RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ESTABLECE Y HACE PÚBLICA, A LOS EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO, LA RELACIÓN DE OPERADORES PRINCIPALES EN EL SECTOR ENERGÉTICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Expte. OPD/DE/001/21

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente
D. Ángel Torres Torres

Consejeros
D. Bernardo Lorenzo Almendros
Dª. Pilar Sánchez Núñez

Secretario
D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 9 de junio de 2022

En el ejercicio de la competencia establecida en el artículo 7, apartado 21, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, relativa a la determinación, con carácter anual, de las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA,** acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha de 23 de junio de 2000 fue aprobado por el Gobierno el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, posteriormente convalidado mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha de 29 de junio de 2000, y modificado a través de la disposición adicional decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, y a través del artículo decimoctavo del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

El artículo 34 del citado Real Decreto-Ley 6/2000 establece determinadas limitaciones para las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número dos del propio artículo, en una proporción igual o superior al 3 por ciento del total. Dichas limitaciones se concretan en la

prohibición del ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso sobre dicho porcentaje en más de una sociedad que tenga la consideración de operador principal, así como en la prohibición de la designación de miembros de los órganos de administración de más de una de dichas sociedades.

En la redacción dada a dicho precepto en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, se extienden las limitaciones que acaban de referirse a los supuestos de participaciones en el capital o en los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por ciento del capital social detentada por un operador principal sobre otro operador principal e, igualmente, se prohíbe para un operador principal designar miembros del Consejo de Administración de otro operador principal en el mismo mercado o sector.

Segundo.- El apartado 21 del artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, referido a los mercados energéticos, atribuye a este organismo la competencia para *"Determinar con carácter anual los operadores principales y dominantes, así como el resto de funciones relativas a dichos operadores de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios."*

El artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real-Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, establece que la Comisión Nacional de Energía (ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) establecerá y hará pública anualmente la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el número dos del artículo 34, sin perjuicio de que dicha relación pueda ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.

Tercero.- De acuerdo con la redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2005 al apartado dos del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, y con la modificación introducida por la Ley 17/2007, de 4 de julio, los mercados o sectores a los que se refieren las limitaciones contenidas en el citado artículo 34 son los siguientes:

a) Generación y suministro de energía eléctrica,
b) Producción y distribución de carburantes,
c) Producción y suministro de gases licuados del petróleo,
d) Producción y suministro de gas natural.

Según lo dispuesto en el referido artículo 34, se entenderá por operador principal cualquiera que, teniendo la condición de operador de los mercados o sectores a que se refiere el precepto, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado

o sector correspondiente, pudiendo no obstante el Gobierno, mediante Real Decreto, modificar la relación de mercados o sectores.

Asimismo, el Real Decreto-Ley 5/2005 señala que la Comisión Nacional de Energía (ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) hará público por medios telemáticos los listados de operadores principales.

Cuarto.- A fin de dar cumplimiento a la obligación que se desprende del artículo 7 apartado 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y del Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre y, en el ejercicio de las competencias que el artículo 25.1 c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio atribuye al Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se inició un procedimiento administrativo para la determinación de los operadores principales y dominantes en los sectores energéticos con base en los datos relativos al ejercicio económico finalizado a 31 de diciembre de 2020.

Quinto.- En el marco del citado procedimiento administrativo, la Dirección de Energía remitió los correspondientes requerimientos de información, de fecha 26 de julio de 2021, a distintos agentes que operan en los mercados eléctrico y de hidrocarburos líquidos y gaseosos, con la finalidad de recabar la información necesaria para la elaboración de las relaciones de operadores principales y dominantes, a partir de los datos relativos al ejercicio económico de 2020, otorgando un plazo de 10 días hábiles para la remisión de los datos, recibiéndose sucesivamente en este Organismo la información solicitada de los correspondientes operadores.

Sexto.- El anterior requerimiento de información fue recibido por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. (ahora denominada TOTALENERGIES CLIENTES S.A.U.) y por TOTAL GAS Y ELECTRICIDAD ESPAÑA, S.A.U. (ahora denominada TOTALENERGIES ELECTRICIDAD Y GAS ESPAÑA, S.A.) el día 26 de julio de 2021 y cumplimentado por dichas sociedades el siguiente 9 de agosto de 2021.

Séptimo- Tras el examen del contenido y alcance de la confidencialidad de la información recabada en el marco del citado expediente administrativo, en ejercicio de la competencia mencionada en el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado a través del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Dirección de Energía acordó mediante el pertinente acto de instrucción determinar qué información tiene carácter confidencial en el expediente, abriendo pieza separada y asimismo, omitir el trámite de audiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por no poderse poner de manifiesto a los

interesados, otra información que la que ellos mismos han aportado al expediente.

