

**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 mayoristas y minoristas de
electricidad y gas natural**

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

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 mayoristas y minoristas de electricidad y gas natural

Con fecha de 27 de octubre de 2021, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) 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 mayoristas y minoristas de electricidad y gas natural (en lo sucesivo “**RDL 23/2021**”). Este RDL entrará en vigor el día 28 de octubre de 2021.

La Exposición de Motivos justifica su aprobación, al igual que en el Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad (en lo sucesivo, “**RDL 17/2021**”), basándose en el incremento de los precios de cotización de las principales materias primas (gas natural) y precios del mercado mayorista de electricidad y de los derechos de emisión de CO₂.

Así, el RDL 23/2021 expone que, en el primer semestre del año 2021, el precio promedio del gas natural correspondía a un valor de 22,77 €/MWh, en contraste con el precio máximo histórico del día 7 de octubre hasta los 117,84 €/MWh. Por su parte, los derechos de emisión, según explica esta nueva norma, ha pasado de un precio medio de cotización anual en 2020 de 24,75 €/tCO₂ hasta alcanzar 60 €/tCO₂. Ello ha determinado, según la Exposición de Motivos, que siendo el precio medio aritmético de los últimos tres años en el Mercado Ibérico de Electricidad (MIBEL) de 46,31 €/MWh, se haya alcanzado un precio medio de cierre del mes de septiembre de 156,14 €/MWh.

Por tanto, habiéndose producido un incremento de los costes, desde hace varios meses, el Gobierno procede a aprobar su tercer Real Decreto-ley, el cual se une al reciente RDL 17/2021 ya indicado y al Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua (en lo sucesivo, “**RDL 12/2021**”).

A tal fin, y en un intento de limitar los precios de la energía y paliar los efectos que de modo inexorable afectan a la economía y al proceso de transición energética, se introducen determinadas medidas que modifican las ya adoptadas por el RDL 17/2021, e introducen nuevas normas a fin de incrementar la transparencia en los mercados energéticos, modificando, una vez más, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en lo sucesivo, “**LSE**”).

Medidas de modificación del RDL 17/2021 relativas al ámbito de aplicación del mecanismo de minoración de la energía sujeta a instrumentos de contratación a plazo

La disposición final primera del RDL 23/2021 introduce una nueva disposición adicional octava en el RDL 17/2021. En esta norma se puntualiza el ámbito de aplicación del mecanismo de minoración del exceso de retribución del mercado eléctrico, determinando las instalaciones de generación de energía eléctrica que quedan excluidas en la aplicación del mecanismo de minoración.

Así, se establecen las siguientes reglas a tener en cuenta para la exclusión en la aplicación del mecanismo de minoración que pretende, según la Exposición de Motivos, conciliar los preceptos recogidos en los artículos 4¹ y 6² del RDL 17/2021, asegurando un trato no discriminatorio:

- (i) **Quedan excluidas de su aplicación las instalaciones de generación de energía eléctrica que se encuentren cubiertas por algún instrumento de contratación a plazo, siempre que se hubiese celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2021 (16 de septiembre), y siempre que su precio de cobertura asociado sea fijo.**
- (ii) **Igualmente quedan excluidas las instalaciones de generación de energía eléctrica que se encuentre cubierta por algún instrumento de contratación a plazo para un periodo igual o superior a un año y su precio de cobertura sea fijo.**
- (iii) **También resultará excluida, en los supuestos de instrumentos de contratación que incorporen una indexación parcial, la parte de energía equivalente de la parte del contrato no indexada.**

Estos instrumentos de contratación a plazo podrán consistir tanto en instrumentos relativos a entrega física, como los instrumentos con liquidación financiera en el periodo de vigencia del mecanismo de minoración.

Precisa el RDL 23/2021 que, en los supuestos donde la contratación a plazo no comprenda una instalación concreta, se deberá de considerar como energía efectivamente cubierta la que

¹ Con efectos desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, y hasta el 31 de marzo de 2022, se minorará la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica de las instalaciones de producción de tecnologías no emisoras de gases de efecto invernadero, en una cuantía proporcional al mayor ingreso obtenido por estas instalaciones como consecuencia de la incorporación a los precios de la electricidad en el mercado mayorista del valor del precio del gas natural por parte de las tecnologías emisoras marginales.

