

# **ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR [CONFIDENCIAL] SOBRE LA LEY 38/2022, DE 27 DE DICIEMBRE, EN RELACIÓN CON EL GRAVAMEN TEMPORAL ENERGÉTICO**

(CNS/DE/115/23)

## **CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

### **Presidente**

D. Ángel Torres Torres

### **Consejeros**

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup> María Pilar Canedo Arrillaga

### **Secretario**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 4 de mayo de 2023

## I. ANTECEDENTES

En fecha 28 de diciembre de 2022 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias<sup>1</sup>, que establece un nuevo gravamen temporal para los sectores energético y bancario. Esta prestación patrimonial de carácter temporal, deberá pagarse por determinadas empresas durante los ejercicios 2023 y 2024.

Con fecha 2 de febrero de 2023 ha tenido entrada en el registro de la CNMC escrito de consulta de [CONFIDENCIAL].

En dicho escrito, [CONFIDENCIAL] consulta respecto al artículo 1.8 de la Ley 38/2022, que regula el gravamen temporal energético.

En concreto, el artículo 1.8 de la Ley 38/2022, dispone lo siguiente:

*“8. 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 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.”*

Por otro lado, menciona la Resolución de 14 de mayo de 2019 de la Sala de Supervisión Regulatoria, del procedimiento sancionador por la realización de ofertas anormales o desproporcionadas para la alteración del despacho de generación (SNC/DE/175/17). Indica que, en dicha resolución, la CNMC indicó cuál debería ser el criterio a seguir por los agentes al hacer sus ofertas en el mercado, destacando un párrafo de la página 65 de la misma, que indica lo

---

<sup>1</sup> [BOE-A-2022-22684 Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.](#)

siguiente: *“la racionalidad económica de un agente que opera un ciclo combinado en el mercado eléctrico español consiste en ofertar siempre los costes marginales (de corto plazo) de su ciclo combinado, al objeto de maximizar la probabilidad de que su oferta resulte casada en el mercado diario: ofertas inferiores podrían no cubrir sus costes marginales siempre y cuando dichas ofertas fueran las que determinaran el precio (i.e., sus ofertas son las últimas necesarias para cubrir la demanda) y ofertas superiores a sus costes marginales podrían ser desplazadas en el orden de mérito por otras ofertas realizadas por los competidores aun siendo dichas ofertas superiores a los costes marginales.*

*La estrategia de una empresa al ofertar no será la de intentar incorporar en dichas ofertas sus costes fijos (lo que la excluiría de poder vender su energía con total probabilidad), sino la de resultar casada siempre que el precio cubra al menos sus costes marginales, dado que la diferencia entre éstos y el precio resultante del mercado (siempre igual o superior a dichos costes) contribuirá a la recuperación de dichos costes fijos”.*

A este respecto, [CONFIDENCIAL] indica que *“se plantea la cuestión de si al formular las ofertas de las centrales de ciclo combinado al mercado de generación, pueden incluir el gravamen temporal energético establecido por la Ley 38/2022 dentro de los costes marginales que consideran, toda vez que dicho gravamen se aplicará sobre la totalidad de los ingresos percibidos por hacer esa oferta, o si por el contrario, el tenor literal del artículo 1.8 de la ley impide internalizar el gravamen temporal al realizar la oferta al mercado de generación.”*

Añade además que, en caso de que la respuesta a la anterior cuestión sea negativa, si debe realizar ofertas al mercado por la producción de energía eléctrica en sus centrales de ciclo combinado que impliquen una venta a pérdidas incluso sobre los costes variables.

Concluye el escrito formulando las consultas siguientes:

**Primera.-** Si al realizar ofertas al mercado de generación, las centrales de ciclo combinado pueden internalizar en el precio que ofertan, el gravamen del 1.2% de la cifra de facturación establecido por la Ley 38/2022.

**Segunda.-** En caso de responder la anterior consulta en sentido negativo, si las centrales de ciclo combinado deben ahora, en aplicación del referido criterio sostenido por la CNMC, realizar ofertas en el mercado que implican realizar una venta a pérdida sobre sus costes variables, es decir, sin considerar la recuperación de la inversión realizada, ni los costes que soportan, excepción hecha de los costes marginales, y además abonando el 1.2 % de los ingresos obtenidos por esas ofertas, en concepto de gravamen temporal energético.

**Tercera.-** Si la realización de ofertas sin incluir el coste que supone el gravamen temporal energético, y por tanto sin incluir la totalidad de los costes variables asociados a la misma, constituye un supuesto de dumping contrario al Derecho de la Competencia.

## II. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSULTA PLANTEADA

El artículo 1.1 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, establece que las personas o entidades que sean considerados operadores principales del sector energético según las Resoluciones de la CNMC de 10 de diciembre de 2020 OPD/DE/001/20<sup>2</sup> y de 16 de diciembre de 2021, modificada por la Resolución de 9 de junio de 2022 OPD/DE/001/21<sup>3</sup>, estarán obligadas a satisfacer un gravamen energético de carácter temporal durante los años 2023 y 2024.

También señala, en su párrafo segundo el artículo 1.1, que se considerarán igualmente operadores principales en los sectores energéticos las personas o entidades 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 el ámbito de la extracción, la minería, el refinado de petróleo o la fabricación de productos de coquería.

A pesar de ello, en el punto 2 del artículo 1 se incluye la exención del pago de este gravamen para aquellas personas y entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios en 2019 haya sido inferior a 1.000 millones de euros, o alternativamente, que el importe neto de la cifra de negocios de 2017, 2018 y 2019 derivado de la actividad que determinase su condición de operador principal de un sector energético, no exceda del 50% del total del importe neto de la cifra de negocios del año respectivo.

Además, cuando estas personas o entidades formen parte de un grupo fiscal que tribute en régimen de consolidación fiscal, se atenderá a la cifra de negocios del grupo.

En resumen, tal y como recoge el legislador en la exposición de motivos, *“en el caso del sector energético el criterio de sujeción se basa en ostentar la condición de operador principal para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y se excluye a los grupos y entidades con menos de 1.000 millones*

---

<sup>2</sup> [OPD/DE/001/20 - OPERADORES PRINCIPALES. AÑO 2019 | CNMC](#)

<sup>3</sup> [OPD/DE/001/21 - OPERADORES PRINCIPALES. AÑO 2020 | CNMC](#)

*de euros de cifra de negocios y a aquellos grupos en los que la actividad energética no es su actividad principal (inferior al 50 % de su cifra de negocios)”.*

A los efectos anteriores se significa que:

La empresa que formula la consulta es operador principal del sector eléctrico y del sector del gas natural según la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la CNMC, y la Resolución de 16 de diciembre de 2021, modificada por la Resolución de 9 de junio de 2022, por la que se establecen y publican a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales en los sectores energéticos.

En relación con la internalización de este gravamen temporal en las ofertas al mercado de generación de los ciclos combinados, el apartado 8 del artículo 1 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, prohíbe expresamente repercutir este gravamen de manera directa o indirecta.