Octavo.- Analizada la información remitida por los distintos agentes, con fecha 16 de diciembre de 2021 la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó la *Resolución por la que se establecen y hacen públicas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del real decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos,* publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de diciembre de 2021, en cuyos FUNDAMENTOS JURÍDICOS se señala:

> ***"Tercero.- Sobre la delimitación de los mercados energéticos afectados por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 y sobre el concepto de operadores principales***
>
> *(…)*
>
> ***II. Sobre el concepto de operador principal***
>
> *"(…), se considera que procede la inclusión de TOTALENERGIES SE como operador principal en ausencia de una sociedad en España que integre todas las actividades del GRUPO TOTALENERGIES en territorio nacional y en virtud de los datos de mercado de sus sociedades filiales TOTALENERGIES CLIENTES, S.A. y TOTALENERGIES ELECTRICIDAD Y GAS ESPAÑA, S.A. empleados para la determinación de la relación de operadores principales en el sector eléctrico. Esta incorporación responde a su condición de sociedad matriz del citado grupo, ostentando el control sobre las sociedades señaladas. En tanto que se trata de una sociedad radicada en Francia, las limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, respecto del ejercicio de derechos de voto y designación de miembros de los órganos de administración, afectarían a los derechos sobre sus participadas y sobre otros operadores principales en caso de que, eventualmente, pueda participar en alguno de ellos, sin verse afectados los derechos políticos de los accionistas de TOTALENERGIES SE sobre esta sociedad."*

Asimismo, mediante esta Resolución se acuerda:

> *"PRIMERO.- Establecer y hacer pública la siguiente relación de operadores principales en los mercados energéticos de electricidad, gas natural, carburantes y gases licuados del petróleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados*

de Bienes y Servicios, y en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en dicho artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, de acuerdo con los datos relativos al año 2020 que obran en poder de esta Comisión:

I) Operadores principales en el sector eléctrico:

- *Endesa, S.A.*
- *Iberdrola, S.A.*
- *Naturgy Energy Group, S.A.*
- *TotalEnergies SE (*)*
- *EDP Energías de Portugal, S.A. (**)*

(*) Se integra en la relación de operadores principales atendiendo a su condición de matriz del GRUPO TOTALENERGIES, ostentando el control sobre las sociedades TOTALENERGIES CLIENTES, S.A. y TOTALENERGIES ELECTRICIDAD Y GAS ESPAÑA, S.A., que desarrollan su actividad en territorio nacional. En tanto se trata de una sociedad radicada en Francia, las limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, respecto del ejercicio de derechos de voto y designación de miembros de los órganos de administración, afectarían a los derechos sobre sus participadas y sobre otros operadores principales en caso de que, eventualmente, pueda participar en alguno de ellos, sin verse afectados los derechos políticos de los accionistas de TOTALENERGIES SE sobre esta sociedad.

(**) Se integra en la relación de operadores principales atendiendo a su condición de matriz del GRUPO EDP, ostentando el control sobre las sociedades EDP ESPAÑA, S.A.U. y EDP RENOVÁVEIS, S.A., que desarrollan su actividad en territorio nacional. En tanto se trata de una sociedad radicada en Portugal, las limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, respecto del ejercicio de derechos de voto y designación de miembros de los órganos de administración, afectarían a los derechos sobre sus participadas y sobre otros operadores principales en caso de que, eventualmente, pueda participar en alguno de ellos, sin verse afectados los derechos políticos de los accionistas de EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A. sobre esta sociedad.
(…)"

Noveno.- Con fecha 27 de enero de 2022 tiene entrada en el Registro telemático de la CNMC escrito de TOTALENERGIES CLIENTES, S.A.U. en el que señala:

– que en contestación a la petición de información de fecha 26 de julio de 2021 (en el marco de los expedientes OPD/DE/001/21 y OPD/DE/002/21), esta sociedad presentó, con fecha 9 de agosto de 2021, los datos de energía total suministrada durante 2020 por las sociedades EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., EDP ENERGÍA, S.A.U. y BASER COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA, S.A. (adquiridas por la empresa TOTAL GAZ ELECTRICITÉ HOLDINGS FRANCE el 1 de diciembre de 2020);

- que dichos datos no toman en consideración la operación de segregación de rama de actividad realizada dentro del Grupo EDP con fecha 1 de noviembre de 2020, como operación previa a la venta de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. a TOTALENERGIES y mediante la cual se traspasaron clientes que estaban siendo suministrados por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. a otra comercializadora del GRUPO EDP (EDP CLIENTES, S.A.U.);
- que, como consecuencia de dicho error, los datos de energía suministrada informados en tal fecha son erróneos por incluir energía suministrada a clientes afectados por la citada segregación de rama de actividad y
- *"advertido el error al que se ha hecho referencia en el Expositivo anterior, esta parte desea ponerlo en conocimiento de esa Comisión, a fin de subsanar el error cometido y presentar de nuevo la información solicitada, una vez corregidas en el sentido de excluir la energía suministrada a los clientes B2B de EDP".*

Así, solicita que "*teniendo por presentado el citado escrito y el Excel que se acompaña, los admita y, en su virtud, tenga por válidos los datos que se incluyen en el Excel adjunto al presente escrito, en sustitución de los presentados con fecha 9 de agosto de 2021, a fin de volver a valorar y, en su caso, corregir, si procede, la relación de operadores principales aprobada mediante Resolución de fecha 16 de diciembre de 2021, por la que se establecen y publican, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos.*"

La sociedad adjunta copia de la escritura pública, de fecha 1 de octubre de 2020, mediante la que se formalizó la operación de segregación señalada.

Décimo.- Tras el examen del contenido y alcance de la confidencialidad de la nueva información remitida por TOTALENERGIES CLIENTES, S.A.U., en ejercicio de la competencia mencionada en el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado a través del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Dirección de Energía acuerda mediante el pertinente acto de instrucción determinar qué información tiene carácter confidencial en el expediente, incorporándola a la pieza separada y asimismo, omitir el trámite de audiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por no poderse poner de manifiesto a los interesados, otra información que la que ellos mismos han aportado al expediente.