² La minoración afectará a la producción de las instalaciones de producción de energía eléctrica referidas en el artículo 5, con independencia de la modalidad de contratación utilizada.

resulte de prorratear la posición neta vendedera de la empresa o grupo empresarial correspondiente entre la potencia disponible³ de las instalaciones de las que es titular.

Como resulta evidente, **nos encontramos con normas generales que tratan de abarcar una serie de contratos privados que gozan de múltiples variantes y particulares regulaciones**, lo cual, producirá importantes dudas en su aplicación.

Se trata, en definitiva, de intentar afectar solo a los contratos indexados a pool, lo cual, debe dar lugar a un examen pormenorizado de las cláusulas de cada uno de los contratos.

Por ello, para la **acreditación de la existencia de instrumentos de contratación a plazo**, precisa el RDL 23/2021 la documentación que será precisa aportar al operador del sistema:

- (i) **Declaración responsable**, para cuyo cumplimiento se incluye en el RDL 23/2021, anexo II, un modelo, en el que se debe hacer constar, entre otros, la energía mensual sujeta al instrumento de contratación a plazo, así como el precio y plazo de entrega o liquidación de la energía negociada y comprometida en contratación a precio fijo;
- (ii) **Acreditación de la contratación de energía con un tercero** a través de un mercado o agencia de intermediación; y
- (iii) **Acreditación de la comunicación de las operaciones al organismo competente.**

La documentación facilitada **será remitida por el Operador del Sistema (REE) a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** (en adelante, “**CNMC**”), quién la comprobará y verificará a efectos del cálculo de las liquidaciones mensuales pendientes y en la liquidación definitiva que realice el Operador del Sistema en aplicación del artículo 8.4⁴ del RDL 17/2021.

De nuevo, la gestión de la verificación de estos contratos se encarga a un órgano distinto de la Secretaría de Estado de Energía. Lo cual se une a que las liquidaciones del nuevo sistema establecido por el RDL 17/2021 corresponden a REE, **lo que determina importantes dudas en la aplicación, vías de reclamación, oposición o impugnación frente a las liquidaciones que emitirá el Operador del Sistema** (con la información que le debe remitir el Operador del Mercado (OMIE)).

³ Para la obtención de la potencia disponible de cada instalación se estará al producto de la potencia instalada por el porcentaje de disponibilidad de cada tecnología.

⁴ Los pagos a que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de pagos a cuenta de la liquidación que el operador del sistema realizará para cada instalación una vez conozcan los datos definitivos de las medidas de la producción en barras de central del ejercicio.

Medidas en materia de transparencia, mejora de la capacidad de supervisión, reforzamiento de la información y protección de los consumidores en el ámbito del sector eléctrico

El artículo 4 del RDL 23/2021 introduce modificaciones en la LSE en aras de, según explica, contar con una **mayor transparencia del mercado de producción y con una mayor información sobre las coberturas con las que cuentan los sujetos productores en el mercado.**

En este sentido, se modifica el párrafo c) del artículo 26.3, determinando que los **productores de energía deberán remitir⁵ a la CNMC la información relativa a los instrumentos de contratación a plazo de electricidad que tengan suscritos, tanto físicos como financieros.**

Junto a esta información, **los sujetos productores de energía que desarrollen al mismo tiempo la actividad de comercialización, o pertenezcan a un grupo empresarial que desarrolle esta actividad, deberán facilitar cualquier transacción de venta que tenga suscrita intragrupo o con terceros.**

Adicionalmente se deberá de remitir toda información sobre **los contratos que se realicen entre el sujeto productor y las sociedades del grupo, y entre estas sociedades y las empresas del grupo que realizan la actividad de comercialización.**

Además del artículo modificado, el citado precepto también modifica el párrafo e) del artículo 44.1, relativo a los derechos de los consumidores. Así, en relación con la modificación de las condiciones de los contratos, **se establece la obligación de comunicar las revisiones de precios**, incluyendo una comparativa de los precios aplicados antes y después de la revisión, así como una estimación del coste anual del suministro para el consumidor y su comparativa con el coste anual anterior.

