

## **RESOLUCIÓN**

**Expte. S/004/20, SAMPOL ENERGÍA S.L.**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

#### **Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 29 de junio de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/004/20, SAMPOL ENERGÍA S.L., por supuestas prácticas y conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

- (1) El 22 de mayo de 2018, la Dirección General de Energía y Cambio Climático del Gobierno de las Islas Baleares inició de oficio expediente administrativo (expediente nº2018/17950) con objeto de determinar la empresa encargada de distribuir electricidad a Son Busquets ARE 45-01 (6,4 MVA) y al polígono de Son Pardo-SUP/52-02 (13,9 MVA), en Palma de Mallorca.
- (2) Una vez realizada la valoración técnica de las propuestas presentadas por parte de Red Eléctrica de España, S.A. (REE), la Dirección General de Energía y Cambio Climático evaluó dichas propuestas desde el punto de vista económico atendiendo al criterio del menor coste posible para el sistema, de conformidad con lo establecido en el artículo 39.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> "(...) Cuando en una nueva área a electrificar existan varios distribuidores que deseen realizar el desarrollo de la misma, la Administración Pública competente bajo el criterio de red única y aquellos

- (3) El 9 de julio de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de denuncia de SAMPOL ENERGÍA S.L. dirigido a la Dirección de Competencia de la CNMC, en los términos establecidos en el artículo 4.2 LDC<sup>2</sup>, por la incorrecta interpretación de la Dirección General de Energía y Cambio Climático del Gobierno Balear, del artículo 39.3 de la LSE , así como del artículo 13 del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.
- (4) A la vista de la documentación remitida, el 25 de julio de 2019 la Dirección de Competencia inició una información reservada bajo la referencia DP/051/19, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de indicios que justificasen la incoación de un expediente sancionador. Posteriormente, se procedió a trasladar las actuaciones al expediente S/0004/20 SAMPOL ENERGÍA S.L.
- (5) El 22 de enero de 2021 la Directora de Competencia ha formulado propuesta de archivo de este expediente.

## II. LAS PARTES

### A. Denunciante: Sampol Energía, S.L. (SAMPOL)

SAMPOL pertenece al grupo SAMPOL, fundado en 1934, que desarrolla su actividad en tres áreas de negocio: energía, instalaciones integrales y tecnología.

En concreto, la sociedad SAMPOL centra su actividad en los sectores de infraestructuras de distribución de energía.

### B. Denunciado: Dirección General de Energía y Cambio Climático del Gobierno de las Islas Baleares (DGECC).

De acuerdo al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, esta Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en materia de Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de la comunidad y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma. Asimismo le

---

*que establezca reglamentariamente la Administración General del Estado, y considerando el carácter de monopolio natural de la actividad y con el objetivo de generar el menor coste de retribución para el conjunto del sistema determinará con carácter previo a la ejecución de las instalaciones, cuál de las empresas distribuidoras deberá acometer el desarrollo”.*

<sup>2</sup> Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen minero y energético.<sup>3</sup>

La DGECC se enmarca en la Consejería de Transición Energética y Sectores Productivos del Gobierno de las Islas Baleares, y ejerce sus competencias, entre otros, en los ámbitos de energías convencionales y alternativas, fomento y planificación de la eficiencia energética y utilización de energías renovables, ordenación energética; instalaciones eléctricas de alta tensión; redes de transporte y distribución de electricidad y gas<sup>4</sup>.

En el ámbito de la ordenación energética, la DGECC lleva a cabo la coordinación del desarrollo de la planificación energética y la tramitación y gestión administrativa de las actividades reguladas de los sectores de la electricidad y del gas, como son las instalaciones no liberalizadas y las redes de transporte y de distribución de energía<sup>5</sup>.

### **III. MERCADO AFECTADO POR LOS HECHOS OBJETO DE DENUNCIA**

El mercado afectado por los hechos objeto de la denuncia presentada es el mercado de distribución de electricidad.