Décimoprimero- A partir de la información corregida sobre el monto de suministro de energía eléctrica en 2020 correspondiente a TOTALENERGIES CLIENTES, S.A.U., así como a partir de los datos facilitados con fecha 9 de

agosto de 2021 por la sociedad TOTALENERGIES ELECTRICIDAD Y GAS ESPAÑA, S.A. (antes denominada TOTAL GAS Y ELECTRICIDAD ESPAÑA, S.A.) y por el resto de agentes a los que se requirió información en el marco de los expedientes para la determinación de las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos, se deduce que las sociedades del GRUPO TOTALENERGIES en España no ostentan una de las cinco mayores cuotas de mercado en el sector eléctrico.

En consecuencia, la consideración de los datos correctos determina la exclusión de la sociedad TOTALENERGIE SE como operador principal en el sector de energía eléctrica, incorporada en la relación de operadores principales aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 16 de diciembre de 2021 e implica la determinación de un nuevo operador, de manera que la relación de operadores principales en el sector eléctrico, a partir de los datos relativos al ejercicio finalizado a 31 de diciembre de 2020, integre a las cinco mayores cuotas de mercado, correspondiendo tal condición a la sociedad ACCIONA, S.A.

Procede, por tanto, que la relación de operadores principales en el sector eléctrico sea modificada por la Sala de Supervisión Regulatoria en el sentido expuesto, a fin de poder cumplir con el objetivo previsto en el Real Decreto 6/2000, consistente en evitar el riesgo de la coordinación de comportamientos anticompetitivos de operadores, así como en otras normas expresamente citadas en la Resolución de 16 de diciembre de 2021 que aplican directamente a las empresas incluidas en la relación de operadores principales (Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de energía eléctrica y artículo 3 de Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad).

En tanto la corrección señalada afecta a datos sobre la actividad de suministro de energía eléctrica, en consecuencia, a la determinación de la relación de operadores principales en el mercado energético de electricidad, las relaciones de operadores principales en los mercados energéticos de gas natural, carburantes y gases licuados del petróleo aprobados mediante la *"Resolución por la que se establecen y hacen públicas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del real decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos*, de 16 de diciembre de 2021, no se ven alteradas.

Décimosegundo.- Dada la implicación que la modificación de la relación de operadores principales podría tener en la esfera de derechos y obligaciones de ACCIONA, S.A. como consecuencia de su inclusión en la relación de operadores principales en el sector eléctrico, se le confirió un trámite de audiencia, por término de 10 días, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 39/2015,

de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Todo ello a fin de que pudiera alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes acerca de la propuesta de modificación de la relación de operadores principales. Así, con fecha 18 de marzo de 2022 se puso a disposición telemática del interesado la notificación de dicho trámite, la cual fue recibida el día 21 de marzo siguiente. Transcurrido el mismo, el interesado no ha procedido a presentar alegación.

Decimotercero.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio y en el artículo 14.2 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado a través del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, se ha emitido informe preceptivo por la Sala de Competencia con fecha 1 de junio de 2022.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Habilitación competencial.

Esta Resolución se adopta en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 21 del artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, referido a los sectores energéticos, y por el que se atribuye a este organismo la competencia para *"Determinar con carácter anual los operadores principales y dominantes, así como el resto de funciones relativas a dichos operadores de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios."*

Por otro lado, además de la habilitación competencial señalada, con carácter general, en el artículo 34.7 del Real Decreto-Ley 6/2000 se establece que *"La Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones están legitimadas, dentro de sus respectivas competencias, para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo".*

Por su parte, el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, en su artículo 3 señala que *"la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerán y harán pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el artículo 34.dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio. Dicha relación podrá ser modificada, en cualquier momento, durante el transcurso del año."*

Asimismo, el Real Decreto-Ley 5/2005 establece que la Comisión Nacional de Energía hará público por medios telemáticos los listados de operadores principales y dominantes.

Dentro de la CNMC, corresponde a su Consejo aprobar esta Resolución, en aplicación de los dispuesto por el artículo 14 de la citada Ley 3/2013, que dispone que *«El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones […] de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar».* En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 21.2 de la citada Ley 3/2013 y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

Segundo.- Sobre las medidas limitativas que afectan a los operadores principales.

I. Limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 establece determinadas limitaciones para las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen, en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número dos del propio artículo.

Estas limitaciones afectan tanto al ejercicio de derechos de voto como a la designación de Consejeros, señalando el tenor del citado artículo, en relación con la limitación referente al ejercicio de derechos de voto, lo siguiente:

"Uno. Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad".

Esta limitación fue extendida, a través de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, a los supuestos de participaciones accionariales poseídas por un operador principal en el capital social de otro operador principal, en los siguientes términos:

"Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación

superior al 3 por 100 del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector".

Por lo que se refiere a la limitación relativa a la designación de Consejeros, señala el tenor del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 que "*ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados…"* extendiéndose posteriormente, de igual manera, a los supuestos de designación por un operador principal de los Consejeros de otro operador principal, en los siguientes términos: *"Igualmente, ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector."*

Por último, en el artículo 34.3 se establece que se consideran poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las participaciones adquiridas o poseídas por las entidades pertenecientes a su mismo grupo de acuerdo con la definición del mismo que establece el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como las adquiridas o poseídas por otras personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquella, de forma concertada o formando una unidad de decisión, señalándose los supuestos en que se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de actuación concertada. La referencia hecha a la Ley 24/1998, de 28 de julio, ha de entenderse hecha ahora al Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, derogatoria de la anterior, cuyo artículo 5 remite expresamente a la definición de Grupo de Sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio.

El tenor literal del artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 6/2000 es el siguiente:

"Tres. A los efectos previstos en este artículo, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones, participaciones u otros valores poseídos y adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión.

Se entenderá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración. Igualmente se presumirá que existe actuación concertada en los siguientes supuestos:

a) Entre las personas jurídicas entre las que medie cualquier pacto o acuerdo de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto;

b) Entre las personas físicas o jurídicas entre las que se haya celebrado cualquier género de acuerdo o pacto con el fin de adoptar o bloquear actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de una sociedad en la que participen directa o indirectamente;

c) Entre accionistas o titulares de derechos de voto de una entidad que puedan controlar una sociedad mediante el ejercicio común de sus derechos de voto, por existir entre ambos intereses comunes que favorezcan una acción conjunta para evitar el perjuicio mutuo o para la consecución de un beneficio común al ejercer sus derechos sobre la sociedad participada;
d) Entre sociedades matrices o dominadas de grupos de empresas competidoras entre los que existan intereses cruzados;

e) Entre accionistas o titulares de derechos de voto en los que haya concurrido alguna de las anteriores circunstancias en el pasado de manera que pueda entenderse subsistente algún interés común.

En todo caso se tendrá en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título".

II. Disposiciones recogidas en las Reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica en materia de representación

De acuerdo con la función establecida en el artículo 7.1.c de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, modificada por el Real Decreto-Ley 1/2019 y desarrollada a través de la Circular 3/2019, de 20 de noviembre, de la CNMC, por la que se establecen las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y la gestión de la operación del sistema, las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de energía eléctrica vigentes a la fecha de la presente Resolución fueron aprobadas por la CNMC mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 6 de mayo de 2021[1] y

[1] Resolución de 6 de mayo de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de energía eléctrica para su adaptación de los límites de oferta a los límites de casación europeos, publicada en el BOE de fecha 20 de mayo de 2021.

posterior corrección de errores de 2 de junio[2], así como por Resolución de 11 de noviembre de 2021[3].

En las citadas Reglas de Funcionamiento de los mercados diario e intradiario se mantienen las disposiciones previas en materia de representación recogidas en la *"REGLA 7ª. CONDICIONES DE ADHESIÓN A LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS DIARIO E INTRADIARIOS DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA"* en los siguientes términos:

"(…) Los titulares de instalaciones pertenecientes a fuentes de energía renovable (excepto las que formen parte de una unidad de gestión hidráulica), cogeneración de alta eficiencia y residuos que sean representados por un representante en nombre propio se entenderán adheridos a las presentes reglas a través de la adhesión de dicho representante.

Los titulares de instalaciones de producción con fuentes de energía que no sea renovable que no forman parte de una unidad de gestión hidráulica, cogeneración de alta eficiencia o residuos, podrán acceder al mercado por medio de un representante común. Estos representantes comunes no podrán agrupar en ningún caso unidades de producción.

Una persona física o jurídica no podrá ostentar la condición de representante común (con facultades ordinarias) de un agente del mercado cuando exista conflicto de interés o se ponga en riesgo o perjudique la libre competencia del mercado. En particular no se podrán llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- Un mismo representante común no podrá actuar por cuenta de dos o más operadores dominantes en el sector eléctrico.

- Un mismo representante común no podrá actuar por cuenta de dos o más operadores principales en sector eléctrico.

- Un representante común que sea operador dominante solo podrá representar instalaciones de producción de las que posea una participación directa o indirecta superior al 50 por ciento de su capital.

[2] Corrección de errores de la Resolución de 6 de mayo de 2021, publicada en el BOE de fecha 2 de junio de 2021.
[3] Resolución de 11 de noviembre de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifican las reglas de funcionamiento del mercado para la introducción de un mecanismo de pago anticipado previo a la emisión de la nota de cargo semanal, publicada en el BOE de fecha 11 de noviembre de 2021.

- Un representante común que sea operador principal solo podrá representar instalaciones de producción de las que posea una participación directa o indirecta superior al 50 por ciento de su capital. Esta restricción no será de aplicación a las instalaciones de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables que no formen parte de una unidad de gestión hidráulica, ni a la cogeneración de alta eficiencia, ni a los residuos."

III. Limitaciones a la participación en emisiones primarias de energía eléctrica.

La posibilidad de organizar emisiones primarias de energía eléctrica fue introducida por primera vez en la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, a través del artículo 20.9 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, de 11 de noviembre, como instrumento destinado al fomento de la contratación a plazo.

Así, en el pasado se han realizado emisiones primarias de energía al amparo de lo establecido en la citada Ley 54/1997, de 27 de noviembre, desarrollada por el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007, y que habilita al Secretario General de Energía a definir las características de las emisiones primarias por resolución.

En relación con la participación de los operadores principales en dichas emisiones primarias de energía eléctrica, la Disposición adicional vigésima del Real Decreto 1634/2006 establecía que **"***Podrán ser demandantes en las subastas todos los sujetos del mercado de producción que cumplan las condiciones de garantías y requisitos formales establecidos para cada subasta. No obstante, no podrán ser demandantes los sujetos del mercado pertenecientes a los grupos empresariales considerados, en cada momento, como Operadores Principales en el sector eléctrico por Resolución de la Comisión Nacional de la Energía, excepto Viesgo Generación, S.L."*

En esta materia procede ahora referirse a la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en su disposición adicional octava, "*Informes del mercado de producción energía eléctrica. Mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo",* en el que si bien sin hacer mención a los operadores principales, se habilita a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia *"a realizar propuesta al Gobierno para que establezca por vía reglamentaria mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica. Dichos mecanismos tomarán la forma de una emisión primaria de cierta cantidad de energía eléctrica, equivalente a una potencia determinada, en las condiciones y durante el período de tiempo que se especifiquen en la emisión, u otras formas que permitan incrementar la competencia en el sistema eléctrico y liquidez de sus mercados*".

A este respecto, el Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad, se refiere en su artículo 3, *"Fomento de la contratación a plazo mediante mecanismos de mercado para la asignación de energía inframarginal gestionable y no emisora*", al establecimiento de mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica mientras el grado de competencia y liquidez en los mercados a plazo así lo precise. Asimismo, se señala que dichos mecanismos tomarán la forma de subastas de contratos de compra de energía a largo plazo, en las condiciones y durante el periodo de tiempo que se especifiquen en la convocatoria, que permita, entre otros, incrementar la liquidez de los mercados eléctricos.

En relación con la figura del operador principal, en el apartado 8 del citado artículo 3, se establece una limitación a su participación en las citadas subastas en los siguientes términos:

"*Podrán ser compradores en las subastas todos los sujetos que cumplan las condiciones de garantías y requisitos formales establecidos para cada subasta, debiendo ser necesariamente sujetos del mercado de producción participantes en el mercado, entendidos como aquellos comercializadores que tengan cartera de clientes, consumidores directos en mercado, o sus correspondientes representantes, definidos en el artículo 6 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre. Los sujetos compradores no podrán pertenecer a alguno de los grupos empresariales cuya matriz haya sido considerada en cada momento por resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como operador principal en el sector eléctrico, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*."

Tercero.- Sobre la delimitación de los mercados energéticos afectados por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 y sobre el concepto de operadores principales.

I.- Sobre la delimitación de los mercados energéticos.

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 tras las modificaciones incorporadas mediante el Real Decreto Ley 5/2005 y la Ley 17/2007, de 4 de julio, respecto a los mercados o sectores afectados por la norma, queda redactado como sigue:

> *"Dos. Los mercados o sectores a los que se refiere el número anterior son los siguientes:*
> *a) Generación y suministro de energía eléctrica.*
> *b) Producción y distribución de carburantes.*
> *c) Producción y suministro de gases licuados del petróleo.*
> *d) Producción y suministro de gas natural.*

e) Telefonía portátil.
f) Telefonía fija."

Se entenderá por operador principal cualquiera que, teniendo la condición de operador de dichos mercados o sectores, tenga una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión.

El Gobierno podrá, mediante Real Decreto, modificar la relación de mercados o sectores contenida en este apartado.

La Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones harán público por medios telemáticos el listado de operadores principales a los que se refiere este artículo."

En cuanto a la composición de los mercados o sectores afectados, el artículo 34.2 a) párrafo primero del Real Decreto-Ley 6/2000 se refiere de manera conjunta, a las actividades de generación y suministro de energía eléctrica, en el apartado b) de manera conjunta a las actividades de producción y distribución de carburantes; en el apartado c) a las actividades de producción y suministro de gases licuados del petróleo y, en el apartado d) a las actividades de producción y suministro de gas natural, sin distinguir entre ellas en apartados distintos como sí hace el referido precepto, sin embargo, entre las actividades de telefonía fija y portátil, desarrolladas ambas en el sector de telecomunicaciones. Es decir, cuando el legislador ha pretendido distinguir entre diferentes actividades de un mismo sector, a efectos de la determinación de los operadores principales, los ha incluido en apartados distintos.

Atendiendo a esta delimitación de los mercados, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha determinado los operadores principales de manera global, respectivamente, en el marco de cada uno de los sectores de la energía (electricidad, carburantes, gases licuados del petróleo y gas natural) y no de manera separada e individualizada para cada una de las actividades (generación, producción, distribución y suministro) que se desarrollan en los citados sectores. De esta manera se observa estrictamente la definición de mercados prevista en las letras a), b), c) y d) del precepto, sin introducir dentro cada uno de éstos ningún reparto por actividades.

En cuanto al ámbito geográfico de los mercados de referencia para la determinación de los operadores principales, en el apartado a), correspondiente a la generación y suministro de energía eléctrica, las diferentes modificaciones legislativas han suprimido la alusión explícita al ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), manteniéndose en el caso de la definición de operador dominante.

En este sentido, la normativa se refiere, expresamente, al ámbito del MIBEL para la determinación del operador dominante en el sector eléctrico y no así, por el contrario, en cuanto respecta a la figura del operador principal, no pudiendo, en caso alguno, considerar como justificación de tal diferenciación el mero olvido o error del legislador, en la medida en que éste ha vinculado la figura del operador dominante al ámbito geográfico del MIBEL, estableciendo además la intervención del Consejo de Reguladores del MIBEL.

Así, en la medida en que la Ley 17/2007 no prevé la intervención del Consejo de Reguladores del MIBEL en la aprobación de la relación de operadores principales, resulta manifiesta la pretensión de identificar los mercados o sectores de generación y suministro de energía eléctrica al ámbito geográfico nacional. En caso contrario, la citada Ley 17/2007 lo habría previsto expresamente.

Como conclusión, en virtud de la redacción del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, el ámbito geográfico para la determinación de la relación de operadores principales en el sector eléctrico es el mercado geográfico nacional.

II.- Sobre el concepto de operador principal.

