

INFORME SOLICITADO POR LA XUNTA DE GALICIA EN RELACIÓN CON LA FACTURACIÓN ELÉCTRICA DEL TÉRMINO DE POTENCIA

Expediente: INF/DE/033/25 (S. Ref.: reclamaciones IN635A)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel García Castillejo

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Enrique Monasterio Beñaran

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 3 de abril de 2025

Vista la solicitud de informe formulada por el Departamento Territorial de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia en Lugo sobre el tipo de ofertas de las comercializadoras de electricidad, la Sala de Supervisión Regulatoria (SSR), en el ejercicio de la función consultiva en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación del artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, acuerda emitir el siguiente informe:

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 27 de enero de 2025 ha tenido entrada en el registro electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) solicitud de informe del Departamento Territorial de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia en Lugo en relación con la facturación del término de potencia en los suministros de electricidad. En su escrito pone de manifiesto la recepción de un número elevado de reclamaciones contra comercializadores de energía eléctrica del mercado libre, debido a una facturación del precio del término de potencia superior a la suma del importe de peajes y cargos, y plantea las siguientes cuestiones al respecto:

1. ¿Los componentes de la facturación eléctrica en el mercado libre y en el regulado son los mismos?
2. ¿Qué costes se retribuyen con el margen de comercialización que recaen sobre el término de potencia en el mercado regulado?

3. ¿Dichos costes son específicos del mercado regulado o también afectan a los comercializadores que operan en el mercado libre?
4. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias núm. 158/2021, de 8 de febrero, 230/2021, de 18 de febrero y 289/2021 de 1 de marzo) en la que se determina que aun tratándose de mercado libre no se pueden pactar **formas de facturación del término potencia** distintas a las establecidas en el Real Decreto 1164/2001, ¿cabe pactar un precio que incluya un **margen de comercialización siempre que no se altere la forma de facturación aplicable** a la tarifa como parece reconocerse en las referidas sentencias cuando se dice (la negrita es nuestra):
“actuando el comercializador como mandatario en nombre del consumidor al contratar el peaje de acceso, el importe de lo cobrado por el distribuidor al comercializador por este concepto no fuera idéntico al importe abonado por el consumidor al comercializador por el mismo concepto **(y ello con independencia de la retribución que, en su caso, pudiera corresponder al comercializador por su actuación como mandatario del consumidor)**”?
5. En el caso de que la respuesta sea negativa y dado que la práctica totalidad de comercializadores de mercado libre aplican un margen de comercialización como parte del precio pactado del término de potencia, tal y como se constata en el Comparador de Ofertas de Energía de la CNMC para todo el territorio nacional, ¿cómo procede actuar y a quién le corresponde la competencia?
6. Al margen de la concreta cuestión, cuando la Administración determine que la facturación del comercializador de mercado libre es incorrecta, ¿debe limitarse a declararlo así, debiéndose formular ante la jurisdicción civil la solicitud de devolución de los importes ya abonados?, ¿a quién corresponde la valoración de cuestiones de naturaleza civil como la prescripción de la acción para reclamar la devolución?

2. ANTECEDENTES DE DERECHO

En este expediente son de aplicación las siguientes disposiciones normativas:

El artículo 17 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, sobre los precios voluntarios para el pequeño consumidor.

El Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

El artículo 14.10 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, sobre la retribución de la actividad de comercialización.

3. CONSIDERACIONES

A continuación, se exponen las consideraciones de la CNMC con respecto a las distintas cuestiones planteadas.

1. ¿Los componentes de la facturación eléctrica en el mercado libre y en el regulado son los mismos?

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en su artículo 17 regula los precios voluntarios para el pequeño consumidor como los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores de referencia a los consumidores que se acojan a ellos y establece que para su cálculo se incluirán de forma aditiva en su estructura el coste de producción de energía eléctrica, los peajes de acceso y cargos y los costes de comercialización que correspondan. El desarrollo reglamentario se realiza en el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

El artículo 8 del citado Real Decreto determina los componentes de la facturación de los precios voluntarios para el pequeño consumidor: términos de facturación de potencia, de facturación de energía activa, de facturación de financiación del bono social y, en su caso, de facturación de energía reactiva.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 14.10 de la citada ley, en mercado libre el precio será el que libremente se pacte entre las partes, con independencia de que el comercializador deba hacer frente al pago íntegro de todos los costes regulados, incluidos los peajes y cargos. Esto implica, en la práctica, que las condiciones que aplican los comercializadores al suministro son las reflejadas en el contrato de suministro. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia 289/2021, de 1 de marzo, relativa al recurso de casación 2220/2020 (Fundamento de Derecho sexto, “Doctrina jurisprudencial sobre la primera de las cuestiones de interés casacional suscitadas en este recurso”), al respecto de los peajes de acceso:

*«En consecuencia, cuando el peaje de acceso se contrata a través del comercializador, supuesto frecuente en la práctica, éste actúa como mandatario en nombre del consumidor y está obligado a abonar al distribuidor el importe del peaje de acceso. En tal caso, el **comercializador puede libremente optar por repercutir o por no repercutir al consumidor el importe abonado al distribuidor en concepto de peaje de acceso; pero, si decide repercutirlo, lo que de ningún modo puede hacer es incrementar ese importe y cobrar al consumidor una cantidad superior a la abonada al distribuidor, porque la tarifa correspondiente al peaje de acceso es una tarifa regulada y, por eso, su importe queda fuera del principio de libertad de pactos que con carácter general rige las relaciones económicas entre el comercializador y el consumidor en el mercado libre.**»*

Es decir, a la vista de la normativa aplicable, no es correcto afirmar que el concepto de tarifa regulada aplicable al peaje de acceso se proyecta sólo en las relaciones entre comercializador y consumidor en el mercado regulado (en el que el pequeño consumidor está especialmente protegido), sino que se proyecta también a las relaciones entre comercializador y consumidor en el mercado libre, lo que tiene sentido si tenemos en cuenta que la tarifa correspondiente al peaje de acceso no tiene propiamente por finalidad retribuir la actividad de comercialización, sino las actividades de transporte y distribución de energía.»

En definitiva, los componentes de la facturación eléctrica en el mercado regulado son los que vienen establecidos en la normativa. En cambio, los componentes de la facturación del mercado libre son los que las partes establezcan libremente, a excepción de la parte correspondiente a costes regulados que, si se deciden repercutir, no pueden superar las previsiones de la normativa aplicable.

2. ¿Qué costes se retribuyen con el margen de comercialización que recaen sobre el término de potencia en el mercado regulado?

Tal y como se ha señalado en la respuesta anterior, el PVPC incluye en su estructura de costes el coste de comercialización, cuya metodología de cálculo está definida en el Título VII del Real Decreto 216/2014. De acuerdo con el artículo 21 de este real decreto, la retribución correspondiente a los costes de comercialización incluye una retribución por los costes de explotación y una retribución por la actividad de comercialización de referencia. Con respecto a los costes de explotación, estos quedan definidos en el artículo 22:

«[...]

a) *Costes de explotación fijos por potencia contratada, que incluirán*

1.º costes de contratación,

2.º costes de facturación y cobro,

3.º costes de atención al cliente en que sea obligatorio incurrir de acuerdo con lo previsto en la normativa estatal,

4.º costes de estructura,

5.º costes financieros debidos a la interposición de garantías en el mercado,

6.º costes fijos asociados a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local [en adelante, Tasa de Ocupación de la Vía Pública (TOVP)] regulada en el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo,

7.º en su caso, otros costes de naturaleza fija debidos a medidas regulatorias de la actividad de comercialización de energía eléctrica establecidas en la normativa estatal que sea de aplicación en todo el territorio español, y que expresamente se reconozcan por orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

a) *Costes de explotación variables por energía activa consumida, que serán los siguientes:*

1.º costes variables asociados a la Tasa de Ocupación de la Vía Pública (TOVP) regulada en el artículo 24.1.c) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo;

2.º costes de contribución al Fondo Nacional de Eficiencia Energética regulado en el capítulo IV del Título III de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia;

3.º en su caso, otros costes de naturaleza variable debidos a medidas regulatorias de la actividad de comercialización de energía eléctrica establecidas en la normativa estatal que sea de aplicación en todo el territorio español, y que expresamente se reconozcan por orden del Ministro de Energía, Turismo y

Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.
[...]]»

Cabe señalar, asimismo, que la facturación de los costes de comercialización tiene dos términos, según se define en el artículo 23 del citado real decreto: un término fijo por potencia, que se incorpora al término de potencia del PVPC y un término variable horario por energía consumida, que se incorpora al término de energía del PVPC.

En definitiva, los costes que se retribuyen con el margen de comercialización en el caso de los contratos con precios regulados son los previstos en el citado real decreto.

3. ¿Dichos costes son específicos del mercado regulado o también afectan a los comercializadores que operan en el mercado libre?

Las comercializadoras que operan en el mercado libre también incurren en costes de comercialización, si bien su retribución no está regulada como en el caso de las comercializadoras de referencia.

4. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias núm. 158/2021, de 8 de febrero, 230/2021, de 18 de febrero y 289/2021 de 1 de marzo) en la que se determina que aun tratándose de mercado libre no se pueden pactar formas de facturación del término potencia distintas a las establecidas en el Real Decreto 1164/2001, ¿cabe pactar un precio que incluya un margen de comercialización siempre que no se altere la forma de facturación aplicable a la tarifa como parece reconocerse en las referidas sentencias cuando se dice (la negrita es nuestra): “actuando el comercializador como mandatario en nombre del consumidor al contratar el peaje de acceso, el importe de lo cobrado por el distribuidor al comercializador por este concepto no fuera idéntico al importe abonado por el consumidor al comercializador por el mismo concepto (y ello con independencia de la retribución que, en su caso, pudiera corresponder al comercializador por su actuación como mandatario del consumidor)”?

