

El coste de regularización de facturas es un coste de comercialización a efectos del cálculo del precio de la energía

Ana I. Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

El coste de regularización retroactiva de facturas de energía eléctrica derivada de una actuación administrativa ilegal debe computarse como un coste de comercialización a efectos del cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor.

Las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 y 28 de diciembre del 2018 (recursos 41/17 y 19/2017, respectivamente) han anulado la disposición transitoria segunda del Real Decreto 469/2016, de 18 de noviembre, por el que se modifica 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 (PVPC) y su régimen jurídico de contratación. La disposición anulada establecía la regularización de cuantías por aplicación de la metodología prevista en el título VII del Real Decreto 216/2014 para los años 2014 (desde el 1 de abril), 2015 y 2016. Esta anulación conlleva la obligación del Gobierno y, en su caso, del organismo competente, de computar como costes de comercialización incluidos dentro del cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor el coste de las regularizaciones de facturas eléctricas derivadas del incumplimiento de la normativa vigente en el momento de determinación de dicho precio voluntario.

Advertencia legal: Este análisis 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.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

1. Antecedentes

Varias comercializadoras de referencia (Endesa Energía XXI, EDP, Gas Natural —actualmente, Naturgy—, Iberdrola Comercializadora de Último Recurso e Iberdrola) han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 469/2016, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, y contra la Orden ETU/1948/2016, de 22 de diciembre, por la que se fijan determinados valores de los costes de comercialización de las comercializadoras de referencia que se han de incluir en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica en el periodo 2014-2018.

El real decreto impugnado se había dictado como consecuencia de varias sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre del 2015 (recursos contencioso-administrativos 358/2014, 395/2014 y 396/2014) que habían anulado la disposición adicional octava del Real Decreto 216/2014 por fijar el valor del coste de comercialización (4 euros por kilovatio y año, a partir del 1 de abril del 2014) sin previa metodología para determinar tanto los costes de comercialización como la remuneración razonable que pudiera proceder. El Real Decreto 469/2016 pretendía subsanar la carencia y establecer la metodología para determinar el coste de comercialización de las comercializadoras de referencia que debería computarse en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor. Para ello, se tomó en consideración el «Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre el margen comercial que corresponde aplicar a la actividad de comercialización de referencia para realizar el suministro de energía eléctrica a precio voluntario del pequeño consumidor en el sector eléctrico y a tarifa de último recurso de gas en el sector del gas natural» (Sala de Supervisión Regulatoria, a 19 de mayo del 2016). Finalmente, la Orden ETU/1948/2016, de 22 de diciembre, fijó determinados valores de los costes de comercialización de las comercializadoras de referencia que se incluirían en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor en el periodo 2014-2018. La nueva metodología aprobada por el Real Decreto 469/2016 conducía a un importe del coste de comercialización de 4,08, 4,24 y 4,17 euros por kilovatio y año para el 2014, el 2015 y el 2016, respectivamente.

Todas las recurrentes reprocharon al Real Decreto 496/2016 que la metodología establecida era contraria al principio de suficiencia (art. 17 de la Ley del Sector Eléctrico) por no tener en consideración todos los costes en los que incurrían las comercializadoras de referencia.

2. Metodología de cálculo de costes discutible, pero legal

En todas las sentencias resueltas sobre este asunto, el Tribunal Supremo ha analizado la metodología de cálculo de costes y ha llegado a la misma conclusión: a pesar de haberse separado en aspectos relevantes de la metodología propuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la metodología aprobada por el Real Decreto 496/2016 no es ilegal. Según el Tribunal Supremo, no vulnera el principio de suficiencia del artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, no incurre en arbitrariedad y no distorsiona la competencia en el mercado (Sentencias de 14 de marzo del 2018, recurso 20/2017, y de 10, 14 y 28 de diciembre del 2018, recursos 38/2017, 41/17 y 19/2017, respectivamente). Todas las sentencias citadas ponen de

manifiesto la necesaria separación entre lo que puede ser una metodología «ilegal» y lo que es, simplemente, una metodología cuya calidad técnica pueda resultar discutible en función de los criterios elegidos, de las preferencias por metodologías alternativas o de los intereses de los recurrentes. Asimismo, en dichas sentencias, el Tribunal Supremo hace recaer sobre el recurrente la especial carga de demostrar la ilegalidad de la metodología, lo que no se consigue en ninguno de los procedimientos resueltos.

3. Ni los costes de financiación del bono social ni los costes de atención a clientes se incluyen en los costes de comercialización

El Tribunal Supremo considera que no es ilegal la metodología que, a efectos del cómputo de costes de comercialización, para el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor excluye los costes de financiación del bono social y los costes de atención presencial a clientes en los que incurren las comercializadoras de energía eléctrica.

En cuanto a los costes de financiación del bono social, el Tribunal Supremo admite que no se incluyeran en el cómputo de los costes de comercialización porque, en el momento en el que se aprueba el real decreto impugnado, la normativa que había aprobado el régimen de financiación del bono social había sido anulada, por lo que, transitoriamente, se carecía de regulación. No obstante, el Tribunal Supremo considera que el Real Decreto 469/2016 no impide la inclusión de este coste entre los costes de comercialización en tanto en cuanto en su apartado 22b.3.º admite dentro de la estructura de los costes de explotación incluíbles en los costes de comercialización algunos costes «innominados». En concreto, se habla de la inclusión, «en su caso, de 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». El Tribunal Supremo argumenta que «en esta categoría innominada puede encontrar cabida el coste de financiación del bono social cuando la regulación específica de esta prestación patrimonial de carácter público haga recaer la obligación, en todo o en parte, sobre las empresas comercializadoras».

Tampoco los costes de atención presencial a clientes se incluyen como costes de comercialización que puedan ser computados en el margen de comercialización considerado para fijar el precio voluntario para el pequeño consumidor. Se trata de un coste no comprendido en la actividad de comercialización de las comercializadoras de referencia por cuanto corresponde a su libre decisión prestar o no dicho servicio de atención presencial. Se constata que, con carácter general, las dichas comercializadoras no disponen de oficinas para la atención presencial.

4. Los costes de refacturación sí son costes de comercialización

Sin embargo, en sus sentencias de 14 y 28 de diciembre del 2018 (recursos 41/17 y 19/2017, respectivamente), el Tribunal Supremo sí admite la pretensión de las recurrentes de declaración

de nulidad de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 496/2016, que autorizaba a las comercializadoras a llevar a cabo procesos de regularización de la facturación para el periodo comprendido entre el 1 de abril del 2014 y el 31 de diciembre del 2016, conforme a la nueva metodología de cálculo de costes de comercialización. Las recurrentes consideraron que las comercializadoras de referencia no deben asumir los costes de regularización de facturas (también denominados *costes de refacturación*) ni los riesgos de impago de las facturas revisadas.

El Tribunal Supremo respalda el argumento de las recurrentes referido a los costes de refacturación —o regularización de facturas—, aunque no se pronuncia sobre el riesgo de impago. Considera que la regularización retroactiva genera un coste para las comercializadoras de referencia que es imputable a la deficiente actuación de la propia Administración (en el mismo sentido, la STS de 3 de noviembre del 2015, recurso 395/2014), la cual fijó el coste de comercialización sin una metodología previa —contrariando lo establecido por la Ley del Sector Eléctrico— y, además, lo hizo de forma inmotivada, sin explicar los criterios empleados para llegar a dicha cifra e incurriendo en arbitrariedad.

Ya en su Sentencia de 12 de julio del 2013 (recurso 1/769/2011) y en el Auto aclaratorio de 12 de septiembre del 2013, el Tribunal Supremo entendió que las refacturaciones habían de incorporar los costes de su cálculo y efectiva cumplimentación y, correlativamente, se reconoció al recurrente el derecho a realizar las facturaciones correspondientes al incremento de los peajes de acceso y de la tarifa de último recurso que se solicitaban. En consecuencia, en la medida en que se haya incurrido en tales costes adicionales y en que éstos no hayan sido incluidos en las refacturaciones fijadas por la disposición transitoria segunda del real decreto impugnado, la actora tiene derecho a que se le reintegren dichos costes por parte de la Administración. Las comercializadoras de referencia no deben asumir un coste derivado de una actuación de la Administración que el tribunal ha declarado contraria a Derecho. En conclusión, *el Ministerio deberá regular las refacturaciones (derivadas del incumplimiento de la normativa por parte de la Administración), de manera que se respete el principio de indemnidad para las mercantiles afectadas.*

Resulta curiosa esta forma de depurar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: al final, quien debe pagar el coste asociado a una actuación administrativa ilegal es el consumidor acogido al precio voluntario para el pequeño consumidor en tanto en cuanto el coste de regularización debe ser considerado un coste de comercialización. El Tribunal Supremo preserva el principio de indemnidad de las mercantiles afectadas, pero no la indemnidad de los consumidores de energía eléctrica (pareciera que el concepto 'costes del sistema eléctrico' lo aguanta todo). Una vez anulada la citada disposición transitoria segunda del Real Decreto 496/2016 y sin perjuicio de las posibles regularizaciones que apruebe el órgano competente, quizás la solución óptima fuera que las mercantiles iniciaran el correspondiente procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración reguladora, que infringe la ley y ocasiona daños patrimoniales a las comercializadoras afectadas (coste de refacturación y riesgo de impago o impago efectivo).