En la elaboración de la relación de operadores principales debe atenderse a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala III de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de enero de 2008, de incidencia en este ámbito, aunque se haya dictado en relación con la resolución adoptada en esta materia por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En efecto, respecto a la cuestión de quién puede tener la condición de operador principal la Sentencia señala:

"(...) la interpretación literal del artículo 34 del RDL 6/2000 (in claris non fit interpretatio) no permite atribuir la condición de operador principal a un GRUPO y a todas las empresas integrantes del mismo. A todo lo largo del precepto, de extraordinaria amplitud, siempre se usan los términos de personas físicas o jurídicas, o sociedades -cuatro veces en el apartado Uno del art. 34 -, para designar al operador principal, y en ningún caso se refiere a éstos como conformadores de un Grupo, lo que implica su configuración individual y no agrupada, por la razón del propio sistema que quiere que las limitaciones establecidas sólo se impongan a cinco operadores principales, no a más, número que indudablemente se superaría en los casos de agrupamientos como el que ahora se examina, en los que los entes que forman el grupo son operadores en el campo de la telefonía fija, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, vigente a la sazón.

El propio artículo 34 da pie a esa concepción individual del operador principal, cuando señala que "las prohibiciones establecidas en este número no serán de aplicación cuando se trate de sociedades matrices que tengan la condición de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, siempre que dicha estructura venga impuesta por el ordenamiento jurídico o sea consecuencia de una mera redistribución de valores o activos ente sociedades de un mismo grupo", regla que no tendría razón de ser, si la empresa dominada, siguiendo el criterio del acto recurrido, se hubiera integrado en un grupo designado como operador principal.

(.....)

Al ser tan clara la dicción del art. 34 no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas, pues si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidas en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos. No puede, por otra parte, hablarse de fraude de ley, pues la verdadera finalidad del precepto es evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas-en el mercado, y pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad, que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales".

De todas estas consideraciones podría deducirse que el Alto Tribunal considera que los grupos de sociedades como tales no pueden ser considerados *"operadores principales"*, y que pueden serlo, sin embargo, personas jurídicas y sociedades, ya sean de diferentes grupos o de un mismo grupo, en este último caso situándolas en apartados diferentes del "ranking". En particular, así se deduciría del párrafo inmediatamente transcrito en el que se señala que *«pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad* (la de *"evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas en el mercado"*), *que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales.».*

Sin embargo, esta conclusión, que supondría que se consideraría competidores a sociedades de un mismo grupo, sería errónea tanto desde una perspectiva de defensa de la competencia como por no atender a las propias consideraciones señaladas por el propio Alto Tribunal en relación con la segunda cuestión objeto de casación, pues al examinar la cuestión sobre la cuota de mercado que ha tenerse en cuenta, el Tribunal Supremo se expresa de la siguiente manera:

"La estimación del recurso de casación, permite examinar, ya como órgano judicial de primera instancia (art. 95.2.d LJ), la segunda perspectiva del problema a la que antes se hizo referencia, esto es, si para determinar el carácter de operador principal, debe computarse solo la cuota de mercado de la sociedad matriz, o deben tenerse en cuenta también las de los que constituyen el holding.

La respuesta debe ser afirmativa en consonancia con las corrientes dominantes en materia de la competencia, tan próximas al objetivo que se propone alcanzar el precepto indicado. Así, en primer lugar, el artículo 14 de la Directiva 2002/21/CE establece para determinar el peso significativo en el mercado de una empresa, no solo el suyo individualmente considerado, sino el conjunto con otras que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores. Es este el mismo criterio que ha venido a recogerse en cuanto a la definición de operador dominante, en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, en cuyo artículo 19 se añade una Disposición Adicional tercera al Real Decreto-ley 6/2000, incluyendo en su concepto a "empresa o grupo empresarial" que tenga una cuota de mercado superior al 10% en el sector de que se trate.

El propio precepto que se está examinando, viene a afirmarlo en su apartado Tres, cuando señala que, "A los efectos previstos en este artículo, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones, participaciones u otros valores poseídos y adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como este se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores , así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquéllas, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión".

Para hacer compatibles ambos pronunciamientos del Alto Tribunal, el primero en materia de individualidad y personalidad jurídica autónoma de los operadores y el segundo en materia de cálculo de la cuota de grupo, esta Sala considera que el método para la elaboración de las relaciones de operadores principales debe atender al criterio consistente en definir como tales a las personas jurídicas que sean las sociedades matrices de los grupos de sociedades cuya cuota de grupo se encuentre entre las cinco más importantes del sector energético de que se trate, sin realizar definiciones adicionales de otras sociedades de tales grupos que no sean las sociedades matrices.

En relación con EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A., se considera que procede su inclusión como operador principal en ausencia de una sociedad en España que integre todas las actividades del GRUPO EDP en territorio nacional y en virtud de los datos de mercado de sus sociedades filiales EDP ESPAÑA, S.A.U. y EDP RENOVÁVEIS, S.A. empleados para la determinación de la relación de operadores principales en el sector eléctrico. Esta incorporación

responde a su condición de sociedad matriz del citado grupo, ostentando el control sobre las sociedades señaladas. En tanto que se trata de una sociedad radicada en Portugal, las limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, respecto del ejercicio de derechos de voto y designación de miembros de los órganos de administración, afectarían a los derechos sobre sus participadas y sobre otros operadores principales en caso de que, eventualmente, pueda participar en alguno de ellos, sin verse afectados los derechos políticos de los accionistas de EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A. sobre esta sociedad.

III.- Sobre los parámetros y fuentes de información empleados para la determinación de los operadores principales.

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 define el concepto de operador principal como *"cualquiera que, teniendo la condición de operador de dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión"*, pero no define ningún parámetro ni criterio expreso para la determinación de esa cuota de mercado.

