

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A NATURGY GENERACIÓN, S.L. POR LA REALIZACIÓN DE OFERTAS A PRECIOS EXCESIVOS AL MERCADO DE RESTRICCIONES TÉCNICAS PARA LA MANIPULACIÓN DEL PRECIO DE LOS SERVICIOS DE AJUSTE.

(SNC/DE/019/22)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Xavier Ormaetxea Garai

Consejeros

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 20 de julio de 2023

ANTECEDENTES DE HECHO

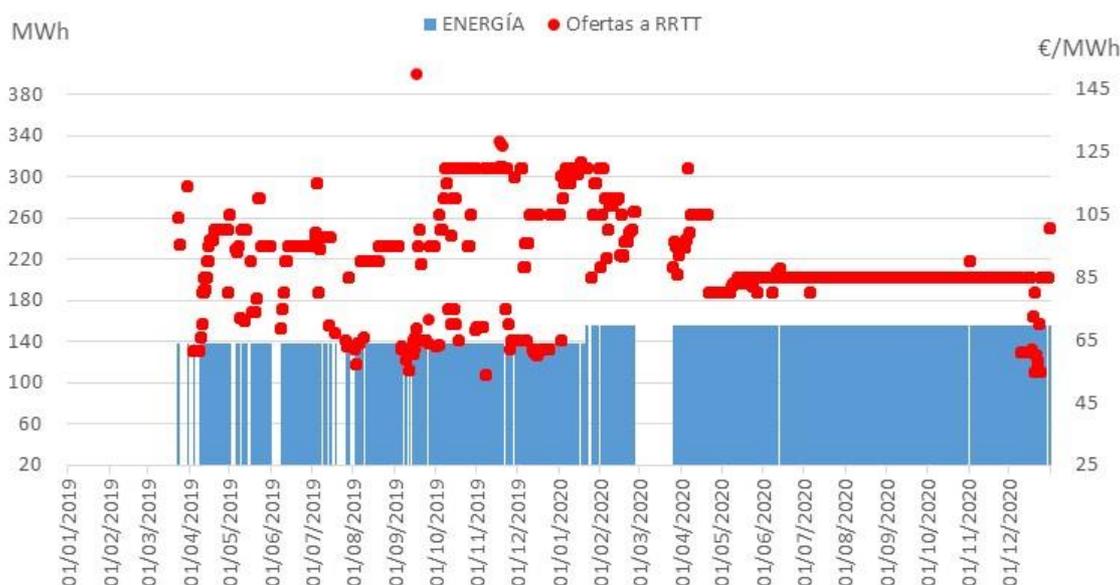
PRIMERO. Circunstancias detectadas en el análisis de la programación de la central térmica de ciclo combinado de Sabón 3 durante el periodo de marzo 2019 a diciembre de 2020.

En el ejercicio de la labor de supervisión continua del mercado mayorista eléctrico y a partir de la información contenida en las bases de datos de la CNMC, procedente del Operador del Mercado Ibérico-Polo Español S.A, (OMIE) y del Operador del Sistema, Red Eléctrica de España S.A., se detectaron en el funcionamiento del mercado peninsular mayorista al contado de energía eléctrica, durante el periodo de 23 de marzo 2019 a 31 de diciembre 2020, las siguientes circunstancias:

La central térmica de ciclo combinado de Sabón 3 ha resultado programada en el proceso de restricciones técnicas de manera constante durante los años 2019 y 2020. Además, Sabón 3 obtuvo unos ingresos medios diarios en este segmento

de restricciones técnicas de entre 60 y 120 €/MWh, tal como se puede observar en el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Energía e ingreso medio horario de Sabón 3 en el segmento de restricciones técnicas en 2019 y 2020



Fuente: CNMC a partir de los datos reportados por el Operador del Mercado y por el Operador del Sistema

Nota 1: Se muestra el segmento de RT1 a subir. Del 2 al 25 de marzo de 2020 la central estuvo indisponible.

Nota 2: En el periodo enero - marzo de 2019 la central de Sabón 3 no resultó despachada por restricciones técnicas al no ser necesaria por resultar despachada la central de carbón Puentes García Rodríguez en el mercado diario y en restricciones.

Del análisis de los ingresos obtenidos, se aprecia que Sabón 3 ha sido, en el periodo 2019-2020, uno de los ciclos combinados en España que más ingresos ha obtenido, si bien su participación en el mercado diario es muy reducida en comparación con la del resto de centrales del mismo tipo. De hecho, si se analiza la estructura de los ingresos de los ciclos combinados en el mercado diario y en restricciones técnicas en relación con el total de los ingresos de ambos segmentos de mercado, en el mismo periodo de estudio, Sabón 3 ha obtenido:

- El 92,6% de sus ingresos a través de su participación en restricciones técnicas. El resto de ciclos combinados de España ha obtenido en promedio un 15,8%.
- Un 7,4 % de sus ingresos han provenido del mercado diario. El resto de ciclos combinados tiene en promedio un 84,2%.

Por tanto, la estructura de ingresos de Sabón 3 (SBO3 en el gráfico siguiente), en estos segmentos de mercado, difiere en gran medida del resto de ciclos combinados:

Gráfico 2. Ingresos agregados de 2019 y 2020 de los ciclos combinados en mercado diario y en el segmento de restricciones técnicas- [CONFIDENCIAL]

Asimismo, Sabón 3 ha sido también la central de ciclo combinado con mayores ingresos finales por MW instalado y año en este periodo. Estos mayores ingresos se deben en gran medida al sobreingreso obtenido por esta central como consecuencia de la energía programada en restricciones técnicas.

A continuación, se muestra la valoración de la energía total producida por ciclos combinados al precio del mercado diario, y de los sobreingresos obtenidos por cada central a través de su participación en otros segmentos del mercado (sobreingresos). Cabe destacar el sobreingreso con respecto al del mercado diario de Sabón 3 (en el gráfico siguiente SBO.NATURGY) derivado de la participación en el proceso de resolución de restricciones técnicas:

Gráfico 3. Valoración de la energía total producida en 2019 y 2020 de los ciclos combinados a precio del mercado diario y sobreingreso por cada segmento de mercado [CONFIDENCIAL]

Los ingresos procedentes de su participación en el proceso de restricciones técnicas vienen determinados por la oferta presentada por la propia instalación, al ser este un mercado *pay as bid*¹. Los precios de dichas ofertas presentaron una alta variabilidad en 2019 con valores entre los 54 €/MWh y los 122 €/MWh, manteniéndose alrededor de 100 €/MWh en periodos continuados. En 2020, los precios de sus ofertas a restricciones se mantuvieron alrededor de 85 €/MWh durante casi todo el año. Estos valores resultan dispares con las ofertas al mercado diario de la misma central en el mismo periodo, tanto en valor absoluto, ya que las ofertas al diario se encuentran entre 40 y 60 €/MWh, como en la relación entre ellas, puesto que mientras unos días la diferencia entre ofertas del mercado diario y restricciones es de apenas 4 €, otros días llega a 70 €.

Dado que existía una disparidad de los precios ofertados en el mercado de restricciones con respecto al mercado diario, y dado el nivel de sobreingresos obtenidos por la central, resultaba preciso recabar información sobre las posibles justificaciones de los precios ofertados por Sabón 3 en el mercado de restricciones.

¹ A diferencia de otros segmentos de mercado, como el mercado diario, que son del tipo marginalista, en los que el precio lo fija la última unidad asignada, y lo reciben todas las instalaciones casadas.

SEGUNDO. Requerimiento de información.

En el marco del expediente IS/DE/030/21, seguido en esta Comisión con objeto de supervisar el funcionamiento del mercado peninsular mayorista de electricidad en el periodo marzo 2019-diciembre 2020, en ejercicio de la función supervisora conforme a los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, se requirió -mediante escrito de la Directora de Energía de 28 de julio de 2021- a Naturgy Energy Group S.A. la siguiente información:

- 1) Valor de cada uno de los componentes que han servido para elaborar el precio reflejado en las ofertas al proceso de restricciones técnicas, con desglose diario para el periodo 2019-2020 con los siguientes componentes: día; precio reflejado del gas natural (justificación del precio utilizado); precio de los derechos de emisión de CO₂; costes de operación y mantenimiento variable; rendimiento utilizado para la elaboración de la oferta; otros (desglose económico de los componentes que se incluyen en esta columna y justificación de la inclusión de cada uno de ellos).
- 2) Justificación detallada de las variaciones que se hayan producido en el precio de las ofertas a restricciones técnicas que no respondan a variaciones en los componentes anteriormente señalados. En particular, indicar justificación de las variaciones que se hayan producido en el apartado “Otros”.

TERCERO. Información recibida de Naturgy Generación.

Con fecha 15 de septiembre de 2021 se recibió en la CNMC la contestación al requerimiento de información. La empresa aportó el valor de cada uno de los componentes que han servido para elaborar el precio reflejado en las ofertas al proceso de restricciones técnicas, con desglose diario, según el modelo de tabla aportado por la CNMC.

La empresa argumenta que:

“...su uso puede llevar a conclusiones erróneas al mezclar información que se corresponde a distintos horizontes temporales y expectativas de funcionamiento de una instalación.

Dentro del concepto Otros se ha incluido variables que inciden de forma directa en el valor de la instalación y por tanto es necesario repercutir en las ofertas que se realizan diariamente.”

Entre estos conceptos a los que se refiere Naturgy Generación, cita:
[CONFIDENCIAL]

Los datos aportados por la empresa, sin embargo, no desglosan el concepto “Otros” en los subcomponentes citados.

La empresa no justifica de forma detallada las variaciones que se han producido en el precio de las ofertas a restricciones técnicas. Sin embargo, señala que: **[CONFIDENCIAL]**

CUARTO. Incoación del procedimiento sancionador.

Vistos estos antecedentes, y de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 64. 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y lo establecido en el artículo 76 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, la Directora de Energía acordó, con fecha 7 de febrero de 2022, la incoación de expediente sancionador SNC/DE/019/22, contra la sociedad Naturgy Generación, S.L.U., como persona jurídica presuntamente responsable de la infracción que en el mismo se especificaba, en los siguientes términos:

“Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en la presunta manipulación del precio de los servicios de ajuste realizada por NATURGY GENERACIÓN S.L.U. al haber procedido en la central de Sabón 3 a asignar valores de precio excesivos a las ofertas a restricciones técnicas y dispares de los precios ofertados en otros segmentos del mercado de producción por la propia central. El objeto de estas ofertas podría ser incrementar el precio de despacho de Sabón en el segmento de restricciones técnicas y obtener así unos mayores ingresos, al ser éste un segmento de tipo pay as bid. Este comportamiento se produjo durante la mayor parte del período supervisado en el informe indicado en los antecedentes. Estas ofertas habrían incidido en un aumento del precio de las restricciones técnicas obtenido por la central, a pesar del contexto en el período señalado de precios del mercado diario y de costes de generación sensiblemente inferiores al ingreso medio obtenido por Sabón en el segmento de restricciones técnicas.

En particular, la conducta imputada a NATURGY GENERACIÓN, S.L.U. es la asignación de un precio para las ofertas a restricciones técnicas de la central de Sabón 3 que resulta excesivo y dispar del precio ofertado al mercado diario, sin que resulte justificado por la menor eficiencia que pudiera derivarse del despacho por restricciones técnicas, conducta que se habría mantenido durante el periodo 23 de marzo de 2019 – 31 de diciembre de 2020. Esta conducta se habría ejecutado intencionadamente por parte de la citada sociedad aprovechando las circunstancias de mercado propias de la zona geográfica de Galicia en la que se ubica, durante el periodo señalado, en la que resulta necesario habitualmente algún grupo térmico para la seguridad del sistema eléctrico, en un contexto de reducido nivel de competencia. Así, logró obtener unos

ingresos por restricciones técnicas superiores a los que habría obtenido presentando ofertas a unos valores acordes a los presentados en mercados más competitivos.”

Este presunto comportamiento se precalificaba en el acuerdo de incoación como una infracción grave establecida en el artículo 65.33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que tipifica «*La manipulación del precio de los servicios de ajuste por parte de un agente del mercado mediante la realización de ofertas a precios excesivos, que resulten dispares de forma no justificada de los precios ofertados por el mismo en otros segmentos del mercado de producción*».

El acuerdo de incoación en el que se recogían las indicaciones previstas en el artículo 64.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, fue notificado a la sociedad interesada el 9 de febrero de 2022, confiriendo a la misma un plazo de 15 días para formular alegaciones, aportar documentos o informaciones que estimase convenientes, y en su caso, proponer prueba.

QUINTO. Escrito alegaciones de Naturgy Generación.

Con fecha 11 de marzo de 2022, y tras haber solicitado ampliación de plazo que fue otorgada, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Naturgy Generación, mediante el que formula alegaciones al acuerdo de incoación que, en síntesis, son las siguientes:

En primer lugar, niega la acusación de la comisión de la infracción ya que “*al parecer, se sustenta exclusivamente en el requerimiento de información y en su contestación*”.

En segundo lugar, alega indefensión puesto que argumenta que “*desconoce, el alcance concreto de la conducta que, a juicio de la CNMC le puede hacer merecedor de una sanción calificada como grave y los elementos que llevan a la CNMC a concluir que existen indicios acreditados de que NG ha incurrido en la conducta que integra el tipo descrito en el art. 65.33 LSE, y que justifican la decisión de apertura de este expediente sancionador.*”

En tercer lugar, argumenta que, a semejanza de las ofertas en mercados diarios, el debate se encuentra en los costes que pueden tenerse en cuenta para construir una oferta en el mercado de restricciones, en este caso un mercado “pay-as-bid”. Naturgy Generación afirma igualmente que “*no es aceptable concluir sin mayor razonamiento que el único criterio diferenciador de la oferta en restricciones sobre la oferta del diario sea que resulte justificado por la menor eficiencia que pudiera derivarse del despacho por restricciones técnicas, incluso solo en situaciones de mínimo técnico*”.