Otra de las medidas adoptadas, en aras de una mayor transparencia, es la modificación del párrafo l) del artículo 46.1, que sobre las obligaciones de las empresas comercializadoras en relación al suministro, establece (en términos similares a los sujetos productores de energía eléctrica) **la obligación de los comercializadores de remitir a la CNMC, la información relativa a los instrumentos de contratación a plazo de electricidad, tanto físicos como financieros que tengan suscritos, así como cualquier tipo de transacción de compra con terceros o con empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial.**

Por último, se introduce una nueva obligación para los comercializadores en el párrafo u) del artículo 46.1. Ésta consiste en **publicar⁶ información transparente, comparable, adecuada y actualizada sobre los precios aplicables a las ofertas disponibles en cada momento, así como las condiciones relacionadas con la terminación de los contratos.**

⁵ Deberá de remitirse mensualmente, con los formatos y criterios establezca la CNMC.

⁶ Posibilitando a los consumidores comparar los precios a través de la web Comparador de Ofertas de Energía.

Todas estas medidas **deben proporcionar a la CNMC información para el ejercicio de sus competencias** entre las que se encuentran las relativas al análisis de prácticas de competencia en el sector, si bien, la particularización de toda esta información supondrá implementar mecanismos y plataformas con gran capacidad.

Medidas para la promoción de la transparencia y supervisión en el mercado minorista de gas

En el ámbito del sector de hidrocarburos, el artículo 5 del RDL 23/2021 establece modificaciones en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en términos similares a las modificaciones operadas en la LSE.

En este sentido, se añade un nuevo apartado en el artículo 81.2 relativo a sobre las obligaciones de los comercializadores. Concretamente, **se establece que los comercializadores quedarán obligados a publicar información transparente, comparable, adecuada y actualizada sobre los precios aplicables a sus ofertas para los consumidores que tengan un consumo anual inferior a 50.000 kWh**, así como sobre las condiciones relativas a la terminación del contrato⁷.

Adicionalmente, en el caso de **nuevas contrataciones limitadas en el tiempo se deberá publicar tanto el precio ofertado como el precio que resulte del transcurso del límite temporal de la oferta**.

Los precios ofrecidos deberán de indicar el término fijo (€/mes) y el término variable (€/kWh). Además, en el supuesto de tarifas planas se deberá indicar el precio con independencia de la modalidad de pago. Por último, en los supuestos en que los términos de la tarifa puedan ser actualizados mediante algún índice, estos deberán de ser públicos.

La información **deberá ser facilitada a través de los medios de comunicación en los que se publiquen, así como ser remitida a la CNMC** para que pueda estar disponible para los consumidores⁸.

El precepto también modifica la letra f) del artículo 57 bis, sobre los derechos de los consumidores en relación con el suministro. Se establece la obligación de los comercializadores de incluir en las comunicaciones de revisión de precios una comparativa de los precios aplicados antes y después de la revisión, así como la estimación del coste anual del suministro para dicho consumidor y su comparativa con el coste anual anterior.

⁷ En las ofertas en las que se incluyan penalizaciones por rescisión del contrato, deberá de ser legible, sin que la diferencia de tamaño de la letra pueda ser superior a un 10% respecto al resto del texto que describe la oferta.

⁸ Al igual que en el sector eléctrico, se posibilita a los consumidores a poder comparar los precios a través de la web Comparador de Ofertas de Energía.

Otras medidas

Junto a las medidas ya mencionadas, incluye el RDL 23/2021 otras medidas tendentes a la protección de los consumidores vulnerables.

En este sentido, el primer precepto del Real Decreto-ley determina que desde la entrada en vigor del RDL 23/021 y hasta el 31 de marzo de 2022, los **descuentos del Bono Social aplicables a consumidores domésticos de energía eléctrica** serán:

- (i) Para los consumidores vulnerables, el descuento será del 60%.
- (ii) Para los consumidores vulnerables severos, el descuento será del 70%.

El artículo 2, por su parte, determina un incremento en la ayuda mínima del Bono Social Térmico pasando de los 25 a los 35 euros para los beneficiarios del Bono Social para el ejercicio 2021. Además, establece el precepto que, la ayuda de los consumidores vulnerables severos o en riesgo de exclusión social será un 60% superior a la asignada en su zona climática a un consumidor vulnerable.

Finalmente, sobre el Bono Social Térmico, el artículo 3 del RDL 23/2021 establece el incremento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 pasando de 102,5 millones a 202,5 millones de euros.

Contacto



Ignacio Grangel

Socio | Derecho Público y Sectores Regulados
CMS Albiñana & Suárez de Lezo

T +34 91 187 1905

E ignacio.grangel@cms-asl.com

La información contenida en esta nota jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico habiéndose emitido el día 28 de octubre de 2021.