En el ejercicio de las funciones atribuidas por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, para la determinación de los operadores principales, se emplea el criterio de unidades físicas, al igual que en ejercicios precedentes.

Para el cálculo de la cuota de mercado, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha tomado en consideración la información recabada de las empresas, así como la información disponible en el Organismo sobre los sectores energéticos.

Según consta en el Convenio que modifica el Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la constitución de un mercado ibérico de energía eléctrica, firmado por ambos países con fecha 18 de enero de 2008: *"A efectos del MIBEL, tendrá la condición de Operador Dominante del mercado toda empresa o grupo empresarial que, directa o indirectamente, tenga una cuota de mercado superior al diez por ciento (10%), medida en términos de energía eléctrica producida en el ámbito del MIBEL, sin tomar en consideración la producción en Régimen Especial, o bien medida en términos de energía eléctrica comercializada."*

Si bien la legislación española en materia de operadores principales y dominantes no refiere de forma expresa la necesidad o no de inclusión de la producción en régimen especial, a los efectos del cálculo de las relaciones de operadores dominantes en el mercado ibérico, esta Sala ha venido excluyendo este concepto, a la vista de lo recogido en el mencionado Convenio, y ha

extendido este criterio a los operadores principales igualmente, con la finalidad de homogeneizar ambos conceptos, principales y dominantes.

No obstante, procede señalar los cambios normativos en relación con el régimen especial.

En relación con el denominado "régimen especial", el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico habilitó al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Por su parte, Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que deroga la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (salvo las disposiciones adicionales sexta, séptima, vigésima primera y vigésima tercera y sin perjuicio de lo establecido en la disposición final tercera de la Ley) incorpora una modificación en relación con la producción en régimen especial eliminando tal denominación, procediendo a una regulación unificada de la producción de energía eléctrica. No obstante lo anterior, la Ley incorpora la posibilidad de que con carácter excepcional se establezcan nuevos regímenes retributivos específicos para fomentar la producción de energía eléctrica a partir de energías renovables, cogeneración y residuos y prevé que un reglamento establecerá el procedimiento por el cual las instalaciones que a la entrada en vigor de la Ley tengan derecho a la percepción del régimen económico primado quedaran inscritas en el registro de régimen retributivo específico y serán objeto de liquidación del régimen retributivo específico correspondiente.

Así, con fecha 10 de junio de 2014 se publica en el BOE el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

A efectos del cálculo de operadores principales y dominantes en el sector eléctrico desde el cálculo de las relaciones a partir de datos referidos a 2014 y hasta la relación aprobada en 2018, se ha seguido el procedimiento establecido en ejercicios anteriores, por el que se consideraba únicamente la producción de energía eléctrica denominada en "régimen ordinario" (atendiendo a la designación prevista en la legislación anterior a la Ley 24/2013, de 26 de diciembre), considerándolo consistente con el criterio previsto en el Convenio que modifica el Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la constitución de un mercado ibérico de energía eléctrica, que se mantiene en vigor y que excluye expresamente a la producción en "régimen especial" (denominación válida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley

24/2013) entendida esta actividad como la generación de energía eléctrica en instalaciones de potencia no superior a 50 MW que utilicen como energía primaria energías renovables o residuos, y aquellas otras como la cogeneración que implican una tecnología con un nivel de eficiencia y ahorro energético considerable, según se establece en las normas anteriores al nuevo marco normativo, todo ello con independencia de cuál sea su denominación en la normativa en vigor a la fecha de la presente Resolución.

Sin embargo, a la vista de la creciente importancia de las energías renovables en el mercado de producción de energía eléctrica, así como la obligación que dichas energías tienen de acudir y participar en dicho mercado organizado, e igualmente a la vista de los objetivos de producción con energías renovables del sistema eléctrico español con arreglo al PNIEC (Plan Nacional Integrado de Energía y Clima), esta Comisión entiende que carece de sentido excluir las energías renovables del cálculo y determinación de los operadores principales.

No existe además impedimento legal alguno para ello, pues nada dice el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 en este aspecto.

Ha de tenerse en consideración que el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección a los consumidores, establece como objetivos a perseguir, "*acelerar la transición a una economía descarbonizada, mediante una mayor integración de las energías renovables, el fomento de la movilidad sostenible y la eficiencia energética*", según reza su exposición de motivos. A tal efecto el Real Decreto-ley incluye en su título II medidas encaminadas a acelerar esa transición, procurando, en particular, "*la integración de la electricidad de fuentes de energías renovables con el objetivo de asegurar que se lleven a cabo y se culminen las inversiones necesarias para cumplir los objetivos de penetración de renovables asumidos en 2020".*

Atendiendo a las consideraciones anteriores, para la determinación de la relación de operadores principales, elaborada con base en datos del ejercicio 2018, se procedió a la inclusión de la producción con energías renovables en el ámbito nacional, manteniéndose para relación, a partir de datos del ejercicio 2020, frente al criterio con el que se ha venido actuando en ejercicios anteriores, de exclusión del entonces llamado "régimen especial".

Cuarto.- Sobre la relación de operadores principales en el sector eléctrico.

La presente relación de operadores principales en el sector de energía eléctrica ha sido elaborada atendiendo a los datos requeridos y remitidos por las empresas en respuesta al requerimiento practicado por la CNMC de fecha 26 de julio de 2021; a los correspondientes a TOTALENERGIES CLIENTES, S.A.U. recibidos con fecha 27 de enero de 2022, a los efectos de subsanar el error detectado en los enviados el 9 de agosto de 2021 para atender al mencionado requerimiento, y a los datos que obran en esta Comisión, si bien los mismos han sido objeto, en su caso, de aquellos ajustes necesarios atendiendo tanto a las modificaciones producidas en las estructuras societarias como a otras operaciones con incidencia en el procedimiento de valoración del poder económico de las empresas, que se hayan producido con posterioridad al ejercicio al que dichos datos hacen referencia.

Atendiendo a los criterios anteriores, la relación de operadores principales en el sector de energía eléctrica resultante es la siguiente:

I.- Relación de operadores principales en el sector eléctrico

La relación de operadores principales en el sector eléctrico es la siguiente:

	OPERADOR PRINCIPAL
1	ENDESA, S.A.
2	IBERDROLA, S.A.
3	NATURGY ENERGY GROUP, S.A.
4	EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A. (*)
5	ACCIONA, S.A.

(*) Se integra en la relación de operadores principales atendiendo a su condición de matriz del GRUPO EDP, ostentando el control sobre las sociedades EDP ESPAÑA, S.A.U. y EDP RENOVÁVEIS, S.A., que desarrollan su actividad en territorio nacional. En tanto se trata de una sociedad radicada en Portugal, las limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, respecto del ejercicio de derechos de voto y designación de miembros de los órganos de administración, afectarían a los derechos sobre sus participadas y sobre otros operadores principales en caso de que, eventualmente, pueda participar en alguno de ellos, sin verse afectados los derechos políticos de los accionistas de EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A. sobre esta sociedad.

Quinto.- Obligaciones derivadas de la aprobación y publicidad de las relaciones de operadores principales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, las personas físicas o jurídicas que incurran en supuestos previstos en el ámbito de aplicación de tal artículo habrán de asumir las limitaciones establecidas en el mismo y relativas al ejercicio de los derechos de voto y a la presencia en el

Consejo de Administración de operadores principales en los mercados afectados, así como las disposiciones en materia de representación y participación en emisiones primarias de energía eléctrica, expuestas en el apartado segundo de esta Resolución.

En relación con EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A., se considera que procede su inclusión como operador principal en ausencia de una sociedad en España que integre todas las actividades del GRUPO EDP en territorio nacional y en virtud de los datos de mercado de sus sociedades filiales EDP ESPAÑA, S.A.U. y EDP RENOVÁVEIS, S.A. empleados para la determinación de la relación de operadores principales en el sector eléctrico. Esta incorporación responde a su condición de sociedad matriz del citado grupo, ostentando el control sobre las sociedades señaladas. En tanto que se trata de una sociedad radicada en Portugal, las limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, respecto del ejercicio de derechos de voto y designación de miembros de los órganos de administración, afectarían a los derechos sobre sus participadas y sobre otros operadores principales en caso de que, eventualmente, pueda participar en alguno de ellos, sin verse afectados los derechos políticos de los accionistas de EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A. sobre esta sociedad.

Según se establece en el artículo 34. del Real Decreto-Ley 6/2000 y en el artículo 3.2 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, en el plazo de un mes desde la publicación de la relación de operadores principales, las personas físicas o jurídicas que incurran en las prohibiciones establecidas en el apartado uno del artículo 34, comunicarán la sociedad respecto de la cual se pretenda ejercer los derechos de voto o designar miembros del órgano del Consejo de Administración sin restricción alguna. En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tenga la consideración de operador principal en un mismo mercado o sector y designar miembros en el órgano de administración de otra u otras que tengan tal condición en el mismo mercado o sector.

No obstante, conviene hacer constar igualmente que el apartado artículo 34.5 establece que *«la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.».*

Por último, en el artículo 34.6 se establece que «*el incumplimiento de las restricciones impuestas en el número primero respecto del ejercicio de los*

derechos de voto o la designación de miembros de órganos de administración, siempre que no esté amparada en la excepción prevista en el número anterior, se considerará infracción muy grave y se sancionará con multa de hasta cincuenta millones de pesetas, todo ello sin perjuicio de la suspensión automática a la que se refiere el número cuatro.».

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Establecer y hacer pública la siguiente relación de operadores principales en el mercado energético de electricidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, y en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en dicho artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, de acuerdo con los datos relativos al año 2020 que obran en poder de esta Comisión:

Operadores principales en el sector eléctrico:

- Endesa, S.A.
- Iberdrola, S.A.
- Naturgy Energy Group, S.A.
- EDP Energías de Portugal, S.A. (*)
- Acciona, S.A.

(*) Se integra en la relación de operadores principales atendiendo a su condición de matriz del GRUPO EDP, ostentando el control sobre las sociedades EDP ESPAÑA, S.A.U. y EDP RENOVÁVEIS, S.A., que desarrollan su actividad en territorio nacional. En tanto se trata de una sociedad radicada en Portugal, las limitaciones previstas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, respecto del ejercicio de derechos de voto y designación de miembros de los órganos de administración, afectarían a los derechos sobre sus participadas y sobre otros operadores principales en caso de que, eventualmente, pueda participar en alguno de ellos, sin verse afectados los derechos políticos de los accionistas de EDP ENERGÍAS DE PORTUGAL, S.A. sobre esta sociedad.

SEGUNDO: Ordenar la publicación de la parte resolutoria de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado, para hacerla pública, a los efectos de lo establecido en el artículo 3.1 del reglamento del procedimiento de autorización aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre. De forma adicional, esta Resolución se publicará en la página web de la CNMC en cumplimiento del artículo 34. Dos *in fine* del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y

que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.