En cuarto lugar, alega que el concepto de manipulación de mercado mayorista de electricidad ha de respetar el Reglamento (UE) 1227/2011, de 25 de octubre

de 2011, sobre integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (“REMIT”). Asimismo, afirma que *“la actuación llevada a cabo por NG en el presente caso está lejos de que pueda ser definida como manipulación”, que “ha presentado sus ofertas de precio para el mecanismo de restricciones técnicas, teniendo en cuenta, entre otros extremos, sus costes totales”, y que “En todo caso, no existe normativa de aplicación, ni una guía determinada de cómo construir esa oferta o que indique qué elementos ha de tener en cuenta el ofertante para confeccionarla.”*

En quinto lugar, argumenta que el concepto de precios excesivos es un concepto jurídico indeterminado. Asimismo, argumenta que no es suficiente con que los beneficios excedan los costes de producción en los que incurre, sino que para saber si el precio es excesivo debe compararse con el valor económico del bien o servicio. La referencia al margen no es por sí mismo suficiente para establecer que el precio es excesivo, ni tampoco el mero hecho de que los ingresos puedan exceder a los costes actualmente incurridos.

En sexto lugar, alega que **[CONFIDENCIAL]**

Por último, alega que *“sería altamente indeseable que en este expediente se tomarán decisiones que puedan ser contradictorias con otras decisiones anteriores por quien es en definitiva el mismo regulador, por ejemplo no debería emplear dos nociones diferentes de “precio excesivo” — la de competencia y la de regulación — porque dicha duplicidad genera confusión e inseguridad jurídica.”*

Concluye afirmando que la conducta llevada a cabo por NG no responde al tipo de la infracción prevista en el artículo 65.33 LSE.

SEXTO. Incorporación de documentación.

Mediante diligencia de fecha de 17 de febrero de 2023 se incorpora al expediente administrativo la siguiente información:

- Información relativa a las ofertas presentadas al mercado diario y al mercado de restricciones (Rt1 subir) por parte de Sabón 3 y, en concreto, la descripción de las ofertas presentadas al mercado diario por la central de ciclo combinado Sabón 3, referidas al término variable medio diario de la condición de ingresos mínimos de la oferta, así como las ofertas a restricciones técnicas, referidas al ingreso medio diario obtenido por la central en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I *energía a subir*. Este documento es de elaboración propia de la Dirección de Energía de la CNMC, a partir de los datos que, en ejercicio de sus funciones de supervisión, le son remitidos diariamente por el Operador del Mercado (OMIE) y por el Operador del Sistema (Red Eléctrica de España), y que

resultan publicados por dichos operadores, una vez transcurridos 90 días desde la casación.

- Información relativa a las ofertas medias diarias al mercado de restricciones (Rt1 subir) por parte de Sabón 3 y el campo “Otros” aportado por Naturgy Generación tras el requerimiento de información realizado en el expediente IS/DE/030/21. En concreto, la descripción de las ofertas presentadas al mercado de restricciones técnicas y el campo “Otros” costes reconocidos por Naturgy Generación en su respuesta a la solicitud de información. Este documento es de elaboración propia de la Dirección de Energía de la CNMC, a partir de los datos que, en ejercicio de sus funciones de supervisión, le son remitidos diariamente por el Operador del Mercado (OMIE) y por el Operador del Sistema, y que resultan publicados por dichos operadores, una vez transcurridos 90 días desde la casación y los datos presentados por Naturgy Generación.
- Información relativa a las ofertas medias diarias al mercado de restricciones (Rt1 subir) por parte de Sabón 3 y el coste del gas natural aportado por Naturgy en la contestación al requerimiento de información en el expediente IS/DE/030/21. En concreto, la descripción de las ofertas presentadas al mercado de restricciones técnicas, referidas al ingreso medio diario obtenido por la central en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I *energía a subir*, y el coste del gas natural reconocido por Naturgy Generación. Este documento es de elaboración propia de la Dirección de Energía de la CNMC, a partir de los datos que, en ejercicio de sus funciones de supervisión, le son remitidos diariamente por el Operador del Mercado (OMIE) y por el Operador del Sistema, y que resultan publicados por dichos operadores, una vez transcurridos 90 días desde la casación y los datos presentados por Naturgy Generación.
- Información relativa a las ofertas horarias al mercado de restricciones (Rt1 subir) por parte de Sabón 3 desagregado en las situaciones 1, 2 y 3 definidas en el Hecho Probado Tercero:
 - Las ofertas presentadas al mercado de restricciones técnicas, referidas al ingreso medio horario obtenido por la central en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I *energía a subir*.
 - Las ofertas presentadas al mercado de restricciones técnicas, referidas al ingreso medio horario obtenido por la central en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I *energía a subir* desagregadas en las situaciones 1, 2 y 3 según se definen en el hecho Probado Tercero.

- Indisponibilidades declaradas por Sabón 3 y PGR5 [Puentes de García Rodríguez 5].
 - Energía despachada por Sabón 3 en restricciones técnicas (Rt1 a subir).
 - Energía despachada por PGR5 en mercado diario PDBF y restricciones técnicas (Rt1 a subir).
- Información relativa a los beneficios obtenidos por Sabón 3:
- Las ofertas presentadas al mercado de restricciones técnicas, referidas al ingreso medio horario obtenido por la central en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I energía a subir en las situaciones 2 y 3.
 - Oferta de referencia en entorno más competitivo según diferencial medio observado en el periodo marzo 2019-diciembre 2020 para situación 1 (entorno de mayor competencia).
 - Energía despachada por Sabón 3 en restricciones técnicas (Rt1 a subir).
 - Beneficios por hora obtenidos por Sabón 3 y beneficio total, según se define en el Hecho Probado Cuarto, para el periodo comprendido entre el 23/03/2019 y el 31/12/2020.
- Copia del depósito de las últimas cuentas anuales disponibles de NATURGY GENERACIÓN, S.L.U. correspondientes al ejercicio 2021, obtenido mediante nota expedida por el Registro Mercantil de Madrid de 17 de febrero de 2023. El importe neto de la cifra de negocios de NG en el ejercicio 2021 asciende a 212.898.000 euros.

SÉPTIMO. Propuesta de resolución.

El 20 de febrero de 2023 la Directora de Energía formuló propuesta de resolución en el procedimiento sancionador. En concreto, propuso lo siguiente:

“ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. Declare que NATURGY GENERACION S.L.U. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de las ofertas realizadas al mercado de restricciones técnicas por la producción de la central térmica Sabón 3 en el periodo comprendido entre 23 de marzo de 2023 y 31 de diciembre de 2020.

SEGUNDO. Imponga, a la citada sociedad, una sanción consistente en el pago de una multa de 6.000.000 euros por la comisión de la citada infracción grave.

TERCERO. Requerir a la citada sociedad que aporte al Operador del Sistema 43,2 millones de euros repartidos en cuotas mensuales iguales en los próximos doce meses, por los daños causados a la demanda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69.1.b) de la Ley 24/2013, para su posterior incorporación en sus liquidaciones de la operación del sistema.”

La propuesta fue notificada a Naturgy Generación mediante escrito de 20 de febrero de 2023, accediendo la empresa a la misma ese día 20 de febrero.

OCTAVO. Alegaciones a la propuesta de resolución.

Tras solicitar ampliación de plazo, que le fue concedida, Naturgy Generación ha presentado el 23 de marzo de 2023 escrito de alegaciones en el que la empresa argumenta que las ofertas realizadas para Sabón 3 son el resultado de la metodología con que cuenta Naturgy Generación para el proceso de restricciones técnicas, y que permite, en particular, la recuperación de los costes fijos. En este sentido, de un modo fundamental concluye lo siguiente:

“Como hemos subrayado desde el principio, este expediente es, simplemente, consecuencia de que, a partir de la metodología única del expedientado para formular sus ofertas al mercado de restricciones, pueden resultar en precios dispares, cuando existen condiciones de mercado distintas. Lo único que ha observado esa Dirección es un mecanismo que durante un breve periodo de tiempo permitió una mayor recuperación parcial de los costes de la Central de lo que era habitual. Que en otros horizontes temporales distintos la Central se viera condenada a pérdidas catastróficas no convierte a sus ofertas en el periodo investigado en un intento doloso de manipular.”

En el escrito de alegaciones presentado, Naturgy Generación, solicita, al amparo del artículo 77 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la apertura de un período de prueba, solicitando, específicamente, la práctica de ciertas pruebas, y reservándose la posibilidad de aportar prueba adicional a la vista de la prueba practicada. En concreto, Naturgy Generación plantea la práctica de tres pruebas (letras a) a c) de su propuesta), si bien incluye una cuarta letra en su propuesta (d)), aunque ésta va referida simplemente a la práctica de las diligencias adicionales que la CNMC estime necesarias:

“En todo caso se solicita como prueba que:

- a. Se incorpore al expediente los dos informes periciales de **[CONFIDENCIAL]** aportados como Anexos II y IV, así como el resto de los documentos aportados con estas alegaciones.*
- b. Se acuerde proceder a la ratificación y examen de los peritos autores de los citados informes en vista convocada al efecto.*
- c. Se requiera a los órganos competentes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que aporten al expediente las instrucciones,*

informes, circulares o cualquier otro documento público al que el expedientado hubiera tenido derecho a acceder en 2019 y 2020 y relativas a:

i. reglas para formular ofertas al mercado de restricciones técnicas de acuerdo con la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía y el Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico.

ii. en su caso, reglas que, conforme a la normativa antes citada, determinen que solo la recuperación de costes variables puede formar parte de las ofertas en restricciones.

d. Práctica de diligencias adicionales que la Dirección estime necesarias.”

Los informes que Naturgy Generación califica de periciales figuran como anexo II y como anexo IV a su escrito de alegaciones. Específicamente, como **anexo II** a su escrito de alegaciones, Naturgy Generación presenta documentación de **[CONFIDENCIAL]**.; en realidad, en este anexo II, Naturgy Generación parte de aportar una memoria redactada por el propio Naturgy Generación en marzo de 2023 con una justificación técnico-económica sobre la actuación seguida con la central de Sabón 3 en el período 2010-2020; al respecto de esta memoria de Naturgy Generación, **[CONFIDENCIAL]**, emite el informe de que se trata (un informe emitido el 23 de marzo de 2023 cuyo objeto es supervisar la información utilizada por Naturgy Generación para la preparación de esa memoria). Como **anexo IV** a su escrito de alegaciones, Naturgy Generación presenta un informe de **[CONFIDENCIAL]**, de fecha 23 de marzo de 2023, cuyo objeto es el “*Análisis económico de la Propuesta de Resolución SNC/DE/019/22 de la CNMC*”.

Aunque no los menciona en la práctica de prueba, el escrito de alegaciones lleva adjuntos otros documentos (además de los informes calificados de periciales): Como **anexo I** a su escrito de alegaciones, Naturgy Generación presenta documentación de **[CONFIDENCIAL]**; se trata de una presentación llevada a cabo por **[CONFIDENCIAL]** para Naturgy Generación en septiembre de 2019, titulada “*Análisis de las ofertas realizadas por los ciclos combinados de Naturgy durante 2018*”, y de un escrito de **[CONFIDENCIAL]** de 22 de marzo de 2023 sobre el contexto en que esa presentación podría ser valorada por la CNMC a los efectos del presente procedimiento sancionador. Como **anexo III** figuran las tablas sobre las ofertas de Sabón 3 en restricciones técnicas en 2019 y 2020, y, finalmente, a modo de **anexo V**, consta la explicación sobre la configuración técnica de la central PGR5 (Pontes de García Rodríguez 5), de Endesa Generación.

NOVENO. Elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Mediante escrito de 24 de marzo de 2023 la Directora de Energía de la CNMC ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo.

DÉCIMO. Actuaciones complementarias.

El 11 de mayo de 2023, la Sala de Supervisión Regulatoria acordó la práctica de actuaciones complementarias en el procedimiento sancionador incoado.

Al respecto de la solicitud de prueba, el acuerdo adoptado recuerda a Naturgy Generación que la apertura de un período de prueba corresponde en la fase de instrucción del procedimiento, y que, precisamente, a ese objeto, el acuerdo de incoación del procedimiento, adoptado el 7 de febrero de 2022, otorgaba a Naturgy Generación plazo específico para proponer prueba.

No obstante, el acuerdo tiene por incorporados al procedimiento los informes de **[CONFIDENCIAL]** aportados por Naturgy Generación junto con sus alegaciones (así como el resto de la información adjunta), de acuerdo con lo previsto en el artículo 89.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; se considera, sin embargo, innecesaria la ratificación oral de tales informes. En cuanto a la solicitud de Naturgy Generación (planteada como prueba) de que se aporten por parte de la CNMC al procedimiento las instrucciones, circulares o informes que contengan las reglas sobre cómo deberían realizarse ofertas al segmento de restricciones técnicas, se considera impertinente, al no conducir al esclarecimiento de hechos relevantes para la resolución del procedimiento (ya que la propuesta de resolución no imputa a Naturgy Generación haber hecho ofertas de restricciones técnicas cuyo valor supere los costes variables de la central, sino la realización de ofertas de restricciones técnicas a valores dispares de las del mercado diario, con el propósito de aprovecharse de las circunstancias de mercado propias de la zona de Galicia, para obtener unos ingresos superiores).

Ahora bien, dada la documentación aportada por Naturgy Generación acerca de la configuración técnica de la central PGR5 (anexo V del escrito de alegaciones), y las consideraciones del informe de **[CONFIDENCIAL]** a este mismo respecto (sobre la posibilidad de cubrir la demanda de restricciones técnicas en la zona de Galicia con las dos turbinas de PGR5, cuando esta central está disponible), se consideró necesario que el Operador del Sistema aclarase esta cuestión. A tal efecto, considerando la posibilidad de realizar actuaciones complementarias contemplada en el artículo 87 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se acordó requerir al Operador del Sistema para que, en el plazo de diez días hábiles, aportase informe sobre las siguientes cuestiones, relativas al período de tiempo de 23 de marzo de 2019 a 31 de diciembre de 2020:

- Características y circunstancias de las restricciones técnicas en la zona de Galicia.

- Necesidades de programación, para poder resolver tales restricciones; en particular, si la unidad *PGR5* podría, mediante sus dos turbinas, haber cubierto la demanda de restricciones técnicas sin necesidad de la programación de *Sabón 3*.

El acuerdo de práctica de actuaciones complementarias fue notificado a Naturgy Generación.

UNDÉCIMO. Información remitida por el Operador del Sistema.

El 30 de mayo de 2023 se recibió escrito de Red Eléctrica de España, Operador del Sistema, adjuntando un informe en el que se da respuesta al requerimiento de información. De dicho informe se dio traslado a Naturgy Generación, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

DUODÉCIMO. Alegaciones de Naturgy Generación en relación con las actuaciones complementarias practicadas.