El marco normativo del sector eléctrico, dentro del cual se encuadra la actividad de distribución, está formado por una serie de normas en las que conviven actividades reguladas y actividades ejercidas en régimen de libre competencia. Así, de conformidad con la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, mientras que el transporte, la distribución y la operación del sistema se prestan bajo un régimen económico y de funcionamiento que es regulado, la producción, comercialización y los servicios de recarga energética se desarrollan en régimen de libre competencia (artículo 8 de la LSE).

La LSE define la actividad de distribución (art. 38.1) como *“aquella que tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte, o en su caso desde otras redes de distribución o desde la generación conectada a la propia red de distribución, hasta los puntos de consumo u otras redes de distribución en las adecuadas condiciones de calidad con el fin último de suministrarla a los consumidores”*.

La actividad de distribución será llevada a cabo por los distribuidores, que se definen, de acuerdo al artículo 6.1.b) de la LSE, como *“sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que tienen la función de*

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

<sup>4</sup> Decreto 21/2019 de 2 de agosto, de la presidenta de las Illes Balears, por el que se modifica el Decreto 12/2019, de 2 de julio, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

<sup>5</sup> [http://www.caib.es/sites/energiaicanviclimatic/es/acceder\\_por\\_areas-86597/?campa=yes](http://www.caib.es/sites/energiaicanviclimatic/es/acceder_por_areas-86597/?campa=yes)

*distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo*". Los distribuidores serán también responsables del desarrollo de su red de distribución, cuando sea necesario (artículo 40.1.b de la LSE).

En su artículo 2, la LSE garantiza el *"acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en esta ley"*. La CNMC, mediante circular, establece la metodología para el establecimiento de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los usuarios de las mismas.

En lo que respecta a las infraestructuras de distribución de energía eléctrica, será responsabilidad de los distribuidores la ampliación de las instalaciones de distribución cuando sea necesario para la atención de las nuevas demandas de suministro eléctrico (artículo 40.1.e) de la LSE).

La puesta en funcionamiento de las instalaciones de distribución de energía eléctrica está sometida a un régimen de autorización administrativa (artículo 53 LSE). Esta autorización se otorga atendiendo al carácter de red única y monopolio natural del sistema, así como al criterio de menor coste posible para el conjunto del sistema (artículo 39.2 de la LSE).

El artículo 39.3 de la LSE dispone que *"Cuando en una nueva área a electrificar existan varios distribuidores interesados en realizar el desarrollo de la misma, la Administración Pública competente bajo el criterio de red única, considerando el carácter de monopolio natural de la actividad de distribución y con el objetivo de generar el menor coste de distribución para el conjunto del sistema, determinará, con carácter previo a la ejecución de las instalaciones, cuál de las empresas distribuidoras deberá acometer el desarrollo"*.

La demanda de nuevas infraestructuras e instalaciones de la red de distribución vendrá determinada a su vez por la necesidad de atender nuevas demandas de energía eléctrica.

En precedentes nacionales y europeos se ha considerado que el ámbito geográfico relevante de las redes de distribución viene delimitado por el área que abarcan las autorizaciones administrativas, que generalmente se refieren a términos municipales determinados <sup>6</sup>.

Actualmente hay 333 empresas distribuidoras en España (<https://sede.cnmc.gob.es/listado/censo/1>), y, en el caso concreto de las Islas Baleares, ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. (EDE) ejerce la actividad de distribución siendo el sujeto que gestiona un mayor número de activos de distribución en ese territorio de las Islas Baleares. De acuerdo a la denuncia, SAMPOL gestiona desde hace unos años una instalación de distribución en Palma

---

<sup>6</sup> Ver expediente C-0098/08 Gas Natural/Unión Fenosa.

de Mallorca (Subestación Parc Bit), y ha participado en algunos procedimientos en concurrencia para el suministro de nuevas áreas de electrificación.

#### **IV. HECHOS DENUNCIADOS**

Iniciado de oficio el expediente 2018/17950 por parte de la DGECC del Gobierno de las Islas Baleares, para determinar la empresa encargada de distribuir electricidad en Son Busquets y Son Pardo, con fecha 3 de julio de 2018 la empresa SAMPOL presentó su propuesta de instalaciones (folios 48 a 89). Por su parte, el día 4 de julio de 2018, la empresa ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. (EDE) presentó su propuesta (folios 90 a 94).

