



La CNMC y la transmisión de bonificaciones y gravámenes a los consumidores

DIEGO RODRÍGUEZ

Apuntes 2022/32
Diciembre de 2022

fedea

Las opiniones recogidas en este documento son las de sus autores y no coinciden necesariamente con las de Fedea.

La CNMC y la transmisión de bonificaciones y gravámenes a los consumidores

Diego Rodríguez (UCM y Fedea)

1. Introducción

Una de las varias cuestiones controvertidas de los nuevos gravámenes temporales al sector energético y a las entidades y establecimientos financieros de crédito es el mandato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para que esta verifique que esos gravámenes no son objeto de repercusión económica a los consumidores, y sancione en caso de que esa transmisión se produzca. Este es un aspecto que se ha tratado en algunos de los análisis que hemos estado realizando desde Fedea (véase [aquí](#), [aquí](#) y [aquí](#)) pero que merece alguna reflexión adicional para analizar en qué medida la CNMC dispone de instrumentos que permitan supervisar el cumplimiento de la obligación que se impone y, sobre todo, el encaje de esta labor con las funciones que la Comisión desarrolla y su mandato. Desafortunadamente, como ha sido habitual en los últimos meses, la CNMC (como otros organismos) no ha podido pronunciarse al respecto, por lo que no podemos saber cuál sería la opinión de su Consejo. Pese a ello, en esta Nota se realizan algunas reflexiones sobre este tipo de nuevas atribuciones que se están confiriendo a la CNMC. En particular, la Nota analiza también las funciones de supervisión y sanción por la no transmisión de la bonificación a los combustibles, vigente desde el mes de abril de 2022.

Debe partirse de considerar que el conjunto de competencias desarrolladas por la CNMC es muy amplio, ya que aglutina las que le confieren la normativa europea y la legislación española tanto como Autoridad Nacional de Competencia (ANC) y como Autoridad Nacional de Regulación (ANR) en distintos sectores regulados. En el primer caso, su obligación principal es aplicar los principios de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC en adelante). También en ese ámbito desarrolla distintas competencias de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Como ANR, la CNMC desarrolla un amplio conjunto de funciones en los ámbitos de energía, telecomunicaciones, audiovisual, postal y transporte. Por ejemplo, en el ámbito energético es ilustrativo mencionar las 39 funciones citadas en el artículo 7 la Ley de creación de la CNMC (Ley 3/2013, de 4 de junio).

La propia Ley de creación de la CNMC recoge en su artículo 5, que *“para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*, la CNMC podrá *“realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto”*. Por lo tanto, en este contexto de amplio espacio competencial, es habitual que nuevas normas establezcan mandatos a la CNMC mediante los cuales esta debe desarrollar funciones adicionales. Dejando a un lado la falta de adecuación entre la acumulación de nuevos mandatos y los medios humanos y técnicos disponibles (asunto que daría para otra Nota), sí es

novedoso que algunas normas recientes extiendan la función de la CNMC al ámbito de los traslados a los precios finales de medidas de subvención o de gravámenes¹.

Por tanto, el objetivo de esta Nota es analizar en qué medida esas nuevas atribuciones son coherentes con las funciones que la CNMC desarrolla, tanto como ANC como desde la perspectiva de ANR. Para ello, en el asunto de la transmisión de la bonificación a las gasolinas, que se analiza en el segundo apartado, se discute la utilización de la figura de competencia desleal, en caso de incumplimiento. En el tercer apartado se analiza la supervisión de la no transmisión de los nuevos gravámenes a empresas energéticas y financieras y la coherencia con otras actuaciones de la CNMC. El cuarto apartado sintetiza las principales conclusiones.

2. La bonificación a los combustibles

2.1 Las nuevas funciones de la CNMC en las bonificaciones a los combustibles

El RDL 6/2022² encomienda a la CNMC realizar un seguimiento “*para verificar la eficacia para los consumidores*” de la bonificación extraordinaria y temporal del precio final de determinados productos energéticos (15 c€/litro) y del descuento (5 c€/litro) que el operador aplica para no pagar el gravamen temporal establecido en el art. 21³. Es decir, para verificar que realmente se aplican los 20 c€/litro en el precio final a pagar.

