de certificación provisional.*

Con posterioridad a la certificación provisional, Enagás presentó sendos escritos con los que, según indicaba, pretendía dar cumplimiento al contenido de las medidas establecidas en la Resolución de 14 de julio de 2022 sobre certificación provisional.

El 21 de julio de 2022 tuvo entrada en el Registro telemático de la CNMC un escrito de Enagás, SA, del día anterior, en el que manifestó que, a la vista de la citada Resolución provisional de 14 de julio de 2022, en la que la CNMC sujeta el

mantenimiento de la certificación al cumplimiento de determinadas condiciones, en cumplimiento de las mismas, procedía a notificar a la CNMC lo siguiente:

1. Que con fecha 20 de julio de 2022 había tenido lugar el traspaso efectivo de la titularidad de las participaciones sociales de Enagás Renovable a favor de Clean H2 Infra Fund SLP y

2. Que con fecha 20 de julio de 2022 había tenido lugar la renuncia efectiva de los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados por Enagás.

Enagás, añadió que «En cumplimiento de la condición 4 de la Resolución Provisional (REF. CERT/DE/001/22) Enagás facilitará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a partir de la presente fecha, la documentación societaria relevante relativa al nombramiento del representante de Enagás Renovable, SL, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca y, al nombramiento de los nuevos consejeros designados en dicha sociedad, evidenciando que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL; ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración».

De conformidad con lo recién expresado, con fecha 24 de octubre de 2022 tuvo entrada el escrito de Enagás, de esa misma fecha, poniendo de manifiesto lo siguiente:

– Que con fecha 22 de septiembre de 2022 la Junta General Extraordinaria de Enagás Renovable, SL, ha aprobado la designación de don Santiago Varela Ullastres y de don Ángel Francisco Truchero Angulo para que cualesquiera de ellas, solidariamente, actúe como representante persona física de Enagás Renovable, SL, para ejercer las facultades correspondientes a la condición de socio de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, previa propuesta de designación por parte de H2 Investments Spain, SLU, de conformidad con la cláusula 6.7 del Pacto de socios de la Sociedad, firmado con fecha 20 de julio de 2022, al que posteriormente se adhirió Pontegadea Inversiones, SL.⁽²⁾

⁽²⁾ En el Acta de la Junta, se indica la asistencia a la misma de todos los socios, concretamente, Enagás, SA, con una participación del 65 por ciento, H2 Investments Spain, SLU, con una participación del 30 por ciento y Pontegadea Inversiones, SL, con el 5 por ciento restante.

Respecto del accionariado de Enagás Renovable, con fecha 19 de octubre de 2022, la empresa pública Navantia ha adquirido un 5 por ciento del capital social de esta sociedad, de manera que tras esta operación, Enagás mantiene el 60 por ciento del capital social de Enagás Renovable, Hy24 el 30 por ciento y las sociedades Pontegadea y Navantia participan con un 5 por ciento cada una.

<https://www.enagas.es/es/sala-comunicacion/actualidad/notas-prensa/2022-10-19-np-navantia/>

– Que con fecha 27 de septiembre de 2022 el Consejo de Administración de Enagás Renovable, SL, aprobó el otorgamiento de poderes de representación a favor de las personas designadas, para que cualesquiera de ellos, solidariamente, puedan representar a esta sociedad como socio de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL;

– Que con fecha 11 de octubre de 2022 la Junta General de socios de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, ha aprobado la aceptación de la renuncia –con efecto 20 de julio de 2022– presentada por los anteriores consejeros de la sociedad designados por Enagás⁽³⁾ y que fue notificada a la CNMC con fecha 5 de julio de 2022, así como el nombramiento como consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, de las personas que han sido designadas para actuar, cualquiera de ellas solidariamente, como representante persona física de Enagás Renovable, SL, como socio de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL y

⁽³⁾ Don Luis Iglesias Rodríguez y don Antonio Martínez Rodríguez.

Asimismo, en su escrito, Enagás manifiesta que los nuevos nombramientos evidencian que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración, dando por cumplidas las condiciones recogidas en la Resolución Provisional.

II. 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 de la Ley 34/1998 (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 natural.

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 (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 quater.»

De este modo, las empresas propietarias de instalaciones de la red 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 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 Ministerio 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 ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ 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.»

El artículo 54 de la Ley de Hidrocarburos, sobre el régimen de actividades, extiende a los gases renovables la aplicación de las disposiciones que afectan al gas natural⁽⁵⁾. En particular, en su apartado tercero establece 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⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Asimismo, el Real Decreto 376/2022, de 17 de mayo, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad y de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de los biocarburantes, biolíquidos y combustibles de biomasa, así como el sistema de garantías de origen de los gases renovables, recoge en su artículo 2.º la definición de gas renovable incluyendo al hidrógeno renovable: «22. "Gas procedente de fuentes renovables" o "Gas renovable": gas combustible procedente de fuentes renovables, aplicable al hidrógeno renovable, al biogás y a cualquier otro gas de origen renovable que se determine por resolución de la persona titular de la Secretaría de Estado de Energía; (...)».

⁽⁶⁾ 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.

Esta interpretación del artículo 54 de la Ley de Hidrocarburos ha sido recogida por la CNMC en su «Resolución definitiva sobre la certificación de Enagás Transporte SAU. con respecto a la participación de Enagás, SA en un proyecto de enriquecimiento de biogás para la posterior inyección de biometano en la red de distribución de gas natural»⁽⁷⁾, aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en su sesión celebrada con fecha 16 de junio de 2022.⁽⁸⁾

⁽⁷⁾ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-1084

⁽⁸⁾ En relación con el alcance de la extensión del mencionado artículo 54 a los gases renovables resulta procedente citar el «Informe sobre la reglamentación actual y necesidades de desarrollo legislativo» (noviembre - 2019) elaborado por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en el marco del Subgrupo de trabajo sobre tecnologías del hidrógeno, que en su apartado 5 sobre «Transporte de Hidrógeno», señala la posibilidad de la extensión al hidrógeno de las Normas de Gestión Técnica del Sistema –cuyo objeto es recoger los

procedimientos de control de las entradas y salidas de gas natural hacia el sistema gasista nacional–atendiendo a la redacción del propio artículo 54 que contempla la adición de «otros gases» interpretación en línea con la señalada previamente:

Las NGTS actuales ya tienen en consideración las condiciones singulares de la inyección de gases en la red, relativas tanto a su calidad como a la medición para el balance del sistema. Aunque esa regulación actualmente está orientada a la introducción de biogás se podría extender a la introducción de hidrógeno puesto que se contempla la adición de otros gases».

Además, la normativa sectorial ya prevé la inyección de otros gases distintos del gas natural, recogiendo especificaciones de calidad, generales y particulares, del gas introducido en los puntos de entrada del Sistema Gasista: la Resolución de 8 de octubre de 2018, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifican las normas de gestión técnica del sistema NGTS-06, NGTS-07 y los protocolos de detalle PD-01 y PD-02, concreta para el hidrógeno una composición máxima del 5 ciento al definir las especificaciones de calidad del gas procedente de fuentes no convencionales introducido en el sistema gasista. Esta resolución modifica la Resolución de 21 de diciembre de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se modifica el protocolo de detalle PD-01 «Medición, Calidad y Odorización de Gas» que ya preveía tal límite.

Así, atendiendo a lo señalado, se concluye en la extensión de las disposiciones que afectan al gas natural también al hidrógeno renovable, comprendiendo las asociadas al procedimiento de certificación descrito, criterio compartido por la Comisión Europea a tenor del dictamen emitido.

De acuerdo con lo expuesto, y a tenor de la propia notificación de Enagás 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 ulteriores 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 (emitida con fecha 14 de julio de 2022), 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.*

Enagás informó sobre la puesta en operación del Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca señalando que el mismo contempla el desarrollo de una planta de generación de hidrógeno verde a partir de energía renovable fotovoltaica, siendo las plantas fotovoltaicas las que suministran electricidad al electrolizador para la producción de tal hidrógeno. Tal hidrógeno verde tendrá múltiples aplicaciones en la isla de Mallorca, como la generación de calor y energía para edificios comerciales y públicos y la creación de una estación de abastecimiento y suministro de combustible a flotas de autobuses, vehículos de transporte de mercancías y vehículos de alquiler de pila de combustible, así como la inyección a la red cuando estén en funcionamiento las instalaciones necesarias a tal fin.

Asimismo, indicó que la producción industrial de hidrógeno renovable en la planta se realizará de manera gradual y a medida que se encuentren disponibles las infraestructuras y equipamientos para su consumo dentro del Proyecto Green Hysland. Parte del hidrógeno verde se transportará a través de un hidroduto que la compañía Redexis tiene previsto construir y que permitirá que el hidrógeno pueda ser inyectado en la red de distribución de gas natural que dicha compañía dispone en la isla de Mallorca. Esta inyección podrá realizarse una vez se cumpla con las características de calidad del gas a inyectar en la red de distribución de gas natural, calidad establecida en la Resolución de 13 de marzo de 2006, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se establecen los protocolos de detalle de las Normas de Gestión

Técnica del Sistema Gasista, y en concreto, en el protocolo PD-01 «Medición, calidad y odorización de gas», que no permite la inyección de gases renovables con un contenido de hidrógeno superior al 5 % en volumen.

Señaló asimismo la empresa que una de las dos plantas fotovoltaicas asociadas al proyecto (concretamente, la planta ubicada en Lloseta), tras superar con éxito las pruebas de puesta en marcha que se iniciaron en diciembre de 2021, fue inaugurada oficialmente el día 14 de marzo de 2022.

Enagás adjuntó un documento explicativo del proyecto, del que se extractan las siguientes presentaciones que describen el procedimiento de generación y destino del suministro del hidrógeno, así como las instalaciones asociadas y su ubicación geográfica:

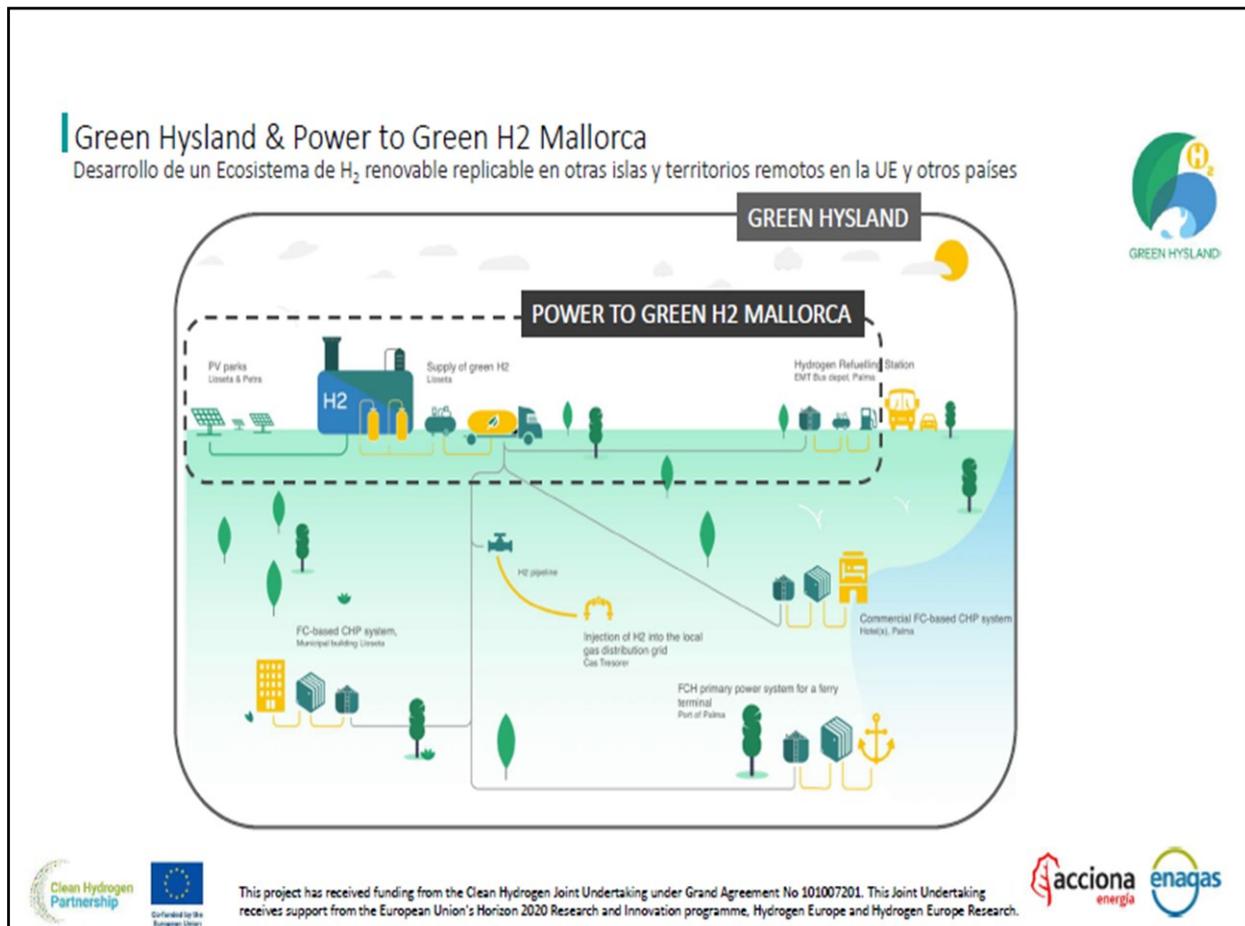


Figura 1: Documento explicativo del proyecto (Fuente: Enagás).