La viabilidad técnica de ambas propuestas fue confirmada mediante informe de Red Eléctrica de España (REE) de 20 de diciembre de 2018, en respuesta a la petición de la DGECC (folios 95 y 96).

Con fecha de 1 de febrero de 2019, la DGECC valoró las propuestas presentadas desde el punto de vista económico, de forma que el coste asociado a cada propuesta vendría determinado por la retribución a satisfacer a cada una de ellas. La DGECC consideró los elementos y la metodología de cálculo establecidos en el Real Decreto 1048/2013, de forma que la retribución a percibir por cada instalación se calculó como la suma de la retribución a la inversión, la retribución a la operación y mantenimiento, y la *retribución por otras tareas reguladas desarrolladas por empresas distribuidoras (ROTD)*<sup>7</sup>.

La Orden IET/2660/2015<sup>8</sup> establece, con relación a la distribución, y para el periodo regulatorio comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019, los valores unitarios de referencia para el cálculo de los costes de inversión y los costes de operación y mantenimiento, así como los valores unitarios de referencia que se emplearán para el cálculo de la retribución por otras tareas reguladas.

Los resultados de los cálculos realizados por la DGECC se muestran en la siguiente tabla:

---

<sup>7</sup> Artículo 13 del RD 1048/2013.

<sup>8</sup> Orden IET/2660/2015, de 11 de diciembre, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión, de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado y los valores unitarios de retribución de otras tareas reguladas que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, se establecen las definiciones de crecimiento vegetativo y aumento relevante de potencia y las compensaciones por uso y reserva de locales.

DISTRIBUIDOR	COSTES DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO (€)	COSTES TAREAS REGULADAS DE DISTRIBUCIÓN (€) (Anexo IV orden IET/2660/2015)	TOTAL
EDE	16.146,09	73.227,43	89.373,52
SAMPOL	25.761,81	365.033,15	390.794,93

Fuente: Denuncia

De acuerdo con el criterio de mínimo coste para el sistema, establecido tanto en el artículo 39.3 de la LSE como en el artículo 21.1.b) del RD 1048/2013, la DGECC concluyó que EDE era la mejor candidata para llevar a cabo la distribución de la energía eléctrica a Son Busquets y al polígono de Son Pardo y con fecha 4 de febrero de 2019 dictó propuesta de resolución por la que se otorgó a EDE el desarrollo de la infraestructura objeto del citado expediente (folios 97 a 102).

A la vista de dicha propuesta, SAMPOL presentó alegaciones ante la DGECC el 7 de marzo de 2019, argumentando lo siguiente (folios 103 a 120):

- La propuesta realizada por EDE difería de criterios seguidos por ésta en actuaciones anteriores. Así, habiendo justificado EDE la construcción de la subestación Son Pardo 15 kV en abril 2016 en el marco del expediente RE28768, en el caso del expediente actual adoptó un criterio distinto, reflejado en su propuesta de 4 de julio de 2018, de forma que no consideró la construcción de la subestación Son Pardo 66/15 kV (necesaria para la conexión a la red de transporte) para la atención del suministro a Son Busquets y Son Pardo. EDE optó por una solución basada en la conexión a la red de distribución existente.
- Los costes de inversión considerados por EDE no incluyeron determinados costes de inversión, que según EDE debía costear ella misma, minorando el coste de retribución calculado en la propuesta de resolución de la DGECC.
- En relación al ROTD, SAMPOL consideró que este parámetro debería ser irrelevante, neutro y que en ningún caso debería ser tomado en consideración. Dado que los parámetros que determinan el valor del ROTD dependen del número de clientes de cada distribuidora, en opinión de SAMPOL, el cálculo debería hacerse de tal manera que la retribución debida a nuevos clientes debería ser idéntica para todas las empresas distribuidoras. Este parámetro sería entonces irrelevante a efectos de lo dispuesto en el artículo 39.3 de la LSE y su consideración habría llevado a resultados incorrectos en los cálculos realizados por la DGECC para la determinación de los costes de ambas empresas.
- SAMPOL alegó también la capacidad de las instalaciones que había propuesto de acoger nuevos clientes a un menor coste. En concreto, estimó que los costes por clientes futuros en que incurriría SAMPOL serían un 2,4% inferiores a los costes de EDE.