Tal y como se ha señalado en la respuesta a la primera cuestión, en mercado libre el precio será el que libremente se pacte entre las partes, con independencia de que el comercializador deba hacer frente al pago íntegro de todos los costes regulados, incluidos los peajes y cargos.

Respecto de estos últimos, la parte correspondiente a costes regulados, si se deciden repercutir, no pueden superar los importes establecidos en la normativa aplicable.

Tal y como se ha indicado en la respuesta a la tercera cuestión, los costes de comercialización de los contratos a precio libre no tienen una retribución regulada en la normativa.

5. En el caso de que la respuesta sea negativa y dado que la práctica totalidad de comercializadores de mercado libre aplican un margen de comercialización como parte del precio pactado del término de potencia, tal y como se constata en el Comparador de Ofertas de Energía de la CNMC para todo el territorio nacional, ¿cómo procede actuar y a quién le corresponde la competencia?

Ya se ha contestado que es posible pactar un margen de comercialización en el precio de los contratos de mercado libre.

6. Al margen de la concreta cuestión, cuando la Administración determine que la facturación del comercializador de mercado libre es incorrecta, ¿debe limitarse a declararlo así, debiéndose formular ante la jurisdicción civil la solicitud de devolución de los importes ya abonados?, ¿a quién corresponde la valoración de cuestiones de naturaleza civil como la prescripción de la acción para reclamar la devolución?

Los órganos a los que corresponde propiamente la resolución de las controversias relativas a los contratos de suministro a precio libre son los órganos jurisdiccionales ¹. Es posible, no obstante, acudir a un mecanismo alternativo de resolución de la reclamación, de acuerdo con el artículo 46.1.n) de la ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Ha de matizarse que, si aun siendo un contrato de suministro a precio libre, la controversia tuviera que ver, no con el coste del suministro o del servicio de comercialización, sino con el de la tarifa de acceso a la red (que está regulada) u otros aspectos regulados, aunque se trate de un contrato de suministro a mercado libre, la controversia se podría resolver por la Comunidad Autónoma, al amparo del art. 98 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre ².

¹ Lo viene señalando en ese sentido la jurisprudencia. Así, la STS 547/2022, de 9 de mayo; rec. 7489/2020, expresa lo siguiente:

«En el supuesto que nos ocupa se trata de un contrato de suministro suscrito en el mercado libre y sujeto a las condiciones contractuales libremente pactadas por las partes, por ello la determinación del obligado a pagar la energía consumida así como la determinación de si ha existido o no una subrogación en el contrato por el cambio de usuario efectivo sin haber modificado el contrato y sin notificárselo a la empresa comercializadora, corresponde a la jurisdicción civil, sin que la Administración tuviese competencia, al amparo del art. 98 del RD1955/2000, para dirimir dicha controversia.»

² Puede verse, a este respecto, la STS 514/2018, de 23 de marzo (rec. 1507/2017), y, en el mismo sentido, con cita de la anterior, la STS 402/2019, de 25 de marzo (rec. 2243/2018):

«No obstante lo anterior, el tenor literal del artículo 98 del Real Decreto 1955/2001, de 1 de diciembre, antes transcrito otorga competencia a los órganos correspondientes de la Administración en lo relativo a «las reclamaciones o discrepancias que se susciten en relación al contrato de suministro a tarifa, o de acceso a redes, o con las facturaciones derivados de los mismos...». Ello significa que cualquiera que sea la naturaleza del contrato de suministro, bien sea un contrato a tarifa de último recurso, bien en el mercado libre, la

Por su parte, de acuerdo con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, este organismo puede, entre otros, dictar resoluciones de carácter vinculante para las empresas e iniciar expedientes sancionadores, todo ello en el ámbito de sus competencias, y en atención a las previsiones específicas que se contienen en la normativa sectorial eléctrica, y sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones u organismos.

Notifíquese el presente informe al Departamento Territorial de la Consellería de Economía e industria de la Xunta de Galicia en Lugo y publíquese en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (www.cnmc.es).

Administración ostenta competencias para la resolución de las reclamaciones que se refieran a los costes regulados de los contratos -como son las tarifas de acceso a las redes-

[...]

En síntesis, cuando las discrepancias o reclamaciones conciernen a los costes regulados del contrato de suministro de energía eléctrica, cualquiera que sea el tipo de contrato, la competencia para resolver los conflictos que giren en torno a estos costes regulados del contrato de suministro, con independencia de los agentes intervinientes, corresponde siempre y en todo caso a la Administración. Las reclamaciones no relativas a los costes regulados surgidas en los contratos de suministro en mercado libre en relación a clientes cualificados, derivadas de la interpretación de las cláusulas contractuales, habrán de dirimirse ante la Jurisdicción civil.»