

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA INSPECCION REALIZADA A SK PRIMACOR EUROPE, S.L., EN RELACION CON SU INSTALACIÓN EN P.I. ENTREVIES, (TARRAGONA)

INS/DE/107/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de Abril de 2021

De acuerdo con lo establecido en las disposiciones adicionales segunda y octava 1.a) y d), transitoria cuarta y el artículo 7.39 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA, acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

El Director de Energía de la CNMC, al amparo de lo previsto en el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y del artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, acordó con fecha 14 de mayo de 2020, el inicio de una inspección a SK PRIMACOR EUROPE, S.L., en su instalación del Polígono Industrial de Entrevies, Tarragona.

La planta de PRIMACOR se dedica a la producción y comercialización de copolímeros ácidos (etileno y ácido acrílico) y se encuentra situada en el polígono industrial Entrevies, en el municipio de Tarragona, emplazada en unos terrenos propiedad de la empresa DOW CHEMICAL IBERICA, S.L. (En adelante DOW), dentro del recinto de las instalaciones de ésta última empresa en el citado polígono.

La inspección se ha realizado con el siguiente objeto:

- Comprobar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos al suministro de energía eléctrica
- Comprobar la correcta facturación de la energía eléctrica por parte de la compañía comercializadora, así como, la facturación de las tarifas de acceso por parte de la empresa distribuidora.
- Además, se comprobarán cualesquiera otros extremos que, relacionados con el objeto de la visita, estime necesario examinar la inspección.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- **Habilitación competencial.**

Las actuaciones se llevan a término en aplicación de lo previsto en las disposiciones adicionales segunda y octava, 1.a) y d), transitoria cuarta y el artículo 7.39 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento.

Segundo.- **Inspección**

El día 16 de febrero de 2021 se levantó Acta de Inspección, en la que se recoge lo siguiente:

- Durante las labores de inspección, se ha comprobado que PRIMACOR no está conectado a la red de distribución o transporte de energía eléctrica, sino que está conectado, en diversos puntos, a través de instalaciones interiores de DOW y en consecuencia, adquiere su suministro eléctrico a través de DOW, mediante una contraprestación económica, teniendo en cuenta únicamente los costes directos e indirectos en que incurre DOW. Esta situación se crea a raíz de la operación de concentración entre las corporaciones The Dow Chemical Company y E.I. du Pont de Nemours and Company, tal y como se detalla en el cuerpo de este Acta.
- Se ha proporcionado la facturación emitida por DOW a PRIMACOR en relación con el suministro de energía, para el periodo temporal de esta inspección.
- En el RD 1955/2000, Art. 79, pto. 3 se indica que *“El contrato de suministro es personal, y su titular deberá ser el efectivo usuario de la energía, que no podrá utilizarla en lugar distinto para el que fue contratada, ni cederla,*

ni venderla a terceros”, en este caso, PRIMACOR es uno de los efectivos usuarios de la energía, cuyo contrato de suministro es titular únicamente DOW.

- PRIMACOR no tiene establecido un punto frontera con VIESGO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L. o bien con EDISTRIBUCIÓN REDES DIGITALES, S.L. (empresas distribuidoras de la zona), adquiriendo la energía que consume exclusivamente a través de DOW. Esta configuración no se contempla en el RD 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, art. 3. En el RD 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución, en su artículo 4, pto. 2 se indica *“En todo caso, tendrán consideración de red de distribución aquellas redes que alimenten o conecten entre sí a más de un consumidor eléctrico.”* En este caso, PRIMACOR está conectado a instalaciones interiores de DOW (y a su vez DOW está conectado a instalaciones interiores de PRIMACOR en BT), no cumpliéndose lo indicado en el citado artículo, dado que las instalaciones interiores de PRIMACOR que conectan eléctricamente con DOW o que alimentan a DOW entran en la citada definición de red de distribución.
- PRIMACOR no ha formalizado el suministro de energía eléctrica con una empresa comercializadora de energía eléctrica o con otros sujetos del mercado de producción, no cumpliendo con la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, art. 44, 1, c, sobre derechos y obligaciones de los consumidores en relación con el suministro, ya que adquiere su suministro de energía eléctrica de la empresa DOW, en virtud de los citados acuerdos entre ambas empresas, sin que conste que DOW esté habilitada para ejercer la función de comercialización.
- Cabe destacar que en el documento “M.7932 – ACP Phase II Commitments”, donde The Dow Chemical Company y E.I. du Pont de Nemours and Company (en el marco de la operación de concentración entre ambas corporaciones), presentan ante la CE los compromisos definitivos de desinversión, de fecha 17 de febrero de 2017, se indica, en relación con el suministro de energía eléctrica: *“Dow will enter into a long-term electric energy retail sales agreement with the Purchaser pursuant to which Dow supplies electric energy to the Freeport ACP Facility; for the Tarragona ACP Facility, Dow will provide electric energy as part of the SSA”* (“DOW celebrará un acuerdo de venta minorista de energía eléctrica a largo plazo con el comprador en virtud del cual DOW suministra energía eléctrica a las instalaciones de Freeport ACP; para la instalación ACP de Tarragona, DOW proporcionará energía eléctrica como parte del SSA, en referencia al “Site Services Agreement”). El 27 de marzo de 2017, se declara la operación de concentración Dow/DuPont compatible con el

mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Espacio Económico Europeo) (Asunto M.7932- Dow/DuPont).