Debe señalarse que la CNMC realiza y publica mensualmente un seguimiento de la distribución minorista de carburantes en estaciones de servicio. Los informes, [disponibles aquí](#), analizan la evolución de los precios, los márgenes brutos y su relación con la evolución de las cotizaciones internacionales, entre otros aspectos⁴. Con tal fin, la CNMC ha señalado en una [Nota de Prensa](#) tras el informe del mes de mayo que los márgenes observados en ese mes se situaron en línea con los del año previo⁵. Aunque advirtiendo del corto periodo temporal analizado, ello le lleva a

¹ Los gravámenes temporales a empresas energéticas y financieras se configuran jurídicamente bajo la forma de prestación patrimonial pública de naturaleza no tributaria, pero son simplemente un impuesto.

² Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Modificado posteriormente por el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma.

³ Aunque son varios los productos bonificados (art. 15), nos referiremos a todos ellos como “combustibles” por simplificación.

⁴ Por ejemplo, también verifica el cumplimiento de las limitaciones impuestas por la Ley 8/2015, referidas al aumento en el número de instalaciones de los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 por ciento.

⁵ La Autoridad de Competencia del Reino Unido (CMA) ha publicado en diciembre de 2022 un análisis preliminar sobre los márgenes en las gasolineras en el que detecta un aumento de los mismos en los últimos meses, si bien indica que no ha identificado claramente sus causas (véase CMA (2022)). El informe se inserta en un análisis más amplio solicitado por el gobierno británico para conocer en qué medida se ha producido el traspaso de la reducción del impuesto de hidrocarburos efectuada en marzo a los consumidores. La CMA indica que va a investigar las diferencias geográficas en los precios y cierta evidencia del efecto “cohetes y pluma” para el diésel en este año. Sin embargo, no encuentra ninguna evidencia sobre un comportamiento anómalo en los márgenes de las refinerías.

concluir “que, de forma general, el mercado de distribución de carburantes a través de las estaciones de servicio parece estar trasladando la bonificación al consumidor”.

A este análisis basado en los márgenes brutos medios se añade que el art. 21 del RDL 6/2020 indica que la CNMC debe vigilar que efectivamente los operadores están aplicando el descuento de 5 c€/litro, pues al aplicarlo están exentos de pagar el gravamen (la prestación patrimonial pública no tributaria) definido en ese mismo art. 21⁶. Obviamente, la CNMC no tiene forma de saber si hay incumplimientos puntuales en la aplicación del descuento. Por ello ha establecido una vía electrónica de comunicación por parte de las Administraciones públicas (servicios de inspección de consumo) de posibles incumplimientos, además de poder recibir denuncias de empresarios y clientes.

En cualquier caso, una cuestión es verificar la aplicación del descuento y otra es sancionar en caso de incumplimiento. A ese respecto, el mismo art. 21 del RDL 6/2022 señala que *“Las actuaciones de los operadores al por mayor en relación con el descuento a que se refiere este apartado quedan sujetas a la normativa sobre competencia desleal. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá conocer de aquellos actos de competencia desleal relacionados con el descuento que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público.”*

Por tanto, el incumplimiento de la transmisión remite a un acto de competencia desleal que es, como se analizará a continuación con mayor detalle, una práctica sancionada desde la normativa de defensa de la competencia. Previamente debe recordarse que la CNMC ejerce su potestad sancionadora por distintas infracciones administrativas que están definidas en las normas de los sectores de electricidad y gas. El mercado de distribución minorista de carburantes es una actividad no regulada, es decir, las gasolineras tienen libertad de entrada y de fijación de precios.

Ello no obsta para que la CNMC ejerza su potestad sancionadora cuando recibe denuncias por distintas cuestiones referentes a la información que las gasolineras deben transmitir al geoportal de información sobre precios en las gasolineras que gestiona el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (véase [aquí](#)). Por ejemplo, cuando hay una falta de adecuación entre la información transmitida y el precio del combustible aplicado al consumidor⁷. Se menciona aquí este tipo de sanción porque tiene cierta similitud “práctica” con la no transmisión del descuento, en el sentido de que el consumidor acude a un punto de suministro y obtiene un precio distinto al esperado. De igual modo, la CNMC ha sancionado en diversas ocasiones, como ANR de los sectores de electricidad y gas, por incumplimiento de las medidas de protección al consumidor que prevé la normativa sectorial (véase, por ejemplo, [aquí](#)). Las infracciones en este ámbito están tipificadas en el artículo 110 (infracciones graves), letras f) y s) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. En concreto, la letra s) señala como infracción la conducta consistente en el *“El incumplimiento de cuantas obligaciones formales se impongan a*

⁶ Los operadores al por mayor de productos petrolíferos con capacidad de refino en España y con una cifra anual de negocios superior a 750 millones de euros (Repsol, Cepsa y BP) deberán satisfacer una prestación patrimonial de carácter público no tributario de periodicidad trimestral, tal y como se indica en el artículo 21 del RDL 6/2022.