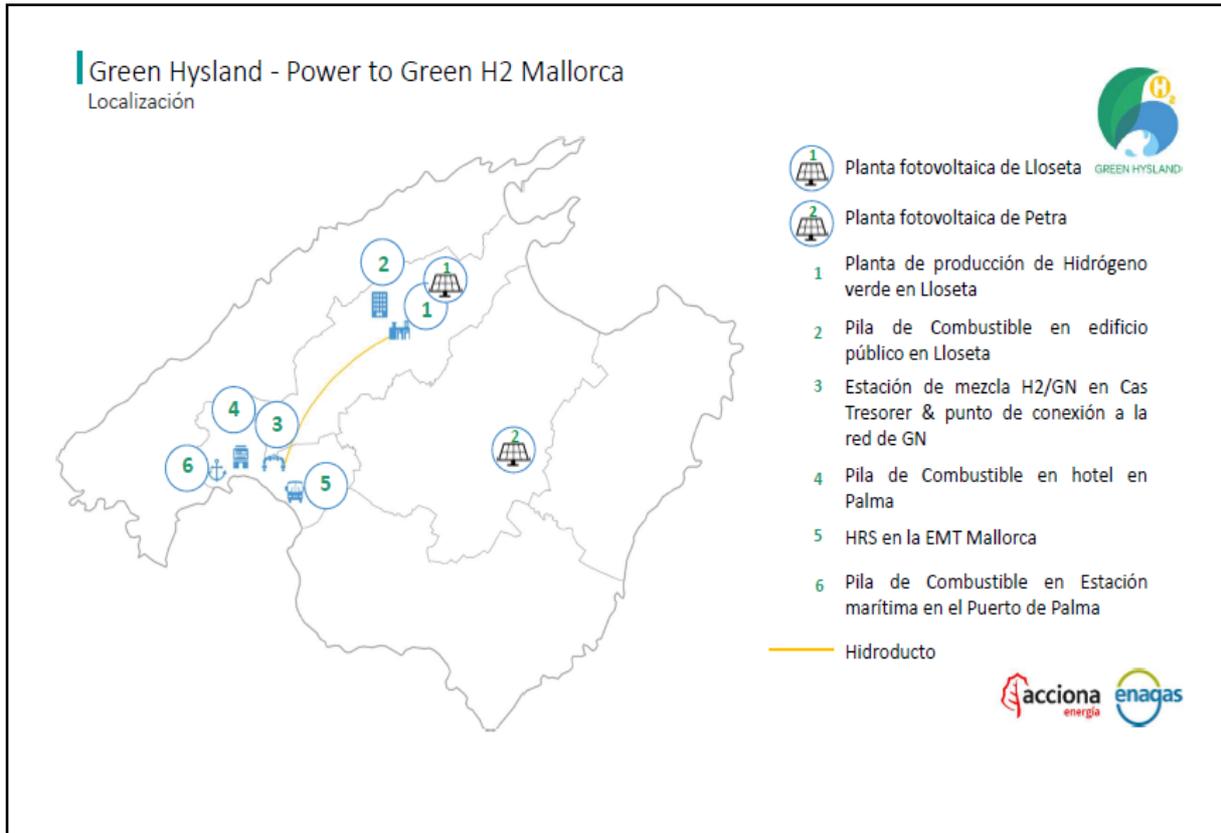


Figura 2: Instalaciones asociadas y ubicación geográfica (Fuente: Enagás).

Con respecto a la participación de Enagás en el proyecto se indicó en su escrito que «está siendo desarrollado por la sociedad Power To Green Hydrogen Mallorca, SL, en donde Enagás Renovable, SLU, dispone del 44 % de las participaciones sociales de la compañía».

En cuanto a la participación de Enagás en el capital social de Enagás Renovable, SLU (Enagás Renovable), procede señalar que, con fecha 7 de junio de 2022, la Comisión Europea emitió decisión favorable en relación con la operación de concentración por la que la sociedad HY24 SAS adquiere el control conjunto sobre Enagás Renovable, mediante la adquisición del 30 por ciento de su capital social⁽⁹⁾, habiéndose mantenido Enagás como accionista único hasta la materialización de la misma, y como accionista mayoritario (70 %) después de la materialización de dicho acuerdo el 20 de julio de 2022.

⁽⁹⁾ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202224/M_10700_8353137_116_3.pdf

Enagás aportó en su momento información según la cual el resto de los socios y su participación eran los siguientes⁽¹⁰⁾:

⁽¹⁰⁾ Respecto del accionariado de Enagás Renovable, con fecha 19 de octubre de 2022, la empresa pública Navantia ha adquirido un 5 por ciento del capital social de esta sociedad, de manera que tras esta operación, Enagás mantiene el 60 por ciento del capital social de Enagás Renovable, Hy24 el 30 por ciento y las sociedades Pontegadea y Navantia participan con un 5 por ciento cada una.

<https://www.enagas.es/es/sala-comunicacion/actualidad/notas-prensa/2022-10-19-np-navantia/>

- Acciona Generación Renovable, SLU, con una participación del 44 por ciento;
- EPE Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), con una participación del 8 por ciento y
- Cemex España Operaciones, SLU, con una participación del 4 por ciento.

Así, la estructura de propiedad de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, incluyendo las participaciones de Enagás en Enagás Transporte y Enagás GTS, SAU. (Enagás GTS), previo al cambio de situación de control de la sociedad Enagás Renovable derivado de la operación de concentración citada anteriormente, era la siguiente, según se reflejó en la certificación provisional:

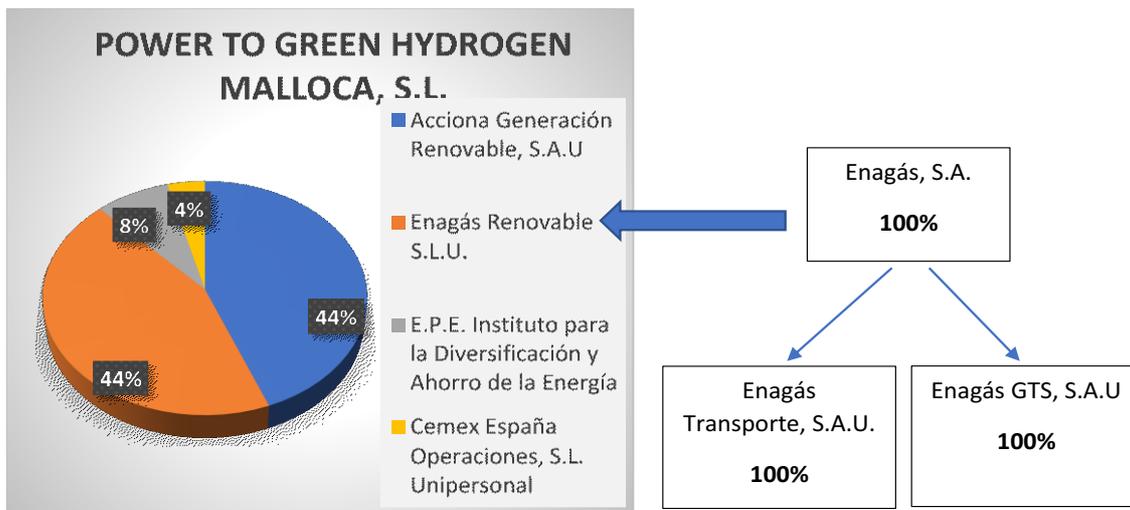


Figura 3: Estructura de la propiedad de Power to Green Hydrogen Mallorca (Fuente: elaboración propia).

Enagás manifestó que la puesta en operación del Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca no presentaba conflicto de interés para Enagás Transporte, SAU, empresa certificada como gestor de red independiente, señalando que «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 vista de todo ello, el procedimiento se refiere a la participación de Enagás en el Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, a fin de determinar si dicha participación justifica la imposición, en su caso, de nuevas condiciones. Este objeto 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».

El último apartado de esta fundamentación se dedicará al análisis de las medidas adoptadas por la empresa a fin de dar cumplimiento a las condiciones impuestas en la certificación provisional aprobada mediante Resolución de 14 de julio de 2022.

Quinto. Análisis de las actividades del Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca.

El Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca tiene como objeto el desarrollo de una planta de hidrógeno verde, generado a partir de energía fotovoltaica, que posteriormente tendrá múltiples aplicaciones, como la generación de calor y energía para edificios comerciales y públicos y la creación de una estación de abastecimiento y suministro de combustible a flotas de autobuses y vehículos de alquiler de pila de combustible. Así, el hidrógeno verde producido por esta planta será, en parte, inyectado en el sistema de distribución gasista.

A este respecto, Enagás informa que el hidroduto que conectará la planta de generación del hidrógeno verde con la red de gasoductos de la isla está previsto que sea construido por Redexis que ostentará su propiedad y confirma que se encuentra en fase de tramitación y que el mismo «no es parte del alcance del presente Proyecto; pues se trata de una iniciativa de Redexis que, si bien está incluida en el mismo paquete de subvenciones por parte de la Comisión Europea (a través de la Clean Hydrogen Partnership), su actividad comercial es independiente del Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, del que Enagás Renovable, SLU, forma parte».

Con respecto a la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, según consta en sus estatutos sociales, su objeto social consiste, entre otros, en:

«La explotación de recursos energéticos primarios mediante la gestión y explotación de (i) instalaciones de generación de electricidad a través de fuentes renovables de energía fotovoltaica y (ii) de instalaciones de generación de hidrógeno verde. La comercialización, venta y almacenamiento de la energía eléctrica generada a través de instalaciones de producción de electricidad por medio de fuentes renovables de energía. La producción, transporte, almacenamiento, entrega, venta y comercialización de hidrógeno verde y subproductos derivados del hidrógeno. La realización de actividades de carácter preparatorio o complementario a aquellas incluidas en el objeto social. Las actividades señaladas podrán llevarse a cabo bien directamente, de forma total o parcial por la Sociedad, o bien mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades o entidades, con sujeción en todo caso, a las prescripciones de las legislaciones sectoriales aplicables en cada momento y, en especial, al sector eléctrico o energético en general. (...)»

En relación con las actividades desarrolladas en el marco del proyecto analizado, Enagás ha confirmado que:

– Las dos plantas fotovoltaicas asociadas al proyecto se encuentran en funcionamiento⁽¹¹⁾, si bien, la producción no ha sido empleada para la generación de hidrógeno renovable (con la excepción de las pruebas de funcionamiento), estando previsto que la planta de producción de hidrógeno entre en operación comercial continua en el cuarto trimestre de 2022;

⁽¹¹⁾ Enagás señala que la planta fotovoltaica de Lloseta entró en funcionamiento con fecha 20 de mayo de 2022 y la planta ubicada en Petra el 26 de mayo de 2022.

– En cuanto al destino de la producción eléctrica asociada al proyecto, que la producción de Lloseta se destinará en su totalidad a la producción de hidrógeno y con respecto a la planta ubicada en Petra, el 84 por ciento de su producción se destinará a la planta de hidrógeno y el resto se verterá a la red;

– Que la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, (SPV -Special Purpose Vehicle- creada específicamente para el proyecto) «es titular tanto de las instalaciones de generación eléctrica renovable, así como de la planta de hidrógeno y se encargará de la comercialización de los excedentes de generación eléctrica»;

– En relación con el destino de la producción de hidrógeno verde generado hasta la fecha de la solicitud de información practicada por la CNMC, que ha sido consecuencia del proceso de pruebas de los distintos equipos que componen la instalación, no resultando de una operación comercial y continua de la planta. Dicha actividad se producirá una vez finalicen las pruebas de comisionado y puesta en servicio de la instalación y se comprometa además una demanda de hidrógeno verde estable, hecho que se estima ocurrirá dentro del cuarto trimestre de 2022 y

– Que no se ha iniciado la comercialización de hidrógeno verde atendiendo a lo señalado, estando previsto su inicio para el cuarto trimestre de 2022.