El acta de inspección fue firmada por el inspector designado y notificada telemáticamente a la empresa y en su condición de tercero interesado a la empresa DOW CHEMICAL IBERICA, S.L.

ALEGACIONES PRESENTADAS POR SK PRIMACOR EUROPE, S.L. La empresa inspeccionada presentó el 8 de marzo de 2021 ante la CNMC escrito de alegaciones que se concretan en cuatro puntos, Se indica a continuación un resumen de estas alegaciones y en los apartados que corresponda, la valoración de la inspección:

PRIMERA. ANTECEDENTES

- (1)...(7) PRIMACOR describe los hitos más significativos en el proceso de la presente inspección, culminando con la firma del Acta de inspección.

SEGUNDA. CONCLUSIONES DEL ACTA DE INSPECCIÓN.

- (8)...(10) Se describen las conclusiones del Acta de inspección.

TERCERA. ORIGEN DE LA CONFIGURACIÓN DEL ESQUEMA DE SUMINISTRO ENTRE DOW Y PRIMACOR

- (11)...(20). Se describe el origen de la configuración del esquema de suministro entre DOW y PRIMACOR, que en esencia aparece descrito en el cuerpo del Acta de inspección.

La inspección no tiene ninguna observación sobre los tres primeros puntos de las alegaciones presentadas.

CUARTA. RESPUESTA A LAS CONCLUSIONES DEL ACTA DE INSPECCIÓN

4.1 El esquema de suministro de DOW y la Sociedad responde al cumplimiento de sus obligaciones legales, de conformidad con los compromisos adquiridos ante la Comisión Europea

- (22), Efectivamente, uno de los compromisos adquiridos por DUPONT y DOW es el indicado: *“DOW will enter into a long-term electric energy retail sales agreement with the Purchaser pursuant to which Dow supplies electric energy to the Freepot ACP Facility; for the Tarragona ACP Facility; Dow will provide electric energy as part of the SSA” —(“Dow celebrará un acuerdo de venta minorista de energía eléctrica a largo plazo con el comprador en virtud del cual DOW suministrará energía eléctrica a las*

instalaciones de ACP de Freeport; para la instalación de ACP de Tarragona, Dow proporcionará energía eléctrica como parte del SSA (esto es, el “Site Services Agreement”).

Cabe destacar que el Órgano competente de la Unión Europea dio el visto bueno a dicha unión de corporaciones, teniendo en cuenta los remedios a los que se comprometían las partes. En definitiva, a lo que da el visto bueno la Unión Europea es al conjunto de actuaciones (compromisos de desinversión, o remedios) a los que se comprometen DUPONT y DOW para poder realizar la unión entre ambas corporaciones. No se puede asumir que los compromisos de desinversión (que cabe recalcar, no son de conocimiento público) se puedan considerar “Ley” y además con un valor jerárquico superior a la legislación nacional en vigor de cada país de obligado cumplimiento.

PRIMACOR, realiza una lectura parcial e interesada de su cumplimiento de la legislación al citar exclusivamente los acuerdos de desinversión, obviando la legislación española en vigor. No le consta a la inspección ninguna acción de PRIMACOR encaminada a resolver los posibles conflictos que se crearan entre los citados acuerdos y la legislación española.

4.2 Inexistencia de vulneración de las disposiciones normativas aplicables sobre consumo y distribución de electricidad

(A) Improcedencia de imputar a la Sociedad incumplimiento alguno del artículo 44.1.c) de la LSE, en relación con el artículo 79 del RD 1955/2000 y con el artículo 3 del RD 1110/2007

- (3) (i), PRIMACOR reconoce que es el consumidor efectivo de la electricidad suministrada por DOW, recalcando que es en el “*marco de suministros de otros servicios y materias primas*”.
- (3) (ii) “*La finalidad de este precepto (y, en general, del régimen derivado del principio de libertad de elección del suministrador) es la de proteger al consumidor de las prácticas abusivas de los distribuidores o comercializadores de electricidad y, unido a lo anterior, fomentar la libre competencia en el mercado de la comercialización de electricidad.... Este debe ser, por tanto, el marco interpretativo a los efectos de la determinación del alcance del artículo 44.1.c) de la Ley 24/2013 y su aplicación al presente caso. Nos encontramos ante un derecho o garantía de la Sociedad, en su condición de consumidor de electricidad. El hecho de que el precepto liste o cite a las “empresas de comercialización” o a “otros sujetos de mercado de producción” nada cambia lo anterior y menos aún impone a la Sociedad la imposibilidad de recibir el suministro de electricidad de DOW*”

El art. 44.1.c) de la Ley 24/2013 establece un derecho a los consumidores, ofreciendo y limitando una serie de posibilidades para la adquisición de energía (en

caso contrario, si el legislador deseara que un consumidor adquiriese su energía en un supuesto distinto de lo indicado en el citado artículo 44.1.c) debería haberse indicado expresamente de algún modo), en consecuencia, la interpretación que hace PRIMACOR carece de sentido.

- (3) (ii)(b)(c), Al consumidor no se le *“impone una obligación legal de asegurar, evaluar, inspeccionar o investigar de ningún modo si el suministrador de electricidad cuenta con el título habilitante o cumple con las exigencias normativas aplicables para comercializar o suministrar electricidad”*.

