

Energía

Real Decreto Ley 23/2021: nuevas obligaciones informativas de productores y comercializadores de energía

Real Decreto Ley 23/2021, de 26 de octubre, de medidas urgentes en materia de energía para la protección de los consumidores y la introducción de transparencia en los mercados mayorista y minorista de electricidad y gas natural.

ANA I. MENDOZA LOSANA

Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción: contenidos y objetivos del nuevo real decreto ley

Ante el avance imparable de los precios de la energía, el Gobierno español ha aprobado el Real Decreto Ley 23/2021, de 26 de octubre, de medidas urgentes en materia de energía para la protección de los consumidores y la introducción de transparencia en los mercados mayorista y minorista de electricidad y gas natural. Es el enésimo intento de hacer frente a la constante subida del precio de la energía mientras se adoptan medidas estructurales de mayor impacto, como la posible modificación del sistema marginalista de fijación de precios en el mercado mayorista a nivel europeo o del

método de determinación del precio voluntario para el pequeño consumidor (PVPC), reformas que parecen muy lejanas.

El contenido del Real Decreto Ley 23/2021 gira en torno a estos tres ejes, que, de modo directo o indirecto afectan a los productores de energía y a las comercializadoras tanto de energía eléctrica como de gas: la delimitación del ámbito de aplicación de la fórmula de minoración de retribución, la imposición de nuevas obligaciones informativas para las empresas tanto en el mercado mayorista como minorista y el incremento de los descuentos aplicables a los consumidores vulnerables beneficiarios del bono social.

Las nuevas medidas pretenden: a) evitar que la minoración de la retribución se traslade a los contratos a precio fijo celebrados con anterioridad a la escalada de precios del gas a la que pretende hacer frente la nueva fórmula; b) dar mayor transparencia al mercado, y c) reducir las facturas energéticas de los consumidores vulnerables (lo que necesariamente implicará un incremento de costes del sistema para las comercializadoras). Este documento se centra en las nuevas obligaciones informativas de los productores y de los comercializadores tanto en el mercado mayorista como en el mercado minorista.

2. Obligaciones informativas de los productores sobre los contratos a plazo intragrupo y con terceros

Para garantizar la correcta aplicación de la fórmula de minoración de la retribución de las instalaciones de producción, el nuevo real decreto ley obliga a informar sobre los contratos a plazo. Esta información sobre los elementos esenciales del contrato se presentará mediante una declaración responsable firmada por el gerente de la empresa o del grupo empresarial conforme al modelo definido en el anexo II del propio real decreto ley y acompañada de la documentación a la que se refiere el párrafo 4 de la nueva disposición adicional octava del Real Decreto Ley 17/2021 en redacción dada por Real Decreto Ley 23/2021.

A la obligación general de facilitar información «a la Administración Pública y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» sobre producción, consumo, venta de energía y otros aspectos que se establezcan reglamentariamente, se une ahora la obligación de facilitar información sobre los contratos a plazo celebrados tanto con terceros como con las empresas miembros del mismo grupo (nuevo

art. 26.3c de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico o LSE).

Como reconoce la exposición de motivos, el Gobierno español amplía las exigencias informativas y de transparencia previstas en el Reglamento (UE) 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (Reglamento REMIT), en la medida en que exige que también se facilite información sobre los contratos intragrupo. Así, «cuando la sociedad constituida como sujeto productor de energía eléctrica desarrolle al mismo tiempo la actividad de comercialización, o cuando ésta pertenezca a un grupo empresarial en el que se desarrolle la actividad de comercialización de energía eléctrica por parte de alguna de las empresas pertenecientes al grupo, o por el propio grupo, deberá remitir, en los términos y condiciones que, en su caso, establezca la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la información correspondiente a los instrumentos de contratación a plazo de electricidad, tanto físicos como financieros, así como cualquier transacción de venta, que tenga suscritos intragrupo o con terceros». También deberá remitir información sobre los contratos que se suscriban entre el sujeto productor de energía eléctrica y sociedades del grupo, y entre dichas sociedades y las empresas del grupo que realicen la actividad de comercialización (nuevo art. 26.3c LSE).