- Por último, SAMPOL se refirió en sus alegaciones al informe de la CNMC INF/DE/225/17, de 28 de junio “Acuerdo por el que se propone la retribución a reconocer a las empresas titulares de instalaciones de distribución eléctrica para el ejercicio 2018. Aplicación de la metodología del Real Decreto 1048/2013”. En dicho documento se afirmaba que “Respecto a las empresas con menos de 100.000 clientes conectados a sus redes, en las que cabría esperar un mayor sobrecoste, debido al menor efecto de las economías de escala, esta circunstancia no se manifiesta de manera tan general, lo que pone en entredicho las imputaciones de costes en las inversiones declaradas por las empresas distribuidoras de mayor dimensión”.

En relación al parámetro ROTD, principal fuente de las discrepancias puestas de manifiesto por SAMPOL en su denuncia, se ha de señalar que la retribución por cada una de las tareas consideradas como “otras tareas de distribución”<sup>9</sup> se calculará, salvo en el caso de las tasas de ocupación de la vía pública, multiplicando los valores unitarios de referencia por cliente para cada una de estas actividades (valores unitarios actualmente contemplados en el anexo IV de la Orden ITC/2660/2015) por el número total de clientes de la empresa distribuidora. Estos valores unitarios varían en función del número de clientes, contemplándose un sistema por tramos (1-1000 clientes; 1001-10.000 clientes; 10001-100.000 clientes; 100.001-1.000.000 clientes y un último tramo para distribuidora con más de 1.000.000). Los costes unitarios para cada uno de los tramos descienden con el número de clientes. Sirva como ejemplo los valores unitarios de referencia para cada uno de los tramos de la retribución por lectura de contadores y equipos de medida de los clientes conectados a las redes de una empresa distribuidora de energía eléctrica que se muestran a continuación:

TRAMO DE CLIENTES		VALOR UNITARIO €/cliente
Desde	Hasta	
1	1.000	9,856
1.001	10.000	5,299
10.001	100.000	5,299
100.001	1.000.000	3,821
1.000.001		3,033

Fuente, Anexo IV-A de la Orden IET/2660/2015

En opinión de SAMPOL, en el cálculo del incremento de costes derivados de la retribución por otras tareas de distribución, los nuevos clientes a considerar deberían haberse incorporado en los primeros tramos, y no en los últimos. De esta

<sup>9</sup> Retribución por la lectura de contadores y equipos de medida de los clientes conectados a sus redes; retribución por las tareas asociadas a la contratación, facturación de peajes de acceso y gestión de impagos; retribución por tareas de planificación; retribución por costes de estructura de la empresa de distribución eficiente; retribución en concepto de tasas de ocupación de la vía pública.

manera, dado que el número de nuevos clientes a atender es el mismo para ambas distribuidoras, el diferencial de costes por otras tareas de distribución es el mismo y, efectivamente, el parámetro ROTD resulta neutro a la hora de determinar qué empresa incurre en mayores costes para el sistema. En caso de no hacerse así e incluir a los nuevos clientes en los últimos tramos, las empresas con un elevado número de clientes incurrirán en nuevos costes inferiores que en el caso de empresas con un menor número de clientes.