Así, Enagás expuso que las instalaciones de generación de hidrógeno renovable, a la fecha del escrito de respuesta, no estaban operativas mientras que las dos plantas fotovoltaicas estaban operativas y vertiendo a la red.

Por su parte, Enagás realiza las actividades de transporte por medio de su sociedad filial Enagás Transporte, 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» y, a través de su filial Enagás GTS, 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»⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Asimismo, el Real Decreto 376/2022, citado, prevé en su artículo 19 la creación de un sistema de garantías de origen aplicable a los gases renovables, siendo el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico la Entidad Responsable para el desarrollo y gestión del sistema del mismo, si bien, mediante la Disposición adicional segunda, se designa, de forma transitoria, al Gestor Técnico del Sistema Gasista (Enagás GTS) como Entidad Responsable del sistema de garantías de origen del gas procedente de fuentes renovables, mientras el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico no disponga de los medios humanos y materiales para ejercer sus funciones, implicando esta designación la asunción de la totalidad de las acciones y funciones que se establecen para el GTS en el artículo 19.

Dado que Enagás, empresa matriz del grupo Enagás, es por una parte, accionista único de Enagás Transporte, certificada como gestor de red de transporte, y por otra, hasta la fecha de materialización de la operación de concentración anteriormente señalada, accionista único de la sociedad Enagás Renovable, poseedora a su vez del 44 por ciento del capital social de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, cuyo objeto social incluye actividades de generación y suministro⁽¹³⁾, procede analizar si su participación cumple los requisitos de separación de actividades legalmente exigibles para que Enagás Transporte pueda mantener la certificación como gestor de la red de transporte bajo el modelo de separación patrimonial u «ownership unbundling».

⁽¹³⁾ En particular, «la explotación de recursos energéticos primarios mediante la gestión y explotación de (i) instalaciones de generación de electricidad a través de fuentes renovables de energía fotovoltaica y (ii) de instalaciones de generación de hidrógeno verde. La comercialización, venta y almacenamiento de la energía eléctrica generada a través de instalaciones de producción de electricidad por medio de fuentes renovables de energía. La producción, transporte, almacenamiento, entrega, venta y comercialización de hidrógeno verde y subproductos derivados del hidrógeno».

Debe aclararse que, como señala el dictamen de la Comisión Europea, tras la señalada operación de concentración, no cambiaría la situación, pues Enagás seguiría disponiendo de una participación indirecta en Power to Green Hydrogen Mallorca; y ello sin perjuicio de las medidas, ya señaladas, que ha adoptado Enagás, y de las que ha informado por escrito de 5 de julio de 2022 y mediante sendos escritos posteriores a la certificación provisional⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ «Dado que Enagás SA seguiría controlando Enagás Renovable a través de su participación mayoritaria (70 %) y su derecho a nombrar a cuatro de los siete directores, el cambio de control exclusivo a control conjunto de Enagás Renovable por Enagás SA como tal no cambiaría la situación en la que Enagás SA controlaría al mismo tiempo a un gestor de la red de transporte e, indirectamente, ejercería importantes derechos, o incluso el control, sobre una empresa que realiza cualquiera de las funciones de producción o suministro». Y ello al margen de las medidas de las que informaba Enagás mediante escrito de 5 de julio de 2022, ya referido.

Sexto. Análisis de los requisitos de separación de actividades.

Este apartado se refiere de manera particular al análisis de los requisitos de separación de actividades efectuado en la Resolución de 14 de julio de 2022 de

certificación provisional, la cual fue previa a la operación de concentración que supuso la venta por Enagás, SA del 30 % de sus participaciones en Enagás Renovable a HY24 SAS. Sin perjuicio de ello, debe aclararse, según lo recién indicado, que la participación indirecta se mantiene después de dicha operación. Asimismo, el análisis se refiere a la situación previa a la materialización del acuerdo de socios entre Enagás, Enagás Renovable y Clean H2 Infra Fund, cuya firma tuvo lugar el 20 de julio de 2022, según información facilitada por Enagás en el escrito de 24 de octubre de 2022. Se deja para un apartado posterior el análisis de las medidas adoptadas por Enagás con relación al análisis que aquí se efectúa. Según lo señalado, el Dictamen sobre la resolución provisional expresó que «La Comisión coincide con la CNMC en que, sin la aplicación de estas medidas, Enagás Transporte incumpliría los requisitos de separación».

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 ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ «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 ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ «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 ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ «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 63.3.c) 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.»

Finalmente, como resulta del Dictamen emitido en el presente asunto, la Comisión Europea considera que la producción y suministro de hidrógeno queda sujeta a las reglas de la Directiva 2009/73/CE a los efectos de este procedimiento de certificación.

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 ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ «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 ⁽¹⁹⁾. 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 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 ⁽²⁰⁾. 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 ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ «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)».

⁽²⁰⁾ «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».

⁽²¹⁾ «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 y enumerados en el artículo 63, apartados a), b) y c), es necesario determinar el alcance de la participación de Enagás en el gestor de la red de transporte (Enagás Transporte) y en la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, empresa que realiza actividades de explotación de instalaciones de generación de electricidad a través de fuentes renovables de energía fotovoltaica y de instalaciones de generación de hidrógeno verde, así como la comercialización de la energía eléctrica generada a través de instalaciones de producción de electricidad por medio de fuentes renovables de energía y la producción, venta y comercialización de hidrógeno verde y subproductos derivados del hidrógeno.

En relación con la participación de Enagás en el gestor de la red de transporte, queda fuera de toda duda que esa sociedad como accionista único de Enagás

Transporte, ejerce control sobre el gestor de la red de transporte. Enagás Transporte 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 por cien del capital y determina la no transmisibilidad de sus acciones a terceros:

«1. 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 (...).

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

En cuanto a la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, Enagás participa de manera indirecta, a través de su filial Enagás Renovable, tanto antes como después de la señalada operación de concentración, según lo indicado.

Como se ha indicado, 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, constituiría una participación de facto en la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca (que era igual al 44 por ciento con anterioridad a la operación de concentración referida previamente y por la que la sociedad HY24 SAS adquiere el control conjunto sobre Enagás Renovable, mediante la adquisición del 30 por ciento de su capital social) y, por consiguiente, debe cumplir los requisitos de separación de actividades que establece el artículo 63.

En vista de ello, la certificación provisional analizó si Enagás ejercía también control directo o indirecto sobre la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca. 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. La certificación provisional señaló al respecto lo siguiente ⁽²²⁾:

⁽²²⁾ El Dictamen de la Comisión Europea indicó al respecto que, «Sin los cambios anunciados en la gobernanza empresarial de Enagás Renovable, Enagás SA, la empresa matriz del gestor de la red de transporte de gas (Enagás Transporte), ejercería indirectamente tales derechos, o incluso controlaría Power to Green Hydrogen Mallorca, una empresa activa en la producción y el suministro».

«Los requisitos de separación de actividades recogidos en el artículo 63 de la 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».

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 (...)».

Según la información facilitada por Enagás e información pública, a fecha de la presente resolución, y sin perjuicio de las alegaciones de Enagás en el trámite de audiencia, en las cuales manifestó su voluntad de renunciar próximamente a su participación en el órgano de administración de Power to Green Hydrogen Mallorca y al ejercicio de derechos en dicha sociedad, el órgano de administración de esta sociedad es un consejo de administración compuesto por las siguientes personas físicas y jurídicas: Acciona Administración Energía, SLU; Acciona Desarrollo Corporativo Energía, SLU.; don Antonio Martínez Rodríguez; don Luis Iglesias Rodríguez y EPE Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE).

Asimismo, en la información facilitada por Enagás se señala que dos de los consejeros del citado órgano de administración serán nombrados a propuesta de Enagás, dos a propuesta de Acciona y uno a propuesta de IDAE (que dispondrá de este derecho mientras sea socio independientemente del porcentaje que ostente del capital social), siendo las dos personas físicas que se integran en el mismo consejeros propuestos por Enagás.

Respecto de aquellos, a partir de información pública se deduce que ambos son administradores mancomunados de la sociedad Enagás Renovable y, adicionalmente, ocupan otros cargos en órganos de administración de empresas del grupo relacionadas con proyectos asociados a gases renovables.

Al respecto de la adopción de decisiones por parte de este órgano, el artículo 15 de los Estatutos Sociales de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca exige el voto favorable de cuatro de los cinco miembros del Consejo de Administración cuando las decisiones que se adopten se refieran a «materia reservada», es decir, una mayoría reforzada frente al requisito de mayoría absoluta de los consejeros concurrentes para el resto de asuntos:

«En caso de Consejo de Administración, éste estará integrado por un número de miembros no inferior a cinco y no superior a doce, elegidos por la Junta General, los cuales ejercerán el poder de representación de forma colegiada. (...). Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión, salvo que la

normativa vigente establezca otra cosa. Se requerirá el voto favorable de cuatro de sus cinco consejeros asistentes a la reunión para los siguientes asuntos por considerarse materia reservada las siguientes: (...)»

Son consideradas «materia reservada» según los citados Estatutos Sociales las siguientes:

«a) Aprobación del presupuesto anual que implique desviaciones sustanciales y extraordinarias con respecto a lo previsto en el plan de negocio de la Sociedad. A efectos de la presente, se considerarán sustanciales y extraordinarias aquellas modificaciones que, respecto de un ejercicio incluido en el plan de negocio, impliquen desviaciones del 15% o superiores; b) Fijación de políticas contables y cualquier modificación de los criterios contables, individuales y/o consolidados, y de su aplicación, salvo que venga impuesta por la Ley, o sea requerida por la autoridad competente; c) La contratación por la Sociedad de personal de alta dirección, incluyendo la contratación, en su caso, de CEO, CFO, COO y/o Gerente. La designación deberá contar con el voto positivo del consejero nombrado por IDAE; d) La contratación, modificación de condiciones laborales, promoción y despido del personal/empleados de la Sociedad ya sea en régimen laboral o mercantil en los casos que no estén previstos y aprobados en el presupuesto anual correspondiente; e) La delegación de facultades o la fijación, el otorgamiento, modificación y revocación de poderes especiales o generales de la Sociedad; f) La revisión o modificación del plan de negocio; g) La firma, modificación o cancelación de los acuerdos del proyecto; h) Actos de disposición, arriendo o gravamen de activos o negocios de la Sociedad cuyo valor exceda de cien mil euros y prestación de garantías o derechos reales que afecten a dichos activos que, individualmente, impliquen una cantidad superior a cien mil euros; i) Acuerdos de inicio/interposición desistimiento, allanamiento, renuncia o transacción por la Sociedad en procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que pudieran suponer responsabilidad con un importe superior a cien mil euros; j) Incrementar el nivel endeudamiento de la Sociedad, la concesión o contratación de préstamos o créditos o cualesquiera otra operación de endeudamiento individual o conjunto de financiación con terceros, incluyendo, su novación, refinanciación o modificación, emisión de bonos y/, así como la obtención o prestación de garantías por parte de la misma, que no se encuentren reflejados en el plan de negocio por actuaciones producidas con posterioridad a la puesta en marcha de las instalaciones y su adquisición por la Sociedad; por un importe superior a cien mil euros. k) Salvo que haya de adoptarse por imperativo legal, cualquier decisión que implique que la Sociedad entre en una situación de insolvencia inminente de la que derive la declaración del concurso de acreedores o se acuerde comunicar el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación –incluyendo una comunicación en los términos del Título I "De la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores" del Libro II de la Ley Concursal– o una propuesta anticipada de convenio en los términos de la Ley Concursal o cualquier otra normativa similar en la correspondiente jurisdicción. l) Acuerdos relativos a la declaración de la Sociedad en concurso, así como cualquier otro acuerdo conducente a la reorganización global de las deudas de la Sociedad con sus acreedores, salvo que por imperativo legal se deban adoptar tales acuerdos. m) La designación de uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, establecido el contenido, los límites y las modalidades de delegación, así como la delegación de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado, si existiera, y, en su caso, la determinación o modificación de las condiciones de sus contratos. Las discusiones y acuerdos del Consejo de Administración se llevarán a un Libro de Actas y serán firmadas por el Presidente y el Secretario o por el Vicepresidente y el Vicesecretario, en su caso.»