Esta información, que se remitirá mensualmente y con los formatos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establezca, deberá contener, «al menos», la fecha de celebración del instrumento de cobertura, la fecha de entrega o liquidación de la energía, el volumen de energía afectado, la contraparte del contrato, el

precio, el perfil y el tipo de producto negociado.

3. Obligaciones informativas de los comercializadores (de luz y gas)

El real decreto ley comentado también impone nuevas obligaciones informativas a las comercializadoras de luz y gas para dar mayor transparencia tanto al mercado mayorista como al minorista.

3.1. Obligaciones informativas en el mercado mayorista

El Real Decreto Ley 23/2021 da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 46 («Obligaciones y derechos de las empresas comercializadoras en relación al suministro») de la Ley del Sector Eléctrico para imponer a las empresas comercializadoras la obligación de remitir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia «la información correspondiente a los instrumentos de contratación a plazo de electricidad, tanto físicos como financieros que tengan suscritos, así como cualquier otro tipo de transacción de compra ya sea con terceros o con empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial» (nuevo apdo. l). Esta información, que se remitirá mensualmente con los formatos y criterios que la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establezca, deberá contener los elementos esenciales del contrato: «al menos, la fecha de celebración, la fecha de entrega o liquidación de la energía, el volumen de energía afectado, la contraparte del contrato, el precio y el perfil y el tipo de producto negociado».

La misma obligación se impone también a los consumidores directos en el mercado y a sus correspondientes representantes.

Según se deduce de la exposición de motivos, mediante la imposición de esta obligación de transparencia se pretende mitigar los posibles riesgos de quiebra de las comercializadoras y la correlativa extinción de los contratos con los consumidores. Y es que «el escenario actual de precios ha motivado la necesidad de tener un mayor conocimiento sobre el impacto que tienen los precios del mercado de contado sobre el comercializador y sobre el consumidor final de electricidad. La existencia de falta de coberturas por parte de las empresas puede suponer un riesgo relevante para la solvencia financiera de los comercializadores y, especialmente, sobre el consumidor final que puede ver rescindidos sus contratos de suministro, en un escenario de fuerte volatilidad de precios».

3.2. Obligaciones informativas en el mercado minorista

a) Publicación de ofertas y otras condiciones contractuales

Con la intención de dar mayor transparencia también al mercado minorista, el nuevo real decreto ley impone obligaciones informativas a las empresas comercializadoras en este ámbito. Los comercializadores deberán publicar información en relación con los precios y condiciones aplicables al suministro y comunicar de forma transparente las modificaciones contractuales que se

vayan a poner en práctica durante la vigencia del contrato. Hay que advertir que realmente no son novedades sustantivas, pues ya antes las comercializadoras estaban obligadas tanto por la legislación sectorial como por la legislación de consumidores a informar sobre estos aspectos. La novedad está en la mayor concreción de estas obligaciones informativas, que antes se imponían, pero dejando cierto espacio a la discrecionalidad de cada empresa.

Se obliga a las empresas comercializadoras a «publicar información transparente, comparable, adecuada y actualizada sobre los precios aplicables a todas las ofertas disponibles en cada momento, y, en su caso, sobre las condiciones relacionadas con la terminación de los contratos, así como información sobre los servicios adicionales que exija su contratación». Obsérvese que la información radica en elementos esenciales de los contratos: precios, condiciones de terminación (cláusulas de permanencia y penalización por baja anticipada) y servicios adicionales.

En relación con los servicios adicionales, recuérdese que varios pronunciamientos judiciales han calificado de nula —por imponer una vinculación abusiva de prestaciones o por falta de

transparencia— la cláusula incluida en las condiciones generales de la contratación que desvincula la baja en el suministro de la baja en los servicios adicionales¹. Diríase que el regulador se ha hecho eco de estos pronunciamientos y no prohíbe los servicios adicionales en la contratación del suministro en el mercado libre (como sí se excluye en los contratos de precio voluntario para el pequeño consumidor), sino que obliga a las empresas a informar con mayor claridad sobre estos servicios adicionales.