En este caso se debe tener en consideración que no estamos hablando de un consumidor cualquiera, se trata de una corporación internacional (SK) al que se le presupone un mínimo conocimiento de la legislación energética y de las actividades que realiza DOW. El propio PRIMACOR reconoce en el documento de alegaciones que el suministro eléctrico de DOW es consecuencia de los compromisos de desinversión a raíz de la fusión de las dos corporaciones DOW y DUPONT y que nada tienen que ver con un proceso lógico de elección de comercializadora que pueda realizar cualquier consumidor, ya que, entre otros condicionantes, PRIMACOR no tiene capacidad para elegir comercializador. En consecuencia, pese a que en el Acta de inspección no se valora si PRIMACOR es consciente de que DOW no está habilitada para actuar como comercializadora, esta alegación de PRIMACOR no se sostiene.

- (3) (ii)(d), PRIMACOR cita el *“INFORME SOBRE LA CONSULTA DE “EMPRESA A” SOBRE LA POSIBILIDAD DE DELEGAR A “EMPRESA B” LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA”* de 22 de septiembre de 2011. (https://www.cnmc.es/sites/default/files/1555580_8.pdf), como ejemplo *“en la que se establece que dos compañías que, con abstracción de si tienen o no instalaciones vinculadas entre sí, puedan acordar el suministro de una a otra, aun cuando ninguna de ellas tenga especialización en la actividad de comercialización”*.

Se concluye, entre otros aspectos, que *“los contratos de suministro (tanto acceso redes como suministro de energía) no podrían figurar a nombre de “EMPRESA B”, puesto que el efectivo usuario de la energía es “EMPRESA A”*.

Una posible alternativa para los supuestos planteados sería que “EMPRESA B” se diese de alta como comercializador de energía eléctrica puesto que las funciones a desarrollar por “EMPRESA B” (según se desprende de la consulta) se corresponderían con las de la actividad de comercialización de energía eléctrica. Y ello sería compatible con la contratación por parte de “EMPRESA A” del acceso a redes o bien con que “EMPRESA A” delegue en “EMPRESA B” la contratación de dicho acceso a redes (adicionalmente al suministro de energía eléctrica)”.

En este informe menciona la existencia de dos empresas, pero no se describen las conexiones eléctricas entre ellas, en consecuencia, no se puede deducir que las conexiones eléctricas entre las dos empresas y la red de distribución o transporte sean asimilables a la de DOW y PRIMACOR.

PRIMACOR extracta de forma interesada las conclusiones del citado informe, que es plenamente coherente con lo indicado en el Acta de esta Inspección. PRIMACOR indica que *“un esquema de suministro entre dos compañías (en el caso de la Resolución “Empresa A” y “Empresa B” y, en nuestro caso, entre DOW y la Sociedad) no es de por sí contrario a derecho, sin que sea imputable a la esfera de control o ámbito de responsabilidad del consumidor efectivo de la electricidad si quien realiza el suministro efectivo ha adquirido o no la condición de comercializador de electricidad”*, obviando que en el informe se entiende que “empresa A” y “empresa B” son plenamente conscientes del papel que juega la otra empresa en lo que se plantea a la entonces CNE. PRIMACOR extractando las conclusiones del informe entiende que se le da la razón a la conclusión que está buscando (sobre la esfera de control del consumidor respecto de la habilitación de comercialización de la otra parte), sin embargo, en este informe la CNE no se pronuncia sobre la conclusión que busca PRIMACOR porque, simplemente, es el asunto que se le había planteado a la CNE.

- (3)(iii) PRIMACOR indica que *“en el esquema de suministro de la Planta de Primacor no existe una conducta o ánimo de “reventa” o “recompra” de la electricidad, ni puede entenderse que encaja en la definición de actividad de comercialización”* también se indica que *“ese suministro se integra en un conjunto de prestaciones mucho más amplio y complejo, del cual ese suministro eléctrico ni siquiera es la parte más relevante. DOW suministra a Primacor muchos servicios, agrupados en un único marco contractual, a la vez que Primacor, simultáneamente y bajo el mismo marco contractual, presta servicios y ciertos suministros a DOW. No se trata, pues, de una relación simple de suministro eléctrico”*. Asimismo, se indica que se ha establecido un sistema de costes directos e indirectos repercutidos en la facturación de DOW de energía eléctrica.

La inspección considera que si existe una reventa de electricidad, siendo la figura más cercana de las establecidas en la Ley del Sector Eléctrico la del comercializador, también es cierto que dicho suministro eléctrico se integra en un conjunto mucho más amplio de prestación de servicios recíprocos, siendo también cierto que se repercuten únicamente, según PRIMACOR y DOW, costes directos e indirectos, sin embargo, estos dos condicionantes no impiden que se actúe de forma evidente contra la ley del Sector Eléctrico.

- (3)(vi) PRIMACOR indica que *“debe ser rechazada toda interpretación que implique entender que una conducta que resulta de la ejecución de la concreción de una obligación legal derivada del Derecho de la Unión Europea constituye, al mismo tiempo, un incumplimiento de la normativa nacional del sector eléctrico, puesto que implicaría un desconocimiento o incompatibilidad*

del derecho nacional respecto del derecho de la Unión Europea”. En este caso, aparentemente, se está dando dicha incompatibilidad entre el citado remedio propuesto por ambas comparaciones y que posteriormente ha refrendado la Unión Europea y la legislación nacional en materia eléctrica.

Con la afirmación de PRIMACOR, intenta llegar a una especie de “reducción al absurdo”, indicando que debe ser rechazada toda interpretación que implique una incompatibilidad entre los remedios que ha refrendado la Unión Europea y la legislación nacional cuando, aparentemente, eso es precisamente lo que está sucediendo. En otro supuesto entorno legislativo, la afirmación de PRIMACOR podría caber, pero lo cierto es que en este caso no se pueden producir estas incompatibilidades.

(B) Imprudencia de asimilar los determinados puntos de las instalaciones de la Planta de Primacor a instalaciones propias de una red de distribución.

- (6) PRIMACOR cita el art. 38 de la Ley 24/2013, sobre la definición de actividad de distribución, y las instalaciones de distribución, concluyendo que *“La actividad de distribución es aquella, por tanto, que tiene por **objeto** la transmisión de electricidad por las **redes de distribución** —desde las redes de transporte o distribución— con el **fin último de suministrar a un consumidor.**”*
- (7) PRIMACOR indica que *“El Acta de Inspección, dicho sea con el debido respeto, se limita a hacer una lectura parcial del artículo 4.2 del RD 1048/2013, sin atender al marco normativo en que se inserta este precepto”*
- (8) PRIMACOR indica que el citado artículo 4.2 del RD 1048 *“no puede ser entendido en tal sentido que se asimilen los puntos específicos de las instalaciones de la Planta de Primacor a la definición de “instalación de distribución” a los efectos pretendidos por el Acta de Inspección”*.
- (9) PRIMACOR realiza una interpretación *“teleológica y sistemática”*(sic) del artículo 4.2 del RD 1048/2013, e interpreta que dicho artículo debe entenderse *“en el marco del ámbito u objeto de la norma en que ese precepto se inserta, que es el de establecer la “metodología para determinar la cuantía a retribuir a las empresas que desarrollan la actividad de distribución de energía eléctrica”*.

En este caso PRIMACOR pretende limitar una definición general de “redes de distribución” que se da en el artículo 4.2 del RD 1048/2013 a la metodología para determinar la cuantía a retribuir a las empresas distribuidoras, sin embargo, es evidente que en dicho artículo se establece de forma general las características de las redes de la distribución, introduciendo el requisito que se ha indicado en

el apartado de conclusiones del Acta , siendo plenamente aplicable a la configuración que tienen DOW y PRIMACOR.

- (10), (11) PRIMACOR pretende aportar ejemplos de configuraciones que no cumplen con el citado artículo 4.2 del RD 1048/2013 y cumplen con la legislación vigente como son las líneas directas (*“aquéllas que tienen por objeto el enlace directo de un centro de producción con un centro de consumo”*) o la regulación del autoconsumo, en el que *“varios consumidores pueden estar conectados con líneas directas a instalaciones de generación”*.

En el primer caso de las líneas directas entre un productor y un consumidor, es evidente que no es el caso de dos consumidores que comparten instalaciones, y en el caso de la regulación del autoconsumo, aparte de que interviene uno o varios productores de electricidad, precisamente se ha establecido y legislado sobre dicha modalidad de autoconsumo buscando un fin concreto, y regulándose diversos aspectos, por ejemplo, las características de los equipos de medida o la determinación de los peajes de acceso a las redes, con lo cual es evidente que no aplica a la relación que tienen DOW y PRIMACOR.

- (12) PRIMACOR cita el informe de la CNE 62/2010 de 15 de abril de 2010 “INFORME SOLICITADO POR UNA COMUNIDAD AUTONOMA SOBRE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA A CONSUMIDORES DENTRO DE UN PUERTO” (<https://www.cnmc.es/expedientes/cne6210>), en el que pretende aportar un ejemplo donde se *“admitió que las entidades portuarias, consideradas formalmente consumidoras de energía y titulares de los contratos de suministro eléctrico, pudieran ceder esa energía a terceros operadores dentro de los puertos”*.

En este informe se indica que *“Los entes públicos portuarios son titulares de todas las instalaciones portuarias, siendo dentro de un determinado PUERTO, todas las instalaciones eléctricas propiedad del mismo. Por consiguiente, en cuanto que no hay una división de la propiedad de un PUERTO determinado, constituyéndose el mismo en una sola propiedad, se debe entender que las instalaciones están destinadas a un único consumidor, no teniéndose la obligación de cederlas a la empresa distribuidora de la zona. Asimismo, el hecho de que se entienda el PUERTO como un único consumidor quedará constatado con la existencia de un único contrato de acceso a las redes de distribución con la empresa distribuidora de la zona.”*

Asimismo, se cita, sin concretar ningún aspecto, la *“Resolución (sic) de la CNE de 18 de febrero de 2011 (sic), en el caso de un complejo hidráulico (desaladora) en la que operan varias instalaciones, pero sobre la base de un suministro compartido”*. Realmente se hace referencia al informe de fecha 18 de febrero de 2010 RELATIVO A LAS DISCREPANCIAS SURGIDAS ENTRE LAS COMPAÑÍAS X E Y RESPECTO AL CONTRATO DE

ACCESO A LA RED DE DISTRIBUCIÓN
(https://www.cnmc.es/sites/default/files/1549837_10.pdf). Sobre lo planteado en este informe, se puede concluir lo siguiente:

No es extrapolable a la situación de DOW y PRIMACOR, es decir de dos consumidores distintos, cada uno con sus propias instalaciones interiores, ya que en el informe se indica que *“en cuanto que no hay una división de la propiedad del complejo hidráulico, constituyendo el mismo una sola propiedad, el hecho de que dicho complejo tenga un único contrato de acceso a las redes de distribución no contraviene, a juicio de esta Comisión, la previsión contenida en el art. 79 de Real Decreto 1955/2000, y por tanto es lícito que dicho complejo tenga un único contrato de acceso a las redes de distribución”*.