De las anteriores materias se destacan la aprobación del presupuesto anual que implique desviaciones sustanciales y extraordinarias respecto de lo previsto en el plan de

negocio; la contratación de personal de alta dirección; la revisión o modificación del plan de negocio; la firma, modificación o cancelación de los acuerdos del proyecto; actos de disposición, arriendo o gravamen de activos o negocios de la Sociedad cuyo valor exceda de cien mil euros y prestación de garantías o derechos reales que afecten a dichos activos que, individualmente, impliquen una cantidad superior a cien mil euros y el incremento del nivel endeudamiento de la Sociedad, la concesión o contratación de préstamos o créditos o cualquier otra operación de endeudamiento individual o conjunto de financiación con terceros, así como la obtención o prestación de garantías por parte de la misma, que no se encuentren reflejados en el plan de negocio por actuaciones producidas con posterioridad a la puesta en marcha de las instalaciones y su adquisición por la Sociedad, por un importe superior a cien mil euros.

En cuanto a acuerdos a adoptar por la Junta General, el artículo 11 de los Estatutos Sociales prevé una mayoría reforzada consistente en el «voto favorable de, al menos, un 70 % salvo que la Ley exija expresamente una proporción mayor o menor (...)» para ciertos supuestos, entre los que se incluyen «la modificación de los Estatutos Sociales de la Sociedad que puedan afectar a las Mayorías Reforzadas de Junta y a los acuerdos sobre materias reservadas del consejo de administración de la Sociedad (...)».

Atendiendo a la solicitud de información adicional realizada por la CNMC, Enagás ha confirmado la firma de un pacto de socios, de fecha 20 de diciembre de 2021, formalizado en contrato privado elevado a público, cuyo contenido deberá prevalecer sobre lo dispuesto en los Estatutos Sociales de Power to Green Hydrogen Mallorca.

Dicho pacto de socios incluye cláusulas en relación con mayorías reforzadas para decisiones tanto en el Consejo de Administración como en Junta General. Así, incorpora mayoría reforzada para las decisiones sobre materias reservadas del Consejo de Administración (se aprobarán por voto favorable de 4 de sus 5 consejeros asistentes a la reunión) y mayorías reforzadas de Junta (voto favorable de los socios que representen, al menos, el 70 por ciento del capital social suscrito con derecho a voto), tal y como prevén también los Estatutos Sociales, definiendo las materias reservadas en los mismos términos.

Por otro lado, incorpora mayorías súper reforzadas de Junta, requiriendo el voto favorable de, al menos, el 95 por ciento del capital social suscrito con derecho a voto y el voto positivo de IDAE, para ciertos asuntos, entre ellos, cualquier asunto que implique la modificación de los Estatutos Sociales y que afecte a las mayorías súper reforzadas, la modificación del objeto social o de la actividad principal o la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad o terceros de activos esenciales de la sociedad, entre otros.

De la estructura del capital social, la composición del órgano de administración, y de las mayorías reforzadas señaladas en los distintos órganos societarios, respecto de las materias reservadas, se deduce que para cierta categoría de decisiones se requerirá, en cualquier caso, el voto de uno de los consejeros propuestos por Enagás, de manera que Enagás Renovable dispone de la capacidad de bloquear decisiones de carácter estratégico, es decir, decisiones relevantes.

De esta manera los Estatutos Sociales y el pacto de socios firmado en diciembre de 2021 posibilitan que, a fecha de esta resolución, en el Consejo de Administración de Power to Green Hydrogen Mallorca, Enagás, cuente con capacidad de bloqueo para todos los acuerdos relativos a decisiones estratégicas o materias reservadas, resultando especialmente importante 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», haciendo extensiva esta reflexión a los acuerdos sobre materias reservadas del consejo de administración de la Sociedad que se adopten en Junta y que también requieren mayoría reforzada, así como la mayoría super reforzada en Junta que se exige para la modificación del objeto social o de la actividad principal o la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad o terceros de activos esenciales de la sociedad, entre otros.

Asimismo, como se ha señalado los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca a propuesta de Enagás podrán vetar decisiones sobre disposición o arriendo de activos o negocios de la sociedad, así como sobre aspectos asociados a endeudamiento, financiación y garantías no previstos en el plan de negocio con un valor poco elevado, de manera que cualquier operación de mínima envergadura ha de 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 planificación o acuerdos del Proyecto, da lugar a que pueda determinar aspectos básicos del desarrollo de la actividad de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, que integra, entre otras, la gestión y explotación de instalaciones de electricidad a través de fuentes renovables de energía fotovoltaica y de instalaciones de generación de hidrógeno verde, así como la comercialización, venta y almacenamiento de energía eléctrica generada a través de instalaciones de producción de electricidad por medio de fuentes renovables de energía, así como la producción, transporte y almacenamiento, entrega, venta y comercialización de hidrógeno verde y subproductos derivados del hidrógeno.

Así, a la vista de lo señalado y teniendo en cuenta la interpretación del término «control» que realiza la Comisión Europea en su Comunicación, la participación de Enagás en la citada sociedad va más allá del simple ejercicio de derechos».

Por todo lo anterior, la certificación provisional concluyó, a los efectos del artículo 63 de la Ley de Hidrocarburos, que Enagás ejercía control sobre la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, titular de los activos de producción de electricidad e hidrógeno asociados al Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca⁽²³⁾. Tal análisis, como se viene indicando, se realizó en la certificación provisional atendiendo al escenario anterior a las medidas adoptadas por Enagás, de las que informó mediante escritos de 5 y 20 de julio, así como 24 de octubre de 2022. Con relación a dicho escenario anterior a la operación de concentración y a la adopción de medidas por parte de Enagás a las que se viene aludiendo, la certificación provisional efectuó el siguiente examen de los requisitos de separación:

⁽²³⁾ Según lo señalado, con tal apreciación vendría a coincidir el Dictamen de la Comisión Europea («Sin los cambios anunciados en la gobernanza empresarial de Enagás Renovable, Enagás SA, la empresa matriz del gestor de la red de transporte de gas (Enagás Transporte), ejercería indirectamente tales derechos, o incluso controlaría Power to Green Hydrogen Mallorca, una empresa activa en la producción y el suministro»).

«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 ha señalado, a pesar de que Enagás no dispone de una participación mayoritaria en la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, 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 cumpliría 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, SA 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 la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, que le permite el ejercicio de derechos en una sociedad con actividades de producción y comercialización. Por lo tanto, cabe concluir que Enagás, SA no cumpliría 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 la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, que le permite ejercer derechos en las actividades de producción/generación y comercialización que su objeto social prevé, 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. 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. La Comisión añade en su documento la siguiente interpretación del artículo 9.1.c), (traducción propia):

«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.»

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 pública obtenida por esta Comisión, no existen coincidencias entre los administradores o cargos sociales de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, y Enagás Transporte, SAU.

La valoración del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 se hace extensiva a la generación y suministro de hidrógeno verde atendiendo a lo expuesto en el apartado tercero de los Fundamentos Jurídicos de la presente resolución».

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

El presente apartado se refiere de manera fundamental al análisis de los posibles conflictos de intereses efectuado en la Resolución de 14 de julio de 2022, sobre la certificación provisional de Enagás Transporte, SAU, la cual se refirió a la situación anterior a la operación de concentración entre Enagás Renovable y HYS24 SAS, así como a la materialización del acuerdo de socios entre Enagás, Enagás Renovable y Clean H2 Infra Fund. El último apartado de la fundamentación jurídica de esta resolución (Octavo) analizará las medidas, ya aludidas, que han sido adoptadas por Enagás.

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⁽²⁴⁾. 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⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ 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

⁽²⁵⁾ «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.»

A los efectos de las prohibiciones sobre separación de actividades, la certificación provisional efectuó las siguientes consideraciones referidas a las circunstancias concurrentes en el escenario de participaciones previo a la materialización efectiva de la mencionada operación de concentración por la que la sociedad HY24 SAS adquirió el control conjunto sobre Enagás Renovable:

«– 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, vistos los Estatutos Sociales, el pacto de socios de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, la composición del órgano de administración y la estructura de propiedad que presenta la misma, Enagás, SA ejerce control sobre las actividades de producción y comercialización de manera indirecta, a través de una filial interpuesta, 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 comercialización y simultáneamente en la gestión de la red de transporte 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.

Según la situación a fecha de esta resolución, sin perjuicio de los cambios que puedan acontecer en ejecución de los acuerdos societarios anunciados por Enagás en el trámite de audiencia, Enagás participaría en los procesos de producción y comercialización de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, así como en la generación de hidrógeno a partir de aquellas y en su comercialización, según señala el objeto social de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca. En último término, el hidrógeno producido se inyectará a través de un hidroduto propiedad de un tercero en la red de distribución propiedad de dicho tercero en la isla de Mallorca. Por otro lado, si bien la inyección físicamente se prevé realizar 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 Proyecto prevé producir un reducido volumen de energía ("aproximadamente 300 Tn/año, de las cuales algo menos de la mitad (145 Tn/año) se inyectarían en la red de distribución de gas para su consumo en blending al 2% con el gas natural" según información remitida en el marco del presente expediente), considerando este aspecto, entre otras cuestiones, como uno de los motivos de que el Proyecto no impacte en el funcionamiento del mercado de gas natural, tenga nula influencia en el precio de la commodity o en las reglas del mercado del gas natural. Sin embargo, aunque dado el pequeño tamaño del proyecto a la fecha de la presente resolución y la escasa 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 y/o comercializador, incluso mínima, pueda nombrar a los miembros de la junta de un TSO, tal como ha interpretado la Comisión Europea.

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 2021, Enagás concreta el impulso a 34 proyectos de hidrógeno verde y 21 de biometano, junto a socios públicos y privados. Si bien, en general, 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 hidrógeno renovables, la consideración conjunta de aquellos proyectos que pudieran ir entrando en funcionamiento efectivo agravaría el posible conflicto de interés para Enagás Transporte, SAU. No se presenta simultaneidad en órganos de administración de Enagás, SA ni Enagás Transporte, SAU, y en el consejo de administración de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL.

Con el objeto de que la CNMC pueda realizar una evaluación adecuada (case-by-case) en relación con la existencia de riesgo de conflicto de intereses con la actividad realizada por Enagás Transporte, SAU, como TSO, tal y como propone la Comisión Europea en su documento de trabajo de 8 de mayo de 2013, Enagás solicita que se tenga en cuenta que el "proyecto no es desarrollado o participado por Enagás Transporte, SAU; que no impacta en el funcionamiento del mercado de gas natural y tiene nula influencia en el precio de la commodity o en las reglas del mercado del gas natural, entre otras cuestiones por el reducido volumen de energía que se prevé producir; que no impacta en las condiciones de acceso a las instalaciones de Enagás Transporte, SAU. no solo porque el transporte de esa reducida cantidad de hidrógeno se realizaría mediante un hidroduto titularidad de un tercero ajeno a Enagás y que posteriormente se inyectaría sobre una red de distribución (también ajena a la actividad

que realiza Enagás Transporte, SAU), sino también porque se realiza bajo las reglas establecidas por la Circular 8/2019, de 12 de diciembre, de la CNMC, por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural".

Si bien Enagás alude al documento de trabajo de la CE de 8 de mayo de 2013, argumentando la aplicación de la excepción recogida en el mismo a este caso, el Dictamen de la Comisión de 6 de junio de 2022, sobre la certificación de Enagás Transporte, SAU, como gestor de la red de transporte de gas en relación con un proyecto de enriquecimiento de biogás para la inyección en la red de biometano, excluye, de forma expresa, la aplicación a Enagás de la excepción prevista en el documento de trabajo de 8 de mayo de 2013 de la CE cuando señala:

«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 ['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. 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.»

Procede señalar que el pacto de socios de Power to Green Mallorca, firmado en diciembre de 2021, incorpora un período de prohibición de transmisión (Lock-up Period), de manera que ningún socio de la sociedad podrá transmitir total o parcialmente sus participaciones en la misma hasta que transcurran dos años desde que la planta de hidrógeno entre en operación comercial. No obstante, se excluye, explícitamente a ENAGÁS del cumplimiento de esta obligación, en caso de que la participación en la sociedad resulte incompatible con su condición de TSO o si la participación supusiera un riesgo para las actividades reguladas del Grupo ENAGÁS y se impusieran condiciones no aceptables por parte de Enagás.

En el contexto de análisis expuesto 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, procedería la imposición de condiciones a Enagás en relación con el nombramiento, designación o propuesta por parte de Enagás de miembros del consejo de administración de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca y el ejercicio de derechos de voto en la Junta General de la misma sociedad, para garantizar la independencia del TSO de forma consistente con las establecidas en la Resolución de 16 de junio de 2022 de la CNMC respecto al proyecto UNUE.»

No obstante lo anterior, y como también señaló la Resolución de 14 de julio de 2022, sobre certificación provisional, antes de dicha resolución Enagás comunicó a la CNMC propuestas de actuación destinadas a subsanar los incumplimientos señalados (art. 63.3.a.1; art 63.3.a.2 y art. 63.3.b de la Ley de Hidrocarburos) y que motivarían la exigencia de condiciones.

Por escrito de 5 de julio de 2022, Enagás, SA señaló que, a la vista de la Resolución Definitiva sobre el proyecto UNUE, «teniendo Enagás el propósito firme de preservar la independencia de Enagás Transporte, SAU, como TSO, y ante la eventual imposición de condiciones como resultado del procedimiento de certificación referido en el Exponen Primero, es nuestra decisión quedar desvinculados de forma total de la gestión y toma de decisiones en la sociedad Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, titular del proyecto con el mismo nombre.»

En su escrito hizo referencia al acuerdo, de fecha 21 de febrero de 2022, en relación con la venta del 30 por ciento del capital social de Enagás Renovable, SLU, a favor del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, señalando que, con fecha 20 de julio de 2022, estaba previsto el traspaso efectivo de la titularidad de las participaciones sociales de Enagás Renovable a favor de tal sociedad o a una sociedad 100% de su grupo.⁽²⁶⁾

⁽²⁶⁾ «Cuarto.- Que con fecha 21 de febrero de 2022 Enagás, SA acordó vender el 30% del capital social de su filial Enagás Renovable, SLU, a favor del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, y que habiéndose cumplido las condiciones suspensivas a las que estaba sujeta la compraventa, las partes han acordado proceder el próximo 20 de julio (salvo acuerdo diferente de las Partes) («Fecha de Cierre») con el traspaso efectivo de la titularidad de las participaciones sociales de Enagás Renovable a favor de Clean H2 Infra Fund SLP, o una sociedad 100% de su grupo (en adelante «Clean H2 Infra Fund»).»

Para hacer efectiva la desvinculación de Enagás de la gestión y toma de decisiones de la sociedad Proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, Enagás señaló en su escrito que había acordado proceder del siguiente modo:

«1. Los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados a propuesta de Enagás Renovable, SLU, han renunciado de forma irrevocable de sus correspondientes cargos, con fecha de efectos 20 de julio (Fecha de Cierre).

A estos efectos se adjunta al presente escrito copia las cartas de renuncia firmadas por los consejeros designados por Enagás en la citada sociedad.

2. Conforme se ha acordado en el Pacto de Socios entre Enagás y Clean H2 Infra Fund, la designación del representante de Enagás Renovable, SLU, como socio de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, corresponderá exclusivamente a Clean H2 Infra Fund, comprometiéndose Enagás, de forma irrevocable, a votar en el sentido que indique Clean H2 Infra Fund SLP, en relación con la referida propuesta.

Será, por tanto, Clean H2 Infra Fund quien designará a los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL.

A estos efectos se adjunta al presente escrito copia del Pacto de Socios, en cuya cláusula 6.7 se encuentran los acuerdos arriba mencionados.

Enagás procederá a facilitar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a partir de la Fecha de Cierre, la documentación societaria relevante con los anteriores nombramientos, evidenciando que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, S.L.; ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración. Asimismo, Enagás procederá el día 20 de julio de 2022 a notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el traspaso efectivo de la titularidad de las participaciones sociales de Enagás Renovable a favor de Clean H2 Infra Fund SLP, cuando este hay tenido lugar así como la renuncia efectiva de los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados a propuesta de Enagás Renovable, SLU.»

Asimismo, Enagás, SA indicó que «en caso de que se modifique la legislación europea que resulta de aplicación en relación a los requisitos de separación de actividades podrían revisarse los acuerdos anteriormente indicados».

Según se ha hecho constar en los Antecedentes de Hecho, como continuación al escrito de 5 de julio de 2022, Enagás presentó sendos escritos relativos al cumplimiento de las medidas establecidas en la Resolución de 14 de julio de 2022 sobre certificación provisional.

Por escrito de 21 de julio de 2022, Enagás manifestó que el 20 de julio anterior había tenido lugar el traspaso efectivo de la titularidad de las participaciones sociales de Enagás Renovable a favor de Clean H2 Infra Fund SLP, así como la renuncia efectiva de los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados por Enagás.

Asimismo, por escrito de 24 de octubre de 2022, Enagás notificó que el 22 de septiembre de 2022 la Junta General Extraordinaria de Enagás Renovable, SL, acordó (previa propuesta de designación por parte de H2 Investments Spain, S.L.U.) nombrar con carácter solidario como representantes de Enagás Renovable para ejercer las facultades correspondientes a la condición de socio de la sociedad en Power to Green Hydrogen Mallorca, S.L., a don Santiago Varela Ullastres y a don Ángel Truchero Angulo. También informó de que, el 27 de septiembre de 2022, el Consejo de Administración de Enagás Renovable SL, otorgó poder representación a los anteriores representantes. Finalmente, el 11 de octubre de 2022, la Junta General de Socios de Power to Green Hydrogen Mallorca SL, aprobó los acuerdos de renuncia de los anteriores consejeros (don Luis Iglesias Rodríguez y don Antonio Martínez Rodríguez) y el nombramiento como nuevos consejeros de los mencionados don Santiago Varela Ullastres y a don Ángel Truchero Angulo. El escrito finalizó señalando que «Enagás facilita a la CNMC los nuevos nombramientos, evidenciando que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración».

Octavo. Análisis de las medidas comunicadas por Enagás, SA y condiciones aplicables a los efectos de mantener la certificación de Enagás Transporte, SAU.

Este apartado analiza las medidas notificadas por Enagás destinadas a su desvinculación de forma total de la gestión y toma de decisiones en la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca. Como resulta de dicho análisis y se detalla a continuación, dichas medidas, junto a otras condiciones adicionales de información que se indicarán, se considerarían suficientes de cara a mantener su certificación con separación de propiedad.

En primer lugar, ha de señalarse que la entrada en el accionariado de Enagás Renovable del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, con una participación del 30 por ciento, supone una modificación de la situación previa de control de Enagás sobre su filial Enagás Renovable, pasando de disponer de control exclusivo al ejercicio de control conjunto, estando asociada a la misma la firma con fecha 20 de julio de 2022 de un Pacto de Socios entre Enagás, Enagás Renovable y Clean H2 Infra Fund SLP, habiéndose aportado copia del mismo en el escrito de Enagás de 5 de julio de 2022.

Así, una vez producido el traspaso de la titularidad de las participaciones en la fecha prevista y señalada por Enagás, Enagás dispone de una participación indirecta en Power to Green Hydrogen Mallorca del 30,8 por ciento, correspondiendo a Clean H2 Infra Fund SLP, una participación también indirecta del 13,2 por ciento⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Según comunicación a la CNMV, de fecha 20 de julio de 2022, Enagás ha llevado a cabo una ampliación de capital en su filial Enagás Renovable con el fin de dar entrada en ella a Hy24, conservando ENAGÁS el 70 por ciento de Enagás Renovable, mientras que Hy24, a través del fondo Clean H2 Infra Fund, ostenta la titularidad del 30 por ciento.

<https://www.enagas.es/es/sala-comunicacion/actualidad/notas-prensa/2022-07-20-venta-enagas-renovable-hy24/>

Ha de destacarse que en el Pacto de socios las partes reconocen que la actividad de la compañía (Enagás Renovable) se centrará, principalmente en la producción de gases renovables, de manera que, en caso de que se haya desarrollado un proyecto de energía renovable relacionado con el hidrógeno y el proyecto de hidrógeno verde

conectado no se materialice, los accionistas acuerdan discutir dicho proyecto de energía renovable y evaluar posibles alternativas futuras, incluyendo su salida de la Compañía como la vía prioritaria ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ «The parties acknowledge that the Activity of the Company will be mainly around renewable gases production. Therefore, in case a hydrogen-related renewable energy project will have been developed and the connected green hydrogen project would not materialise, the Shareholders agree to discuss such renewable energy project and assess potential future alternatives, including its carve out of the Company as the priority route».

Asimismo, el citado Pacto de Socios entre Enagás, Enagás Renovable («la Compañía» a los efectos del Pacto de Socios) y Clean H2 Infra Fund, recoge diversas disposiciones que ponen de manifiesto cómo se implementará el control conjunto de Enagás y Clean H2 Infra Fund tras la toma de participación y la firma del citado Pacto de Socios, destacando:

– En general, la aprobación de los acuerdos de la Junta General de Accionistas (GSM) se producirán por mayoría simple de los votos válidamente emitidos por los presentes, o debidamente representados, siempre que representen al menos el 50,1 % de las acciones en las que se divida el capital social pero se reconocen «materias reservadas» del GSM que requerirán el voto favorable de Enagás y CleanH2, siempre que cada una de las participaciones de Enagás o Clean H2 en la Sociedad/compañía sea de al menos el 25 % del capital social. Entre tales materias reservadas se destaca: autorizar cualquier cambio material en la naturaleza del negocio que implique llevar a cabo cualquier negocio que no sea la actividad principal; aprobar cualquier reestructuración corporativa, incluyendo asignación de activos y pasivos materiales de la Compañía y autorizar a los Directores en una situación de conflicto de intereses;

– La compañía será gestionada por un Consejo de Administración que estará integrado por siete miembros que serán designados por la Junta General de Accionistas nombrados atendiendo al siguiente procedimiento:

- Enagás tiene derecho a nombrar a cuatro miembros del Consejo de Administración;
- Clean H2 tiene el derecho de nombrar a tres miembros de la Junta Directiva;
- En relación con cualquier futuro nombramiento de consejeros, tanto Enagás como Clean H2 tomarán razonablemente en consideración sus respectivas opiniones en la elección de cualquier nuevo miembro del consejo de administración y
- Enagás y Clean H2 tienen derecho, cada uno, a designar un observador que podrá asistir a las reuniones del Consejo de Administración pero no tendrá derecho a voto;

– El presidente del Consejo de Administración será nombrado de entre los Consejeros nombrados por Clean H2 y Enagás por Enagás, siempre que Enagás sea el Accionista mayoritario y

– En cuanto a la aprobación de resoluciones relativas a «Materias Reservadas de la Junta» ⁽²⁹⁾, se requerirá el voto favorable de, como mínimo, dos consejeros nombrados por Enagás y dos consejeros nombrados por Clean H2, siempre que cada una de las participaciones de Enagás o Clean H2 en la Compañía sea de al menos el 25 % de la participación capital.

⁽²⁹⁾ Entre otros: la composición y estructura del Equipo Directivo y cualquier modificación a los mismos; el Presupuesto Anual y plan de negocios de la Compañía y cualquier modificación; cualquier modificación de la estrategia y la cartera de proyectos de la Compañía; concesión, modificación o rescisión de contratos con partes vinculadas que excedan un valor de 300.000 euros; enajenación de cualquier activo que supere un valor de 1.000.000; aprobación de compromisos de inversión de cualquier tipo que individualmente superen un valor de 1.000.000 euros y aprobación, modificación o terminación de la financiación de cualquier tipo que individualmente supera un valor de 1.000.000 euros.

Por otro lado, el citado Pacto de socios prevé acuerdos relacionados con el respeto a aspectos regulatorios o normativos que afectan a Enagás como accionista único de Enagás Transporte:

– Según el apartado 9.3 del pacto, se establece un Período de bloqueo (Lock-up period) de manera que la transferencia de acciones de la sociedad está prohibida hasta que hayan transcurrido cinco (5) años desde la suscripción y desembolso del Aumento de Capital, durante el cual no transferirán, cederán, dispondrán o gravarán su participación en el capital social de la Sociedad. No obstante lo anterior, tal Período de Bloqueo no será aplicable a Enagás en caso de eventos o situaciones de carácter regulatorio;

– En su apartado 9.6.1., establece que las partes reconocen que, al ser la sociedad Enagás Transporte, SAU. parte del grupo Enagás (filial participada al 100%) y siendo esta sociedad Operador del Sistema de Transporte (TSO), se habrá de cumplir en todo momento con la normativa aplicable y los requisitos de la CNMC, la Comisión Europea y cualquier otra autoridad competente. En la medida en que cualquiera de las organizaciones antes mencionadas: a) consideren que la participación de Enagás en Enagás Renovable y/o en cualquiera de los Proyectos de esta sociedad resulten incompatibles con su pertenencia al mismo Grupo en el que Enagás Transporte SAU. está integrada, considerando su condición de Transmission System Operator (TSO); y/o (b) impone condiciones (o una prohibición) a dicha participación, lo que se señala como «Evento/cuestión Regulatorio»⁽³⁰⁾ y

⁽³⁰⁾ «9.6.1 The parties acknowledge that, as Enagás is part of a Group in which its wholly owned subsidiary, Enagás Transporte, SAU., is a Transmission System Operator (TSO) (Gestor Técnico de la Red de Transporte), it must, at all times, comply with the applicable regulatory regulations and the requirements of the CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), the European Commission and any other competent authority. To the extent that any of the aforementioned organisations: (a) consider that Enagás' participation in the Company and/or in any of the Company's Projects is incompatible with its belonging to the Group in which its subsidiary Enagás Transporte SAU. is integrated, considering its status as Transmission System Operator (TSO) (Gestor Técnico de la Red de Transporte); and/or (b) imposes conditions (or a prohibition) on such participation, this shall be defined as a "Regulatory Event".»

– En cuanto al gobierno y gestión de la compañía, Clean H2 reconoce y acepta la importancia para Enagás y Enagás Renovable de cumplir con todas y cada una de las decisiones vinculantes impuestas por la CNMC y se compromete a cooperar con ambas sociedades para implementar tales decisiones.

Así pues, Enagás mantiene su posición de «control» sobre la sociedad Enagás Renovable, atendiendo al concepto de «control» señalado en la presente resolución, tal y como se acredita a partir de las disposiciones previstas en el Pacto de Socios. En vista de ello, y según lo indicado en los apartados sexto y séptimo de la presente certificación (análisis de los requisitos de separación de actividades y de los posibles conflictos de interés), es preciso garantizar el cumplimiento por parte de Enagás de las obligaciones de separación de actividades previstas en el artículo 63.3 de la Ley de Hidrocarburos por parte de Enagás.

En segundo lugar, en cuanto a la renuncia irrevocable, con fecha de efecto 20 de julio de 2022, de sus correspondientes cargos por parte de los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca designados a propuesta de Enagás Renovable y sobre la designación del representante de Enagás Renovable por Clean H2 Infra Fund SLP, en exclusiva, comprometiéndose Enagás, de forma irrevocable, a votar en el sentido que indique Clean H2 Infra Fund SLP, en relación con la referida propuesta, Enagás señala en su escrito de 5 de julio de 2022 que:

a) El apartado 6.7 del Pacto de socios que se firmará el 20 de julio de 2022 cuando se materialice la operación entre Enagás y Clean H2 Infra Fund SLP⁽³¹⁾, establece que:

⁽³¹⁾ «6.7 Management of UNUE and Mallorca projects.

6.7.1 The Parties agree that the resolutions regarding the appointment of the Company's representative for the purpose of adopting the decisions that correspond to the Company as sole shareholder of Bioengás Renovable, SLU, and as shareholder of Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, shall correspond to the General Shareholders' Meeting.

6.7.2 In relation to the appointment of the Company's representative to act as sole shareholder of Bioengás Renovable, SLU, and as shareholder of Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, as well as for the removal of such representative or representatives and their replacement, the Parties agree that the draft of the proposed resolution to be submitted for the approval of the General Shareholders' Meeting shall correspond exclusively to Clean H2, and Enagás irrevocably undertakes to vote as indicated by Clean H2 in relation to the aforementioned proposal.

6.7.3 In addition to the above, the Parties agree that the Company's representative to act as sole shareholder of Bioengás Renovable, SLU, and as shareholder of Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, as well as any board members appointed by the Company's representative shall be independent from the Enagás Group of Companies.

6.7.4 The Board of Directors will adopt all required resolutions in order to execute and formalize the appointment of such representative decided by the General Shareholders' Meeting and enable such representative to act as such.»

- Las resoluciones relativas al nombramiento del representante de Enagás Renovable, a efectos de la adopción de las decisiones que le correspondan como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, corresponderán a la Junta General de Accionistas;

- En relación con el nombramiento del representante de Enagás Renovable para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como para la destitución de dicho representante o representantes y su sustitución, se establece que el borrador de la propuesta de acuerdo a someter a la aprobación de la Junta General de Accionistas corresponderá exclusivamente a Clean H2 Infra Fund SLP y Enagás se compromete irrevocablemente a votar según lo indicado por Clean H2 Infra Fund SLP, en relación con tal propuesta;

- Además de lo anterior, las Partes acuerdan que el representante de Enagás Renovable para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como los miembros del consejo de administración designados por dicho representante serán independientes del Grupo Enagás, y

- El Consejo de Administración adoptará todos los acuerdos necesarios para ejecutar y formalizar el nombramiento de dicho representante decidido por la Junta General de Accionistas y permitir que dicho representante actúe como tal.

Según manifiesta Enagás, el acuerdo consiste en que Clean H2 Infra Fund SLP, discrecionalmente nombra a los consejeros y que éstos sean independientes del Grupo Enagás. Adicionalmente la cláusula 6.7.3 establece que el representante de Enagás Renovable para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, así como cualquier miembro del consejo de administración designado por el representante de Enagás Renovable será independiente del Grupo Enagás.

La CNMC considera que la materialización de estas medidas, tras la operación de concentración que se ha llevado a cabo con fecha 20 de julio de 2022 y la firma del Pacto de Socios en la misma fecha, permitiría concluir en el cumplimiento de la exigencia de que ni Enagás, SA, ni ninguna de sus filiales, pueda nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL.

b) que Enagás «procederá a facilitar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a partir de la Fecha de Cierre, la documentación societaria relevante con los anteriores nombramientos, evidenciando que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL; ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración. Asimismo, Enagás procederá el día 20 de julio de 2022 a notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el traspaso efectivo de la titularidad de las participaciones sociales de Enagás Renovable a favor de Clean H2 Infra Fund SLP, cuando este haya tenido lugar así como la renuncia efectiva de los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados a propuesta de Enagás Renovable, SLU.» Así, argumenta que en la medida en que, de

acuerdo con la cláusula 6.7, el representante de Enagás Renovable en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca será designado discrecionalmente por Clean H2 Infra Fund SLP, Enagás no tendría ninguna influencia sobre la Power to Green Hydrogen Mallorca.

Por lo expuesto, la CNMC considera que la materialización de las medidas propuestas por Enagás permitiría concluir en el cumplimiento de la exigencia de que ni Enagás, SA ni ninguna de sus filiales pueda ejercer derechos de voto en la Junta General de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca.

c) Enagás ha facilitado a la CNMC, junto con el escrito propuesta de medidas, copia de los escritos de renuncia de los dos consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados por Enagás, de fecha 4 de julio de 2022, y en los que se hace explícito que tal renuncia irrevocable se produce «en atención a los requerimientos de la CNMC derivados de la condición de Enagás como Gestor Técnico de la Red de Transporte» con efectos a partir de la fecha de 20 de julio de 2022, poniendo de manifiesto la pretensión de cumplir con las disposiciones que Enagás prevé se dispongan respecto de la participación en el proyecto Power To Green Hydrogen Mallorca atendiendo a las exigidas con ocasión del proyecto UNUE.

En tercer lugar, Enagás concreta el compromiso de facilitar a la CNMC, a partir de la fecha de materialización de la entrada en el accionariado de Enagás Renovable del fondo Clean H2 Infra Fund S.L.P., la documentación societaria relevante con los nombramientos señalados anteriormente, «evidenciando que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, S.L.; ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración», resultando un requisito imprescindible, a criterio de la CNMC, a los efectos de documentar el cumplimiento de las propuestas formuladas.

Adicionalmente, mediante escrito de 20 de julio de 2022, Enagás se comprometió a remitir la documentación soporte que acredita el cumplimiento de las exigencias previstas en la condición 4 de la Resolución Provisional (REF. CERT/DE/001/22) concretamente, la documentación societaria relevante relativa al nombramiento del representante de Enagás Renovable, SL, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca y, al nombramiento de los nuevos consejeros designados en dicha sociedad.

Según lo indicado, con fecha 24 de octubre de 2022, Enagás acreditó el nombramiento de nuevos consejeros de Enagás Renovable, SL, (previa propuesta de designación por parte de H2 Investments Spain, SLU) en sustitución de los anteriores, designados a propuesta de Enagás.

En particular, en relación con lo comunicado por Enagás, de información pública se deduce que, con fecha 2 de septiembre de 2022, se ha producido la modificación del órgano de administración de Enagás Renovable, constituyéndose un consejo de administración del que forma parte don Santiago Varela Ullastres⁽³²⁾ (designado para actuar como representante persona física de Enagás Renovable, SL, en cuanto socio de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL) y posteriormente, es nombrado administrador mancomunado de la sociedad H2 Investments Spain, SLU⁽³³⁾. Por su parte, según consta en el acta de la Junta General y Extraordinaria de Enagás Renovable, celebrada con fecha 22 de septiembre de 2022, el mismo actúa como representante de H2 Investments Spain, SLU, como accionista de Enagás Renovable (tras la operación de concentración mediante la cual HY24 adquiere el 30 por ciento del capital social), quedando de lo expuesto acreditada la vinculación de esta persona física a H2 Investments Spain, SLU.

⁽³²⁾ Se produce la modificación del órgano de administración de Enagás Renovable, siendo cesados los administradores mancomunados previos, don Luis Iglesias Rodríguez y don Antonio Martínez Rodríguez (a su vez también consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, los cuales han renunciado a tal puesto, con fecha efecto 20 de julio de 2022) y constituyéndose un consejo de administración.

<https://boe.gob.es/borme/dias/2022/09/09/pdfs/BORME-A-2022-173-28.pdf>

⁽³³⁾ Según acto publicado en el BORME de fecha 13 de septiembre de 2022. <https://www.boe.es/borme/dias/2022/09/13/pdfs/BORME-A-2022-175-28.pdf>

Por su parte, respecto de don Ángel Francisco Truchero Angulo, también designado representante de Enagás Renovable en su actuación como socio de Power to Green Hydrogen Mallorca, no se dispone de información pública que le vincule a otras sociedades del grupo Enagás.

A la vista de lo anterior, respecto de los aspectos a observar previstos en Resolución Provisional de la CNMC:

1. Se ha materializado la renuncia irrevocable de los consejeros de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, designados a propuesta de Enagás.

2. Se ha materializado la designación del representante/s de Enagás Renovable, SLU para actuar como representante persona física de esta sociedad como socio de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, a propuesta de H2 Investments Spain, SLU, (accionista de Enagás Renovable tras la operación de concentración mediante la que Clean H2 Infra Fund SLP, adquiere el 30 por ciento de tal sociedad).

3. Respecto del cumplimiento de las disposiciones previstas en el apartado 6.7 del Pacto de socios remitido por Enagás SA a la CNMC, firmado por Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU, y Clean H2 Infra Fund SLP, el 20 de julio de 2022 con la materialización de la operación y al que se ha adherido posteriormente la sociedad Pontegadea Inversiones, SL:

– La resolución relativa al nombramiento del representante/s de Enagás Renovable, SLU, a efectos de la adopción de las decisiones que le correspondan como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, ha sido adoptada por la Junta General de Accionistas de Enagás Renovable, SLU;

– En relación con el nombramiento del representante/s de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, se ha producido previa propuesta de designación por parte de H2 Investments Spain, SLU, según consta en el Acta de Junta General Extraordinaria de Enagás Renovable, SL;

– Enagás manifiesta que las personas designadas como representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, –designados posteriormente por la Junta General de socios de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, como miembros del consejo de administración de esta sociedad– son independientes del Grupo Enagás, quedando acreditado mediante información pública;

– Respecto de la exigencia de que el Consejo de Administración de Enagás Renovable, SLU, adopte todos los acuerdos necesarios para ejecutar y formalizar el nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, decidido por la Junta General de Accionistas y permitir que dicho representante actúe como tal, queda acreditada en tanto en la Junta General Extraordinaria y Universal de Enagás Renovable, celebrada el 22 de septiembre de 2022, se acordó instruir al Consejo de Administración para otorgar las facultades de representación suficientes para el desempeño de las funciones que les han sido asignadas como representantes y, posteriormente, el Consejo de Administración de Enagás Renovable, SLU, en su sesión de 27 de septiembre de 2022, ha aprobado el otorgamiento de poderes de representación a favor de las personas designadas.

4. Respecto de la exigencia del «Cumplimiento efectivo del compromiso de facilitar a la CNMC, a partir de la fecha de materialización de la entrada en el accionariado de Enagás Renovable, SLU, del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, la documentación societaria relevante con los nombramientos señalados anteriormente, «evidenciando que ni Enagás ni ninguna de sus filiales ejercitan el derecho de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL; ni nombran, designan o proponen a los miembros del consejo de administración», Enagás ha remitido el escrito anteriormente citado

acompañado de documentación acreditativa de las designaciones y nombramientos efectuados⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Copia de las actas de la Junta General Extraordinaria y Universal de Enagás Renovable, SLU, celebrada el 22 de septiembre de 2022, de la sesión del Consejo de Administración de Enagás Renovable, SLU, de fecha 27 de septiembre de 2022 y de la Junta General de Socios de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, de fecha 11 de octubre de 2022.