Tras solicitar ampliación de plazo, que fue concedida, Naturgy Generación presentó, con fecha 19 de junio de 2023, alegaciones relativas a las actuaciones complementarias practicadas.

DÉCIMO TERCERO. Informe de la Sala de Competencia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013 y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe en este procedimiento.

HECHOS PROBADOS

Como resultado de la instrucción efectuada, se declaran los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO. El precio de las ofertas a restricciones de Sabón 3 durante el periodo 23 de marzo de 2019 – 31 de diciembre 2020 es dispar del precio de sus ofertas al mercado diario, y su evolución no se justifica por una variación de los costes de la central.

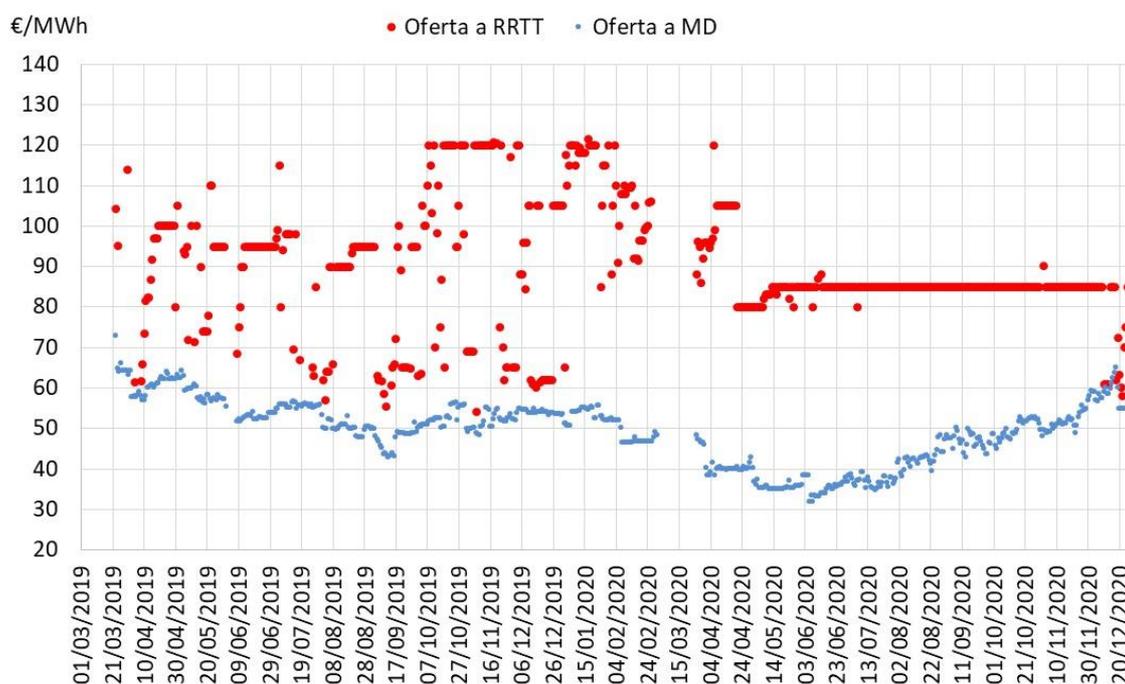
El mercado eléctrico está formado por varios mercados que se diferencian fundamentalmente del momento en el que se negocian y del objetivo que persiguen. Así, el mercado diario es el mercado donde los generadores venden su producción y los comercializadores compran la mayor parte de la demanda de los consumidores de electricidad para el día siguiente. En el caso de que, tras la casación resultante del mercado diario, el operador del sistema identifique que

existe un problema de seguridad en una zona concreta del sistema eléctrico, programa por restricciones técnicas (RRTT) a alguna o varias centrales de las no despachadas de la zona para resolver el problema, retribuyéndole al precio de su oferta.

En el periodo analizado, las ofertas al mercado de RRTT de Sabón 3² son dispares a las que presenta en los periodos de programación para esta misma central al mercado diario de electricidad. En concreto, en el periodo 23 de marzo 2019 - 31 de diciembre 2020, si bien hay días donde el precio de las ofertas al proceso de restricciones se sitúa en el entorno del precio del mercado, hay otros días que llega a ser hasta un 167% superior al precio de las ofertas realizadas para esta misma central en el mercado diario. Así, a la vista del gráfico siguiente, se puede apreciar que la evolución del precio de las ofertas de la central a restricciones técnicas y al mercado diario siguen una evolución muy distinta.

² Se ha utilizado el ingreso medio obtenido en el proceso de resolución de restricciones técnicas como proxy de las ofertas presentadas, al ser éste un mercado de tipo *pay as bid*, es decir, retribuido al precio de la oferta presentada. Adicionalmente, al tomar como oferta el importe liquidado finalmente por el OS, ya quedan internalizados los términos de la oferta compleja que la unidad hubiera podido presentar.

Gráfico 4. Ofertas medias diarias de Sabón 3 al mercado diario y a restricciones técnicas en el periodo marzo 2019 – diciembre 2020



Fuente: CNMC a partir de los datos reportados por el Operador del Mercado y por el Operador del Sistema

Nota: Para el mercado diario, se muestra el término variable de la condición de ingresos mínimos de la oferta. Para RRTT, se muestra el ingreso medio diario obtenido por la central en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I *energía a subir*.

La evolución del precio de las ofertas a restricciones de la central no se justifica por las variaciones del precio del gas natural ni por los costes derivados del funcionamiento de la central en el segmento de restricciones:

- El precio del gas natural, principal insumo para la generación de electricidad en una central de ciclo combinado, presentó en los mercados internacionales una tendencia decreciente durante el periodo analizado hasta junio de 2020, recuperándose a partir de ese momento.

Las ofertas a restricciones de la central de Sabón 3 en el mismo periodo, sin embargo, no siguieron una tendencia clara ni reflejaron estas variaciones tal y como se muestra en el gráfico siguiente donde se recogen tanto las ofertas a RRTT de la central como la evolución del precio del gas según la referencia de gas aportada por la propia empresa en el expediente IS/DE/030/21.

Gráfico 5. Ofertas a restricciones técnicas de Sabón 3 y precio del gas natural. Periodo marzo 2019 – diciembre 2020[CONFIDENCIAL]

- Tampoco se justifica la evolución de las ofertas de la central a RRTT por diferentes niveles de funcionamiento de la central derivados de la programación del proceso de restricciones técnicas, ya que, de acuerdo con la información proporcionada por la propia empresa en el expediente IS/DE/030/21 e incorporada al presente expediente, el rendimiento utilizado por la empresa en la elaboración de las ofertas se mantiene durante todo el año 2019 en el **[CONFIDENCIAL]** % y, desde el 21 de enero en 2020 hasta el final del año, en el **[CONFIDENCIAL]** %.

Por tanto, la diferente evolución entre los precios de las ofertas al mercado diario y los precios de las ofertas a restricciones técnicas no se justifica ni por el régimen de funcionamiento de la central ni por los costes asociados a ella³.

Consultada la empresa sobre la justificación de las variaciones de los precios de las ofertas de las restricciones, información aportada por la empresa como respuesta al requerimiento de información en el expediente IS/DE/030/21 e incorporada al presente expediente, la empresa únicamente alega criterios generales sin aportar una cuantificación precisa del desglose de uno de los conceptos que completan su coste, que resulta el más relevante para determinar la variación de sus ofertas, y que se agrupa bajo el término “Otros”.

Este término “Otros” incluye precios que van desde **[CONFIDENCIAL]** €/MWh hasta **[CONFIDENCIAL]** €/MWh para explicar sus ofertas a RRTT, sin aportar más justificación que una consideración sobre que “*En el análisis de las variaciones de las ofertas y en particular del parámetro “Otros” sería necesario un análisis horario de todas las variables que inciden en el valor de mercado de la producción del ciclo combinado*”.

Como se puede observar a continuación, es el campo “Otros” el que más relación tiene con la oferta a restricciones, y el que, añadido al resto de costes, determina el precio final ofertado a este segmento:

³ A un nivel de carga tal que implicara un menor rendimiento, con arranques y/o paradas, o variación continua de la potencia, etc.

Gráfico 6: Oferta a restricciones de Sabón 3 y componente “Otros” del coste aportado por la empresa [CONFIDENCIAL]

SEGUNDO. Circunstancias de mercado de la zona geográfica en la que se ubica la central Sabón 3 de Naturgy Generación: Sabón 3 fue despachada por restricciones técnicas un 91% de los días del periodo 23 de marzo de 2019- 31 de diciembre de 2020.

Al objeto de enmarcar las circunstancias en las que Naturgy Generación presentó las ofertas de restricciones a precios elevados, cabe destacar el componente geográfico de la actuación, pues las centrales de la zona capaces de resolver las restricciones –y, por consiguiente, competidoras de Sabón 3- se vieron afectadas por diferentes factores que favorecieron la actuación de Sabón 3. A continuación se muestran las centrales, por tecnología de generación y grupo empresarial, que operan en la zona eléctrica de Galicia y pueden resolver las restricciones técnicas de la zona:

Central	Unidad	Sujeto titular	Combustible	Tensión (kV)	P. máx. (MW)	
Meirama 1	MEI1	Naturgy	Carbón	220	542,3	
Puentes García Rodríguez 1	PGR1	Endesa	Carbón	400	350,9	
Puentes García Rodríguez 2	PGR2	Endesa	Carbón	400	351,1	
Puentes García Rodríguez 3	PGR3	Endesa	Carbón	400	350,2	
Puentes García Rodríguez 4	PGR4	Endesa	Carbón	400	350,8	
Puentes García Rodríguez 5	PGR5	Endesa	Ciclo Combinado	400	427,6	855,6
Sabón 3	SBO3	Naturgy	Ciclo Combinado	220	391,3	

Fuente: REE

En el 91,6 % de las horas del periodo del 23 de marzo de 2019 al 31 de diciembre de 2020, el operador del sistema eléctrico tuvo que despachar por restricciones técnicas, en la zona eléctrica de Galicia, a una o varias de las centrales citadas en la tabla anterior. De todas estas horas, Sabón 3 fue despachada por restricciones el 76,5%, un 86,7% de los días. Este porcentaje incluye las horas en las que Sabón 3 declaró su indisponibilidad, como por ejemplo en el periodo 02/03/2020 al 25/03/2020. Si no se tuvieran en cuenta estas horas, es decir, reflejando cuando realmente Sabón 3 pudo participar en el servicio de

restricciones técnicas, el 80,7% de las horas de este periodo Sabón 3 fue despachado en restricciones, es decir un 90,8 % de los días.

Los factores que favorecieron la actuación de Sabón 3 en el periodo indicado fueron:

- por un lado, el encarecimiento de la generación con carbón –y el consiguiente cambio del orden de mérito del ciclo y el carbón a favor del ciclo.
- y, por otro, las largas indisponibilidades de la otra central de ciclo combinado de la zona, PGR5, de titularidad de Endesa, un 48% de las horas de estudio.

Ambos factores son conocidos por la central antes de realizar sus ofertas al mercado de restricciones técnicas.

El primer factor hizo que las ofertas de centrales de carbón quedaran en desventaja competitiva con respecto a las ofertas de los ciclos. En este sentido, cabe destacar que, si bien algunas de las centrales de carbón de la zona siguieron siendo despachadas por restricciones, su programación fue asignada mayoritariamente tras resultar despachada también la central de Sabón 3 y estando indisponible PGR5, por tanto, se trata de periodos en los que fue necesario un despacho de generación adicional a Sabón 3.

El segundo factor (indisponibilidad de PGR5) provocó que, durante largos periodos (48% de las horas del periodo), Sabón 3 fuera la única central de ciclo combinado disponible en la zona de Galicia y, por tanto, el único ciclo combinado que podría resolver las restricciones técnicas de la zona, contando como se ha dicho, con unos menores costes que las centrales de carbón de la zona.

TERCERO. El precio ofertado por Sabón 3 al mercado de restricciones en los entornos de reducida competencia fue un 95% superior al precio de mercado diario, mientras que en los entornos de mayor competencia fue un 34% superior.

La central Sabón 3 ha estado ofertando al mercado de restricciones técnicas en función del grado de competencia en la zona eléctrica de Galicia, pudiéndose englobar su actuación en el mercado de restricciones dentro de tres grandes grupos: situación 1, situación 2 y situación 3:

- Situación 1: En esta situación, el otro ciclo combinado en la zona -PGR5- está disponible y únicamente programan a una central para resolver los problemas de la zona. Por tanto, se evidencia, con carácter general, que

ambas centrales compiten mediante sus ofertas para la asignación del despacho por restricciones. Se han registrado 1.377 horas (8,8% del total) en esta situación en el periodo analizado.

- Situación 2: En esta situación, PGR 5 está indisponible por lo que Sabón es el único ciclo combinado con capacidad para resolver los problemas de la zona. Se han registrado 7.481 horas (48% del total) en esta situación en el periodo analizado.
- Situación 3: En esta situación, si bien PGR5 está disponible, se requiere el despacho de tanto Sabón 3 como PGR 5 para no tener problemas en la zona y por tanto las ofertas de las dos centrales son necesarias para la seguridad de la zona. Se han registrado 3.080 horas (19,7% del total) en esta situación en el periodo analizado.