PRIMACOR tergiversa las conclusiones de los citados informes, ya que realmente se indica en el citado informe CNE 62/2010 que *“cuanto que no hay una división de la propiedad de un PUERTO determinado, constituyéndose el mismo en una sola propiedad, se debe entender que las instalaciones están destinadas a un único consumidor”*, no siendo aplicable a la configuración de DOW y PRIMACOR.

PRIMACOR indica que *“Igual que en los supuestos analizados en las Resoluciones (sic) de 15 de abril de 2010 y 18 de febrero de 2011, el suministro o trasvase de electricidad producido se realiza sobre la base de una distribución de costes (pass-through), lo que evidencia la inexistencia de una actividad de distribución sobre instalaciones funcionalmente propias de la red de distribución”*. No se entiende como un suministro en base a una distribución de costes (o utilizando cualquier otro cálculo para la facturación de dicho suministro) evidencia la inexistencia de una red de distribución, no se alcanza a ver el sentido de este párrafo. El citado informe de la CNE de fecha 18 de febrero de 2010, tampoco respalda la conclusión de PRIMACOR en este aspecto.

Por otro lado PRIMACOR indica que: *“de la Resolución de 15 de abril de 2010, cuando analiza el concepto de instalación de distribución, se extrae la conclusión que no toda instalación que abastece a varios consumidores es una instalación de distribución, sino que existen otros criterios que deben aplicarse para alcanzar tal conclusión, sobre la base de las circunstancias concretas del esquema de suministro.”*, PRIMACOR vuelve a obviar que en el informe se refiere un único consumidor, en este caso el PUERTO. Reconoce que DOW y PRIMACOR son dos consumidores distintos con una evidente división de propiedad. PRIMACOR nos ofrece una *“correcta interpretación de la Resolución de 15 de abril de 2020”* (sic) *“no se limita al concepto de propiedad única en un sentido abstracto o literal (esto es, la existencia de un solo derecho real pleno sobre una cosa determinada: las instalaciones eléctricas), sino al sentido, funcionalidad y evolución histórica de determinados complejos de instalaciones y operadores económicos donde se producen esquemas de suministro compartido, que responden a una realidad distinta de las instalaciones y actividades de distribución de electricidad.”* Con esta interpretación, PRIMACOR intenta obviar un aspecto básico que no ofrece margen

a la interpretación, es decir, que todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tienen la consideración de red de distribución, este es el aspecto nuclear del citado informe sobre el que se pronuncia; la interpretación de PRIMACOR es precisamente eso, una posible interpretación, que a juicio de la inspección no es coherente con lo indicado en el informe.

4.3 La imputación a la Sociedad de los incumplimientos referidos en el Acta de Inspección constituye una vulneración frontal del principio de confianza legítima y coordinación interadministrativa.

- (15) (16) PRIMACOR introduce el concepto de “confianza legítima” citando una sentencia del Tribunal supremo “... *comporta, en relación con la protección de la confianza legítima, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones*”.
- (17) Reseña diversas sentencias, en resumen indica que “*se concluye la relevancia de las actuaciones de las autoridades supervisoras sectoriales (en aquellos casos, la extinta Comisión del Mercado de Telecomunicaciones o “CMT”) en las posteriores actuaciones realizadas por la autoridad de competencia (en aquellos casos, la extinta Comisión Nacional de la Competencia o “CNC”). Las citadas Sentencias concluyen que no podía apreciarse la existencia del ilícito concurrencial imputado por la autoridad de competencia (CNC), entre otras razones, cuando la conducta del particular obedece o responde al cumplimiento de las resoluciones vinculantes de la autoridad de supervisión sectorial (CMT)*”.
- (18) PRIMACOR concluye que “*Y esto es, precisamente, lo que sucedería en caso de que se confirme el Acta de Inspección. En efecto, constituiría una grave vulneración del principio de confianza legítima y de coordinación interadministrativa imputar incumplimiento alguno a la Sociedad, cuya actuación ha consistido en la simple ejecución de las obligaciones o condiciones impuestas por la Comisión Europea, en el marco de la operación de concentración entre DOW y Dupont*”.

A este respecto se pone de manifiesto el objeto que tiene esta inspección (Comprobar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos al suministro de energía eléctrica) y la legislación aplicable, que no es otra que la Ley del Sector Eléctrico y su legislación de desarrollo; en consecuencia, la inspección ha puesto de manifiesto los incumplimientos sobre la citada legislación que ha observado en la instalación objeto de inspección, también ha descrito el origen de la configuración del esquema de suministro entre DOW y PRIMACOR y ha descrito los compromisos adquiridos entre DOW y DUPONT, con el fin de que la Unión Europea autorizase la unión entre las dos corporaciones. Considera la inspección que no aparecen en el Acta de inspección ninguna afirmación que

vulneren la “confianza legítima”. En el Acta de inspección se han puesto de manifiesto todos aquellos hechos reseñables en relación con el objeto de inspección y se ha aportado toda la información significativa. Todo ello con el fin de que el órgano de decisión pueda tomar la decisión más correcta y este es el único fin que persigue el Acta de inspección.