No obstante el cumplimiento de las exigencias anteriores previstas en la Resolución provisional, relacionadas con compromisos concretos manifestados por Enagás para garantizar la independencia de Enagás y sus filiales respecto del ejercicio de derechos de voto en la Junta de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, y respecto del nombramiento, designación o propuesta de consejeros de la citada sociedad, la CNMC considera que se deberá observar lo siguiente:

1. Respecto de futuras nuevas designaciones del representante/s de Enagás Renovable, S.L.U., serán propuestas por H2 Investments Spain, SLU, en exclusiva, comprometiéndose Enagás, SA, de forma irrevocable, a votar en el sentido que indique H2 Investments Spain, SLU, en relación con la referida propuesta o en su caso, la sociedad que ostente la participación derivada de la operación de concentración llevada a cabo con fecha 20 de julio de 2022 y que ha supuesto la entrada de HY24 en el capital social de Enagás Renovable.

2. Respecto de futuros nuevos nombramientos del representante/s de Enagás Renovable, SLU, a efectos de la adopción de las decisiones que le correspondan como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, y respecto de futuros nuevos nombramientos de miembros del consejo de administración de Power to Green Hydrogen Mallorca, S.L., en cumplimiento de las disposiciones previstas en el apartado 6.7 del Pacto de socios firmado por Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU y Clean H2 Infra Fund SLP, el 20 de julio de 2022 con la materialización de la operación de concentración, y al que se ha adherido Pontegadea Inversiones, SL, tras su entrada en el accionariado de Enagás Renovable, SLU:

- Las resoluciones relativas al nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, a efectos de la adopción de las decisiones que le correspondan como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, corresponderán a la Junta General de Accionistas;

- En relación con el nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como para la destitución de dicho representante o representantes y su sustitución, se establece que el borrador de la propuesta de acuerdo a someter a la aprobación de la Junta General de Accionistas corresponderá exclusivamente a Clean H2 Infra Fund SLP, comprometiéndose Enagás, SA irrevocablemente a votar según lo indicado por Clean H2 Infra Fund SLP, en relación con tal propuesta, resultando de aplicación a la sociedad H2 Investments Spain, SL, en calidad de persona jurídica accionista de Enagás Renovable, SL, a la fecha de la presente Resolución, como resultado de la operación de concentración llevada a cabo el 20 de julio de 2022;

- El representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como los miembros del consejo de administración designados por dicho representante serán independientes del Grupo Enagás.

- El Consejo de Administración de Enagás Renovable, SLU, adoptará todos los acuerdos necesarios para ejecutar y formalizar el nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, decidido por la Junta General de Accionistas y permitir que dicho representante actúe como tal.

3. Enagás, SA habrá de remitir a la CNMC la siguiente información:

– Anualmente, información sobre las Juntas Generales de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las medidas propuestas por Enagás, SA.

– Una vez que tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, se habrá de remitir información detallada que dé cuenta y permita comprobar el cumplimiento de los compromisos de independencia presentados por Enagás, SA en relación con el nuevo nombramiento.

– Una vez que tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, se habrá de remitir información detallada que dé cuenta y permita comprobar el cumplimiento de los compromisos de independencia presentados por Enagás, SA, en relación con el nuevo nombramiento.

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 la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como sobre cualquier modificación que afecte al Pacto de Socios de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, firmado en diciembre de 2021, en vigor a la fecha de la presente resolución.

– Sobre los pactos que Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, suscriba con otros accionistas de Enagás Renovable, SLU, así como sobre cualquier modificación que afecte al Pacto de socios entre Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU y el fondo Clean H2 Infra Fund SLP, facilitado a la CNMC, firmado con fecha 20 de julio de 2022, al que se ha adherido posteriormente Pontegadea Inversiones, SL.

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

Las condiciones y obligaciones de remisión de información anteriores se vinculan al cumplimiento efectivo de las disposiciones previstas en el Pacto de Socios entre Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU, y Clean H2 Infra Fund SLP, firmado en el momento de la materialización de la operación de concentración llevada a cabo con fecha 20 de julio de 2022, que ha supuesto la entrada en el accionariado de Enagás Renovable, SLU, del fondo Clean H2 Infra Fund SLP, con una participación del 30 por ciento, con fecha 20 de julio de 2022 (constando a la fecha de la presente Resolución la sociedad H2 Investments Spain, S.L.U. como accionista de Enagás Renovable, SLU) y al que se ha adherido Pontegadea Inversiones, SL, tras su entrada en el accionariado de Enagás Renovable, SL, con fecha 26 de julio de 2022, siempre que el contenido del Pacto finalmente suscrito se ajuste al anticipado a la CNMC en el marco del presente procedimiento de certificación en relación con los aspectos analizados.

Atendiendo a lo expuesto por la Comisión Europea, respecto de la necesidad de que la CNMC investigue sobre una solución más universal y posiblemente estructural para hacer frente a la situación en la que Enagás, SA, como matriz de un gestor de red de transporte de gas, participa en actividades de producción y suministro, la CNMC considera procedente señalar que cualquier inversión de Enagás en proyectos de producción y suministro de hidrógeno y biometano que implique la revisión de las condiciones de su certificación como gestor de red de transporte con separación de propiedad respecto de las actividades de producción y suministro, será analizada atendiendo los criterios expuestos en la presente resolución, atendiendo al objetivo de desvincular la gestión y toma de decisiones de Enagás sobre aquellas sociedades sobre las que ostente control, directo o indirecto, en los términos expuestos y cuya actividad resulte incompatible con la exigencia de separación patrimonial que la legislación

requiere al gestor de red de transporte propietario de instalaciones incluidas en la red troncal, proponiendo las medidas necesarias a tal finalidad, tal y como se exigen en la presente resolución y precedentes ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Resolución de 16 de junio de 2022 de la CNMC respecto al proyecto UNUE.

Finalmente, como se indicó en la Resolución de certificación provisional de 14 de julio de 2022, cualquier variación en la situación de base considerada por esta Comisión para la imposición de 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. Asimismo, futuras modificaciones de la normativa en vigor podrían afectar tales condiciones, en cuyo caso se podrían someter a revisión.

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. Respecto de futuras nuevas designaciones del representante/s de Enagás Renovable, S.L.U., serán propuestas por H2 Investments Spain, SLU, en exclusiva, comprometiéndose Enagás, SA, de forma irrevocable, a votar en el sentido que indique H2 Investments Spain, SLU, en relación con la referida propuesta o en su caso, la sociedad que ostente la participación derivada de la operación de concentración llevada a cabo con fecha 20 de julio de 2022 y que ha supuesto la entrada de HY24 en el capital social de Enagás Renovable.

2. Respecto de futuros nuevos nombramientos del representante/s de Enagás Renovable, SLU, a efectos de la adopción de las decisiones que le correspondan como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, y respecto de futuros nuevos nombramientos de miembros del consejo de administración de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, cumplimiento de las disposiciones previstas en el apartado 6.7 del Pacto de socios remitido por Enagás SA a la CNMC y firmado por Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU, y Clean H2 Infra Fund SLP, el 20 de julio de 2022 con la materialización de la operación de concentración y al que se ha adherido Pontegadea Inversiones, SL, posteriormente tras su entrada en el accionariado de Enagás Renovable, SLU:

– Las resoluciones relativas al nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, a efectos de la adopción de las decisiones que le correspondan como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, corresponderán a la Junta General de Accionistas;

– En relación con el nombramiento del representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como para la destitución de dicho representante o representantes y su sustitución, se establece que el borrador de la propuesta de acuerdo a someter a la aprobación de la Junta General de Accionistas corresponderá exclusivamente a Clean H2 Infra Fund SLP, comprometiéndose Enagás, SA irrevocablemente a votar según lo indicado por Clean H2 Infra Fund SLP, en relación con tal propuesta, resultando de aplicación a la sociedad H2 Investments Spain, SL, en calidad de persona jurídica accionista de Enagás Renovable, SL, a la fecha de la presente Resolución, como resultado de la operación de concentración llevada a cabo el 20 de julio de 2022;

– El representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, así como los miembros del consejo de administración designados por dicho representante serán independientes del Grupo Enagás.

– El Consejo de Administración de Enagás Renovable, SLU, adoptará todos los acuerdos necesarios para ejecutar y formalizar el nombramiento del representante de

Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, decidido por la Junta General de Accionistas y permitir que dicho representante actúe como tal.

3. Enagás, SA habrá de remitir a la CNMC la siguiente información:

- Anualmente, información sobre las Juntas Generales de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, celebradas, que permita comprobar el cumplimiento de las medidas propuestas por Enagás, SA

- Una vez que tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, se habrá de remitir información detallada que dé cuenta y permita comprobar el cumplimiento de los compromisos de independencia presentados por Enagás, SA en relación con el nuevo nombramiento.

- Una vez que tenga lugar el nombramiento de cualquier nuevo representante de Enagás Renovable, SLU, para actuar como accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, se habrá de remitir información detallada que dé cuenta y permita comprobar el cumplimiento de los compromisos de independencia presentados por Enagás, SA en relación con el nuevo nombramiento.

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 la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, S.L., así como sobre cualquier modificación que afecte al Pacto de Socios de la sociedad Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, firmado en diciembre de 2021, en vigor a la fecha de la presente resolución.

- Sobre los pactos que Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, suscriba con otros accionistas de Enagás Renovable, SLU, así como sobre cualquier modificación que afecte al Pacto de socios entre Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU, y el fondo Clean H2 Infra Fund SLP, facilitado a la CNMC, firmado con fecha 20 de julio de 2022, al que se ha adherido posteriormente Pontegadea Inversiones, SL.

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

5. Las condiciones y obligaciones de remisión de información anteriores se vinculan al cumplimiento efectivo de las disposiciones previstas en el Pacto de Socios entre Enagás, SA, Enagás Renovable, SLU, y Clean H2 Infra Fund SLP, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Octavo de esta Resolución.

6. Cualquier inversión de Enagás en proyectos de producción y suministro de hidrógeno y biometano que implique la revisión de las condiciones de su certificación como gestor de red de transporte con separación de propiedad respecto de las actividades de producción y suministro, será analizada atendiendo los criterios expuestos en la presente resolución, en los términos indicados en su Fundamento de Derecho Octavo.

Esta Resolución Definitiva será notificada a Enagás Transporte, SAU, a Enagás, SA y a Power to Green Hydrogen Mallorca, 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, 10 de noviembre 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 13 de septiembre 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 14 de julio 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 ⁽¹⁾ y con el artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/73/CE ⁽²⁾, 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.

⁽¹⁾ 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).

⁽²⁾ 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 ⁽³⁾. 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 ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ C(2012) 4171 final.

⁽⁴⁾ 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 ⁽⁵⁾] y la red de gas ETN [objeto de un dictamen de la Comisión de 30.9.2013 ⁽⁶⁾], 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.

⁽⁵⁾ C(2013) 6165 final.

⁽⁶⁾ C(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 que su filial Enagás Renovable SLU, (en lo sucesivo, «Enagás Renovable») tiene participación en Power to Green Hydrogen Mallorca, SL, (en lo sucesivo, «Power to Green Hydrogen Mallorca»), el promotor del proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca El proyecto consta de dos plantas fotovoltaicas que suministran electricidad a un electrolizador para la producción de hidrógeno, y, en el caso de una de las plantas, una parte de la electricidad también se inyecta en la red. El hidrógeno verde tendrá múltiples aplicaciones en la isla de Mallorca, como calefacción para edificios comerciales y públicos y la creación de una estación de abastecimiento y suministro de combustible a flotas de autobuses, camiones y vehículos de alquiler de pila de combustible. En una fase posterior está previsto inyectar también hidrógeno en la red de gas natural a través de un hidroducto que será desarrollado por una empresa distinta. Enagás Renovable tiene una participación del 44 % en Power to Green Hydrogen Mallorca ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Otros propietarios son: Acciona Generación Renovable, SAU. (con una participación del 44 %), Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (con una participación del 8 %) y Cemex España Operaciones, SLU. (con una participación del 4 %).

La CNMC considera que queda fuera de toda duda que Enagás, SA, como accionista único, controla Enagás Transporte. Además, Enagás SA tiene una participación indirecta, a través de su filial Enagás Renovable, en Power to Green Hydrogen Mallorca, empresa que produce y vende electricidad e hidrógeno. Por lo tanto, Enagás, SA, simultanea el control de un gestor de la red de transporte con el ejercicio potencial, a través de su participación en Enagás Renovable, de los derechos pertinentes en una empresa que realiza cualquiera de las funciones de producción o suministro. La CNMC concluye que Enagás SA, podría ejercer potencialmente, aunque fuera de manera indirecta, control sobre Power to Green Hydrogen Mallorca.

