

Energía

El Gobierno rectifica el Real Decreto Ley 17/2021: reglas de aplicación de la fórmula de minoración de la retribución a las instalaciones no emisoras

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 un 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 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 la 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 los nuevos matices de aplicación del mecanismo de minoración del exceso de retribución.

2. Reglas de aplicación de la fórmula de minoración del exceso de retribución de las instalaciones no emisoras

El mecanismo de minoración del exceso de retribución del mercado eléctrico causado por el elevado precio de cotización del gas natural en los mercados internacionales, previsto en el artículo 4 del 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, ha generado un nuevo enfrentamiento entre el Gobierno y las empresas.

Como es sabido, el mecanismo de minoración conlleva que, con efectos desde el 16 de septiembre del 2021 hasta el 31 de marzo del 2022, se reducirá 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 ellas 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.

Inicialmente, la reducción de la retribución para los próximos meses se aplicaría a las instalaciones no emisoras de gases de efecto invernadero en el territorio peninsular español, cualquiera que sea la tecnología utilizada (eólica, fotovoltaica, hidráulica...), con independencia de la modalidad de contratación aplicada (es decir, también se minoraría la energía vendida fuera del mercado diario por medio de contratos bilaterales, ya que toda ella está internalizando el coste de oportunidad de venderla en el mercado diario, donde existe la internalización del coste del gas natural) y en la cuantía determinada por el precio medio del gas utilizado por las instalaciones emisoras que incurren en mayor coste (marginales) (arts. 5 y 6)¹.

Pronto el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico tuvo que aclarar el ámbito de aplicación de la fórmula².

Tampoco tardaron en suscitarse conflictos entre el Gobierno y las empresas, que se manifestaron en dos puntos de tensión:

¹ Sobre el mecanismo de reducción de retribución y sus implicaciones, puede verse A. I. MENDOZA LOSANA, «Minoración de los ingresos de las eléctricas en el Real Decreto Ley 17/2021 (V)», *Análisis GA_P*, septiembre 2021, en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/09/Minoracio%CC%81n_Ingresos_ele%CC%81ctricas_V.pdf.

² Véase: L. GIL BUENO, «Real Decreto Ley 17/2021 – El Gobierno aclara la no aplicabilidad del mecanismo de minoración de ingresos a las instalaciones que tuvieran suscrito un PPA», *Publicaciones enfocadas al negocio GA_P*, septiembre 2021, en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2021/09/RDL-172021.pdf>.

por un lado, los intentos por parte de las empresas productoras de modificar los contratos a plazo celebrados con comercializadores y consumidores para trasladar el impacto de la reducción de ingresos; por otro, la eventual paralización de la producción de instalaciones de energías renovables cuyos titulares argüían que la aplicación de la minoración de la retribución privaba a la instalación de toda rentabilidad. El conflicto ha trascendido a los medios de comunicación y amenazaba con acabar en los tribunales y dejar sin efecto el polémico Real Decreto Ley 17/2021 (si, finalmente, la reducción de los ingresos de las instalaciones de producción acababa por repercutirse a los comercializadores y a los consumidores).

Mediante el nuevo Real Decreto Ley 23/2021, el Gobierno precisa el ámbito de aplicación de la fórmula de minoración de retribución. Conforme a la nueva disposición adicional octava del Real Decreto Ley 17/2021 en redacción dada por Real Decreto Ley 23/2021, la aplicación de la minoración se somete a las siguientes reglas:

- 1.^a No será aplicable a las instalaciones de producción que acrediten tener contratos a plazo con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 17/2021 (16 de septiembre del 2021). Así, el mecanismo de minoración no resultará de aplicación a la energía producida por las instalaciones de generación no emisoras no marginales que, aunque hayan internalizado los beneficios extraordinarios por el alza del precio del gas natural, se encuentre cubierta por algún instrumento de contratación a plazo, cuando el precio de cobertura sea fijo y siempre que el contrato a plazo se haya celebrado con anterioridad al 16 de septiembre del 2021.
- 2.^a Tampoco será aplicable la reducción a las instalaciones mencionadas en el apartado anterior cuando, habiéndose celebrado contratos a plazo con posterioridad al 16 de septiembre del 2021, su periodo de cobertura sea superior a un año.
- 3.^a La aclaración se circunscribe al tratamiento de la energía cubierta por instrumentos de contratación a plazo, ya que determinada energía no se encuentra plenamente expuesta a la escalada de precios observada en el mercado organizado de electricidad.
- 4.^a Cuando los instrumentos de contratación a plazo a los que se refieren los párrafos anteriores incorporen una indexación parcial a los precios del mercado peninsular mayorista al contado de electricidad, se excluirá de la minoración de la retribución la energía equivalente de la parte del contrato no indexada (energía cuyo precio no se fija con referencia al mercado diario).
- 5.^a Los instrumentos de contratación a plazo que determinarán la no aplicación de la minoración de retribución comprenden tanto instrumentos de contratación a plazo con entrega física como instrumentos con liquidación financiera en el periodo de vigencia del mecanismo de minoración (entre el 16 de septiembre del 2021 y el 31 de marzo del 2022) por la posición neta vendedora del grupo empresarial o, en caso de no pertenecer a ningún grupo, de la empresa titular sujeta a dicho mecanismo.
- 6.^a Cuando la cobertura asociada al instrumento de contratación a plazo no comprenda una instalación concreta, se