⁷ La norma de referencia es la Orden ITC/2308/2007, de 25 de julio.

quienes realicen actividades de suministro al público de productos petrolíferos o gases combustibles por canalización en garantía de los derechos de los consumidores y usuarios". Sin embargo, como se ha señalado, la norma ha optado por conducir la infracción como un posible asunto de competencia desleal.

2.2 La persecución de los incumplimientos como competencia desleal

Es conveniente recordar que las prácticas de competencia desleal son prácticas prohibidas por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y que son enjuiciadas por los Juzgados de lo mercantil. La CNMC solo actúa cuando considera que la práctica ha tenido efectos significativos sobre la estructura o funcionamiento del mercado, afectando al interés público. En concreto, el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) señala que *"La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público"*.

La aplicación del artículo 3 de la LDC ha sido conflictiva al basarse en un concepto poco definido que, a diferencia de los artículos 1 y 2, no tiene correspondencia con la normativa europea de defensa de la competencia. Como se expone en Cabrera y Escudero (2012), ya fue muy discutido en su momento el mantenimiento de esta figura en la reforma legal que condujo a la actual LDC, que data de 2007. De hecho, la opinión general era la de que debía eliminarse. Es significativo que en el [Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia](#) se señalase que en todo caso podrían señalarse algunos ejemplos de prácticas desleales como las de boicot, la explotación de la situación de dependencia económica o los precios predatorios⁸. Sin embargo, nótese que ninguno de esos ejemplos hace referencia a la traslación de un componente de costes o de impuestos a precios.

El Tribunal Supremo señaló en su sentencia de 20 de abril de 2010 (recurso 3337/2007), que la expresión de "actos de competencia desleal" utilizada por el artículo 3 de la vigente LDC, *"no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes"* y plasmadas en los artículos 5 a 17 de la LCD. Esos artículos tratan sobre los actos de engaño (art.5), actos de confusión (art.6), omisiones engañosas (art.7), prácticas agresivas (art.8), actos de denigración (art.9), actos de comparación (art.10), actos de imitación (art.11), explotación de la reputación ajena (art.12), violación de secretos (art.13), inducción a la infracción contractual (art.14), violación de normas (art.15), discriminación y dependencia económica (art.16) y venta a pérdida (art.17).

⁸ El párrafo 121 del Libro Blanco señaló que *"La LDC contempla determinados tipos de infracción o habilitaciones para que el TDC enjuicie (abusos de dependencia económica y competencia desleal) cuya deficiente definición hace que se planteen dudas sobre la necesidad de mantenerlos como tipos independientes, a la vista de su escasa aplicación hasta ahora y su posible protección mediante otras normas u órganos."*

En la realidad, hay muy pocas actuaciones de la autoridad de competencia sancionando comportamientos desleales. De hecho, la revisión de la actuación de la CNMC desde el año 2010 (la CNC hasta septiembre de 2013) revela que solo en cinco ocasiones se ha sancionado por competencia desleal, esto es, por infracción del artículo 3 de la LDC⁹. Ello contrasta con las más de 160 sanciones establecidas en el ámbito de defensa de la competencia en ese periodo.

El ejemplo que se suele ofrecer es la sanción que en 2011 se impuso a Gas Natural (S/0184/09) por el envío masivo de cartas a sus clientes “advirtiéndoles” de los potenciales peligros si cambiaban de comercializador¹⁰. Obviamente, alegar que esa práctica afectó a la estructura de mercado y al interés público no era especialmente complejo. Posteriormente se impusieron sanciones a Endesa (S/0304/10) e Iberdrola (S/0213/10), también por obstaculizar cambios de comercializador. El Tribunal Supremo (TS) dio la razón a la CNMC en el caso de Gas Natural (STS 1196/2016), pero anuló la sanción en el caso de Endesa (STS 2301/2016), y solo estimó parcialmente el recurso de Iberdrola requiriendo el recálculo de la sanción (STS 349/2017). En todos estos casos las sentencias del TS enfatizan la gravedad de las conductas en unos momentos especiales de intensificación de la competencia en el contexto de liberalización de la actividad de comercialización.