En relación con la energía eléctrica (a diferencia de lo que ocurre con el suministro de gas), la norma no establece el medio a través del cual se publicará esa información. ¿Se entenderá cumplida la obligación si el comercializador se limita a ofrecer publicidad personalizada a sus clientes o a informar a través del servicio de información general?

Además de su publicación, la información deberá remitirse también a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, según los criterios que ella misma establezca, con el fin de que esté a disposición de todos los consumidores en el comparador de ofertas de energía incluido en su página web (nuevo art. 46.1u LSE).

¹ Véanse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de 1 febrero del 2018, JUR 2018\172269, y de Asturias de 28 de abril del 2021, ECLI:ES:APO:2021:1744, comentada en A. I. MENDOZA LOSANA, «Estrategias empresariales frente a consumidores: contratos vinculados al suministro energético y reclamaciones extrajudiciales del pago de naturaleza “coactiva”», en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/10/Estrategias_empresariales.pdf.

Idénticas obligaciones se imponen a las comercializadoras de gas, que deberán publicar información transparente, comparable, adecuada y actualizada sobre los precios aplicables a todas las ofertas disponibles en cada momento para consumidores con un consumo anual inferior a 50 000 kWh y, en su caso, información sobre las condiciones relacionadas con la terminación de los contratos, así como sobre los servicios adicionales que exija su contratación. La obligación incluye la publicación de los precios y, en caso de tratarse de ofertas limitadas en el tiempo, también se deberán especificar los precios resultantes una vez finalizado el plazo de la oferta (nuevo art. 81.2t de la Ley 34/1998, de Hidrocarburos).

La norma detalla las condiciones en las que se deberá ofrecer la información: «ambos precios deberán ser publicitados con el mismo tipo y tamaño de letra, indicando claramente los periodos temporales de aplicación. Los precios deberán ser publicados indicando el término fijo (€/mes) y el término variable (€/kWh). En los casos de tarifas planas, se indicarán los precios con el mismo formato, sin perjuicio de la modalidad de pago, de forma que todas las tarifas sean fácilmente comparables por el consumidor. En caso de que alguno de los términos de la tarifa se actualice mediante algún índice, éste deberá ser público y se deberá indicar la forma de cálculo de modo que sea fácilmente reproducible por el usuario, incluyendo

los parámetros empleados y la evolución reciente. En el caso de que las ofertas incluyan algún tipo de penalización por rescisión del contrato, ésta deberá ser claramente legible, sin que la diferencia del tamaño de la letra pueda ser superior a un 10 % respecto al resto del texto que describe la oferta. Toda esta información será facilitada a través de todos los medios de comunicación en los que se publiciten, y en todo caso en su página web, debiendo ser remitida también a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia».

b) Comunicación de modificaciones contractuales

Por otra parte, en previsión de que, en un contexto sometido a constante volatilidad del mercado mayorista, las comercializadoras (de luz y gas) modifiquen los precios que aplican en el mercado libre (en gran parte de los casos, «tarifas planas» o con precios fijos por kilovatio), el nuevo real decreto ley obliga a estas empresas a informar con un mes de antelación de la modificación (hasta ahora el artículo 44.1e de la Ley del Sector Eléctrico imponía esta misma obligación de información pero se refería a un «plazo suficiente»), así como del derecho del usuario de rescindir el contrato sin coste alguno cuando reciba el aviso. La información se debe ofrecer en términos claros y comprensibles y acompañar de una comparativa de precios antes y después de la modificación (nuevos arts. 44e LSE y 57 bis.f de la Ley 34/1998).

Comunicada la modificación, el usuario podrá «rescindir» el contrato o, en otros términos, darse

de baja del suministro sin que sean exigibles penalizaciones por baja anticipada.

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.