ALEGACIONES PRESENTADAS POR DOW CHEMICAL IBÉRICA, S.L. La empresa presentó el 9 de marzo de 2021 ante la CNMC escrito de alegaciones como tercera interesada que se concretan en cuatro puntos. Se indica a continuación un resumen de estas alegaciones y en los apartados que corresponda, la valoración de la inspección:

PRIMERA. ANTECEDENTES: COMUNICACIÓN A TERCERO DEL ACTA DE INSPECCIÓN LEVANTADA A SK PRIMACOR

- (1)...(3) Se hace mención del apartado de Conclusiones del Acta a PRIMACOR, en la parte que les afecta.

La inspección no tiene ningún comentario sobre este punto de la alegación

SEGUNDA. EXCESO EN LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DE LA INSPECCIÓN DE LA CNMC

- (4) DOW recalca que *“la Inspección de la CNMC en este caso no ha recaído sobre una empresa del sector de la energía, sino sobre un consumidor eléctrico, PRIMACOR, y que la Inspección se ha dedicado a examinar unas específicas instalaciones eléctricas, las integradas en la red interior de PRIMACOR y DOW, y un específico suministro y consumo eléctrico que se realiza en la planta industrial de PRIMACOR, todo lo cual que recibe una expresa valoración y calificación jurídica por parte de la Inspección, mediante su contraste con las normas que en el Acta se identifican como supuestamente incumplidas y que apuntan a nuestra empresa, DOW, pese a no ser esta el objeto de dicha Acta.”*

La inspección no puede estar de acuerdo con las afirmaciones de DOW, ya que en la inspección de PRIMACOR se determinó que DOW es el suministrador de energía mediante una contraprestación económica, con lo cual es imposible relatar los hechos observados sin citar a DOW, y en consecuencia se le ha dado trámite para indicar las alegaciones que consideren oportunas.

- **El acta se excede al pronunciarse sobre supuestos incumplimientos normativos**
- (5) DOW indica que “El inspector debe limitarse a actuar de fedatario de hechos y datos contrastados, es decir, a trasponer en su acta el simple relato fáctico de la realidad que ha observado, absteniéndose, por tanto,

- de realizar juicios de valor sobre esa realidad y sobre su adecuación o no a norma alguna”, se cita la entrada de fecha 21 de julio de 2016 “Llega un inspector... y es de energía (III)” del blog de la CNMC (<https://blog.cnmc.es/2016/07/21/llega-un-inspector-yes-de-energia-iii/>), donde se indica que “El inspector, por supuesto, debe limitarse a actuar de fedatario de hechos y datos contrastados.”

En el Acta de inspección se detallan los hechos y datos contrastados confrontándolos con la legislación aplicable que se cita en la Orden de inspección. No tendría ningún fundamento una Inspección si no es con el objeto de comprobar el cumplimiento de determinados aspectos normativos y en el caso de que se detecten incumplimientos, ponerlos de manifiesto, indicando el aspecto que, a juicio del Inspector, se está incumpliendo, que es, como se ha comentado antes, el objetivo de cualquier inspección.

- (6) DOW indica que *“Cualquier valoración de esa clase no corresponde a la Inspección, sino en su caso a la Dirección de Energía de la CNMC (artículo 25.1.c de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia —LCNMC), órgano a que el Acta se destina, o a cualquier otro órgano de la Administración activa competente por razón de la materia y del territorio”.*

Sobre ese aspecto, cabe decir que lo indicado en el Acta no tiene carácter definitivo, pudiendo y debiendo pasar por todas las fases del procedimiento, para que finalmente los órganos de decisión, en este caso la Sala de Supervisión Regulatoria tras la instrucción de la Dirección de Energía, ratifique o corrija los extremos puestos de manifiesto en el Acta.

- (7) DOW indica que *“el relato de la Inspección debe llegar de una forma objetiva, aséptica y neutral, sin sesgo alguno. Si no se hace así, ocurre lo que ocurre en nuestro caso, que el Acta prejuzga, y por tanto condiciona con su propio juicio, la opinión que sobre esa realidad se acabe formando el órgano verdaderamente competente sobre la mayor o menor adecuación a Derecho de la situación inspeccionada.”*

El relato de los hechos, así como la confrontación de estos con la legislación aplicable, se ha realizado por parte del inspector designado como no podía ser de otra forma, de forma objetiva e imparcial. Los órganos de decisión de la CNMC tienen en consideración lo expuesto en el acta, como también lo expuesto en las alegaciones de todos los interesados, precisamente para obtener toda la información necesaria para conseguir que la decisión final pueda ser objetiva y ajustada a derecho. Carece de fundamento cuestionar la capacidad técnica y profesional de los Órganos que deban decidir sobre las conclusiones de este Acta, entre ellos la Dirección de Energía de la CMNC, asumiendo que estos no van a ser capaces de llegar a conclusiones propias por

el simple hecho de que en el acta el inspector haga mención a determinada legislación que a su juicio incumple DOW.

- **La inspección se extiende sobre aspectos ajenos a la competencia de la CNMC**
- (8)... (12) DOW plantea que *“La anterior consideración conduce a la siguiente: la de si las cuestiones sobre las que ha versado la Inspección de la CNMC son siquiera competencia de la CNMC, o si por el contrario se ha excedido y ha extendido su control sobre áreas que realmente caen bajo la competencia de otras autoridades”*. DOW cita Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el RD 2017/1997 y el RD 1164/2001, concluyendo DOW que la inspección debe realizarse exclusivamente en base a dichas normas.

Cabe recordar que el objeto principal de la inspección es: “Comprobar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos al suministro de energía eléctrica” y en este caso se ha demostrado, tal y como se indica en el apartado de Conclusiones del Acta, que Dow incumple algunos de los requisitos legales exigidos al suministro. Por otro lado, en la Orden de inspección se indica que “Las actuaciones de inspección se realizan de acuerdo con lo previsto en...”, y se recogen las normas principales que se encuadran directamente en el objeto de inspección, pero esta lista de normas no puede ser limitante desde el momento que los aspectos comprobados en cada caso pueden afectar además de las normas antes aludidas a otras igualmente relacionadas con las enumeradas y que entran en juego en el ordenamiento de cualquier suministro eléctrico. El inspector en función de los hechos comprobados necesita la referencia y alusión a las mismas precisamente en aras de realizar una inspección lo más completa y exhaustiva posibles, a la vez que justificada y garantista para el administrado, en consecuencia, la Alegación de DOW carece de fundamento.

- (13) ... (17) DOW niega que incumpla el artículo 79.3 del RD 1955/2000, ni el artículo 4 del RD 1048/2013, indicando que *“lo cierto es que ni el artículo 4 del RD 1048/2013 atribuye a la CNMC la competencia sobre las instalaciones interiores de consumidores como DOW o PRIMACOR, ni tampoco el artículo 79.3 del RD 1955/2000 o el artículo 6 de la LSE confieren a la CNMC la competencia sobre esa supuesta actividad de comercialización de electricidad que el Acta atribuye a DOW respecto del suministro de PRIMACOR.”*.

A este respecto, se pone de manifiesto que, realizándose las labores de inspección a DOW se observan conexiones interiores a otro consumidor, suministrándole energía eléctrica mediante una contraprestación económica, aspecto que la Inspección no puede pasar por alto y de la que se derivan los incumplimientos descritos en el apartado e Conclusiones del Acta de inspección.

Indicar que uno de los objetos de la inspección girada a PRIMACOR es “Comprobar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos al suministro de energía eléctrica”. Por otro lado, uno de los aspectos que debe supervisar y controlar la CNMC es “Inspeccionar el cumplimiento de los requisitos de los comercializadores de gas natural y de energía eléctrica”, según la Ley 3/2013 de 4 de junio de creación de la CNMC, art. 7, pto. 32, y según se ha determinado en el Acta de inspección, la figura que es más asimilable de las descritas en la Ley del Sector eléctrico, en la actividad de DOW como suministrador de energía eléctrica a cambio de una contraprestación económica es la del comercializador.

- (18) DOW pretende limitar las competencias de supervisión e inspección de la CNMC con el argumento de que *“siendo como son las instalaciones interiores de DOW y PRIMACOR unas instalaciones de ámbito territorial inferior al de la comunidad autónoma de Cataluña y discutiéndose aquí un consumo eléctrico muy puntual y circunscrito a una parte específica de su territorio, más bien cabría deducir que es la Administración de esta comunidad la que tendría competencia para evaluar el cumplimiento de los preceptos sobre los que el Acta se pronuncia, en virtud de la competencia estatutaria de aquella (artículo 133 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).*

El Art. 133 de la citada Ley Orgánica 6/2006, no se hace referencia alguna a autorizaciones referentes a consumidores, por el contrario, tal y como se ha indicado anteriormente, la CNMC y por extensión la unidad de Inspección de la Dirección de Energía, dispone de competencias suficientes para realizar esta inspección y pronunciarse como lo ha hecho. A este respecto llama la atención que la propia DOW en su alegación diga textualmente “más bien cabría deducir...” confirmando la falta de seguridad y confianza en su propio argumento.

- (19) En relación a la actividad de DOW como comercializador, el propio DOW remite al artículo 72.1 del RD 1955/2000 en el que se indica *“...Asimismo, cuando la actividad (de comercialización) se vaya a desarrollar exclusivamente en el ámbito territorial de una sola comunidad autónoma, deberá comunicarse al órgano competente en materia de energía de la comunidad autónoma correspondiente”.*

DOW en este caso no desmiente que se esté llevando a cabo una actividad de comercialización, dado que se remite a la necesidad de dar cumplimiento a dicho artículo, y por tanto la obligación comunicar el inicio de la actividad de comercialización al Órgano competente de la Generalidad de Cataluña (cuando la actividad de comercialización se vaya a desarrollar exclusivamente en el ámbito territorial de una sola comunidad autónoma). Lo anterior no obstante no limita las competencias de supervisión e inspección que tiene atribuidas la CNMC sobre todo el territorio nacional.

TERCERO. LA INCORRECTA CALIFICACIÓN DADA A LA RED INTERIOR INSPECCIONADA

- (22) DOW considera que ha habido un *“mal entendimiento del proceso por el que la red interior del complejo DOW en Tarragona ha alcanzado su configuración actual”*.
- (23)...(24) DOW indica que *“Dicho proceso aparece correctamente descrito en el Acta, cuando refleja la concentración empresarial que a su vez dio lugar a la desinversión de PRIMACOR, todo ello bajo la supervisión de la Comisión Europea. Pero este proceso no tiene nada que ver con la súbita aparición de la supuesta red de distribución que la Inspección cree haber visto brotar dentro del complejo industrial de DOW, al parecer por la mera segregación jurídica de la actividad de producción de copolímeros en PRIMACOR. Esta operación no ha supuesto ninguna modificación en las características de la red interior de DOW. Tampoco ha supuesto modificar los usos a los que se destinaba y se sigue destinando la energía que circula por esa misma red interior, que se dedican a los mismos procesos productivos que antes: la fabricación de polietileno, poliglicoles y copolímeros. Ni siquiera se ha añadido ningún destino o uso nuevo a esa energía ni a la red por la que circula”*.

En la descripción, que de forma parcial e interesada hace DOW de sus instalaciones interiores, obvia aspectos significativos y nucleares, es decir, que dicha “segregación” estableció dos consumidores distintos, con sus propios activos, que se modificaron significativamente las instalaciones interiores de DOW, dado que la parte de los activos vendidos a PRIMACOR dejaron de pertenecer a DOW y que, en consecuencia, los dos consumidores están conectados entre ellos y las instalaciones aguas arriba de los puntos de conexión entre los dos consumidores no son realmente red de distribución, sino que siguen siendo instalaciones interiores, incumpléndose, en consecuencia, el artículo 4.2 del RD 1048/2013.

- (25)(26), DOW hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional, sentencia 68/2017, de 25 de mayo ECLI:ES:TC:2017:68 (<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25353>), resaltando el siguiente párrafo: *“Nada permite excluir que la susodicha “red interior de varios consumidores”, más allá del ámbito estricto de las instalaciones contempladas en el artículo 39.3 LSE, se corresponda con lo que técnicamente se denominan «instalaciones de enlace», es decir, con aquellas que a través de la acometida unen la red de distribución con las instalaciones interiores o receptoras de cada uno de los usuarios que puedan encontrarse en una misma urbanización o edificio, y que discurren siempre por lugares de uso común pero que permanecen en propiedad de los usuarios, los cuales se responsabilizarán de su conservación y mantenimiento”*.

A este respecto, la citada sentencia del Tribunal Supremo hace referencia al art. 39.3 de la Ley del Sector Eléctrico que indica: *“Todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, la cual responderá de la seguridad y calidad del suministro. Dicha infraestructura quedará abierta al uso de terceros”*, estando en línea con el citado Art . 4.2 del RD 1048/2013. DOW pretende equiparar la configuración eléctrica de DOW y PRIMACOR con las instalaciones de enlace que se describen en la ITCBT 12 del RD 842/2002, de 2 de agosto por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para BT (REBT), dichas instalaciones de enlace tienen un fin muy concreto, que es la de unir la caja general de protección o cajas generales de protección incluidas éstas, con las instalaciones interiores o receptoras del usuario, utilizándose las instalaciones de enlace en el contexto de viviendas, y especificando claramente el REBT que quedan en propiedad del usuario, en consecuencia, lo indicado para las instalaciones de enlace en BT, no es extrapolable a otro tipo de instalaciones o configuraciones como es el caso de DOW y PRIMACOR, donde es de aplicación tanto el art. 39.3 de la Ley del Sector Eléctrico como el artículo 4.2 del RD 1048/2013.

CUARTO. LA INCORRECTA CALIFICACIÓN DADA A DOW COMO COMERCIALIZADOR

- (27) ...(29) DOW, en relación con su actividad como comercializador, resalta que no ofrece electricidad al público y que no dispone de una estructura organizada para acudir al mercado, además indica que *“Se equivoca por eso el Acta cuando deduce (excediéndose, además, con esa deducción, según ya se ha criticado) que por el hecho de que PRIMACOR no consuma electricidad gratis ello implica que DOW queda convertido en comercializador.”*
- (30) DOW resalta que *“El hecho de que PRIMACOR pague el coste de su consumo eléctrico a través de DOW podrá acaso calificarse jurídicamente de diferentes modos (como mandato de PRIMACOR a DOW para que contrate el suministro en interés de PRIMACOR, o bajo cualquier otra calificación jurídica), pero en modo alguno puede confundirse ni bastar para atribuir a DOW el ejercicio de una actividad empresarial, la de ofrecer al público (“comercializar”) electricidad, que sencillamente no realiza”*.

A este respecto, se vuelve a recordar que la legislación de referencia para esta inspección es la del Sector Eléctrico y su legislación de desarrollo, y la figura más asimilable de las establecidas en la Ley del Sector Eléctrico, respecto al suministro de energía eléctrica que DOW proporciona a PRIMACOR a cambio de una contraprestación económica es, evidentemente, la de comercializador; es obvio que DOW no pretende ser un comercializador al uso, pero este hecho no

condiciona la ilegalidad de la citada compraventa de energía eléctrica a PRIMACOR.

Tercero.- Ajustes.

La Inspección recoge en el acta las comprobaciones realizadas en relación con el suministro de energía eléctrica de la empresa inspeccionada. Como consecuencia de los hechos comprobados no se plantean ajustes, sin perjuicio de los efectos económicos establecidos en la resolución relativa a la inspección realizada a DOW CHEMICAL IBERICA, S.L.

La Sala de Supervisión Regulatoria, teniendo en cuenta lo establecido en las disposiciones adicionales segunda y octava 1.a) y d), transitoria cuarta y el artículo 7.39 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

RESUELVE

Primero.- Declarar que ha conocido el Acta de inspección levantada a SK PRIMACOR EUROPE, S.L.

Segundo.- No realizar ajustes como consecuencia de los hechos comprobados, sin perjuicio de los efectos económicos establecidos en la resolución relativa a la inspección realizada a DOW CHEMICAL IBERICA, S.L.

Tercero.- Comunicar los hechos advertidos en el acta de inspección en relación a la reordenación de la titularidad de las instalaciones de red, a la Direcció General d'Indústria de la Generalitat de Catalunya.

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 al de su notificación de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, teniendo en cuenta la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.