Las otras dos resoluciones sancionadoras por el artículo 3 de la LDC son las siguientes. En primer lugar, la sanción a cuatro empresas de mantenimiento de ascensores (S/0410/12) por comunicaciones a clientes en las que se pone en duda la capacidad técnica, profesional y económica de los competidores. EL TS confirmó la sanción para Zardoya Otis, con recálculo de la multa (STS 3334/2018), aunque la anuló en el caso de Schindler (STS 1435/2018) por diversas razones, incluyendo que la conducta no tenía suficiente entidad. En segundo lugar, se sancionó a Endesa (S/DC/0552/15) por utilizar a sus comercializadoras reguladas de electricidad y gas para dirigir a sus clientes hacia sus comercializadoras libres a través de una campaña que inducía a confusión¹¹.

Con estos precedentes, ¿dónde se insertaría la actuación de la CNMC a la que le remite el RDL cuando señala “que la CNMC podrá conocer de aquellos actos de competencia desleal relacionados con el descuento”? Aparentemente, se podría aludir a la “violación de normas” recogida en el artículo 15 de la LCD, que en su apartado 1 señala que “*Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa*”.

Es importante enfatizar que la ventaja competitiva que obtiene el punto de suministro por la no aplicación de la bonificación debe ser significativa. ¿Dónde estaría la ventaja competitiva para el operador que se derivaría de no aplicar el descuento? Obviamente, en ese caso el cliente final

⁹ En la actualidad hay abierto un expediente sancionador a Booking por presunta infracción de los artículos 2 y 3 de la LDC, justificado en este último caso por la situación de dependencia de los hoteles con respecto a Booking.

¹⁰ También se le sancionó por infracción del art.2, referido al abuso de posición de dominio, por la denegación de solicitudes de cambio de suministrador.

¹¹ En ese expediente también fue incoada Gas Natural, pero en este caso se resolvió mediante una terminación convencional, procedimiento mediante el cual la empresa aceptó una serie de compromisos.

es penalizado y su reacción natural sería acudir a otra estación de servicio. En este caso habría que argumentar que el operador obtiene una ventaja por el hecho de que conserva el cliente, pero obtiene un margen “extra” al que puede obtener otro operador que sí transmitiría el descuento, y que esa ventaja de algún modo afecta a la competencia en el mercado.

Adicionalmente, la aplicación del artículo 3 por parte de la CNMC no solo requiere comprobar la existencia de un acto de competencia desleal, con la dificultad que ello ya implica en este caso, sino que además también requiere que haya habido afectación al interés público al falsear la competencia en el mercado. En ese sentido, los casos que se han descrito anteriormente sobre la aplicación del art. 3 de la LDC, los únicos que existen desde 2010, comparten el común denominador de ser grandes empresas cuyas prácticas afectaron a un gran número de consumidores. En el caso del descuento, lo previsible es que la sanción recayera sobre el propietario del punto de suministro por la práctica llevada a cabo en ese específico punto de suministro, no siendo sencillo demostrar que ello le ha reportado una ventaja significativa y que ha tenido afección al interés general.

En definitiva, aunque en el caso de la aplicación del descuento habría un elemento de prueba objetiva para constatar si se cumple (se aplica o no se aplica el descuento), parece muy difícil pensar que se pudieran dar las condiciones para que se pudiera llegar a aplicar el artículo 3 de la LDC por parte de la CNMC.

En cualquier caso, a fecha de redacción de esta Nota (diciembre de 2022) no se conoce el número de denuncias recibidas por la CNMC sobre la no aplicación del descuento. La CNMC sí ha anunciado (ver [aquí](#)) la apertura de una investigación por posibles prácticas anticompetitivas recogidas en los artículos 1 y 2 de la LDC. Aunque coincida en el tiempo con la aplicación de bonificaciones a los combustibles, la información disponible indica que no estaría refiriéndose a la no transmisión de las bonificaciones sino a posibles prácticas prohibidas, como la de abuso de posición de dominio (por ejemplo, provocando un estrechamiento de márgenes que puede expulsar a otras empresas del mercado), insertándose este procedimiento en la actividad habitual de la CNMC como autoridad de defensa de la competencia.

3. El gravamen a empresas energéticas y financieras

3.1 Las nuevas funciones de la CNMC en el gravamen a empresas energéticas y financieras

La Proposición de Ley para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito¹² establece un gravamen del 1,2% a la cifra de negocios de las empresas del sector eléctrico, gasista y petrolero, así como un gravamen del 4,8% del margen de intereses más las comisiones netas de las entidades financieras. La norma establece funciones adicionales de comprobación y sancionadoras para la CNMC en el ámbito de estos nuevos gravámenes. En concreto, el texto legal introduce una

¹² En tramitación parlamentaria. Véase https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-271-8.PDF

redacción prácticamente idéntica en el artículo 1.8 (para el gravamen temporal energético) y en el artículo 2.7 (para el gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito), que se cita íntegramente a continuación, subrayando la frase que difiere entre ambos ya que solo se incluye en el art. 2.7:

“El importe de la prestación y su pago anticipado no serán objeto de repercusión económica, directa o indirecta.

Tendrá la consideración de infracción muy grave el incumplimiento de la obligación a que se refiere el párrafo anterior y se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe repercutido.

Esta infracción no tendrá carácter tributario y estará sometida al régimen administrativo sancionador general.

Corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de las competencias del Banco de España y de la obligación de este de colaborar con la misma, la comprobación del cumplimiento de la obligación a que se refiere el párrafo primero así como, en su caso, la tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores por incumplimientos de la misma. A estos efectos, en particular, se podrá solicitar la información relativa al cumplimiento de la obligación correspondiente a los años 2022 y siguientes.”

Hay dos diferencias sustanciales con respecto a la bonificación a los combustibles referida en el apartado segundo de esta Nota. En primer lugar, la prohibición de repercusión económica del gravamen, directa o indirecta, que debe entenderse que es sobre los clientes finales. Obviamente, esto introduce un problema de obtención de información y, sobre todo, de “prueba” de cuál ha sido esa repercusión que no está presente en el caso de la bonificación a los combustibles, dado que en aquel caso basta con comprobar el ticket o la factura que obtiene el consumidor en la gasolinera.

En segundo lugar, en el caso del gravamen no hay remisión a la LDC. Es decir, si se llegase a comprobar que la empresa ha transmitido el gravamen esa práctica no sería catalogada como una práctica de competencia desleal, pese a que dado el tamaño de las empresas gravadas¹³ podría pensarse que la repercusión podría tener más efectos sobre la estructura de mercado o sobre el interés general que la falta de transmisión del descuento en los combustibles. Realmente en la nueva norma no se explicita el marco sobre el que se desarrollaría un posible procedimiento sancionador, más allá de señalar que la infracción estaría sometida al régimen

¹³ Las empresas gravadas son de tres tipos. En primer lugar, los operadores principales de electricidad y gas, definidos como tales en las resoluciones de la CNMC (las más recientes [aquí](#) y [aquí](#)). En segundo lugar, los operadores que desarrollen en España actividades de producción de crudo de petróleo o gas natural, minería de carbón o refino de petróleo y que generen, en el año anterior al del nacimiento de la obligación de pago de la prestación, al menos el 75 por ciento de su volumen de negocios a partir de actividades económicas en esos ámbitos. En tercer lugar, las entidades y establecimientos financieros de crédito gravadas son aquellas que tienen un importe de ingresos por intereses y comisiones correspondiente al año 2019 igual o superior a 800 millones de euros.

administrativo sancionador general¹⁴. En concreto, solo se señala que la competencia correspondería a la CNMC, que la infracción sería no tributaria (lógico, ya que los gravámenes son “no tributarios”) y que se clasifica como muy grave, con una multa del 150 por ciento del importe repercutido. Sería, por tanto, una infracción más cercana a las que se derivan del incumplimiento de una norma sectorial, aunque naturalmente la ley de la CNMC no contempla que Dirección de instrucción sería responsable de incoar y trasladar al Consejo una propuesta en un procedimiento de este tipo¹⁵. En particular, como se ha señalado, la CNMC tiene funciones sancionadoras en el sector energético en su papel de ANR, pero no es el regulador financiero y, por tanto, las únicas actuaciones sancionadoras en ese ámbito son siempre por aplicación de la LDC.

Más allá de las muchas dudas de carácter procedimental que podrían surgir en un posible procedimiento sancionador de este tipo, una cuestión fundamental es el grado de coherencia entre la persecución de una práctica de transmisión a precios y las funciones y actuaciones de la CNMC como Autoridad Nacional de Competencia, aspecto este que se desarrolla a continuación.

3.2 La traslación a precios de los gravámenes y las actuaciones de la CNMC

Las actividades llevadas a cabo por las empresas energéticas son actividades que habitualmente catalogamos como “reguladas”. El término “regulación” se refiere a que hay una intervención, que se ejerce desde los poderes públicos, que controla o guía muchas de las actuaciones de las empresas. Por ejemplo, la CNMC (o el Miterd¹⁶) impone normas que restringen las capacidades de actuación de las empresas energéticas, y lo mismo cabe decir del Banco de España o de la CNMV para el caso de las empresas financieras. En particular, la actividad de muchas empresas de electricidad y gas está especialmente regulada y, por ejemplo, se imponen desde el regulador la separación vertical de actividades o las condiciones de acceso a sus infraestructuras de red.

Sin embargo, el hecho de que sean sectores sometidos a intensa regulación es compatible con el hecho de que gran parte de las actividades del sector energético, y por supuesto del sector financiero, se producen en condiciones de mercado. Es decir, operan con libertad en la fijación de precios. La excepción se centra en aquellas actividades energéticas que tienen un régimen de retribución regulada, basado habitualmente en una remuneración razonable sobre los costes de inversión y de operación y mantenimiento. Es más, el hecho de que exista ese régimen de retribución regulada en algunas actividades energéticas es lo que ha llevado a no sujetarlas al gravamen. Es ese el caso de los ingresos obtenidos por las redes u otras infraestructuras con

¹⁴ Como se indica, no se señala nada, si bien cabe entender que se aplicarían los principios establecidos en los artículos 63 y 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁵ Los procedimientos sancionadores son siempre tramitados por las Direcciones de instrucción, con estricta separación e independencia de las funciones de resolución que corresponden al Consejo.

¹⁶ Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

retribución regulada, por las instalaciones de generación renovable, cogeneración y residuos que obtienen retribución específica, así como por las comercializadoras reguladas.

En el sector financiero un banco fija libremente sus comisiones, salvo cuando se establecen límites máximos por alguna norma (por ejemplo, por la amortización anticipada de un préstamo). En el mismo sentido, tienen libertad para fijar lo que cobran por intereses de los activos financieros o lo que pagan por los pasivos. De igual modo, los comercializadores de electricidad y gas fijan libremente sus precios a los clientes finales, salvo obviamente que se trate de contratos con precios regulados (PVPC y TUR en electricidad y gas, respectivamente).

Lo mismo ocurre en el caso de los mercados mayoristas de energía, a los que las empresas acuden con sus ofertas de venta (los generadores) y compra (los comercializadores y consumidores directos). Así, cuando una empresa de generación eléctrica acude al mercado mayorista diario presentando una oferta por su producción lo hace transmitiendo sus costes de producción. El supervisor solo actúa si tiene indicios de que pudiera haber un comportamiento contrario al buen funcionamiento del mercado, como una práctica abusiva.

Por lo tanto, no hay duda de que nos encontramos en un contexto de libertad de empresa donde son las condiciones de competencia en el mercado las que limitan las capacidades de las empresas para variar sus precios. En esas condiciones, el mandato a la CNMC consiste en vigilar que esos operadores no transmiten el nuevo gravamen a esos precios, y sancionar en caso de que dicha transmisión se produzca.

En primer lugar, como se ha señalado, hay una evidente dificultad práctica en observar que dicha transmisión no se ha producido, pues la variación de cualquier precio puede ser el resultado de la interacción de múltiples causas. La CNMC tendría que ser capaz de separar esas causas para discernir con precisión cuál es la variación debida a la transmisión del gravamen y cuál es el efecto en términos de los ingresos percibidos. Siguiendo con el ejemplo de los generadores eléctricos, la CNMC tendría que observar si las ofertas presentadas han transmitido de algún modo el 1,2% que el gravamen establece sobre la cifra de negocios. Dado el carácter marginalista del mercado, el análisis tendría que focalizarse en las llamadas ofertas complejas¹⁷, que son las realizadas por los operadores de centrales de ciclo y de carbón y que son las que marcan el precio de casación resultante. Este, en cualquier caso, sería el caso sencillo pues hay transparencia sobre cuál es el precio ofertado por cada empresa y hay un producto de características homogéneas. El análisis sería más complejo en otros productos o actividades, donde hay diferenciación de producto y distintos precios para distintos tipos de consumidores.