La revisión de la certificación de Enagás Transporte ya se había iniciado a principios de este año por la participación de Enagás SA, a través de su filial Enagás Renovable, en el proyecto UNUE de enriquecimiento de biogás generado por una empresa de gestión de residuos para la posterior inyección del biometano resultante en la red de gas. Esta certificación fue objeto de un dictamen de la Comisión el 6 de junio de 2022⁽⁸⁾. El 16 de junio de 2022, la CNMC decidió, en consonancia con dicho dictamen de la Comisión, certificar a Enagás Transporte a condición de que Enagás SA, y todas sus filiales, renunciaran a cualquier derecho pertinente en UNUE, a saber, nombrar, designar o proponer a los miembros del Consejo de Administración de UNUE y a ejercer derechos de voto en su Junta General de Accionistas.

⁽⁸⁾ C(2022) 3750 final.

Los cambios requeridos por la CNMC en la citada resolución de 16 de junio de 2022 en relación con el proyecto UNUE también afectaron al presente procedimiento de certificación: por carta de 5 de julio de 2022, Enagás SA, informó a la CNMC que había acordado vender, con efecto el 20 de julio de 2022, el 30 % de su participación en el capital social de Enagás Renovable a Clean H2 Infra Fund SLP, El 7 de junio de 2022, la Comisión había decidido no oponerse a esa venta⁽⁹⁾ y aprobar la concentración propuesta por la que la sociedad HY24 SAS y Enagás SA, adquieren el control conjunto sobre Enagás Renovable. Clean H2 Infra Fund SLP, está gestionado por HY24 SAS⁽¹⁰⁾, una entidad supuestamente creada para gestionar específicamente este fondo⁽¹¹⁾ (dado que el fondo y su entidad gestora parecen ser efectivamente lo mismo, en lo sucesivo se utiliza «Hy24» para referirse a ambos). Dado que Enagás SA, seguiría controlando Enagás Renovable a través de su participación mayoritaria (70 %) y su derecho a nombrar a cuatro de los siete directores, el cambio de control exclusivo a control conjunto de Enagás Renovable por Enagás SA, como tal no cambiaría la situación en la que Enagás SA, controlaría al mismo tiempo a un gestor de la red de transporte e,

indirectamente, ejercería importantes derechos, o incluso el control, sobre una empresa que realiza cualquiera de las funciones de producción o suministro.

⁽⁹⁾ Asunto M.10700 – HY24 / Enagás / Enagás Renovable, Decisión de la Comisión con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 139/20041 del Consejo y al artículo 57 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202224/M_10700_8353137_116_3.pdf)

⁽¹⁰⁾ HY24 SAS es un negocio conjunto de dos sociedades de inversión (<https://www.hy24partners.com/>).

⁽¹¹⁾ <https://pressroom.credit-agricole.com/news/credit-agricole-assurances-invests-in-the-worlds-largest-clean-hydrogen-fund-managed-by-ardians-and-fivet-hydrogen-joint-venture-hy24-118b-94727.html>

Sin embargo, en su carta de 5 de julio de 2022, Enagás SA, también informó a la CNMC de que había decidido desvincularse completamente de la gestión y la toma de decisiones en Power to Green Hydrogen Mallorca. En consecuencia, Enagás SA, informó a la CNMC de los cambios en la gobernanza de Power to Green Hydrogen Mallorca, en concreto que los directores previamente nombrados por Enagás Renovable habían dimitido y que Enagás SA, tenía la intención de renunciar al nombramiento de estos y a su derecho de voto en Enagás Renovable en lo que respecta a Power to Green Hydrogen Mallorca. En su lugar, el pacto de socios entre Enagás SA, y Hy24 estipula que el nombramiento de los representantes de Enagás Renovable en la Asamblea General de Accionistas de Power to Green Hydrogen Mallorca y de los directores que pueden ser nombrados por Enagás Renovable corresponderá exclusivamente a Hy24 y que dichos representantes serán independientes del Grupo Enagás. Enagás se compromete irrevocablemente a que sus representantes en Enagás Renovable voten sobre las respectivas propuestas relativas a representantes y directores, según lo indicado por Hy24.

La CNMC toma nota de la declaración de Enagás SA, de que, en caso de que se modifique la legislación europea aplicable en relación con los requisitos de separación de actividades, podrían revisarse los acuerdos anteriormente indicados.

La CNMC considera que con estas medidas Enagás SA, ya no ejercería, ni directa ni indirectamente, derechos de voto en Power to Green Hydrogen Mallorca ni podría nombrar o proponer miembros de consejos de administración u otros órganos de Power to Green Power Hydrogen Mallorca. Por lo tanto, la CNMC concluye que estas medidas, si se aplican, son suficientes para mantener la certificación de Enagás Transporte como gestor de la red de transporte de gas con arreglo al modelo de separación patrimonial. Para garantizar la aplicación de estas medidas, la CNMC propone incluirlas como condiciones en la resolución sobre la certificación.

Con el fin de poder supervisar el cumplimiento de los requisitos de separación, la CNMC tiene previsto exigir a Enagás S.A. que presente los documentos pertinentes que demuestren el cumplimiento de dichas condiciones, así como información detallada tras el nombramiento de cualquier nuevo miembro del Consejo de Administración de Power to Green Hydrogen Mallorca y, con carácter anual, de su Junta General. La CNMC también tiene previsto exigir a Enagás, SA, que le presente información sobre los pactos suscritos por Enagás, SA, o por cualquiera de sus filiales, con otros accionistas de Power to Green Hydrogen Mallorca y sobre la participación de Enagás, SA, o cualquiera de sus filiales, en actividades de producción o suministro.

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.

Las observaciones de la Comisión se presentan partiendo del supuesto de que los cambios anteriormente descritos en la estructura de propiedad de Enagás Renovable se llevan a cabo, según lo previsto, a más tardar antes de la adopción de la decisión final de

certificación de la CNMC, proporcionando la base para las medidas relacionadas con la gobernanza empresarial antes mencionadas.

La Comisión coincide con la CNMC en que, sin la aplicación de estas medidas, Enagás Transporte incumpliría los requisitos de separación de conformidad con el artículo 9, apartado 1, letra b), inciso ii), de la Directiva 2009/73/CE: Dichas disposiciones prohíben 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. Sin los cambios anunciados en la gobernanza empresarial de Enagás Renovable, Enagás SA, la empresa matriz del gestor de la red de transporte de gas (Enagás Transporte), ejercería indirectamente tales derechos, o incluso controlaría Power to Green Hydrogen Mallorca, una empresa activa en la producción y el suministro.

Como se indica en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 22 de enero de 2010, sobre el régimen de separación⁽¹²⁾, un gestor de la red de transporte puede mantener una participación directa o indirecta en un proveedor, siempre que se cumplan las siguientes condiciones acumulativas:

⁽¹²⁾ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Nota interpretativa sobre la Directiva 2009/72/CE relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y la Directiva 2009/73/CE relativa a las normas comunes para el mercado interior del gas natural – El régimen de separación», Bruselas, 22 de enero de 2010, p. 9 (https://energy.ec.europa.eu/document/download/a5a5f766-b3fa-4d6f-8934-9a365306077d_en?filename=2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf).

- i. esta participación no es una participación mayoritaria;
- ii. el operador de la red no ejerce directa o indirectamente ningún derecho de voto por lo que respecta a su participación;
- iii. el operador de la red no ejerce directa o indirectamente la facultad de designar a miembros de órganos que representen legalmente al proveedor, como el consejo de supervisión o el consejo de administración;
- iv. el operador de la red no tiene, directa o indirectamente, ninguna forma de control sobre el proveedor.

Se aplican normas equivalentes a las empresas matrices que controlan a un gestor de la red de transporte como Enagás SA, una entidad creada en virtud del Derecho español como empresa matriz del gestor de la red de transporte y gas nacional.

Primera condición.

La primera condición, según la cual la participación no es una participación mayoritaria, se cumple incluso sin cambios en la gobernanza corporativa de Enagás Renovable: Enagás Renovable tiene una participación del 44 % en Power to Green Hydrogen Mallorca y Enagás SA, una participación del 70 % en Enagás Renovable, por lo que Enagás SA, tiene una participación minoritaria indirecta del 30,8 % en Power to Green Hydrogen Mallorca.

En caso de que se apliquen exhaustivamente, los cambios anunciados en el gobierno corporativo de Enagás Renovable parecen garantizar que también se cumplen los tres requisitos restantes:

Tercera condición.

Otra condición es que el gestor de la red no ejerza directa o indirectamente la facultad de designar a los miembros de los órganos que representan legalmente al proveedor. Los representantes de Enagás Renovable en el Consejo de Administración u otros órganos de Power to Green Hydrogen Mallorca serían propuestos por Hy24 y

dichos representantes tendrían que ser independientes del grupo Enagás. Formalmente, las decisiones relacionadas con ser accionista de Power to Green Hydrogen Mallorca seguirían adoptándose en la Junta General de Accionistas de Enagás Renovable, en la que Enagás S.A. tiene una mayoría. Sin embargo, según el pacto de socios entre Enagás SA, y Hy24, Enagás SA, tendrá que votar a favor de cualquier propuesta que haga Hy24. Por lo tanto, Enagás SA, no tiene competencia efectiva para nombrar representantes de Enagás Renovable en el Consejo de Administración u otros órganos de Power to Green Hydrogen Mallorca.

Segunda condición.

Otra condición es que el operador de la red no ejerza directa o indirectamente ningún derecho de voto por lo que respecta a su participación. Como se ha descrito anteriormente, con arreglo a los cambios previstos en la gobernanza corporativa de Enagás Renovable, los representantes de Enagás Renovable en el Consejo de Administración u otros órganos de Power to Green Hydrogen Mallorca serían propuestos por Hy24 y dichos representantes tendrían que ser independientes del grupo Enagás. Por lo tanto, Enagás SA, también dejaría de tener la capacidad efectiva de ejercer indirectamente derechos de voto en lo que respecta a su participación indirecta en Power to Green Hydrogen Mallorca.

Cuarta condición.

La cuarta condición es que el operador de la red no tenga, directa o indirectamente, ninguna forma de control sobre el proveedor. Puesto que Enagás SA, no ejercería ni directa ni indirectamente derechos, incluidos los derechos de nombramiento, ni tiene una participación mayoritaria en Power to Green Hydrogen Mallorca, tampoco ejercería, directa ni indirectamente, ningún control.

Como consecuencia de ello, la participación indirecta de Enagás SA, en Power to Green Hydrogen Mallorca a través de Enagás Renovable se reduciría de hecho a un interés pasivo con derechos puramente financieros. El artículo 9 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 se prohíban los derechos de voto o de nombramiento.

La Comisión observa que, según el informe anual de 2021 del Grupo Enagás⁽¹³⁾, y tal como se recoge en la resolución provisional sobre la certificación, el grupo Enagás participa en 55 proyectos de hidrógeno o biometano. Sin embargo, las disposiciones del pacto de socios entre Enagás SA, y Hy24 presentadas en la resolución provisional notificada por la CNMC solo se refieren al proyecto Power to Green Hydrogen Mallorca. En cualquier caso, será importante que no solo se renuncie *de iure* a los derechos que no se ajustan a los requisitos de separación del artículo 9 de la Directiva 2009/73/CE (en el pacto de socios entre Enagás SA, y Hy24), sino que tampoco se ejerzan en la práctica. Habida cuenta de los intereses de Enagás SA en múltiples proyectos de producción y suministro de hidrógeno y biometano, el control del cumplimiento de las normas de separación podría ser bastante complejo y exigir muchos recursos. Aunque la Comisión está de acuerdo con la resolución provisional sobre la certificación tal como ha sido notificada, la CNMC debería investigar si es necesaria una solución más universal y posiblemente estructural para hacer frente a la situación en la que Enagás SA, como empresa matriz de un gestor de la red de transporte de gas, participa en actividades de producción y suministro, en lugar de soluciones específicas para cada uno de los múltiples proyectos que puedan entrar en conflicto con las normas de separación.

⁽¹³⁾ https://www.enagas.es/content/dam/enagas/en/files/enagas-communication-room/publications/informe-anual/ANNUAL%20REPORT%202021_ENAGAS.pdf

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.

La posición de la Comisión sobre esta notificación específica 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 que informe 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 13 de septiembre de 2022.

Por la Comisión,

Kadri SIMSON,

Miembro de la Comisión