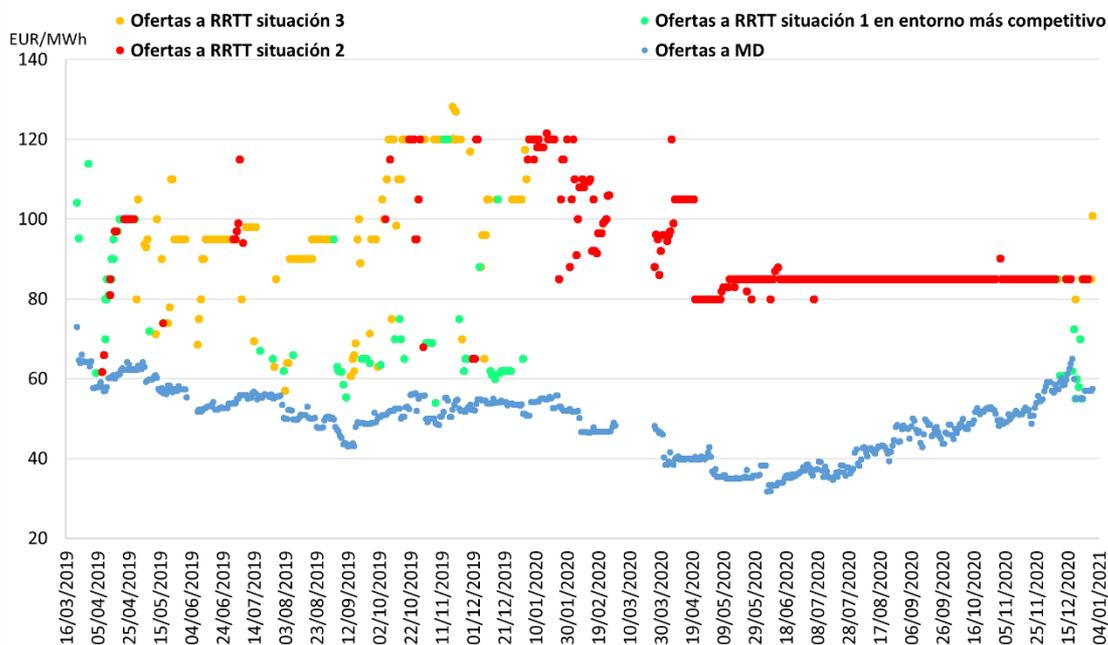
En este sentido, se observa en el siguiente gráfico, en la que se lleva a cabo un análisis horario de las ofertas de Sabón 3, que en las horas en que se requirió a una sola central de ciclo combinado en restricciones técnicas, estando ambas disponibles (situación 1), el precio de oferta a restricciones de Sabón 3 fue, de media, un 34% superior al de la oferta al mercado diario, mientras que en las horas en las que se necesitaba únicamente una central, estando PGR5 indisponible (situación 2), el precio de oferta a restricciones fue, de media, un 103% superior al de la oferta al mercado diario.

Asimismo, las horas en las que se requería el despacho de ambos ciclos combinados -Sabón 3 y PGR5-, ya sea en mercado diario o en servicio de restricciones técnicas (situación 3), el precio de oferta a restricciones de Sabón 3 fue, de media, un 78% superior al de la oferta al mercado diario.

Esto significa que el precio presentado por la oferta de Sabón 3 a restricciones con respecto a su oferta en el mercado diario cuando se encuentra en un entorno de menor competencia y, por tanto, con un menor riesgo de perder la oportunidad del despacho, se eleva, en términos medios (media de la situación 2 y 3) un 95% con respecto a su oferta en el mercado diario, mientras que cuando se encuentra en un entorno de mayor competencia, donde puede perder esa oportunidad, sus ofertas se sitúan un 34% por encima del mercado diario.

En el gráfico siguiente se muestran las ofertas realizadas por la central en restricciones técnicas en cada una de las situaciones identificadas junto con sus ofertas al mercado diario.

Gráfico 7. Ofertas horarias de Sabón 3 al mercado diario y a restricciones técnicas en el periodo marzo 2019 – diciembre 2020 en función del entorno competitivo



Fuente: CNMC a partir de los datos reportados por el Operador del Mercado y por el Operador del Sistema.

Nota: Se muestra, para la oferta a restricciones, el ingreso medio en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I energía a subir.

Como ya se ha indicado, el incremento del coste de generación con carbón y la menor competencia derivada de las indisponibilidades de PGR5, propiciaron un entorno de elevada certidumbre en cuanto a la posibilidad de despacho por restricciones técnicas de la central de Sabón 3 y del entorno competitivo de la central en cada momento. Esto le permitió determinar sus ofertas, no en función de su propio coste de producción, sino del de sus potenciales competidores, resultando ofertas al proceso de resolución de restricciones técnicas a precios excesivos durante los periodos señalados (situándose sus ofertas un 95% por encima de su oferta al mercado diario frente al 34% obtenido en los entornos con mayor competencia).

CUARTO. La actuación de Sabón 3, consistente en la presentación de ofertas al proceso de restricciones técnicas a precios muy superiores a los de entornos más competitivos, tuvo un impacto directo en el coste de los servicios de ajuste del sistema, y le otorgó a Naturgy Generación S.L.U. un beneficio de 43,2 millones de euros.

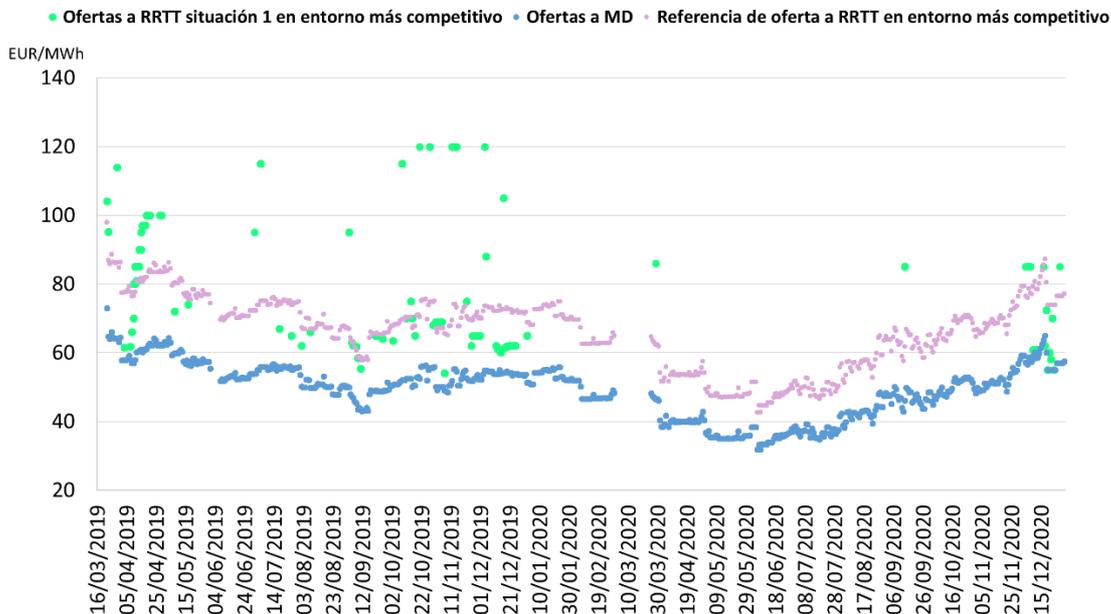
El proceso de resolución de restricciones técnicas⁴ se retribuye al precio de oferta (*pay as bid*). Esto quiere decir que la central programada en este segmento recibe el precio de la oferta presentada –a diferencia, por ejemplo, del mercado diario, que se retribuye al precio de la oferta más cara necesaria para cubrir la demanda-. Ello implica que el precio de las ofertas presentadas a este proceso tiene un impacto directo en el coste del servicio y en los ingresos de la central. En este sentido, Sabón 3 ingresó el precio ofertado en cada hora que salió programado por restricciones técnicas, precio que fue, según se ha indicado en el Hecho Probado Tercero, muy superior en las situaciones donde la competencia era reducida con respecto a aquellas situaciones de mayor competencia.

La consecuencia de esta actuación, su despacho por restricciones técnicas a precios muy superiores –sólo en aquellos días donde ha presentado ofertas por encima de la oferta de referencia en entorno más competitivo - le ha permitido la obtención de un beneficio, estimado en, al menos, 43,2 millones de euros.

Dicho beneficio se ha calculado como la diferencia entre los ingresos obtenidos por la central en aquellas horas en los que el entorno fue menos competitivo (situación 2 y 3 del Hecho Probado Tercero) y los que habría obtenido de aplicar un diferencial sobre el mercado diario para todo el periodo acorde al obtenido en el entorno más competitivo (situación 1). Este diferencial ha sido revelado por la propia central y calculado a partir de los días con diferenciales de precio en las situaciones con un entorno más competitivo. De acuerdo con el Hecho Probado Tercero, este diferencial medio se ha situado en el periodo de análisis en el 34% por encima del precio del mercado diario. Los gráficos siguientes muestran la curva de precios a los que Sabón 3 habría ofertado en el segmento de restricciones en todo el periodo de análisis si hubiera aplicado este diferencial medio del 34%, revelado por la central mediante sus ofertas en situación 1, por encima del mercado (señalada en el gráfico siguiente como “*Referencia de oferta en RRTT en entorno más competitivo*”) y se compara con las ofertas realizadas en situación 1 (entorno de mayor competencia), por un lado, y con la situación 2 y 3 (entornos de reducida competencia), por otro lado.

⁴ P.O. 3.2: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2698872_10.pdf

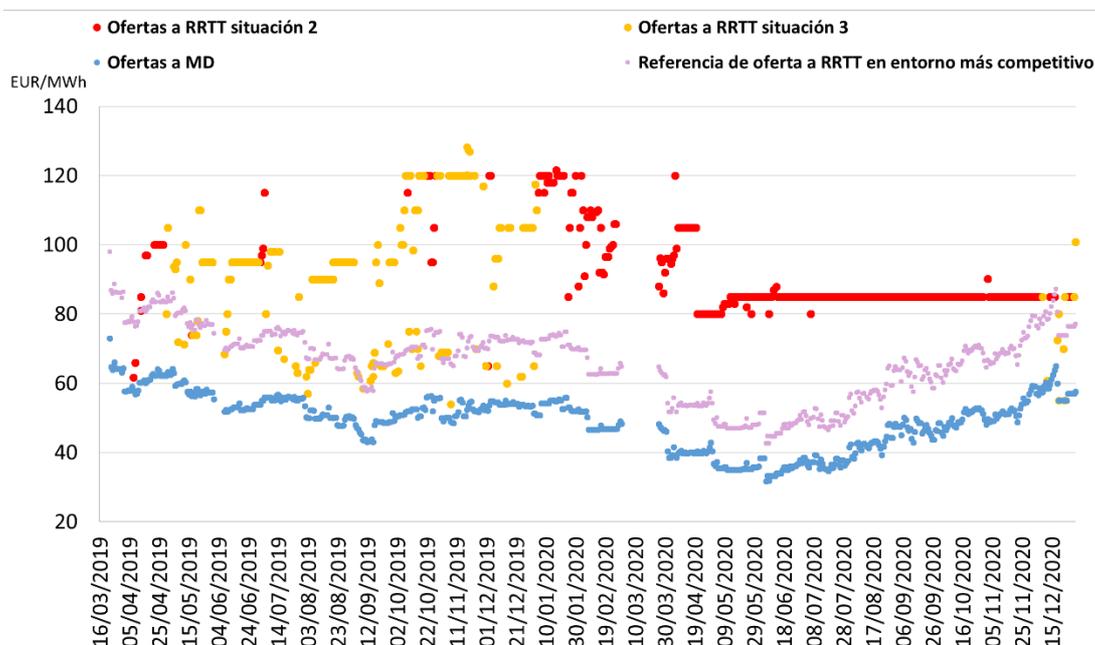
Gráfico 8. Ofertas horarias de la central en el proceso de restricciones técnicas en situación 1 y curva de oferta de referencia en entorno más competitivo según diferencial medio observado en el periodo marzo 2019-diciembre 2020 para situación 1



Fuente: CNMC a partir de los datos reportados por el Operador del Mercado y por el Operador del Sistema.

Nota: Se muestra, para la oferta a restricciones, el ingreso medio obtenido en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I energía a subir.

Gráfico 9. Ofertas horarias de la central en el proceso de restricciones técnicas en situación 2 y situación 3 y oferta de referencia en entorno más competitivo estimada a partir de la media de las ofertas de la situación 1 en el periodo marzo 2019-diciembre 2020



Fuente: CNMC a partir de los datos reportados por el Operador del Mercado y por el Operador del Sistema.

Nota: Se muestra, para la oferta a restricciones, el ingreso medio obtenido en el proceso de solución de restricciones técnicas del PDBF en fase I energía a subir.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

El artículo 73 3.b) de la Ley 24/2013 establece que corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 65.33 de dicha Ley (sobre la manipulación del precio de los servicios de ajuste mediante la realización de ofertas a precios excesivos, que resulten dispares de forma injustificada con los precios ofertados en otros segmentos del mercado de producción).

De conformidad con el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde a la Directora de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar, en consecuencia, la propuesta de resolución.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, previo informe de la Sala de Competencia, la resolución de este procedimiento.

SEGUNDO. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

El procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el Capítulo III del Título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y las especificaciones procedimentales contempladas en el capítulo III del título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en concreto su artículo 79, conforme al cual el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos sancionadores por la comisión de infracciones graves y muy graves es de dieciocho meses.

TERCERO. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

TERCERO.1. Consideraciones generales sobre el tipo infractor

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico tipifica como infracción grave, en su artículo 65, apartado 33, «*La manipulación del precio de los servicios de ajuste por parte de un agente del mercado mediante la realización de ofertas a precios excesivos, que resulten dispares de forma no justificada de los precios ofertados por el mismo en otros segmentos del mercado de producción*».

El tipo del mencionado artículo 65.33 se ha configurado en torno a los siguientes elementos: i) la *manipulación* del servicio de ajuste mediante la realización de ofertas a *precios excesivos*, ii) precios que resulten *dispares* de forma no justificada con los precios ofertados por el sujeto en otros segmentos del mercado de producción.

En cuanto al primero de los elementos, es claro que la manipulación del servicio de ajuste versa sobre el hecho de presentar ofertas a precios excesivos en el mercado de los servicios de ajuste, al que pertenece el segmento de restricciones técnicas. El segundo de los elementos se refiere a la presentación de ofertas en el mercado de restricciones técnicas a precios dispares de los precios ofertados en otros segmentos de mercado (habiéndose utilizado en este caso como referencia los precios ofertados al mercado diario). Asimismo, dicha disparidad de ofertas de precios en el mercado de ajuste, para que dé lugar a una infracción, ha de realizarse de forma no justificada.

TERCERO.2. Análisis de la concurrencia de los elementos del tipo infractor en la conducta seguida por Naturgy Generación con la central de Sabón 3.

La central objeto de este procedimiento pertenece a la zona eléctrica de Galicia, que presenta habitualmente problemas de seguridad zonal, por lo que resulta necesaria en esa zona la programación de alguna central para resolverlos. Esta programación la realiza el operador del sistema en el proceso de resolución de restricciones técnicas una vez realizados los análisis de seguridad oportunos. Según el Hecho Probado Segundo, el 91,6% de las horas de estudio ha sido necesaria la programación por restricciones técnicas de alguna central para mantener la seguridad del sistema.

Como consecuencia de ello, las empresas titulares de las instalaciones situadas en la zona conocen previamente que existe una alta probabilidad de que sean llamadas para su programación por restricciones técnicas. Adicionalmente, como ya se ha indicado en el Hecho Probado Segundo, el incremento del coste de generación con carbón y la menor competencia derivada de las indisponibilidades de la otra central de ciclo combinado existente en la zona (PGR5), propiciaron un entorno de elevada certidumbre en cuanto a la posibilidad de despacho por restricciones técnicas de la central de Sabón 3. En este contexto, como se manifiesta en los hechos probados, Sabón 3 fue programada por restricciones el 91% de los días en los que estuvo disponible.

Por otra parte, el análisis horario realizado en el hecho Probado Tercero de las ofertas de Sabón 3 muestra que el precio presentado por la oferta de Sabón 3 a restricciones con respecto a su oferta en el mercado diario cuando se encontraba en un entorno de menor competencia y, por tanto, sin riesgo de perder la oportunidad del despacho, se elevó, en términos medios, un 95% con respecto a su oferta en el mercado diario, mientras que, cuando se encontró en un entorno más competitivo, sus ofertas se situaron un 34% por encima del mercado diario.

Esta diferencia en el nivel de precios de restricciones técnicas, con respecto al precio del mercado diario, ha de calificarse de excesiva.

Consultada la empresa sobre la justificación de las variaciones de los precios de las ofertas de las restricciones, respecto de las del mercado diario, la empresa únicamente alega criterios generales sin aportar una razón clara ni cuantificada al respecto, señalando criterios como *“la evolución del mercado y de las opciones de aprovisionamiento que el grupo empresarial del declarante tiene”* o *“las variables que inciden en el valor de mercado de la producción del ciclo combinado, con la información del día que se tomó la decisión de generar la oferta.”* o *“las variaciones del mercado, en un escenario extremadamente volátil.”*

En particular, en su contestación, la empresa incorpora además de sus costes variables de generación un concepto “Otros” con precios que van desde un precio negativo de **[CONFIDENCIAL]** €/MWh hasta los **[CONFIDENCIAL]** €/MWh para explicar sus ofertas, sin aportar más justificación que la indicada anteriormente (“*En el análisis de las variaciones de las ofertas y en particular del parámetro “Otros” sería necesario un análisis horario de todas las variables que inciden en el valor de mercado de la producción del ciclo combinado*”). Es destacable que el concepto “otros” tome, en ocasiones, valores negativos de hasta **[CONFIDENCIAL]** €/MWh, lo que resulta ilógico teniendo en cuenta que representa este término un coste de generación.

Por ello, ha de concluirse que las ofertas realizadas por la empresa a restricciones técnicas han sido dispares a las realizadas al mercado diario unos minutos antes, sin que la empresa haya aportado datos concretos que justifiquen esa disparidad.

La razón de la disparidad se encuentra, en realidad, en la intención de la empresa imputada de aprovechar los supuestos en los que Sabón 3 se encuentra en una situación de escasa competencia para solucionar las restricciones técnicas de la zona de Galicia.

La consecuencia de esta estrategia, su despacho por restricciones técnicas a precios excesivos –sólo en aquellos días donde ha presentado ofertas por encima de la oferta de referencia en entorno más competitivo- le ha permitido la obtención de un beneficio, estimado en, al menos, 43,2 millones de euros, tal y como se muestra en el Hecho Probado Cuarto.

Dicho beneficio se ha calculado como la diferencia entre los ingresos obtenidos por la central en aquellas horas en los que el entorno fue menos competitivo (situación 2 y 3 del Hecho Probado Tercero) y los que habría obtenido de aplicar un diferencial sobre el mercado diario acorde al obtenido en el entorno más competitivo del 34,2% por encima del mercado diario (situación 1 del Hecho Probado Tercero). Este diferencial ha sido revelado por la propia central y calculado a partir de los días con diferenciales de precio en las situaciones con un entorno más competitivo.

Este beneficio obtenido por Naturgy Generación ha supuesto un incremento de igual cuantía al coste que ha representado el proceso de restricciones técnicas para la demanda, esto es, para los comercializadores que compran la energía en el mercado para suministrar a los consumidores de electricidad-, durante el periodo objeto de supervisión.

En consecuencia, los hechos declarados probados configuran el comportamiento típico descrito en el artículo 65.33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, mantenido durante el periodo de tiempo que se concreta entre el 23

de marzo de 2019 y el 31 de diciembre de 2020, consistente en presentar ofertas excesivamente altas en el mercado de restricciones técnicas, diferentes de las presentadas al mercado diario, con la finalidad de aprovecharse de las necesidades de programación de la zona de restricciones técnicas de Galicia, obteniendo de hecho con ello un beneficio.

CUARTO. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

CUARTO.1. Consideraciones generales.

Una vez acreditada la existencia de una infracción, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto al que se impute su comisión. Es decir, la realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la jurisprudencia, de tal modo que «la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»⁵.

El artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, dispone, en este sentido, que *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

«Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

⁵ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe».

CUARTO.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso.

La definición del tipo contemplada en el artículo 65.33 de la LSE supone, por los elementos que lo componen, que la conducta no puede ser consecuencia de una actuación negligente, sino necesariamente dolosa, en tanto que la decisión de ofertar al alza de manera excesiva en determinadas circunstancias fácticas del mercado de restricciones no es casual.

Se hace preciso por ello explicitar, en referencia directa a los hechos constatados en este procedimiento, los diferentes elementos de conocimiento e intencionalidad que llevan a la calificación como doloso, y, en consecuencia, culpable, del comportamiento de Naturgy Generación:

- En primer lugar, el conocimiento por parte de Naturgy Generación de la situación de seguridad de suministro en la zona donde se ubica Sabón 3 y de la alta probabilidad de ser despachado para resolver las restricciones técnicas de esa zona. Como se ha probado con anterioridad, el 91% de los días que estuvo disponible Sabón 3, participó en la solución de restricciones técnicas.
- En segundo lugar, partiendo de ese conocimiento de la situación de la zona, la adopción por parte de Naturgy Generación de una estrategia de ofertas consciente y deliberada, basada en la realización de ofertas a precios excesivos, orientada a lograr un beneficio en el mercado de restricciones técnicas.

Ello constituye un comportamiento doloso merecedor de sanción.

QUINTO. VALORACIÓN DE LAS ALEGACIONES EFECTUADAS POR NATURGY GENERACIÓN AL RESPECTO DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y AL RESPECTO DE LAS ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS.

QUINTO.1. Alegaciones presentadas por Naturgy Generación.

El 23 de marzo de 2023, Naturgy Generación presentó sus alegaciones a la propuesta de resolución. En esas alegaciones, Naturgy Generación defiende que *“la Central ha formulado consistentemente (y no solo en el periodo analizado) sus ofertas en restricciones buscando recuperar razonablemente -que no consiguiendo- sus costes totales atendiendo a la mejor e imperfecta estimación de las condiciones competitivas en cada momento”*.

De forma pormenorizada, las alegaciones presentadas el 23 de marzo de 2023 tratan sobre los siguientes temas:

- De entrada, Naturgy Generación afirma que los ingresos obtenidos con Sabón 3 en el segmento de restricciones técnicas están dentro de lo normal que obtienen los ciclos combinados.
- Sobre el valor de sus ofertas de restricciones, indica que el mismo es el resultado de aplicar una metodología en la que se consideran en particular los costes fijos de la central.
- Con respecto a las circunstancias de la zona de Galicia, expresa que, en todo momento en el período analizado, ha habido una central disponible, alternativa a Sabón 3, para atender las necesidades de restricciones técnicas, necesidades cuya modelización le sería imposible a Naturgy Generación anticipar.
- En relación con las tres situaciones concurrentes en esa zona, identificadas por la CNMC en su propuesta, Naturgy Generación indica que la consideración de la situación 3 (en que el sistema precisa de la programación tanto de PGR5 como de Sabón 3 para solventar las restricciones) es errónea, pues, al tener PGR5 dos turbinas de gas independientes, con su sola programación se solventarían las necesidades del sistema.
- Sobre los beneficios derivados de la conducta infractora, Naturgy Generación destaca que, en los últimos diez años, la central ha obtenido un EBITDA generalmente negativo.
- Con respecto al procedimiento, considera que no se ha practicado la prueba que soporte las conclusiones a las que llega la propuesta de resolución.
- En relación con el tipo infractor, Naturgy Generación realiza varias alegaciones: i) la propuesta ignora que la manipulación es un elemento separado del tipo; ii) la propia CNMC ha adoptado decisiones indicando que los costes fijos pueden ser recuperados a través del segmento de restricciones; iii) el concepto de precio excesivo no puede estar determinado en función de los márgenes sobre los costes variables; iv) la central de Sabón 3 ha estado muy lejos de obtener unos ingresos superiores a los necesarios para obtener una rentabilidad razonable; v) la disparidad entre las ofertas al

mercado diario y las ofertas de restricciones técnicas se debe al carácter marginalista del mercado diario frente a la regla de *pay as bid* que rige para restricciones técnicas; vi) la justificación de la disparidad de las ofertas (entre mercado diario y restricciones técnicas) exige considerar un horizonte temporal superior al examinado por la CNMC.

- La medida adicional contemplada en la propuesta de resolución constituye una sanción encubierta, y, en relación con la compensación que establece, faltaría la identidad entre los participantes del mercado que quedaron afectados y los que serán beneficiarios de la medida.

El 19 de junio de 2023, Naturgy Generación ha presentado alegaciones en relación con las actuaciones complementarias.

Se valoran seguidamente ambos escritos de alegaciones. No obstante, la valoración de las alegaciones sobre la medida adicional se remite al fundamento de derecho ulterior que trata sobre esta cuestión.

QUINTO.2. Sobre el beneficio de Sabón 3 respecto de los precios del mercado diario.

Al principio de sus alegaciones a la propuesta de resolución, Naturgy Generación indica que las circunstancias advertidas inicialmente por la CNMC, que llevaron a supervisar la actuación de Naturgy Generación con Sabón 3 en las anualidades de 2019 y 2020, están distorsionadas. La CNMC tomó en consideración el sobreingreso por restricciones técnicas (en comparación con el precio del mercado diario) obtenido por Sabón 3 en los años 2019 y 2020. La CNMC comparó este dato con el de los restantes ciclos combinados, considerando la potencia de cada una de esas instalaciones. Como resultado de la comparación, Sabón 3 destacaba respecto de todos los demás ciclos por sus sobreingresos en esos años.

Naturgy Generación estima que la consideración de los sobreingresos en función de la potencia instalada es errónea, y, apoyándose en lo indicado a este respecto en el informe de **[CONFIDENCIAL]**, considera que lo correcto sería considerar los sobreingresos en función de la producción realizada.

Sin perjuicio de que esta cuestión no es relevante para el sancionador⁶, cabe señalar que, desde un punto de vista teórico, puede encontrarse sentido tanto

⁶ La referencia a la cuestión de los sobreingresos obtenidos por Sabón 3 en restricciones técnicas en comparación con los de los restantes ciclos combinados es sólo una circunstancia que aparece reflejada en los antecedentes de hecho para enmarcar la situación que llamó la atención al objeto de llevar a cabo una supervisión de la actuación de la central.

en la determinación de los sobreingresos en función de la potencia instalada (MW), o lo que es lo mismo, las posibilidades de producción de la central, como en la determinación de los sobreingresos en función de la producción efectiva (MWh). No obstante, cuando el funcionamiento de las centrales es muy dispar, como es el caso analizado, el análisis por potencia instalada es más adecuado en cuanto a que calcula los sobreingresos de las centrales en términos más homogéneos que el análisis por producción. En cualquier caso, del cálculo alternativo que realiza Naturgy Generación (basado en la consideración de la producción efectiva, en lugar de las posibilidades de producción), resulta también que Sabón 3 es la central de ciclo combinado que mayores ingresos obtiene, aunque su diferencia con las que ocupan los lugares subsiguientes no sea tan grande como la que resulta si se considera la potencia instalada (folio 588 del expediente administrativo):

Gráfico 10. Ingresos totales de los ciclos combinados en España en el periodo de análisis por €/MWh generado [CONFIDENCIAL]

QUINTO.3. Sobre la metodología para la determinación de las ofertas a restricciones técnicas.

En relación con la cuestión de las ofertas que realiza al segmento de restricciones técnicas, Naturgy Generación argumenta que las ofertas presentadas a restricciones son resultado de una metodología con la que, en particular, se busca recuperar los costes fijos de la central (Folio 592 del expediente administrativo): **[CONFIDENCIAL]**

Indica Naturgy Generación que la metodología se desarrolló de forma coherente con el asesoramiento contratado con **[CONFIDENCIAL]** a ese respecto, y concluye insistiendo en el objetivo principal de su metodología (tratar de recuperar los costes fijos): **[CONFIDENCIAL]** (Folio 596.)

Naturgy Generación aporta el documento elaborado por **[CONFIDENCIAL]** a este respecto (folios 643 a 652 del expediente administrativo). Se trata de una presentación, fechada en “septiembre de 2019”, en la que se han extractado únicamente las cinco páginas que tratan de los “criterios generales que deben seguirse para la construcción de las ofertas en Restricciones Técnicas”; en ellas, en efecto, se expresa que **[CONFIDENCIAL]**.

Con todo esto, Naturgy Generación pretende argumentar que existe una justificación en su conducta (la realización de ofertas de restricciones a precios excesivos, que resultan dispares de los precios ofertados al mercado diario), y que esta justificación consiste en la intencionalidad de recuperar los costes fijos en que incurre esa central.

Sin embargo, no se observa que esta explicación pueda justificar la actuación que en concreto ha seguido Naturgy Generación. La variación que experimenta la evolución de las ofertas a restricciones técnicas de Sabón 3 es un hecho incuestionable, y esa variación es excesiva en los días en los que coincide con las indisponibilidades de PGR5 (situación 2) o con los problemas de la zona de Galicia que exigen contar en todo caso con la programación de Sabón 3 (situación 3).

Precisamente, un aspecto que destacaba la presentación de **[CONFIDENCIAL]** es que **[CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Tercero, cuando Sabón 3 compite con PGR5 las ofertas de Sabón 3 a restricciones técnicas son un 34% superiores de media a las del mercado diario, pero, cuando las circunstancias exigen programar ambas centrales, las ofertas de Sabón 3 a restricciones técnicas son un 78% superiores de media a las del mercado diario, y, cuando PGR5 está indisponible (y la certeza de la programación de Sabón 3 es ya absoluta), las ofertas a restricciones son incluso mayores (las ofertas son un 103% superiores a las del mercado diario).

De hecho, esta circunstancia es reconocida en el informe de **[CONFIDENCIAL]**, aportado por Naturgy Generación. La consultora reconoce que las ofertas de Sabón 3 cambian en función de la situación de competencia que existe en la zona de Galicia (si bien, **[CONFIDENCIAL]** considera que ello es una actuación legítima de parte de Naturgy Generación): (Folio 703 del expediente administrativo) **[CONFIDENCIAL]**.

Hay que indicar, a este respecto, que, como refleja la información contenida en el folio 232.1 del expediente (tabla *Excel*), resulta que en 2020 la central de PGR5 está completamente indisponible entre el 5 de enero y el 5 de diciembre (salvo en una disponibilidad puntual del 14 de septiembre). A partir del 6 de diciembre, y para lo que resta de 2020, PGR5 alterna situaciones de disponibilidad e indisponibilidad (total o parcial).

Durante esta anualidad de 2020, la evolución de las ofertas de Sabón 3 por restricciones técnicas es, de una forma continuada en el tiempo, notoriamente dispar en función del nivel de competencia en la zona cada día. Puede verse el detalle de esta circunstancia, a principios de diciembre coincidiendo con la vuelta a la disponibilidad de PGR5, en la información contenida en las tablas de ofertas y programación de energía contenidas los folios 84.1 y 232.1 del expediente, quedando evidente cómo la divergencia entre las ofertas de restricciones se incrementa significativamente en función de esa disponibilidad de PGR5:

Día	Oferta RRTT Sabón 3	Disponibilidad PGR5
05/12/2020	85,00	INDISP. total

06/12/2020	85,00	INDISP. parcial
07/12/2020	85,00	INDISP. parcial
08/12/2020	85,00	INDISP. parcial
09/12/2020	85,00	INDISP. parcial
10/12/2020	60,84	INDISP. parcial
11/12/2020	60,84	DISPONIBLE
12/12/2020	60,80	DISPONIBLE
13/12/2020	60,80	DISPONIBLE
14/12/2020	85,00	INDISP. total
15/12/2020	85,00	INDISP. total
16/12/2020	85,00	INDISP. total
17/12/2020	85,00	INDISP. total
18/12/2020	62,00	DISPONIBLE
19/12/2020	72,47	DISPONIBLE
20/12/2020	63,33	DISPONIBLE
21/12/2020	60,00	DISPONIBLE
22/12/2020	58,00	DISPONIBLE
23/12/2020	70,00	DISPONIBLE
24/12/2020	75,00	DISPONIBLE
25/12/2020	85,00	INDISP. total
26/12/2020	85,00	INDISP. total
27/12/2020	85,00	INDISP. total
28/12/2020	85,00	INDISP. total
29/12/2020	-	DISPONIBLE
30/12/2020	85,00	DISPONIBLE (*)
31/12/2020	100,83	DISPONIBLE (*)

(*) Ha de indicarse que los días 30 y 31 de diciembre se produce la situación 3 (siendo necesaria la producción tanto de Sabón 3 como de PGR5. En concreto, PGR5 se programa por restricciones todas las horas de ambos días, y Sabón 3 se programa por restricciones más de la mitad de las horas de ambos días).

Finalmente, Naturgy afirma que no se puede acusar a la central de presentar precios excesivos en tanto que **[CONFIDENCIAL]** (Folio 609).

A este respecto, cabe señalar que no es objeto de esta resolución analizar si el resultado de su comportamiento le ha permitido la recuperación de los costes fijos de esta central, cuya cuantía puede depender de ciertos criterios como la política de amortización, rentabilidad esperada, estrategia de funcionamiento de las centrales de la empresa, etc.

En cualquier caso, de acuerdo con las estimaciones de costes realizadas en el marco de este expediente para el periodo analizado por esta Comisión, la central

no solo consiguió cubrir sus costes fijos de explotación, sino que además cubrió sus costes de inversión logrando una rentabilidad financiera del **[CONFIDENCIAL]**⁷. El gráfico siguiente recoge el resultado obtenido por encima de los costes fijos estimados de Sabón 3, junto con el resultado obtenido por el resto de los ciclos combinados instalados en España. Los resultados anteriores se han calculado tomando referencia del precio del gas ICIS M+1, utilizada habitualmente por la CNMC en sus análisis de supervisión. Si en lugar de utilizar esta referencia se utilizaran los costes de gas aportados por Naturgy en el marco del expediente IS/DE/030/21 citados en los Antecedentes de Hecho, en torno a un **[CONFIDENCIAL]** superiores a los de la referencia ICIS M+1, aun en este supuesto, la central cubriría sus costes fijos y obtendría una rentabilidad financiera de un **[CONFIDENCIAL]**.

Gráfico 11. Ingresos obtenidos y costes operativos estimados de los ciclos combinados en el periodo 23 de marzo 2019 a 31 de diciembre de 2020 [CONFIDENCIAL]

[CONFIDENCIAL]

QUINTO.4. Sobre las circunstancias de la zona de Galicia, y las situaciones que se producen.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Naturgy Generación indica, de entrada, lo siguiente: *“Es importante empezar señalando que en todas las horas del periodo analizado siempre ha habido una oferta de otro operador alternativa a la de la Central, que nunca ofertó en solitario. Es decir, siempre hubo al menos una central térmica de carbón y/o de gas disponible alternativa a Sabón para ser asignada para la resolución de las restricciones técnicas en esa zona.”*

En esta línea, Naturgy Generación expresa que *“lo que no se puede estimar razonablemente es la demanda que el Operador del Sistema necesite atender”,* y que se produce la *“casi imposible modelización ex ante de las necesidades zonales del operador del Sistema”*.

Finalmente, Naturgy Generación ponía de relieve en sus alegaciones que, a su juicio, la situación 3 (en que están disponibles tanto PGR5 y Sabón 3, siendo necesaria la programación de ambas por restricciones), considerada por la CNMC, debería eliminarse, argumentado al respecto lo siguiente: *“Es importante decir que PGR5 tiene dos turbinas de gas independientes (multiejes) y teniendo en cuenta la turbina de Sabón, hacen un número de turbinas de gas igual a 3. Había*

⁷ **[CONFIDENCIAL]**.

disponibles 3 turbinas de gas y el sistema requería de 2. En esta Situación 3 hay más ofertas que necesidades por lo que se debería de clasificar como Situación 1.”

Al respecto de lo indicado de entrada por Naturgy Generación, hay que remitirse al Hecho Probado Segundo. Por más que hayan estado disponibles las centrales de carbón, las mismas no suponían una alternativa que permitiera excluir la programación de Sabón 3. Que el sistema necesitaba programar a Sabón 3 para solucionar las restricciones técnicas es un hecho que revela la circunstancia de que en el 91% de los días en que esa central estuvo disponible fue programada por restricciones técnicas. Evidentemente, esa circunstancia arroja una certidumbre para Naturgy Generación acerca de su programación por restricciones.

En cuanto a la situación 3, este aspecto ha sido aclarado por el Operador del Sistema en las actuaciones complementarias. En su informe, el Operador del Sistema justifica por los siguientes motivos la programación de la central de Sabón 3 por restricciones (frente a la posible programación de únicamente PGR5 en su modo de funcionamiento con las dos turbinas de gas) (Folio 777 con continuación en el 778):

“La programación simultánea de más de un grupo térmico en la zona ha sido siempre motivada por la necesidad de un alto volumen de capacidad de absorción de reactiva para evitar sobretensiones.

En aquellas 7.827 horas en los que se ha requerido la programación de dos o más grupos térmicos, la programación del grupo de Sabón 3 como grupo adicional entre los necesarios, a pesar de que en ocasiones haya podido suponer un mayor sobrecoste frente a la elección de otro de los grupos disponibles, se ha debido a los siguientes motivos técnicos:

- *Necesidad de un aporte significativo de reserva de absorción de potencia reactiva para la solución de sobretensiones inadmisibles, principalmente en situaciones de muy baja producción eólica en la zona. En este sentido cabe destacar que la capacidad aportada por el grupo de Sabón 3 es superior comparada con la aportada por los grupos de carbón de Puentes de García Rodríguez o a la adicional aportada por el ciclo combinado de Puentes de García Rodríguez funcionando en su modo 2 de funcionamiento (dos turbinas de gas y turbina de vapor):*
 - *Grupo de Sabón 3: capacidad aproximada de 160 Mvar.*
 - *Ciclo combinado Puentes de García Rodríguez 5: aproximadamente 255 Mvar en su funcionamiento en modo 1 (TG + TV) y 125 Mvar adicionales en modo 2 (2TG + TV) (380 Mvar en total en su modo 2).*
 - *Grupos de carbón de Puente de García Rodríguez: valor aproximado de reserva de absorción de potencia reactiva igual a 50 Mvar.*

- *Mayor robustez ante indisponibilidad sobrevenida de uno de los grupos programados en la zona en un escenario de alta necesidad de absorción de reactiva:*

En el caso de que, requiriéndose de un elevado volumen de reserva de reactiva y por lo tanto identificándose la necesidad de programar dos grupos en la zona, se programase únicamente el grupo de Puentes de García Rodríguez 5 en su modo 2, el disparo del grupo no dejaría ningún recurso de absorción de reactiva en la zona en el periodo transitorio necesario para acoplar otro grupo en la zona.

- *Diversificación de la solución con un alcance mayor en la red de transporte al encontrarse los grupos de Puentes de García Rodríguez situados en la red de 400 kV y el grupo de Sabón 3 en la red de 220 kV.”*

En sus alegaciones a las actuaciones complementarias, Naturgy Generación afirma que este informe del Operador del Sistema “describe criterios de resolución de restricciones técnicas en la zona de Galicia desconocidos hasta la fecha para NG [Naturgy Generación]”, y que, en cuanto a los datos de absorción de potencia reactiva de PGR5, el informe del Operador del Sistema “contiene afirmaciones contradictorias con las informaciones previas del propio Operador” (Naturgy Generación se refiere a los datos que publica el Operador del Sistema en la aplicación PSS/E), y resalta que el informe pondría de relieve la competencia con la que se enfrenta Sabón 3 para resultar programado (compitiendo hasta con siete unidades térmicas diferentes) y la innecesariedad de la programación de Sabón 3 en la situación 3.

A juicio de esta Sala, es irrelevante si Naturgy Generación conocía, o no, con exactitud todos los concretos motivos por los que el Operador del Sistema programa a Sabón 3. Lo relevante es que tenía certidumbre acerca de esa programación, en cuanto venía siendo un hecho continuado, y que la misma se sostenía en unas razones objetivas. En la misma línea, esta Sala considera que no tiene sentido debatir cuál es la concreta capacidad de absorción de potencia reactiva de PGR5; lo relevante es que el Operador del Sistema valora que se precisa un elevado volumen de reserva para la absorción de energía reactiva, y que la programación de Sabón 3 le proporciona la seguridad necesaria a ese objeto, por ser un aporte adicional -de valor significativo- de capacidad, por suponer una alternativa para el caso en que concurra una indisponibilidad sobrevenida, y por permitir diversificar el alcance en la red de transporte.

Naturgy Generación cuestiona esa necesidad de programación de Sabón 3 cuando está disponible PGR5. No es objeto de este procedimiento cuestionar las decisiones del Operador del Sistema a este respecto. La programación de Sabón 3 por el Operador del Sistema en el caso de que se trata (situación 3) tiene, desde luego, cuando menos, una base objetiva, según acaba de exponerse y,

con esa base, es, a los efectos que resultan relevantes para el presente procedimiento, un dato de hecho que Naturgy Generación toma como base para poder llevar a cabo su conducta.

Lo cierto es que, en los casos identificados como situación 3 en el Hecho Probado Tercero (y que se corresponden con la información contenida en el folio 232.1 del expediente administrativo), se produce tanto la programación por restricciones de PGR5 como de Sabón 3 y, en esos casos, los precios de las ofertas de restricciones de Sabón 3 son diferentes de las que Sabón 3 hace cuando sólo se programa a una de las dos centrales (el diferencial de precios con las ofertas del mercado diario sube de un 34% a un 78%); por supuesto, el diferencial no se incrementa tanto como cuando PGR5 está indisponible (que es la situación 2, en que el diferencial de precios es del 103%) ya que, en la situación 3, la certidumbre de programación no es plena; pese a ello, la seguridad con la que cuenta Naturgy Generación en la situación 3 es bastante elevada, lo que le lleva a ese incremento del diferencial; un incremento (del 34% al 78%) que no es despreciable.

Finalmente, en relación con la competencia con la que concurriría Sabón 3 para ser programado, ya se ha reconocido en el Hecho Probado Segundo que hay diversas centrales que concurren en la solución de las restricciones técnicas, pero hay que insistir, de nuevo, en que las centrales de carbón no implican una alternativa que permita excluir la programación de Sabón 3.

QUINTO.5. Sobre la estimación de los beneficios derivados de la conducta infractora.

Con respecto al cálculo estimado del beneficio obtenido por Naturgy Generación con la infracción, el informe de **[CONFIDENCIAL]** aportado por esa empresa identifica, lo que, a su juicio, son tres errores, que llevarían a rebajar la estimación de 43,2 millones de euros a 35 millones.

El Hecho Probado Cuarto determina su estimación como la diferencia entre los ingresos obtenidos por Sabón 3 en los entornos menos competitivos (situación 2 y 3) y los que habría obtenido de seguir el comportamiento que realiza cuando el entorno es más competitivo (situación 1), es decir, aplicando un diferencial de precios a las ofertas de restricciones de un 34% respecto de las ofertas hechas al mercado diario. Los tres errores que **[CONFIDENCIAL]** identifica en su informe con respecto a este método de cálculo son los siguientes:

“La CNMC ha cometido tres errores en la estimación del beneficio por la supuesta manipulación:

En primer lugar, la CNMC no ha descontado el IVPEE de su cálculo del beneficio derivado de las ofertas con supuestos precios excesivos. Las ofertas de Sabón incluyen un componente de coste que refleja el IVPEE, pero los ingresos correspondientes no representan un beneficio para Sabón, ya que la central actúa como un recaudador, abonando este coste a Hacienda. Por lo tanto, en el cálculo de la CNMC debería descontar dichos ingresos. Este ajuste reduciría el daño en 3,0 millones de euros respecto de la estimación inicial de la CNMC.

En segundo lugar, según la CNMC, si el precio ofertado es inferior al precio contrafactual no hay daño. Sin embargo, el propio diferencial medio de 34% corresponde a una distribución horaria (Figura 11). De este modo, hay observaciones de precios que se sitúan por encima del 34% (área de color azul) y otras que se sitúan por debajo (área de color gris). Como se puede observar, existen más observaciones por debajo del 34% (c.60%), que por encima de este umbral.

(...)

Naturalmente, ese rango de variación también se observa en las Situaciones 2 y 3. La CNMC debería descontar de su cálculo de daño aquellos precios de las Situaciones 2 y 3 que fueran inferiores al 34% del precio de la oferta en el Mercado Diario. De no ser así, la CNMC encontraría un daño incluso si la diferencia media en la Situación 2 y 3 fuera de 34% con respecto al precio ofertado en el Mercado Diario, dado que siempre se encontrarán precios superiores e inferiores a la media. Si ajustamos el cálculo del daño, descontando aquellas ofertas de las Situaciones 2 y 3 que se encuentran por debajo del umbral de la CNMC, se reduciría en 0,4 millones de euros respecto de la estimación inicial de la CNMC.

En tercer lugar, observamos que la CNMC ha realizado la estimación del daño utilizando como referencia el precio de las ofertas a Mercado Diario más un 34%. No obstante, también cabría realizar el cálculo utilizando la diferencia en valor absoluto entre las ofertas en Restricciones Técnicas y las ofertas en el Mercado Diario durante la Situación 1. Esta diferencia se sitúa aproximadamente en 19 €/MWh. Si ajustamos el cálculo del daño considerando el diferencial en términos absolutos, el beneficio calculado se reduciría en 4,7 millones de euros respecto de la estimación inicial de la CNMC.

El ajuste de los tres errores de manera agregada reduciría el importe del beneficio que Naturgy debería devolver en 8,1 millones de euros.”

En relación con el segundo de los supuestos errores indicados por Naturgy, cabe indicar que las tres situaciones (las situaciones 1, 2 y 3) están calculadas como una media, evidenciando las situaciones 2 y 3, en estos términos y conforme a dicho cálculo, la existencia de la infracción. En todos aquellos casos en los que la oferta se situó por debajo de ese umbral se entiende que la empresa la consideró adecuada para la recuperación de sus costes; sin embargo, no por ello

tiene que suponer un descuento de la infracción cometida cuando las ofertas sobrepasan dicho umbral, puesto que la empresa, al realizar las ofertas por debajo del mismo y ser programadas, ya ha obtenido un margen.

En relación con los supuestos “errores” uno y tres, si bien se considera más adecuada la metodología aplicada en el hecho probado Cuarto para estimar los beneficios obtenidos por Naturgy que la propuesta por **[CONFIDENCIAL]**, en cambio, a los efectos de considerar la compensación que debe recibir la demanda a través de las medidas adicionales previstas en el Fundamento de Derecho Séptimo, se considera adecuado tener en cuenta el impacto del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica – en tanto que su recaudación ha recaído también sobre la demanda- y utilizar la diferencia entre el valor absoluto entre las ofertas en Restricciones Técnicas y las ofertas en el Mercado Diario durante la Situación 1 en lugar del valor relativo, con el fin de aportar una estimación más conservadora. El impacto de estas dos medidas supone una reducción de la cuantía de 7,7 millones de euros.

QUINTO.6. Sobre el procedimiento instruido.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del procedimiento, Naturgy Generación cuestionó el procedimiento instruido por la Dirección de Energía, considerando que no se había realizado actividad probatoria en relación con la conducta imputada:

“Sobre el procedimiento, esa Dirección no ha practicado las pruebas que son elementales para llegar a las conclusiones que la Propuesta contiene. Denunciamos la simple falta de prueba para imputar y su sustitución por asunciones, carentes de justificación y en ocasiones aparentemente gratuitas. Como indicamos en el suplico y proposición de prueba si esa Dirección tras analizar estas Alegaciones, estima necesario continuar con el procedimiento, es imprescindible iniciar un verdadero periodo probatorio de cargo.”

En esta línea, al finalizar su escrito de alegaciones y solicitar la apertura del período de prueba, Naturgy Generación insistía en la necesidad de que se practicase la prueba que acreditase los hechos imputados, y se reservaba el derecho a proponer prueba ulteriormente:

“En este momento no es posible para el inculpado presentar prueba alguna concreta ya que desconoce la base fáctica para la imputación que se realiza. Insistimos en que la Propuesta sigue sin contener ninguna explicación de los hechos que se imputan y, en particular, una explicación de cuáles son los criterios aceptables para formular las ofertas en el mercado de restricciones.

En aplicación del art. 77 de la LPAC se solicita la posibilidad de aportar la prueba pertinente cuando el inculpado haya tenido acceso a la prueba practicada por la Administración. El inculpado se reserva sus derechos.”

Sin embargo, pese a esa reserva que hacía de un derecho a proponer prueba con posterioridad, Naturgy Generación proponía en ese momento la práctica de unas pruebas concretas, aportando una serie de documentos junto con sus alegaciones (singularmente los informes de **[CONFIDENCIAL]**, que se han tenido por incorporados, junto con el resto de los documentos aportados, al procedimiento).

Como ya se indicó en el acuerdo sobre la práctica de actuaciones complementarias (folios 750 a 764 del expediente administrativo), la práctica de pruebas es una actuación que se ha de realizar durante la instrucción del procedimiento. El acuerdo de incoación de este procedimiento SNC/DE/019/22, adoptado el 7 de febrero de 2022, otorgaba a Naturgy Generación plazo específico para proponer prueba (folio 23 del expediente administrativo), y el propio acto de notificación de ese acuerdo de incoación resaltaba, también, la facultad que tenía el imputado de proponer la prueba que estimara conveniente (folio 24 del expediente administrativo).

Para justificar el planteamiento de sus pruebas en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Naturgy Generación argumentaba que la incoación del procedimiento sancionador (y aun la propia propuesta de resolución) carecía de una identificación precisa de los hechos imputados.

Ya se indicó en el acuerdo relativo a la práctica de actuaciones complementarias que esta Sala consideraba que el acuerdo de incoación del procedimiento contenía una identificación suficientemente precisa de la conducta imputada, y, además, era una identificación que fue hecha en términos consonantes con lo que quedó reflejado en la propuesta de resolución.

El informe de **[CONFIDENCIAL]** aportado por Naturgy Generación con sus alegaciones a la propuesta de resolución revela un conocimiento en profundidad de los hechos producidos y una comprensión clara de la imputación. De hecho, replica los cálculos de la CNMC, planteando algunas variaciones puntuales en los mismos, y discutiendo, esencialmente, la valoración sobre la legitimidad de la conducta.

De este modo, el informe no viene a discutir los hechos. No discute que las ofertas de restricciones de Sabón 3 hayan sido diferentes a las del mercado diario, y tampoco discute que esas ofertas de restricciones experimenten una variabilidad que coincide con la variación en las situaciones de competencia en la zona de Galicia. Sí discute que, siendo las ofertas de restricciones las que son, las mismas puedan ser consideradas excesivas, y valora que la actuación de Naturgy Generación está justificada y es legítima.

Así, pues, en realidad, y dejando al margen la cuestión de las necesidades de programación de Sabón 3 en la denominada situación 3 (sobre la que se acordó

realizar actuaciones complementarias, que ya han sido objeto de valoración), no puede decirse que hubiera una cuestión de hecho (una cuestión objeto de prueba) que debiera ser clarificada.

QUINTO.7. Sobre el tipo infractor.

QUINTO.7.1. Alegaciones realizadas sobre el tipo infractor.

La parte más extensa de las alegaciones de Naturgy Generación se refiere al tipo infractor.

El tipo infractor imputado (artículo 65.33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre) consiste en *“La manipulación del precio de los servicios de ajuste por parte de un agente del mercado mediante la realización de ofertas a precios excesivos, que resulten dispares de forma no justificada de los precios ofertados por el mismo en otros segmentos del mercado de producción”*.

En sus alegaciones, Naturgy Generación cuestiona que concurren ciertos elementos del tipo: la “manipulación”, el carácter “excesivo” del precio al que se hacen las ofertas de restricciones (al respecto de lo cual, Naturgy Generación esgrime varios argumentos), y la “no justificación” de la disparidad que hay entre los precios de restricciones técnicas y los precios del mercado diario.

QUINTO.7.2. Alegaciones realizadas sobre la manipulación.

Naturgy Generación afirma que *“En concreto, respecto del primero [de los elementos definidores del tipo], la manipulación, la propuesta simplemente ignora que exista como elemento separado del tipo”*. Naturgy Generación reprocha a la propuesta de resolución no realizar ninguna valoración acerca del aspecto de la manipulación que debería estar presente en la conducta imputada, y recuerda que este aspecto, de acuerdo con la normativa de mercado y la jurisprudencia, consiste en la presencia de indicios falsos o engañosos, en la concurrencia de una maquinación, o en la presencia de algún elemento ficticio, de artificio o fraude.

A juicio de esta Sala, es diferente el caso en que el tipo infractor consista, sin más, en una referencia al concepto de manipulación (que, por tanto, es un concepto que debe ser integrado) del caso en que la conducta manipuladora del mercado se encuentra ya definida en el propio tipo, como sucede con el artículo 65.33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

En efecto, una cosa es el tipo infractor previsto en el artículo 64.38 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, como infracción muy grave (*“Cualquier manipulación*

tendente a alterar el precio de la energía eléctrica por parte de cualquier sujeto”), y otra cosa es el tipo previsto en el artículo 65.33, en que la conducta manipuladora está ya descrita como un supuesto específico de manipulación, que se ha considerado oportuno tipificar como grave (“La manipulación del precio de los servicios de ajuste por parte de un agente del mercado mediante la realización de ofertas a precios excesivos, que resulten dispares de forma no justificada de los precios ofertados por el mismo en otros segmentos del mercado de producción”). Esta manipulación específica afecta al mercado de los servicios de ajuste, y consiste en la realización de ofertas a precios excesivos, que resulten dispares de forma no justificada respecto de los precios ofertados a otros segmentos del mercado.

El precepto determina que esa conducta (ofertar a restricciones técnicas a precios excesivos, que resulten dispares de forma no justificada respecto de los precios ofertados a otros segmentos del mercado) es, de por sí, una manipulación.

Hay que indicar que, en realidad, en esa conducta, en sí misma, concurren los elementos propios de la manipulación, pues, no obstante actuar un sujeto en el marco del normal desarrollo del mercado, persigue en el fondo atentar contra los principios fundamentales del mercado, pues va a marcar un precio excesivo frente al que habría resultado de un entorno más competitivo, y se va a aprovechar de esa circunstancia para obtener un beneficio que, de otra forma, no hubiera obtenido.

La tipificación de esta infracción fue introducida en el anteproyecto de ley del sector eléctrico a propuesta de la anterior Comisión Nacional de Energía, y se basaba -como indicaba la CNE en el informe emitido al respecto de dicho anteproyecto- en *“la distinta tipología de conductas detectadas en el mercado de producción de energía eléctrica en el ámbito de la función supervisora del mercado de este Organismo”*⁸, obedeciendo a la necesidad de impedir este tipo de conductas, que se producían en el segmento de restricciones técnicas, en el cual, por sus características (necesidad del sistema de la programación de unas centrales con determinadas propiedades o con una ubicación concreta), se resuelven en un entorno menos competitivo. Cabe indicar que, consciente de esta situación que se producía al respecto de las restricciones técnicas, ya el Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico, advertía en su preámbulo de la necesidad de que la CNE estuviera vigilante del comportamiento en este mercado, *“en aras de detectar la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia”*, pudiendo recabar información sobre *“los costes incurridos en la prestación del servicio”*, para

⁸ Informe 16/2013 de la CNE sobre el anteproyecto de ley del sector eléctrico (página 114): <https://www.cnmc.es/expedientes/informe-cne-0162013>

conocer la justificación de las ofertas que se realizaban; en consonancia con lo cual, el apartado octavo del anexo del Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, atribuía a la CNE esta potestad de recabar información y preveía la colaboración, en su caso, del entonces Servicio de Defensa de la Competencia.

La introducción en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del tipo infractor indicado permite proscribir actuaciones como la que es objeto del presente procedimiento.

QUINTO.7.3. Alegaciones realizadas sobre el exceso del precio de las ofertas sobre costes variables.

Naturgy Generación indica en sus alegaciones que es legítimo que los costes fijos puedan ser recuperados a través del segmento de restricciones, y que la propia CNMC habría admitido este planteamiento cuando, en la sanción impuesta al propio Naturgy Generación el 14 de mayo de 2019 (procedimiento SNC/DE/175/17), razonó que, *“después del mercado diario, las centrales pueden acudir a otros mercados posteriores para proporcionar servicios al operador del sistema, cuya retribución también contribuye a la recuperación de sus costes fijos”*.

En este sentido, Naturgy Generación insiste en que el concepto de precio excesivo no puede estar determinado en función de los márgenes sobre los costes variables, y destaca que la central de Sabón 3 ha estado muy lejos de obtener unos ingresos superiores a los necesarios para obtener una rentabilidad razonable. Afirma, en este sentido que **[CONFIDENCIAL]**.

Frente a esta alegación de Naturgy Generación hay que indicar, como ya se señaló en el acuerdo de actuaciones complementarias, que la imputación realizada no consiste en haber hecho ofertas de restricciones técnicas cuyo valor supere los costes variables de la central. Lo que se imputa es que la evolución de sus ofertas de restricciones técnicas es dispar a la evolución de sus ofertas en el mercado diario y que ello se debe al propósito de aprovecharse de las circunstancias de mercado propias de la zona de Galicia, ofertando en situaciones de menor competencia a precios excesivos con el fin de obtener unos ingresos superiores por restricciones técnicas.

En este contexto, el carácter excesivo que tiene el precio al que Naturgy Generación realiza estas ofertas de restricciones técnicas (en las situaciones 2 y 3, en las que hay menor entorno de competencia) se evidencia, por su comparación con las ofertas de restricciones que el propio imputado realiza (cuando está en un entorno más competitivo) con la central de que se trata: las ofertas de restricciones de Sabón 3 a las que se refiere la imputación son excesivas respecto de las que esta empresa realiza cuando está en un entorno de competencia (la situación 1), pues, en este caso (situación1), el valor de las

ofertas de restricciones son de media sólo un 34% superiores al mercado diario mientras que las ofertas de restricciones en las situaciones 2 y 3 son, de media, un 95% superiores a las ofertas del mercado diario.

Finalmente, y aunque ya se ha señalado que éste es un aspecto secundario, cabe indicar que, tomando en consideración los sobreingresos que los restantes ciclos combinados han obtenido en 2019-2020, la central de Sabón 3 es la que mayores sobreingresos obtiene.

QUINTO.7.4. Alegaciones realizadas sobre la justificación del horizonte temporal analizado.

Naturgy Generación alega que la justificación de la disparidad entre las ofertas al mercado diario y las ofertas de restricciones técnicas está en el carácter marginalista que tiene el mercado diario frente a la regla *pay as bid* que rige para restricciones técnicas, permitiendo a este respecto a la empresa la recuperación de sus costes fijos. Añade, además, Naturgy Generación que valorar la justificación de la disparidad de las ofertas (entre mercado diario y restricciones técnicas) exige considerar un horizonte temporal superior al examinado por la CNMC (años 2019 y 2020). Al respecto del período objeto de imputación, indica además que *“Nos llama poderosamente la atención que la Solicitud de Información abarcaba el periodo 2019 y 2020 pero más tarde, la Propuesta impute una presunta conducta de manipulación de precios en las ofertas de la Central en el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2019 y el 31 de diciembre de 2020, sin que ni mínimamente se indique la razón para analizar solo ese periodo”*.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Naturgy Generación expresa que, para comprobar el carácter excesivo de una oferta deberían considerarse espacios en el tiempo más extensos, cuestionando la consistencia del período temporal objeto de la imputación.

El período objeto de imputación abarca las anualidades de 2019 y 2020. Ha de indicarse que en 2017 y 2018 no se ha observado este comportamiento con la central de Sabón 3, dado que el despacho de las centrales de carbón de la zona en el mercado diario -en el aquel momento más económicas-, resultaba habitual. La propia documentación aportada por Naturgy Generación (presentación de **[CONFIDENCIAL]**) pone de relieve el prácticamente nulo funcionamiento de Sabón 3 durante dicha anualidad (148 horas a plena carga), razón por lo que la imputación no comprendía la misma:

[CONFIDENCIAL]

En cuanto a por qué la imputación quedó concretada a partir del 23 de marzo de 2019, ello ya se explicaba en la propuesta de resolución (ver folio 529 del

expediente administrativo), y se debe a que en los días de 2019 previos de esa fecha la central de Sabón 3 no resultó despachada por restricciones técnicas. Los días previos a esa fecha, tal y como se indica en los Antecedentes, la central de Sabón 3 no resultó despachada por restricciones técnicas al no ser necesaria por resultar despachada la central de carbón Puentes García Rodríguez en el mercado diario y en restricciones. A partir de esa fecha, el coste de producción con carbón pasa a ser superior al coste de producción de un ciclo combinado, alterándose el orden de mérito, por lo que las centrales de carbón dejan de resultar despachadas en el mercado.

En cuanto a la anualidad de 2021, Sabón 3 sí lleva a cabo una actividad considerable de producción, pero no se produce una divergencia excesiva entre sus ofertas de restricciones y de mercado diario, como pone de relieve también la propia información aportada por Naturgy Generación (informe de **[CONFIDENCIAL]**), razón por la que esta anualidad de 2021 también fue excluida de la imputación:

[CONFIDENCIAL]

QUINTO.8. Valoración final.

Tras el análisis de las circunstancias producidas y las alegaciones y consideraciones realizadas, a juicio de esta Sala, cabe recapitular lo siguiente:

El tipo infractor imputado consiste en *“la realización de ofertas a precios excesivos, que resulten dispares de forma no justificada de los precios ofertados por el mismo en otros segmentos del mercado de producción”*.

En el tipo concurren los elementos de “exceso”, “disparidad” y “no justificación”.

La disparidad (entre la evolución de las ofertas de restricciones y la de las ofertas del mercado diario de Sabón 3) es un hecho notorio y no admite discusión. El propio informe de **[CONFIDENCIAL]** aportado por Naturgy Generación reconoce este hecho (si bien considera que concurre justificación para esa disparidad):

- *“En primer lugar, la disparidad entre las ofertas presentadas por Sabón al Mercado Diario y al mercado de Restricciones Técnicas están justificadas.”* (Folio 703 del expediente.)
- *“La disparidad de precios entre la Situación 1 y las Situaciones 2 y 3 que alega la CNMC viene justificada por (i) el contexto competitivo en distintos momentos en el tiempo, y (ii) la necesidad de que la central recupere sus costes fijos y de inversión, con una rentabilidad razonable.”* (Folio 720.)

- *“Por lo tanto, estos análisis nos permiten concluir que la disparidad de precios en el mercado de Restricciones Técnicas y en el Mercado Diario observada por la CNMC en las Situaciones 1, 2 y 3, son consistentes con la teoría económica.” (Folio 723.)*

El carácter excesivo que tienen las ofertas de restricciones a que se refiere la imputación se evidencia, en primer término, por el hecho de ser esas ofertas (en la situación 2 y 3, a que se refiere la infracción imputada) el doble de las del mercado diario (ser, en concreto, un 95% mayores que las del mercado diario, como indica el Hecho Probado Tercero), y, ante todo, se evidencia por el hecho de que divergen de las propias ofertas de restricciones de Sabón 3 cuando esta central está en una situación de mayor competencia (situación 1, relativa a los momentos en que las ofertas de restricciones tan sólo son, de media, un 34% mayores que las del mercado diario).

Finalmente, la falta de justificación queda acreditada cuando se comparan las propias ofertas de Sabón 3 en las situaciones de mayor competencia y en las situaciones de reducida competencia, y se observan esos mayores precios de las ofertas (hasta un 98% más), sin que se hayan observado, ni alegado, circunstancias anómalas de mayores costes de combustible u otros costes de la central en esos mismos periodos que podrían haber requerido mayores precios para cubrir costes. La única pretendida justificación por parte de Naturgy Generación es la recuperación de alegadas pérdidas pasadas, algo que puede parecer razonable, pero que si se hace mediante una conducta como la presente, recurriendo a una manipulación de los precios que le permitía el hallarse en una situación de falta de competencia en el mercado, resulta completamente ilícito, pues infringe de pleno el artículo 65.33.

Esta conducta del imputado (consistente en realizar esas ofertas excesivas y dispares de restricciones), que busca incrementar sus ingresos sirviéndose de las circunstancias de la zona de Galicia, es una manipulación de mercado, que está prohibida y se encuentra sancionada por el artículo 65.33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

Hay que indicar que la divergencia que hay entre las ofertas de restricciones de Sabón 3 según el momento de competitividad en que se encuentre la zona de Galicia es también un hecho que está reconocido en el informe de **[CONFIDENCIAL]**:

Lo que pretendería ese informe, aportado por Naturgy Generación, es dar una cierta normalidad a esa disparidad de ofertas de restricciones, y aun al aprovechamiento, por medio de la misma, de las circunstancias de reducida competencia en la zona. Se afirma, así, **[CONFIDENCIAL]**

Una actuación como la realizada con Sabón 3 no puede admitirse, porque está sancionada por el tipo infractor previsto, y porque es una actuación claramente lesiva de los principios en los que se sostiene el mercado.

SEXTO. SANCIÓN QUE SE IMPONE.

El artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, prevé, en su apartado 1, una multa no inferior a 600.000 euros, ni superior a 6.000.000 euros por la comisión de una infracción grave; si bien indica en su apartado 2 que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Dicho límite máximo del artículo 67.2 se concreta en el presente caso en la cifra de 21.289.800 euros, dado que la cifra de negocios de Naturgy Generación, S.L.U. es de 212.898.000 euros, según resulta de sus cuentas anuales depositadas en el registro mercantil de Madrid correspondientes al ejercicio 2021.

Por su parte, el artículo 67.4 de la Ley del Sector Eléctrico establece que la cuantía de la sanción a imponer dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción.

Por su parte, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 29, *Principio de proporcionalidad*, establece en su

apartado 2 que *“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”*, siendo ésta una regla que conduce al necesario análisis del beneficio obtenido como consecuencia del comportamiento analizado.

Asimismo, el apartado 3 del mismo artículo 29 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, establece que, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas, se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. Añade que la graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

Atendiendo a las circunstancias indicadas, tanto en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se tiene en cuenta, de forma particular, lo siguiente:

- Intencionalidad: La sociedad Naturgy Generación participa en grado de autora de la infracción cometida, con pleno conocimiento e intencionalidad.

Partiendo del conocimiento de la situación de seguridad de suministro en la zona de Galicia y de la alta probabilidad de ser despachado para resolver las restricciones técnicas de esa zona, Naturgy Generación adopta una estrategia de ofertas consciente y deliberada, basada en la realización de ofertas a precios excesivos, orientada a lograr un beneficio en el mercado de restricciones técnicas.

- Duración de la infracción y beneficio obtenido: Tal y como se refleja en el Hecho Probado Cuarto, y debido a la persistencia en el tiempo de la conducta (en el período entre el 23 de marzo de 2019 y el 31 de diciembre de 2020), Naturgy Generación obtiene un beneficio de 43,2 millones de euros.

Atendidas las anteriores circunstancias se considera oportuno imponer la multa de seis millones (6.000.000) de euros, que fue propuesta por la Dirección de Energía.

SÉPTIMO. MEDIDAS ADICIONALES.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69.1.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre: *“Cuando no sea posible la restitución de las cosas o reponerlas a su estado natural, indemnizar los daños irreparables por cuantía igual al valor de los bienes destruidos o el deterioro causado, así como los perjuicios ocasionados, en el plazo que se fije”*, procede aplicar medidas adicionales, que permitan compensar a la demanda por el daño ocasionado con esta conducta ilícita.

La estrategia desarrollada con Sabón 3 le ha permitido a Naturgy Generación la obtención de un beneficio extraordinario estimado en 43,2 millones de euros, tal y como se muestra en el Hecho Probado Cuarto. Este beneficio ha supuesto un incremento, en igual cuantía, del coste que ha representado el proceso de restricciones técnicas para la demanda –esto es, para los comercializadores que compran la energía en el mercado para suministrar a los consumidores de electricidad o para los grandes consumidores que compran directamente en el mercado -, durante el periodo de estudio. No obstante, a efectos del cálculo de la compensación a la demanda, atendiendo a las alegaciones de Naturgy, la cuantía anterior quedaría reducida a 35,5 millones de euros, considerando el impacto de los efectos indicados en el Fundamento Jurídico Quinto.5.

Con este objeto indemnizatorio, se requiere a la empresa para que aporte al Operador del Sistema la cuantía del importe estimado de 35,5 millones de euros, repartido en 22 cuotas mensuales en los 22 meses siguientes al tercer mes posterior al de la aprobación de esta resolución (equivalente a los 22 meses de duración de la infracción), para que el Operador del Sistema incorpore dichas cuantías en las liquidaciones considerando el importe recibido en el mes M como un menor coste de restricciones técnicas para la demanda en el mes M+1.

Considera Naturgy Generación que esta medida adicional (que ya se contemplaba en la propuesta de resolución) constituye una sanción encubierta, y, al respecto de la compensación que establece, presenta además falta de identidad entre los participantes del mercado que quedaron afectados y los que serán beneficiarios de la medida.

Frente a lo que alega el imputado, ha de aclararse que la sanción, de carácter punitivo, se impone por la cuantía de 6 millones de euros, y en consecuencia habrán de ser ingresados en el Tesoro. Por el contrario, el reembolso de 35,5 millones de euros que demanda la presente resolución, de carácter indemnizatorio, se sigue de la aplicación del artículo 69.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que exige a la Administración sancionadora establecer medidas de reparación del daño ocasionado, y, si ello no fuera posible, imponer su indemnización:

“Además de imponer las sanciones que en cada caso correspondan, la resolución del procedimiento sancionador declarará la obligación de:

a) Restituir las cosas o reponerlas a su estado natural anterior al inicio de la actuación infractora en el plazo que se fije.

b) Cuando no sea posible la restitución de las cosas o reponerlas a su estado natural, indemnizar los daños irreparables por cuantía igual al valor de los bienes destruidos o el deterioro causado, así como los perjuicios ocasionados, en el plazo que se fije.

c) Reintegrar las cantidades indebidamente percibidas en aquellos casos en que la comisión de la infracción haya supuesto la percepción de una retribución regulada que no debería haberle sido de aplicación.”

En este caso, el daño está concentrado en el segmento del mercado de restricciones técnicas, cuyas liquidaciones practica el Operador del Sistema. Es evidente que no resulta posible rehacer todas las liquidaciones del período 23 de marzo de 2019 – 31 de diciembre de 2020. Tampoco tiene sentido contemplar una indemnización a quienes en tales liquidaciones intervinieron (y en la medida en que lo hicieran), pues cabe razonablemente suponer que los agentes de que se trata internalizarían el daño como sobrecoste y procederían a su repercusión. En cualquier caso, no competiría a la CNMC tutelar el daño particular de un agente en sus intereses privados, pero sí el daño que afecta al sistema en su conjunto y a las liquidaciones que se realizan en el mismo. En este sentido, el daño, concentrado en el segmento de restricciones, es un daño que en definitiva ha soportado la demanda, y, por ello, lo que procede es la aportación de esas cantidades como ingresos que permitirán indemnizar a la demanda por el sobre coste soportado como consecuencia de las actuaciones ilícitas del sancionado.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que NATURGY GENERACION S.LU. es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.33 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de las ofertas realizadas al mercado de restricciones técnicas por la producción de la central térmica Sabón 3 en el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2019 y el 31 de diciembre de 2020.

SEGUNDO. Imponer, a la citada sociedad, una sanción consistente en el pago de una multa de 6.000.000 euros por la comisión de la citada infracción grave.

TERCERO. Requerir a la citada sociedad que aporte al Operador del Sistema 35,5 millones de euros, repartidos en cuotas mensuales iguales en los veintidós meses siguientes al tercer mes posterior al de la aprobación de esta resolución, por los daños causados a la demanda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69.1.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, para su posterior incorporación en sus liquidaciones de la operación del sistema.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a NATURGY GENERACIÓN, S.L.U.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.