En segundo lugar, y en lo que se refiere a la persecución de una posible transmisión al precio (y, en consecuencia, a ingresos) del gravamen, debe recordarse que la CNMC ha actuado en sucesivas ocasiones contra normas o recomendaciones que afecten a la libertad en la fijación de precios por parte de los operadores económicos, obviamente en actividades en los que no existe un precio regulado por alguna norma. Un ejemplo son las diversas sanciones establecidas a

¹⁷ Las ofertas complejas integran distintos tramos de precios/cantidades y condiciones adicionales, como ingresos mínimos diarios.

varios colegios de abogados por recomendaciones colectivas de precios (véase, por ejemplo, [aquí](#)).

En similar sentido, la CNMC también se ha pronunciado en distintas ocasiones enfatizando las condiciones de libertad de fijación de precios. Por ejemplo, en la consulta remitida por el Ministerio de Fomento en 2019 sobre la posibilidad de regular un límite a la baja de los precios del transporte de mercancías (INF/CNMC/052/19). Adicionalmente, también la propia Ley de creación de la CNMC alude repetidamente a las funciones de la CNMC en relación con los precios para poner de manifiesto su papel como guardián de la competencia. Por ejemplo, el artículo 7, referido a la supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, señala que la CNMC debe “Garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia” (apartado 14).

En definitiva, el hecho de que la regulación del nuevo gravamen a empresas energéticas y financieras atribuya a la CNMC una nueva función supervisora de la “no repercusión”, y una nueva función sancionadora en caso de que dicha repercusión se haya llevado a cabo, no solo tiene una evidente dificultad práctica para la comprobación de que se haya podido repercutir el gravamen, sino que también tiene difícil encaje con las funciones habituales de la CNMC como garante de la competencia en los mercados.

4. Conclusiones

La CNMC ha recibido el mandato de supervisar el grado de transmisión a los precios finales de dos medidas relativas a nuevos gravámenes en forma de prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario. En el caso de los combustibles, su función es asegurar que hay transmisión al precio final del conjunto de la bonificación (20 c€/litro). Como se ha mostrado con anterioridad, esta función tiene cierta similitud con otras funciones de supervisión de precios finales ya efectuadas por la CNMC. Sin embargo, no la tiene la tipificación de una posible infracción como un acto de competencia desleal recogido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este ámbito, las escasas resoluciones sancionadoras de la CNMC como autoridad de competencia guardan muy poca relación con la posible infracción por parte de un punto de suministro y probablemente haría difícil plantear que se dan las condiciones para aplicar el artículo 3 de la LDC: la existencia de un acto de competencia desleal y la afectación al interés público al falsear la competencia en el mercado. En ese sentido, las sentencias del TS en las resoluciones sancionadoras por competencia desleal son clarificadoras de la importancia de que haya un efecto significativo sobre la competencia. Por tanto, sorprende que se haya buscado una vía tan compleja e incierta como esta para sancionar una infracción administrativa.

En el caso del gravamen a las empresas energéticas y financieras, desarrollado por una norma aún en proceso de aprobación parlamentaria, hay una evidente dificultad en relación con el elemento de prueba, ya que hay que demostrar que efectivamente se produce la práctica prohibida de repercusión al cliente, de forma directa o indirecta, del gravamen establecido.

Pero, más allá de esa dificultad práctica, resulta extraño que la CNMC incoe un expediente sancionador por una estrategia de precios en actividades cuyos precios o ingresos no están fijados administrativamente. En la nueva norma, al tipificar la conducta infractora, no se alude a una infracción en el ámbito de la normativa sobre defensa de la competencia, sino a una infracción administrativa general. Sin embargo, como se ha descrito anteriormente, la CNMC ha sido siempre, en distintas resoluciones e informes, muy cautelosa para preservar el principio de libertad de las empresas en la fijación de precios, precisamente tratando de perseguir aquellas conductas colusorias o de abuso de posición de dominio que actúan en contra de ese principio. En definitiva, la posición que se coloca a la CNMC en el ámbito de persecución de una práctica ilícita en este nuevo gravamen va a resultar muy compleja.

Referencias

Cabrera, S. y Escudero, A. (2012). La aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia ¿La reactivación del ilícito? *Anuario de la competencia 2011-2012*, Fundación ICO, p. 223-248.

Competition and Markets Authority (2022). Supply of road fuel in the United Kingdom market study Initial update report. 6 December 2022.