Las alegaciones presentadas por SAMPOL fueron valoradas y contestadas por EDE con fecha 17 de abril de 2019 (folios 121 a 130), poniendo de manifiesto a la DGECC lo siguiente:

- EDE justificó el cambio de criterio en cuanto a las instalaciones necesarias para el desarrollo de la red por una ralentización en el crecimiento de la demanda, así como por la existencia de una solución técnica viable basada en facilitar el suministro a las áreas de Son Pardo y Son Busquets desde la red de distribución existente, sin necesidad de acceder a la red de transporte (y sin necesidad, por tanto, de la subestación Son Pardo 66/15 kV).
- En relación al parámetro ROTD, EDE alegó que el artículo 39.3 de la LSE no hacía referencia a costes de inversión o costes de operación y mantenimiento, sino al mínimo coste para el sistema. Además, afirmó que la interpretación de dicho parámetro por parte del SAMPOL a la hora de evaluar el coste de cada propuesta no es correcto, por cuanto suponía la no consideración del reconocimiento regulatorio de las economías de escala aplicables a grandes empresas distribuidoras respecto de las pequeñas. En cualquier caso, EDE no compartió la opinión de SAMPOL en cuanto a la neutralidad e indiferencia de este parámetro.
- Sobre los posibles errores cometidos por EDE a la hora de calcular el parámetro ROTD, éste alegó que adelantó unos resultados promedios a efectos de comparación básica y que, en todo caso, corresponde a la DGECC la realización de los cálculos.
- En cuanto al análisis comparativo de la retribución de ambas empresas realizado por SAMPOL, y por el que éste afirmaba que, considerando la evolución futura del número de clientes, el coste por clientes de SAMPOL era un 2,4% inferior al de EDE, este último alegó que el análisis realizado por SAMPOL se basaba en hipótesis de difícil comprobación y extrapolaciones que incluían previsiones a decenas de años vista, calificando los resultados obtenidos como inverosímiles e insostenibles.

En lo que respecta a la posterior **denuncia presentada por SAMPOL** ante la CNMC, SAMPOL considera que la DGECC realizó una interpretación incorrecta de la norma a la hora de calcular los costes y considera que en dicho cálculo sólo



deberían tenerse en cuenta los costes de inversión y los costes de operación y mantenimiento.

SAMPOL considera que no debían tenerse en cuenta los costes asociados al parámetro ROTD, y que el modo en que la DGECC ha empleado dicho parámetro para el cálculo de los costes de cada instalación es erróneo por haber contabilizado para los costes unitarios el número total de clientes, a nivel nacional, de cada empresa. Así, para EDE, con más de 10.000.000 de clientes en todo el territorio nacional resultan unos costes asociados a otras actividades reguladas considerablemente inferiores a los costes por dichas actividades en que incurre SAMPOL.

Dado que ni la LSE, ni el Real Decreto 1048/2013, ni la Orden IET/2660/2015 especifican cómo contabilizar el número de clientes para la obtención de los costes unitarios asociados al parámetro ROTD, SAMPOL hace responsable directo a la DGECC de una incorrecta interpretación de la norma. SAMPOL no sólo es partidaria de modificar la interpretación realizada por la DGECC en el cálculo del parámetro ROTD, sino que considera que dicho parámetro no debe ser ni siquiera tenido en cuenta para el cálculo de los costes asociados a la nueva instalación de carácter local o regional.

SAMPOL afirma en su denuncia que la inclusión del parámetro ROTD en el cálculo económico para la determinación del mínimo coste para el sistema supone una distorsión de la competencia, por cuanto favorece a las grandes empresas distribuidoras y supone una barrera de entrada para los pequeños distribuidores, que, al disponer de un reducido número de clientes, incurren en unos elevados costes asociados a otras actividades reguladas en comparación con las empresas distribuidoras de mayor dimensión.

En el caso concreto objeto de la denuncia, la no consideración del parámetro ROTD supondría que la oferta económicamente más ventajosa y, por tanto, aquella que cumpliría con el criterio de mínimo coste, sería precisamente la oferta presentada por SAMPOL. Es decir, la conducta denunciada supone, de acuerdo con SAMPOL, la exclusión del mercado de un operador que sería más eficiente desde el punto de vista económico, teniendo en cuenta las pretensiones de la denunciante, basadas en considerar únicamente los costes de inversión, operación y mantenimiento a la hora de realizar la valoración económica de las propuestas.

## **V. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. - Competencia para resolver.**

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la CNMC ha de *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*.

El artículo 20.2 de la misma Ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”. Asimismo, el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que “La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

## **SEGUNDO.- Propuesta del órgano instructor**

El 22 de enero de 20221 la Dirección de Competencia ha formulado propuesta de archivo, que ha sido elevada a esta Sala de Competencia.

En concreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por SAMPOL, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada LDC; ello sin perjuicio de que, ante el conocimiento de nuevos elementos acreditativos o de indicios de posibles prácticas anticompetitivas, la Dirección de Competencia pudiera, en su caso, decidir la incoación del correspondiente expediente sancionador.

## **TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia**

Si bien SAMPOL no especifica el artículo de la LDC cuyo incumplimiento ha dado lugar a la presentación de la denuncia, en el escrito de la misma se hace referencia a la introducción de barreras de entrada en el mercado de distribución de electricidad y, como consecuencia de éstas, a la exclusión de SAMPOL de dicho mercado en el desarrollo del procedimiento administrativo 2018/17590.

Se deduce, por tanto, que la conducta denunciada por SAMPOL no es en sí una conducta de explotación abusiva llevada a cabo por la DGECC en el sentido del artículo 2 de la LDC, sino más bien que la denunciada habría facilitado la exclusión de SAMPOL del mercado como consecuencia de la incorrecta interpretación de la normativa de referencia (LSE y RD 1048/2013).

Así, cabe recordar que según el artículo 4 de la LDC:

*“1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.*

*2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”*

No obstante, SAMPOL no aduce el carácter anticompetitivo de la normativa de referencia en este caso, sino su incorrecta interpretación por parte de la DGECC.

A este respecto, ha de señalarse que, con fecha 14 de mayo de 2019, la DGECC presentó escrito ante la Dirección de Energía de la CNMC, solicitando informe para determinar si los criterios seguidos por la DGECC fueron los adecuados y ajustados a norma para determinar cuál de las dos propuestas era la más ventajosa, de acuerdo al criterio de mínimo coste contemplado en el artículo 39.3 de la LSE. Y más concretamente, solicitó aclaración, entre otros aspectos, sobre: i) si se debía tener en cuenta el parámetro RODT para la realización de los cálculos que determinan el coste asociado a una nueva instalación de la red de distribución; y ii) la validez de los cálculos realizados por la DGECC en su informe del 1 de febrero de 2019.

En respuesta a la petición realizada por la DGECC, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC emitió, con fecha de 7 de noviembre de 2019, el *“Acuerdo por el que se emite informe sobre los cálculos efectuados por la Direcció General de Energia i Canvi Climatic del Govern Balear, para evaluar el mínimo coste de retribución en los proyectos presentados por Endesa Distribución Eléctrica SLU y Sampol Energía SL para suministrar energía eléctrica en Son Bosquets y el polígono de Son Pardo”*<sup>10</sup>.

En sus consideraciones previas, el informe de la Sala de Supervisión Regulatoria señaló que no entraría a valorar las soluciones técnicas propuestas por cada empresa y por tanto se limitaría a responder las preguntas formuladas por la DGECC en relación con los cálculos efectuados para determinar el menor coste de retribución para el conjunto del sistema, tal y como establece el artículo 39.3 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico. De esta forma, para el cálculo de costes se aplicaron los mismos criterios que emplea la CNMC para calcular actualmente la retribución anual de los distribuidores, de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 1048/2013 y en la Orden IET/2660/2015, con objeto de comparar cuál de las dos propuestas supondría un menor incremento en la retribución a soportar por el sistema eléctrico. En el informe (que, sin perjuicio de ciertas correcciones del detalle de los cálculos de la retribución, arroja un resultado equivalente, en términos generales, al del Gobierno Balear), se consideró, por tanto, la legislación vigente en ese momento.

---

<sup>10</sup> INF/DE/077/19 <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3026027.pdf>

De esta manera, el cálculo de los costes a que se refiere el citado informe se realiza únicamente a efectos de lo solicitado por el Govern Balear, sin perjuicio de los cálculos que deba realizar la CNMC para determinar la retribución de las empresas de que se trate, de acuerdo a la normativa aplicable en el momento correspondiente, y respecto de las infraestructuras que hayan sido efectivamente ejecutadas y para las que se haya concedido autorización de explotación.

Por tanto, el informe de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC “*se limita a calcular los efectos que tendría el parámetro ROTD sobre la retribución de cada empresa, con las premisas expuestas para ello*”, pero no valora si debería tenerse en consideración dicho parámetro a los efectos de determinar el menor coste para el sistema derivado de la electrificación de una nueva área (no entra a valorar si, a los efectos del contenido del artículo 39.3 de la LSE<sup>11</sup>, debería considerarse la retribución por otras actividades reguladas).

Esta Sala se remite a lo indicado en dicho informe de la Sala de Supervisión Regulatoria sobre la interpretación realizada por la DGECC en cuanto a la incorporación de los costes por otras actividades reguladas para la determinación de la propuesta más ventajosa a los efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 39.3 de la LSE.

En consecuencia, no se puede concluir que concurren los elementos necesarios para determinar la existencia de una conducta abusiva, puestos de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>12</sup> y la jurisprudencia de la Unión Europea<sup>13</sup>, y entre los que se incluyen una falta de justificación de dicha supuesta conducta abusiva. En efecto, cabe destacar que las actuaciones de la DGECC se han llevado conforme a los cauces del procedimiento administrativo establecido por la normativa aplicable, sin hallarse indicios de una conducta subjetiva o desarrollada al margen de la esfera pública, que permita concluir que la DGECC haya actuado de forma parcial e interesada en dicho procedimiento administrativo. Precisamente, prueba de lo contrario es la petición de informe realizada por la propia DGECC a la CNMC, con objeto de obtener una respuesta de carácter técnico y objetiva a la situación planteada.

En definitiva, la aplicación del criterio de *menor coste para el conjunto del sistema* que prescribe el artículo 39.3 de la LSE considera, para determinar la distribuidora que deba acometer la actuación, el total de retribución que se deriva de la misma, aunque no sea la oferta más económica para el despliegue específico de la nueva

---

<sup>11</sup> “(...) Cuando en una nueva área a electrificar existan varios distribuidores que deseen realizar el desarrollo de la misma, la Administración Pública competente bajo el criterio de red única y aquellos que establezca reglamentariamente la Administración General del Estado, y considerando el carácter de monopolio natural de la actividad y con el objetivo de generar el menor coste de retribución para el conjunto del sistema determinará con carácter previo a la ejecución de las instalaciones, cuál de las empresas distribuidoras deberá acometer el desarrollo”.

<sup>12</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 10 de abril de 2018 Rec: 3568/2015 HP, entre otras.

<sup>13</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-418/01 IMS Health.

red. Este extremo es posible al incluir la ROTD en el cómputo de retribución total. Esta situación conduce a adjudicar la nueva red de distribución al operador de mayor tamaño y podría situar al operador de menor tamaño en desventaja competitiva para optar a nuevos desarrollos de red.

En cualquier caso, no se constata la existencia de una conducta que pudiera resultar sancionable en aplicación de la LDC, al no apreciar un empleo inadecuado de las competencias y potestades atribuidas a la DGECC en los hechos denunciados. Por tanto, la decisión cuestionada es un acto administrativo formalmente adoptado por la DGECC en el ejercicio de sus competencias, por lo que, en este caso, el mecanismo adecuado de actuación sería, en todo caso, la eventual impugnación del acto formalmente adoptado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ello sin perjuicio de que a la vista de nueva información o datos que pudieran acreditar una conducta contraria a la LDC, pudiera iniciarse una nueva investigación.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

### RESUELVE

**Único.** No incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por SAMPOL ENERGÍA S.L., por considerar que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la DC y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Presidenta  
D.<sup>a</sup> Cani Fernández Vicién

Secretario del Consejo  
D. Joaquim Hortalà i Vallvé