considerará como energía efectivamente cubierta la que resulte de prorratear la posición neta vendedora de la empresa o grupo empresarial correspondiente entre la potencia disponible de las instalaciones de las que es titular, salvo que la empresa o grupo empresarial acredite documentalmente la aplicación de otro tipo de asignación diferente. A su vez, la potencia disponible de cada instalación se obtendrá como el producto de la potencia instalada por el porcentaje de disponibilidad de cada tecnología. El porcentaje de disponibilidad será el previsto en el apartado 2 de la disposición transitoria tercera de la Orden TED/1271/2020, de 22 de diciembre, por la que se establecen diversos costes regulados del sistema eléctrico para el ejercicio 2021 y se prorrogan los peajes de acceso de energía eléctrica a partir del 1 de enero del 2021, excepto en el caso de la tecnología de ciclo combinado, que se corresponderá con la disponibilidad media registrada en los últimos cinco años, para el periodo de aplicación del mecanismo, de acuerdo con los datos del operador del sistema.

3. Nuevas obligaciones de información y documentación requerida para acreditar la exclusión del mecanismo de minoración de la retribución

3.1. Nuevas obligaciones informativas incluso sobre los contratos intragrupo

Para dar mayor transparencia al mercado y asegurar la adecuada aplicación del mecanismo de minoración de la retribución, se imponen nuevas obligaciones informativas a los productores que, «en todo caso», deberán remitir a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con

la periodicidad y en los formatos que ella establezca, la información correspondiente a los instrumentos de contratación a plazo de electricidad, tanto físicos como financieros, que tengan suscritos.

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 así como con terceros. Asimismo, deberá remitirse información sobre los contratos que se realicen 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 de la Ley del Sector Eléctrico o LSE).

Esta información, que se remitirá mensualmente y con los formatos y criterios 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 y el perfil y el tipo de producto negociado».

3.2. Documentación requerida

El nuevo real decreto ley concreta la documentación que los titulares de las instalaciones deberán aportar al operador del sistema para acreditar la sujeción de la energía minorada a instrumentos de contratación a plazo y, por ende, la no aplicación de la fórmula de minoración de retribución. La documentación es la siguiente:

- a) Declaración responsable, conforme al anexo II, firmada por el consejero delegado o cargo de análoga responsabilidad de la empresa o grupo empresarial que incluya, al menos, la energía mensual sujeta al instrumento de contratación a plazo, la fecha de celebración de dicho instrumento, el volumen, precio y el plazo de entrega o liquidación de la energía negociada y comprometida en contratación a precio fijo, con entrega física o con liquidación financiera.

La declaración responsable deberá remitirse mensualmente en el plazo de cinco días hábiles tras la finalización de cada mes en que

resulte de aplicación el instrumento de minoración. Las declaraciones mensuales deberán recoger cualquier actualización de la información contenida en la primera declaración.

- b) Información que acredite la contratación de dicha energía con un tercero o a través de un mercado o agencia de intermediación.
- c) Información que acredite la comunicación de dichas operaciones al organismo correspondiente bajo la normativa que resulte de aplicación, justificándose, en su caso, la ausencia de dicha acreditación.
- d) Cualquier otra documentación que resulte necesaria para acreditar y garantizar la veracidad de la información remitida.

El operador del sistema remitirá la documentación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para su comprobación y verificación. Esta documentación se tendrá en cuenta, de manera provisional, en el procedimiento de cálculo y notificación de las liquidaciones mensuales. Una vez que se disponga del resultado de las comprobaciones y verificaciones, se aplicará a las liquidaciones mensuales pendientes y, en su caso, a la liquidación definitiva que el operador del sistema realice.

La inexactitud o falsedad de los datos aportados constituye una infracción muy grave (art. 64 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico).