

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A GESTERNOVA S.A. POR LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS CON VALORES ANORMALES ALTERANDO INDEBIDAMENTE EL DESPACHO DE LAS UNIDADES DE GENERACIÓN O LA CASACIÓN DEL MERCADO DURANTE EL PERIODO 01 DE ENERO DE 2022 – 31 DE MARZO DE 2023.

(SNC/DE/040/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 31 de octubre de 2024

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Comunicación a la CNMC del Operador del Sistema Español, REE, manifestando que de enero a marzo de 2022 se han programado en PDBF una gran cantidad de energía de unidades de oferta de venta con tecnología fotovoltaica durante horas nocturnas.

Con fecha 23 de marzo de 2022 el Operador del Sistema Eléctrico Español (red Eléctrica de España, S.A., REE), en el marco de su proceso de seguimiento de los mercados, traslada una comunicación a esta Comisión en la que manifiesta que en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2022 y el 17 de marzo de 2022 se han programado en el Programa Diario Base de Funcionamiento (PDBF¹) durante horas nocturnas un total de 64.127,4 MWh de unidades de oferta de venta con tecnología fotovoltaica, concretando estos horarios a los programas horarios de H1 a H7 y H21 a H24. Asimismo, indica que la mayor

¹ El PDBF es conocido como el conjunto de transacciones de energía casadas en el mercado diario eléctrico y los contratos bilaterales físicos

parte de estos programas han sido deshechos después en los mercados intradiarios, mayoritariamente en las subastas intradiarias y en menor medida en el mercado intradiario continuo, quedando una programación al final del día (P48²) casi nula o muy reducida en muchas de las horas. Por otro lado, manifiesta que el participante de mercado que acapara mayoritariamente esta actuación ha sido Gesternova (92,7% del total).

Por último, REE expresa que esta actuación estaba teniendo las siguientes implicaciones:

- Programas PDBF de entrega de energía no factibles que incrementan los requerimientos de reserva de potencia a subir al ser la energía fotovoltaica programada muy superior a la prevista en esos periodos nocturnos.
- En los casos en los que se mantienen en el P48 programas de entrega de energía de unidades de programación fotovoltaicas en periodos nocturnos, se podrían producir desvíos que, en caso de no poder ser compensados por sus correspondientes BRPs³, incrementan las necesidades de movilización de energías de balance a subir.
- Posible distorsión del precio del mercado diario e intradiario. En 65 de las horas nocturnas del periodo analizado (6% del total de horas nocturnas) estas ofertas de venta de energía fotovoltaica han llegado a marcar el precio marginal resultante de la casación de ofertas.

Tras la comunicación, esta Comisión solicitó al Operador del Mercado eléctrico español, OMIE, que realizara un estudio de la participación en los mercados diario e intradiario, en periodo nocturno, de las unidades de oferta de venta basadas exclusivamente en tecnología solar fotovoltaica con objeto de verificar su actuación en 2022.

SEGUNDO. Respuesta del Operador del Mercado español, OMIE, a la petición de información sobre la participación en el mercado diario e intradiario, en periodos nocturnos, de las unidades de oferta de venta compuestas exclusivamente por unidades fotovoltaicas.

Con fecha 6 de mayo de 2022 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados el informe de OMIE “Análisis de participación de las unidades de oferta compuestas exclusivamente por instalaciones fotovoltaicas”. En éste, se concluye que:

- Hay un volumen significativo de ofertas de venta en el mercado diario de unidades de tecnología solar fotovoltaica en periodos nocturnos.

² Programa horario operativo (P48). Es el programa operativo de unidades de programación correspondientes a ventas y adquisiciones de energía en el sistema eléctrico peninsular español que incorpora el resultado de todas las asignaciones y redespachos de programa aplicados por el operador del sistema hasta su publicación, 15 minutos antes del inicio de cada hora.

³ Sujeto de liquidación responsable del balance, por sus siglas en inglés

- En caso de resultar casadas dichas ofertas, los sujetos anulan posteriormente sus programas en los mercados intradiarios, principalmente en las subastas intradiarias, con mayor tiempo previo a la entrega de la energía.
- El volumen negociado supone un significativo beneficio económico por el arbitraje entre mercados, pero no tiene impacto significativo en el funcionamiento del mercado diario e intradiario, no determinando ni el precio ni los volúmenes en estos.

El volumen de estos arbitrajes ha presentado una senda creciente en los últimos años, alcanzando valores relevantes en 2022⁴, si bien los datos ofrecidos por OMIE sólo representaban 3 meses del año del 01 de enero de 2022 al 31 de marzo de 2022. Los datos se dividían en volumen negociado en el periodo nocturno 1 (de H1 a H7 u 8 dependiendo del mes) y periodo nocturno 2 (desde H18, H20 o H21 hasta final del día dependiendo del mes). Sin embargo, a pesar de que sólo habían transcurrido 3 meses del año, la energía de Gesternova representaba aproximadamente más del 50 % de la que había programado en horario nocturno durante 2021.

Asimismo, indica que las dos unidades de oferta con mayor volumen de energía programada en el mercado diario en periodos nocturnos durante el primer trimestre de 2022, fueron GESTVD2 y GESVD22, ambas unidades representadas por el agente Gesternova.

TERCERO. Requerimiento de información

En el marco del expediente CNS/DE/837/22, seguido en esta Comisión con objeto de supervisar el funcionamiento del mercado peninsular mayorista de electricidad, 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 15 de junio de 2022- a Gesternova la siguiente información, relativa al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2022 y la fecha de recepción del requerimiento, para las unidades de oferta de tecnología solar fotovoltaica GESTVD2 y GESVD22:

- 1) Unidades físicas: Identifique las instalaciones concretas asociadas con las unidades de oferta citadas. Especifique la tecnología de cada una de ellas, así como si dichas instalaciones incorporan algún módulo de almacenamiento y, en su caso, las características y la capacidad de dicho almacenamiento.
- 2) Producción en horario nocturno: Justifique la producción programada por las unidades de oferta anteriormente indicadas en el programa diario base

⁴ Relevante en el sentido de tener entidad suficiente para impactar en el despacho de energía, desplazando a otras instalaciones, así como en las necesidades de reserva.

de funcionamiento (ventas realizadas al mercado diario y/o nominación diaria, en su caso, de contratos bilaterales) para los periodos horarios de programación 1 a 8 y 18 a 24.

- 3) Transacciones para anulación del programa: Justifique las recompras del programa de las unidades en los mercados intradiarios (subastas y continuo), para los periodos horarios de programación 1 a 8 y 18 a 24, indicando de manera expresa si en el caso de las recompras se deben a una indisponibilidad o a un error de previsión. Esto último con un desglose al menos diario.
- 4) Precios de oferta: Detalle de los componentes que han servido para calcular el precio de los diferentes bloques de las ofertas presentadas, en su caso, al mercado diario por las referidas unidades de oferta en los periodos citados.

CUARTO. Información recibida de Gesternova.

Con fecha 8 de julio de 2022 se recibió en la CNMC la contestación al requerimiento de información:

La empresa aportó contestación como a continuación se describe de cada una de las cuestiones planteadas:

- 1) Unidades físicas:
 - Unidad de Oferta GESTVD2: confirman que es una unidad de oferta asociada a una única unidad de programación, FYGESTE, que agrupa 8651 instalaciones, todas ellas de tecnología fotovoltaica. Además, se indica que no tienen constancia de que ninguna de las instalaciones disponga de módulo de almacenamiento.
 - Unidad de Oferta GESVD22: confirman que es una unidad de oferta asociada a una única unidad de programación, FDRODRI, que dispone de una única instalación de tecnología fotovoltaica. Además, indican que no tienen constancia de que esta instalación disponga de módulo de almacenamiento.

Asimismo, Gesternova adjunta un fichero TXT en el que se relacionan las unidades de oferta, unidades de producción y código CIL de las instalaciones.

- 2) Producción en horario nocturno: Como respuesta a esta cuestión, Gesternova adjunta un fichero Excel en el cual se relaciona el detalle horario de los programas casados en mercado y sistemas de contratación bilateral, discriminando para cada periodo horario si la energía programada, en función de las proyecciones efectuadas, esperaban que

se produjera, o, en caso contrario, si la energía casada es superior a lo que esperaban que se produjera.

Tras la revisión de esta información, esta Comisión constata que todos los programas horarios, exceptuando los que se encontraban cercanos a las horas del amanecer y del atardecer, se corresponden a la situación en la que la energía programada en mercado diario era superior a la que se esperaba que se produjera.

- 3) Transacciones para anulación del programa: En respuesta a esta petición, Gesternova aportó un fichero Excel en el que se relaciona el detalle horario de las transacciones para la anulación de programa (recompras) para cada periodo horario de programación requerido. Se indica en dicho fichero las horas que están asociadas a una indisponibilidad o a un error de previsión.
- 4) Precios de oferta: En respuesta a esta cuestión, Gesternova argumenta que *“en ninguno de los casos de las ofertas en horario nocturno se ha producido una indisponibilidad o un error de previsión”*, ya que *“el desbalance que se puede ocasionar en el mercado diario como consecuencia de oferta de instalaciones fotovoltaicas en periodos en los que no han producido, ha sido balanceado con mecanismos válidos de mercado acudiendo al mercado intradiario”*. En este sentido la empresa arguye que [NO PUBLICABLE].

Por otro lado, Gesternova defiende que es una actuación lícita, válida, normal y habitual en las gestiones de cartera que se hacen por las unidades de oferta. Arguye, en este sentido, que el derecho comunitario y la regulación del mercado interior de la electricidad en Europa defienden la necesidad de maximizar las oportunidades de los participantes en el mercado.

QUINTO. Actualización del informe “Análisis de participación de las unidades de oferta compuestas exclusivamente por instalaciones fotovoltaicas” del Operador del Mercado español, OMIE para considerar todo el periodo desde el 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023.

Con objeto de analizar si la actuación de Gesternova había cesado o continuado en el resto del año 2022 y en el inicio del año 2023, la CNMC requirió al Operador del Mercado español la actualización del informe “Análisis de participación de las unidades de oferta compuestas exclusivamente por instalaciones fotovoltaicas” para que incluyera los datos de todo el año 2022 y el inicio del año 2023, hasta el 31 de marzo.

Con fecha 21 de abril de 2023 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados el informe de OMIE “Análisis de participación

de las unidades de oferta compuestas exclusivamente por instalaciones fotovoltaicas”, ampliación de la información. En éste, se actualizan los horarios en los que se considera horario nocturno o no, ampliando en una hora los periodos con radiación solar.

Según el informe de OMIE, Gesternova mantuvo su actuación durante todo del periodo de 2022, si bien decreció su ritmo de utilización desde el 31 de marzo de 2022. También se constata cómo en el inicio de 2023, del 1 de enero al 31 de marzo, su actuación en el periodo nocturno 2 es similar al del año 2022.

SEXTO. Incoación del expediente 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 13 de junio de 2023, la incoación de expediente sancionador contra la sociedad Gesternova en su condición de representante en mercado de las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22 como persona jurídica presuntamente responsable de la infracción que en el mismo se especificaba en los siguientes términos:

- *II.- Los hechos que motivan la incoación del presente procedimiento radican en la presunta presentación de ofertas con valores anormales en mercado diario, puesto que en horas nocturnas ofertan la venta de una energía no disponible, ya que no pueden ni producirla ni disponen de un sistema de almacenamiento que permita trasladar su producción de energía a esas horas.*
- *En particular, la conducta imputada a Gesternova, S.A. es la presentación de ofertas anormales alterando el despacho del mercado diario, ya que al ser programadas GESTVD2 y GESVD22, desplazan otras unidades de oferta que podrían haber resultado despachadas con disponibilidad real para la producción de energía en esas horas. Esta conducta se habría ejecutado intencionadamente por parte de la empresa aprovechando las circunstancias de mercado para obtener un beneficio económico gracias al diferencial entre el precio de venta del mercado diario y el precio de recompra de los mercados intradiarios.*
- *Adicionalmente, la presencia en el PDBF⁵ de programas de entrega de energía no factibles, como consecuencia de la conducta imputada, provoca el incremento de los requerimientos de reserva de potencia a subir. Asimismo, en los casos en que el sujeto no consiguió anular*

⁵ El Programa diario base de funcionamiento, es el punto de partida para que el operador del sistema determine, en el proceso de resolución de restricciones técnicas, la factibilidad de los flujos en la red, así como la suficiencia de reserva disponible para garantizar una operación segura del sistema.

completamente su programa no factible, se habrían incrementado los desvíos, y con ellos, se habría alterado el coste de balance que soportan los Sujetos Responsables del Balance.

- *Esta conducta se le imputa durante el periodo comprendido entre 1 de enero de 2022 y 31 de marzo de 2023.*

Este presunto comportamiento se precalificaba en el acuerdo de incoación como una infracción grave establecida en el artículo 65.34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que tipifica «*La presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado*».

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 14 de junio de 2023, confiriendo a la misma un plazo de 15 días para formular alegaciones, aportar documentos o informaciones que estimase convenientes, y en su caso, proponer y practicar prueba.

SÉPTIMO. Escrito de alegaciones de Gesternova

Con fecha 5 de julio de 2023 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Gesternova, mediante el que formula alegaciones al acuerdo de incoación que, en síntesis, son las siguientes:

En primer lugar, argumenta que la actuación realizada por Gesternova es consecuencia de *la gestión de su cartera o “portfolio” energético de la forma que ha considerado más óptima*. En este sentido argumenta que Gesternova, al igual que otros agentes del mercado, *apreció la existencia de un diferencial entre el mercado diario e intradiario, surgido por la situación de oferta y demanda de cada mercado*. Por ello, *Gesternova ha internalizado los beneficios y costes de este diferencial existente, aprovechando así esta ineficiencia de mercado*.

A ese respecto, arguye que *la operativa realizada es válida, legal y acorde con las reglas que rigen los mercados diario e intradiario*, establecida en la Resolución de 23 de febrero de 2023 de la CNMC (“Reglas de Mercado”) o a los procedimientos de operación de Red Eléctrica de España (REE). De hecho, argumenta que las ofertas realizadas no infringen ninguna de estas dos normas.

Asimismo, expone que *la explotación del diferencial de precios entre los mercados diarios e intradiarios es una práctica histórica ampliamente extendida y ya conocida por OMIE*, basándose en los resultados del informe elaborado por OMIE (referido al documento del Antecedente de Hecho Segundo). En relación con esto argumenta que *OMIE y la CNMC conocían esta práctica y no han desarrollado actuaciones al respecto*.

Igualmente, argumenta que la actuación de Gesternova *no ha tenido impacto en el funcionamiento de los mercados ni ha producido perjuicios a los consumidores y competidores*. Para defender este argumento Gesternova se basa en el informe de OMIE, Antecedente de Hecho Segundo, donde se expone que *“El volumen negociado [...] está muy alejado de tener un impacto significativo en el mercado diario e intradiario, no determinando el precio ni los volúmenes en éstos”*. En este sentido arguye que *la conducta de Gesternova de aprovechamiento del diferencial de precios está lejos de producir efectos significativos en el mercado, podríamos considerar que tiende a generar dos efectos positivos: la progresiva disminución del precio del mercado diario, así como la reducción del desacople o diferencia existente entre los precios del mercado diario e intradiario*.

Por otro lado, argumenta que, sin perjuicio de la legalidad de su actuación, Gesternova ha dejado de formular ofertas en los periodos nocturnos desde el requerimiento de información de la CNMC, es decir desde junio de 2022.

En segundo lugar, alega que el Acuerdo de la CNMC ha vulnerado diversos principios básicos que rigen el Derecho Administrativo Sancionador, en concreto, los principios de tipicidad, antijuricidad, presunción de inocencia y proporcionalidad, que en resumen se basan en:

- Vulneración del principio de tipicidad: Gesternova arguye que no concurre ninguno de los dos elementos que conforman el tipo infractor. Argumenta que el tipo infractor del artículo 65.34 de la Ley 24/2013 exige la concurrencia de dos elementos (1) *la presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados* y (2) *que la conducta tenga por objeto alterar indebidamente el despacho de unidades de generación o la casación del mercado*:
 - o Gesternova defiende que *no concurre el elemento (1) ya que el carácter “anormal” o “desproporcionado” se desprende del valor de las ofertas efectuadas, no de las ofertas en sí*. En este sentido, explican que sus ofertas han sido realizadas *con unos valores normales y proporcionados comparados con el de otras instalaciones*, lo que queda demostrado *ya que han sido casadas en mercado diario*. Afirma, que *las ofertas han sido razonables y lógicas desde el punto de vista de mercado, pues en todo caso los desbalances en el mercado diario por las ofertas en periodos nocturnos se han balanceado con mecanismos válidos de mercado acudiendo al mercado intradiario para aportar la energía necesaria*.
 - o Gesternova defiende que no concurre el elemento (2) puesto que *el tipo consiste en un comportamiento finalista, que requiere expresamente la intencionalidad del presunto infractor para alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación*. Gesternova arguye que *la CNMC parece confundir el elemento*

finalista del tipo con el resultado de la actuación infractora. En este sentido, argumenta que Gesternova ha aprovechado un diferencial de precios, como hacen todos los agentes de mercado, esa era la única finalidad.

- Vulneración del principio de antijuricidad: Gesternova arguye que *esta actuación no es contraria al ordenamiento jurídico puesto que ha obrado en todo momento con estricta sujeción a las reglas que rigen los mercados diarios e intradiarios.*
- Vulneración del principio de inocencia de Gesternova argumentando que *la CNMC ha planteado la conducta en términos puramente hipotéticos y no ha desplegado pruebas de cargo para acreditar los hechos imputados.*
- Subsidiariamente, la vulneración de la aplicación del principio de proporcionalidad, *que exige la imposición de sanción en su grado inferior.* Gesternova argumenta que concurren varios criterios previstos en el artículo 67.4 de la Ley 24/2013, sobre la graduación de las sanciones, que es preciso considerar para la determinación de la sanción como son:
 - o *la conducta de Gesternova no ha afectado la continuidad y regularidad del suministro,*
 - o *no ha habido alteración del precio ni de las condiciones de mercado, por lo que, en todo caso debe considerarse la ausencia de perjuicios en el mercado,*
 - o *la actuación de Gesternova ha tenido un efecto neutro sobre el mercado,*
 - o *sobre la intencionalidad, Gesternova no ha sido consciente en ningún momento de la antijuricidad de su conducta y no tenía intención de cometer la infracción que presuntamente se le atribuye.*
 - o *Adicionalmente, tras el requerimiento de información de la CNMC de junio de 2022, Gesternova ha dejado de ofertar con tecnología fotovoltaica en las horas no solares.*
 - o *No puede apreciarse reincidencia en la conducta.*

En tercer lugar, argumenta que, sin perjuicio de que se trata de un elemento que no forma estrictamente parte del tipo, la CNMC ha imputado a Gesternova que la presencia en el PDBF de programas de energía no factibles, provoca el incremento de los requerimientos de reserva de potencia a subir, y en su defensa destacan que *su actuación tampoco ha provocado el incremento de requerimientos de reserva a subir ni se ha hecho necesario acudir a los sistemas de ajuste.* En este sentido argumenta que *puesto que REE únicamente activa los grupos térmicos para solucionar la reserva insuficiente cuando se manifieste su necesidad tras los mercados intradiarios, Gesternova no ha influido en la ejecución de dichas reservas.*

Por último, solicita que se proceda al archivo de las actuaciones seguidas en el marco del procedimiento incoado sin que se llegue a imponer sanción alguna y, subsidiariamente, de no acordarse a la petición anterior, solicita que se califique la infracción imputada como leve y, en todo caso, que se imponga la sanción en su grado inferior o, en su defecto, mínimo.

OCTAVO.- Depósito de cuentas

Según consta en certificación emitida por el Registro Mercantil de Madrid de 18 de mayo de 2013, incorporada al expediente administrativo, la cifra de negocios de GESTERNOVA, S.A. correspondiente a las cuentas depositadas del ejercicio de 2021 (último ejercicio con cuentas depositadas a la fecha de cierre de la instrucción), es de 577.152.530 euros.

NOVENO. Propuesta de resolución.

El 23 de enero de 2024 la Directora de Energía de la CNMC procedió a aprobar la propuesta de resolución del procedimiento sancionador. Se propuso, en concreto, lo siguiente:

“ACUERDA

Proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. - Declare que la sociedad GESTERNOVA, S.A. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su comportamiento reflejado en el hecho probado de esta propuesta.

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

Esta propuesta fue notificada a Gesternova, que accedió a la misma el 24 de enero de 2024.

DÉCIMO. Alegaciones de Gesternova a la propuesta de resolución.

El 13 de febrero de 2024 Gesternova ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución. Por medio de estas alegaciones, Gesternova solicita a la CNMC que *“proceda a acordar el archivo de las actuaciones seguidas en el marco del procedimiento incoado sin que se llegue a imponer sanción alguna”*; añade, no

obstante, que, “*Subsidiariamente, de no acordarse a la petición anterior, califique la infracción imputada como leve y, en todo caso, imponga la sanción en su grado inferior o, en su defecto, mínimo*”.

UNDÉCIMO. Elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Mediante escrito de 19 de febrero de 2024 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.

Como resultado de la instrucción, se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. GESTVD2 y GESVD22, son unidades de Gesternova S.A que agrupan instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica que no disponen de sistema de almacenamiento y que, por tanto, no pueden producir energía en horas nocturnas.

GESTVD2 y GESVD22 son unidades de oferta, definidas como una instalación o conjunto de instalaciones de generación eléctrica o de consumo de energía eléctrica que vierte o toma su energía a un mismo nudo de la red, para participar en los mercados diario e intradiarios. GESTVD2 y GESVD22 son unidades de oferta catalogadas como fotovoltaicas⁶.

De acuerdo con la información aportada por Gesternova, mediante el requerimiento de información del expediente CNS/DE/837/22, descrito en el ANTECEDENTE TERCERO, las instalaciones de las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22 no disponen de módulos de almacenamiento.

Por tanto, ambas unidades de oferta están formadas por instalaciones que no tienen capacidad de producir energía eléctrica en los horarios nocturnos, como también Gesternova confirma en su respuesta al requerimiento de información del expediente CNS/DE/837/22, al argumentar que “en ninguno de los casos de las ofertas en horario nocturno se ha producido una indisponibilidad o un error de previsión”, ya que “el desbalance que se puede ocasionar en el mercado diario como consecuencia de oferta de instalaciones fotovoltaicas en periodos en los que no han producido, ha sido balanceado con mecanismos válidos de mercado acudiendo al mercado intradiario”.

⁶ La energía solar fotovoltaica es aquella que se obtiene al convertir la luz solar en electricidad empleando una tecnología basada en el efecto fotoeléctrico.

SEGUNDO. Las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22, de Gesternova S.A., fueron programadas recurrentemente en el mercado diario en horas nocturnas durante el periodo de 1 de enero de 2022 a 31 de marzo de 2023, cuando la capacidad de producción de las instalaciones que agrupan estas unidades de oferta es nula.

Gesternova presentó recurrentemente ofertas que casaron en el mercado diario en horas nocturnas sin posibilidad de producir energía, durante el periodo de 1 de enero de 2022 a 31 de marzo de 2023.

Para analizar esta actuación, OMIE en su informe del ANTECEDENTE QUINTO, determina las horas nocturnas tomando como referencia las horas de radiación solar determinadas en la tabla del perfil de producción de la instalación fotovoltaica por el Real Decreto 413/2014⁷. Con objeto de llevar a cabo un análisis más conservador, OMIE extiende en dos horas el periodo sin radiación (horario nocturno) marcado en la tabla del perfil horario de producción para una instalación de energía fotovoltaica, por lo que el periodo nocturno analizado se refiere, por mes, a los siguientes horarios:

Mes	Periodo nocturno 1	Periodo nocturno 2
Enero	1-5	21-24
Febrero	1-5	21-24
Marzo⁸	1-5	21-24
Abril	1-5	23-24
Mayo	1-4	24
Junio	1-4	24
Julio	1-4	24
Agosto	1-5	23-24
Septiembre	1-5	23-24
Octubre	1-5	21-24
Noviembre	1-5	21-24
Diciembre	1-5	21-24

Gesternova vendió recurrentemente energía mediante las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22 en el mercado diario en los periodos nocturnos citados en la tabla anterior durante el 1 de enero de 2022 y 31 de marzo de 2023. El

⁷ [Real Decreto 413/2014](#), de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. En Anexo IV, apartado b-) se incluyen el perfil horario de producción para una instalación fotovoltaica.

⁸ En su análisis OMIE ha eliminado los días de marzo comprendidos entre el día de cambio de hora y el final del mes, ya que estos están afectados por el cambio horario.

análisis de OMIE, pone de manifiesto que la energía casada en mercado diario, mediante energía no disponible al ser horario nocturno, por cada una de estas unidades de oferta fue:

- GESTVD2: 78.885,3 MWh en todo el año 2022 y 15.924 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 94.809,3 MWh (esta unidad de oferta está asociada a la unidad de programación FYGESTE con una potencia máxima de 344,5 MW).
- GESVD22: 38.209,4 MWh en todo el año 2022 y 8.240,1 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 46.449,5 MWh. (esta unidad de oferta está asociada a la unidad de programación FDRODRI con una potencia máxima de 148,3 MW).

Queda acreditado que, a pesar de la afirmación por parte de Gesternova de que *"tras el requerimiento de información de la CNMC de junio de 2022, Gesternova ha dejado de ofertar con tecnología fotovoltaica en las horas no solares"*, ha continuado realizando esta actuación y, de hecho, en el periodo de 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023, Gesternova incrementó su venta de energía en mercado diario durante las horas nocturnas, con un fuerte repunte entre febrero y marzo, si bien la gran mayoría de ellas se aglutinaron en las horas 21 y 22 del otoño de 2022 y el invierno 2022/2023 y no en otras horas nocturnas.

TERCERO. Gesternova S.A. recompró energía en los mercados intradiarios, anulando en gran medida los programas casados en las horas nocturnas del mercado diario, con objeto de no quedar desbalanceada, con las unidades de oferta GESTVD2 y/o GESVD22.

En todas aquellas ocasiones en las que las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22 habían vendido energía en el mercado diario, imposible de producir al no haber radiación solar, acudían a los mercados intradiarios⁹ a recomprar energía para evitar incurrir en desvíos de energía¹⁰.

Gesternova no sólo realizó compras en los mercados intradiarios en horas nocturnas, sino que también vendió energía, que a semejanza de lo que ocurre en el mercado diario, sigue siendo una energía imposible de producir.

El análisis de OMIE presentado en el ANTECEDENTE QUINTO, pone de manifiesto que la energía comprada y vendida en los mercados intradiarios por cada una de estas unidades de oferta fue:

⁹ Los mercados intradiarios están formados por 6 subastas intradiarias y el mercado intradiario continuo.

¹⁰ Desvío de energía: Diferencia entre la energía medida en barras de central y la energía programada en el mercado.

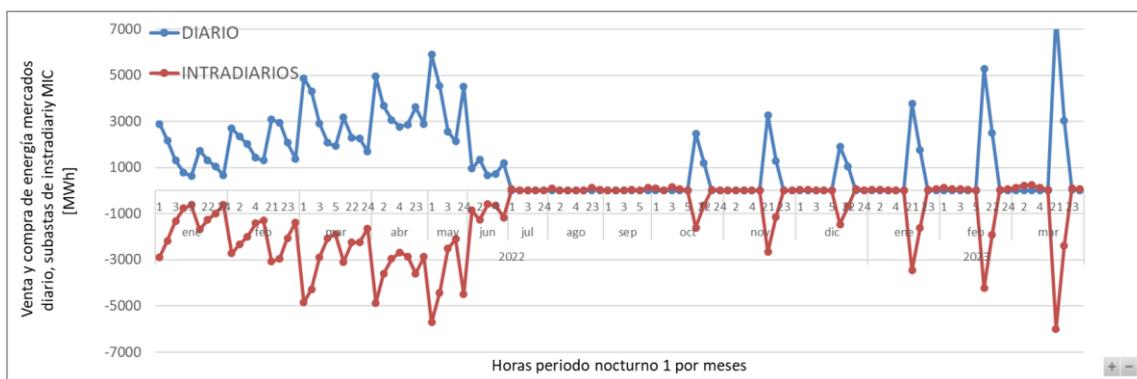
- **GESTVD2:**
 - Compras: 128.258 MWh en todo el año 2022 y 39.447 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 167.705 MWh.
 - Ventas: 53.885 MWh en todo el año 2022 y 28.284 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 82.864 MWh.
- **GESVD22:**
 - Compras: 45.636 MWh en todo el año 2022 y 10.322 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 58.958 MWh.
 - Ventas: 9.276 MWh en todo el año 2022 y 3.501 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 12.777 MWh.

Contabilizando las compras y ventas en los mercados diario e intradiarios mediante unidades de oferta de instalaciones fotovoltaicas en periodos nocturnos durante el 1 de enero 2022 y 31 de marzo de 2023, Gesternova globalmente vendió 239.900 MWh y compró (en mercados intradiarios) 225.581 MWh. De estos valores, las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22 representaron el 98,46 % de todas las ventas de Gesternova y el 99,15% de sus compras, por tanto, fueron las dos unidades de oferta con las que principalmente Gesternova se apoyó para arbitrar entre mercados.

La actuación de Gesternova fue cambiando a lo largo del periodo. Hasta el mes de junio de 2022, su actuación de venta de energía en el mercado diario en horas nocturnas se llevó a cabo tanto en el periodo nocturno 1 como en el periodo nocturno 2. Sin embargo, a partir de la comunicación de la CNMC (junio de 2022) dejó de vender energía en el mercado diario en el periodo nocturno 1. En lo que respecta a la evolución de las ventas y compras en el periodo nocturno 2 la evolución de la actuación de Gesternova no sufrió una modificación tan radical como en el periodo 1, puesto que a partir de junio de 2022 concentró la venta de energía, en otoño del 2022 y principalmente en invierno de 2022/2023, en el mercado diario en las primeras horas nocturnas del estudio, horas 21 y 22. En estas horas Gesternova incrementó fuertemente la venta de energía en mercado diario, sobre todo en febrero y marzo, para luego recomprar en los mercados intradiarios. En este periodo también destaca que Gesternova arbitró en mayor medida también entre mercados intradiarios al vender energía (imposible de producir) en el mercado intradiario continuo y recomprar en el mercado de subastas intradiario. En el Gráfico 1 se muestra la evolución de la venta y compra

de energía en los periodos nocturnos 1 y 2 de las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22 en el periodo de análisis.

Gráfico 1. Energía total vendida y comprada por las unidades de oferta GESTVD2 (unidad de programación FYGESTE) y GESVD22 (unidad de programación FDRODRI) en el mercado diario y en los mercados intradiarios (subastas y MIC) durante los **periodos nocturnos 1 y 2** por horas.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por el Operador del Mercado.

Nota: Las horas nocturnas son las propuestas en el HECHO PROBADO SEGUNDO para cada mes.

CUARTO. Gesternova S.A. obtuvo un beneficio económico de 6,237 millones de euros gracias al diferencial entre el precio de venta del mercado diario y el precio de recompra de los mercados intradiarios.

La estrategia de Gesternova consistía en arbitrar entre mercados, puesto que el precio medio en el mercado diario en muchas situaciones se situaba por encima del precio medio de los mercados intradiarios. De hecho, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2022 y el 31 de marzo de 2023, el precio medio anual del mercado diario fue 0,18 €/MWh superior al precio medio anual de los mercados intradiarios. Es más, el precio medio mensual del mercado diario siempre fue superior a los intradiarios en todos y cada uno de los meses del periodo analizado.

		Precio medio mercado diario [€/MWh]	Diferencial de precio mercados intradiarios con respecto a mercado diario [€/MWh]
2022	Enero	205,79	-0,04
	Febrero	201,95	-0,08
	Marzo	287,23	-0,11
	Abril	194,46	-0,20
	Mayo	187,87	-0,13
	Junio	169,73	-0,10
	Julio	143,18	-0,39
	Agosto	154,86	-0,28

	Septiembre	142,82	-0,61
	Octubre	128,91	-0,13
	Noviembre	117,35	-0,17
	Diciembre	101,43	-0,15
2023	Enero	73,16	-0,09
	Febrero	135,59	-0,08
	Marzo	92,38	-0,17
	Abril	74,69	-0,27
	Mayo	74,54	-0,12

Tabla 3. Diferencial de precios medios entre los mercados intradiarios y el mercado diario. Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por el Operador del Mercado

Esta estrategia ha sido confirmada por Gesternova al exponer en sus alegaciones en el ANTECEDENTE DE HECHOS QUINTO que “*Gesternova (al igual que otros agentes han venido haciendo durante años) apreció la existencia de un diferencial de precios entre los mercados diario e intradiario, surgido por la situación de oferta y demanda de cada mercado. Por ello, en algunas ocasiones Gesternova ha internalizado los beneficios y costes de este diferencial existente, aprovechado así legítimamente esta ineficiencia de mercado derivada de la situación regulatoria existente*”.

El resultado de la actuación de Gesternova vendiendo energía no disponible en los periodos nocturnos en el mercado diario y comprándola en los mercados intradiarios, le ha permitido la obtención de un beneficio, estimado en, al menos, 6,273 millones de euros.

Dicho beneficio se ha calculado como la diferencia entre los ingresos obtenidos por la venta de energía de las instalaciones fotovoltaicas de Gesternova en horarios nocturnos en los mercados diarios e intradiarios y los costes de la compra de energía en el mismo horario en los mercados intradiarios, según se obtiene del informe descrito en ANTECEDENTE DE HECHOS QUINTO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación Competencial.

De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, se atribuye a la CNMC la competencia para imponer sanciones por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 65.34 de la citada Ley, sobre presentación de ofertas con valores anormales con intención de alterar el despacho o la casación.

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23.f) 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.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la resolución del presente procedimiento.

SEGUNDO. Procedimiento aplicable.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Asimismo, resultan de aplicación las especificaciones procedimentales dispuestas en el capítulo III del Título X de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

En este sentido, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

TERCERO. Tipificación de los hechos probados.

El artículo 65.34 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico (LSE en adelante) tipifica como infracción grave el comportamiento consistente en «*La presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado*».

De acuerdo con los Hechos Probados de este procedimiento, Gesternova ha presentado ofertas con valores anormales en el mercado diario, ofertando en horas nocturnas la venta de una energía no disponible, ya que no puede ni producirla ni dispone de un sistema de almacenamiento que permita trasladar su producción de energía a esas horas. Esta conducta ha consistido igualmente en la alteración de la casación del mercado diario, ya que al ser programadas GESTVD2 y GESVD22, desplazan otras unidades de oferta que podrían haber resultado despachadas en ese mercado con disponibilidad real para la producción de energía en esas horas. Esta conducta se le imputa durante el periodo comprendido entre 1 de enero de 2022 y 31 de marzo de 2023.

En contra de lo alegado por Gesternova, concurren los dos elementos que conforman el tipo de infracción previsto en el artículo 65.34 de la LSE.

Por lo que respecta al primero de dichos elementos -la presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados- debe considerarse comprendido en ese elemento la presentación de ofertas en horas nocturnas de una energía no disponible, que no se puede producir ni se dispone de un sistema de almacenamiento que permita trasladar la producción de energía a esas horas.

Es cierto que en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, de 10 de marzo de 2022, se señala, como recuerda Gesternova y por lo que respecta al primero de los elementos, que *“El tipo infractor gira en torno a dos elementos [...] uno, de carácter objetivo, la presentación de ofertas con valores calificados de anormales o desproporcionados (calificación que, como luego se verá, reclama su comparación y contraste con lo que se consideran valores normales o proporcionados); ...”*

De la jurisprudencia citada no se puede concluir que solo sea sancionable una oferta de valor anormal o desproporcionado desde la perspectiva del precio, es decir, en términos numéricos. Tal conclusión carece de lógica. En el tipo infractor se incluye cualquier oferta de valor anormal en comparación con lo que se entiende por ofertas normales en el ámbito del mercado de electricidad. Resulta obvio que las ofertas realizadas por Gesternova y ampliamente descritas en los hechos probados no pueden considerarse normales por tratarse de ofertas de instalaciones fotovoltaicas en periodos nocturnos en que dichas instalaciones no pueden en modo alguno producir electricidad que pueda ser vendida en el mercado de electricidad, es decir se trata de ofertas de naturaleza imposible. Es decir, que el ejercicio de comparación con valores normales puede realizarse no sólo en relación con la magnitud del precio sino con las características de la propia oferta.

Tampoco es justificación al comportamiento de Gesternova entender, como señala dicha sociedad, que la normalidad de sus ofertas quedaría demostrada por el hecho de que las ofertas hayan sido casadas en el mercado diario y se haya satisfecho a los clientes la energía comprometida, o, como señala igualmente, por el hecho de que las ofertas hayan sido razonables y lógicas desde el punto de vista del mercado, debido a que los desbalances en el mercado diario por las ofertas en periodos nocturnos se hayan balanceado con mecanismos válidos de mercado acudiendo al mercado intradiario para aportar la energía necesaria, y no se haya hecho necesario acudir a los mercados de restricciones técnicas o servicios de ajuste.

En efecto, la circunstancia de que Gesternova haya podido realizar las ofertas ante OMIE y que las mismas hayan resultado casadas, y que hayan cumplido de manera formal las reglas de mercado, para poder proceder a su presentación y casación, no representa justificación alguna ni demuestra que dichas ofertas sean normales, ni se deriva de ello, por tanto, que no concurra el primer elemento del tipo, porque la anormalidad de las ofertas es una característica cuya determinación puede realizarse de manera subsiguiente a su realización y aceptación por el operador del mercado, sin que esta última aceptación inicial determine que la oferta sea ya de por sí y desde su inicio y por virtud de su aceptación una oferta normal.

Lo anterior también sirve para rebatir las alegaciones realizadas por Gesternova en relación con el acuerdo de incoación, sobre una supuesta vulneración con este procedimiento sancionador del principio de antijuridicidad al considerar Gesternova que su conducta no sería contraria al Ordenamiento Jurídico, puesto que habría obrado en todo momento con estricta sujeción a las reglas que rigen los mercados diario e intradiario en los que ha operado, y porque no existe un Procedimiento de operación del operador del sistema (REE) o un precepto de las Reglas de Mercado que prohíba a los operadores obtener un beneficio por el arbitraje entre los mercados diario e intradiario y porque la normativa le habilitaría a su juicio a actuar como lo ha venido haciendo.

La apreciación del comportamiento sancionable desarrollado por Gesternova no exige necesariamente una vulneración formal de las reglas de funcionamiento del mercado, ni la existencia de una regla específica y concreta que prohíba ese comportamiento, sino que se deriva de la aplicación del tipo de infracción contenido en el artículo 65.34 LSE, que prohíbe, como norma superpuesta y adicional a esas reglas, la realización de conductas antijurídicas consistentes en la presentación de ofertas que, aunque aparentemente cumplan las reglas de mercado, contienen valores anormales y desproporcionados.

No resulta tampoco aceptable el argumento esgrimido por Gesternova para entender que las ofertas realizadas por un comercializador, persiguiendo optimizar su cartera de ofertas, le permitan realizar ofertas de instalaciones de tecnología fotovoltaica en periodo nocturno, por cuanto que la gestión de su portfolio no le exime de cumplir con la obligación de realizar ofertas normales y proporcionadas, para no incurrir en el comportamiento tipificado en el artículo 65.34 LSE.

Tampoco resulta aceptable la referencia a la disposición transitoria decimotercera del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, sobre la participación de renovables en los mercados de ajuste, conforme al cual las instalaciones pueden participar en los servicios de ajuste, pueden operar y optimizar su posición en el mercado, por cuanto que esta facultad no justifica la realización de ofertas anormales o desproporcionadas, como lo serían las realizadas en periodos en que dichas instalaciones no pueden ofrecer esos servicios de ajuste por no poder producir electricidad.

En conclusión, de toda la argumentación precedente se desprende que en este caso sí se cumple la concurrencia del primer elemento del tipo de infracción, en concreto la presentación de ofertas anormales o desproporcionadas, habiendo sido ampliamente argumentado en los párrafos precedentes que la jurisprudencia citada de la Audiencia Nacional no impide en modo alguno la posibilidad de estimar en este caso objeto de la presente Resolución la apreciación de la concurrencia del referido elemento del tipo.

En cuanto al segundo de los elementos, el tipo se refiere expresamente al “*objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado*”. La Sentencia arriba referida se refiere igualmente al segundo de tales elementos señalando “*el elemento finalístico de presentar esas ofertas con el objeto de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación (elemento subjetivo del tipo)*”.

Recuerda Gesternova que la propia CNMC en la referida Resolución de 14 de mayo de 2019, señala que este segundo elemento del tipo consiste en un comportamiento finalista, que requiere expresamente de la intencionalidad del presunto infractor para alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o casación:

“En cuanto al segundo de los elementos del tipo, se trata de una motivación de la conducta, de un objetivo buscado consistente en alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación. El legislador no exige, como parte del tipo infractor definido, que el resultado pretendido por el autor del comportamiento se materialice en una efectiva alteración de la casación [...]. “El tipo infractor [...] define un comportamiento finalista, que persigue un objetivo: mediante la presentación de ofertas anormales o desproporcionadas, se busca alterar el despacho de generación. Esto es lo sancionable: se logre o no el objetivo, como se ha expuesto anteriormente. Por ello, es difícil concebir un

supuesto de hecho en que, por negligencia o descuido, pueda un sujeto del mercado incurrir en el mismo. Es un comportamiento doloso por definición, en la medida en que la intención del autor es parte de la definición del tipo”.

Gesternova niega la concurrencia del segundo elemento del tipo, tanto en lo que respecta al elemento volitivo o finalista (que es lo que estrictamente conforma el tipo) como la producción del resultado doloso, pues no ha tenido la intención de alterar indebidamente el despacho de las unidades de generación o la casación del mercado y, no sólo no ha habido intención, sino que tampoco se ha producido dicha alteración del despacho de energía. Señala que su actuación es únicamente una consecuencia natural de participación activa en el mercado, y que no ha pretendido en ningún caso desplazar a otras instalaciones factibles ni incrementar las necesidades de reserva. Y su única finalidad era aprovecharse de un diferencial de los precios, como hacen todos los agentes de mercado, y que con las ofertas no se ha pretendido conseguir un trato preferente para ella frente a otros productores con las mismas condiciones de mercado, pues las ofertas realizadas habrían respondido a una estrategia de gestión global del portfolio de la compañía con la legítima intención de optimizar la gestión de la cartera. Señala que la realidad es que no se ha producido alteración del despacho de energía, pues en todos los casos esa sociedad ha casado sus ofertas en el mercado diario con los valores ofertados, y los desbalances que se han podido producir en el mercado diario como consecuencia de oferta de tecnología fotovoltaica en periodos nocturnos han sido balanceados con mecanismos válidos de mercado acudiendo al mercado intradiario.

Lo anterior no puede admitirse. La realización por parte de Gesternova de ofertas de venta de electricidad producida por instalaciones fotovoltaicas en periodos nocturnos tiene por objeto directo e inmediato que dichas ofertas sean casadas, desplazando como consecuencia a otras ofertas normales y proporcionadas, y en tal medida el elemento volitivo o doloso, al que se hacía referencia en la Resolución de esta Comisión de 14 de mayo de 2019, quedaría demostrado. Cuestión distinta es que dicha actuación se pretenda justificar en la obtención de un beneficio económico por la diferencia del precio entre mercado diario e intradiario o la generalidad de dicha actuación por parte de terceros.

Lo mismo ha de decirse al hecho de que, según Gesternova, no haya sido necesario acudir a los mecanismos de ajustes. A este respecto en particular, el tipo infractor no exige que sea necesario afectar a los mercados de ajuste, bastando con que su casación en los mercados diario e intradiario haya tenido como objetivo y también como consecuencia fáctica, el desplazamiento de otras

ofertas normales y proporcionadas de otros agentes competidores que habrían resultado de facto casadas en esos mercados de no haber procedido Gesternova a actuar de este modo. En cualquier caso, no puede concluirse que su comportamiento no haya tenido impacto en los mecanismos de ajuste tal y como indica REE en el ANTECEDENTE PRIMERO, al señalar que este tipo de actuaciones incrementan los requerimientos de reserva de potencia a subir.

En consecuencia, la actuación que dio lugar a la incoación del presente procedimiento sancionador y ha quedado probada y acreditada durante la tramitación del mismo, la misma es claramente subsumible en el tipo de infracción del artículo 65.34 de la LSE, y en tal medida, el acuerdo de incoación y la tramitación del presente procedimiento sancionador cumplen adecuadamente -en contra de lo alegado por esa sociedad- con el principio de tipicidad, y su actuación es igualmente claramente antijurídica.

CUARTO. Culpabilidad de en la comisión de la infracción.

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 (STS de 6 de noviembre de 1990 y 9 de julio de 1998) y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que señala: *«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 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

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

En primer término, no cabe duda de que Gesternova reconoce la realización de este tipo de ofertas y, en puridad, solo discute o que es una actuación no tipificada o que no es antijurídica. Esta afirmación se corrobora por la continuidad de la actuación y el volumen ofertado y, en consecuencia, el importante beneficio económico obtenido. Desde la perspectiva de la culpabilidad es relevante que de las ofertas anómalas detectadas en mercado diario e intradiario, durante este periodo, más del 78% correspondan a Gesternova. Esto pone de manifiesto que no es una práctica, como sostiene, de la mayoría de los participantes en el mercado ni que tampoco haya sido resultado de un error que sería jurídicamente excusable y que no daría lugar a un reproche sancionador, sino que estamos ante un comportamiento mantenido en el tiempo, realizado con un objetivo claro y concreto y que ni siquiera se detuvo tras las advertencias de esta Comisión, aunque es cierto que se produjo una modificación en la operación.

Dicho lo anterior, no se puede compartir la alegación de Gesternova que considera que se está vulnerando su presunción de inocencia, cuando la documentación obrante en el expediente y el relato de hechos probados, así como la propia declaración de Gesternova ponen de manifiesto que se ofertaba de forma voluntaria la producción de instalaciones fotovoltaicas sin almacenamiento en horarios nocturnos, con total conocimiento de que no era factible, puesto que luego debía participar en el mercado intradiario para resolver el problema posible de desbalance, pero lo cierto es que ya se había provocado o podía provocar el incremento de los requerimientos de reserva de potencia a subir y en los casos en que el sujeto no consiguiera anular completamente su programa no factible, se habrían incrementado los desvíos, y con ellos, se habría alterado el coste de balance que soportan los Sujetos Responsables del Balance.

Como se colige de todo lo anterior, y en aplicación de la jurisprudencia en materia de principio de culpabilidad arriba citada, tras la tramitación del presente procedimiento sancionador se ha puesto de manifiesto con claridad la voluntad de Gesternova de resultar casada en los mercados diario e intradiario con las ofertas de energía en horas nocturnas que no puede producirse en modo alguno, con lo que se estaría incurriendo en la conducta y resultado de la misma que la norma contempla, con independencia de la percepción subjetiva de Gesternova sobre su voluntad o no de incurrir en la infracción tipificada, deduciéndose de todo lo anterior que el principio de presunción de inocencia no habría sido

vulnerado en modo alguno, y que el elemento de culpabilidad requerido para sancionar ha sido plenamente llevado a cabo.

QUINTO. Valoración de las alegaciones a la propuesta de resolución.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Gesternova se reitera en las consideraciones que ya expresó en su escrito de alegaciones relativo al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador (acerca de la vulneración de los principios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y presunción de inocencia), y añade que, sin perjuicio de esa reiteración, se estaría, además, vulnerando el principio de proporcionalidad a la vista de la multa que se ha propuesto, ya, que a su juicio, se tendrían que tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- Que *“la concreta conducta desarrollada por Gesternova no se encuentra prohibida en ninguna norma de rango legal o reglamentario, ni en las Reglas del mercado ni en los Procedimientos de operación de REE”*.
- Que *“Nunca se ha sancionado a un comercializador por la gestión de su cartera teniendo en cuenta la tecnología de sus instalaciones ni por optimizar su portfolio en función de las oportunidades económicas que ofrece el mercado”*.
- Que, *“prueba la buena fe en la conducta de Gesternova es el hecho de que, inmediatamente después de recibir el Requerimiento de información de la CNMC en junio de 2022, la comercializadora dejó de ofertar con tecnología fotovoltaica en las horas no solares, con la excepción de las horas “frontera”*.
- Que *“no hay reincidencia en la conducta imputada”*.
- Que *“Gesternova no ha generado perjuicios a los consumidores... ni a la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico”*. Añade Gesternova, en cuanto a la operación del sistema, que *“REE únicamente activa los grupos térmicos para solucionar la reserva insuficiente cuando se manifieste su necesidad tras los mercados intradiarios”*.

Esta Sala considera que las alegaciones de Gesternova al acuerdo de incoación fueron adecuadamente valoradas y contestadas en la propuesta de resolución. No obstante, a modo de valoración global, esta Sala considera lo siguiente acerca de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con la actuación que es objeto de imputación:

- **Prueba de los hechos:** Gesternova alega vulneración del principio de presunción de inocencia, porque, según afirma, la CNMC no ha desplegado pruebas de cargo para acreditar los hechos imputados.

Esta alegación del imputado no tiene sentido: Gesternova no está discutiendo que haya presentado ofertas al mercado diario para el horario nocturno por las unidades con las que gestiona la producción de instalaciones fotovoltaicas; discute que ello pueda considerarse infracción, entendiéndose que se trata de un comportamiento legítimo.

Los hechos quedaron determinados a partir de la información enviada inicialmente por el Operador del Sistema a la CNMC, y por la información que fue remitiendo el Operador del Mercado a requerimiento de esta Comisión. Asimismo, el propio Gesternova remitió información que especificaba los términos en los que se desarrollaba su conducta. En cualquier caso, la actuación no se niega, y, más aún, se reconoce, por parte de Gesternova, que, en las propias alegaciones a la propuesta de resolución, califica esta actuación (la presentación de ofertas al mercado diario para el horario nocturno por las unidades con las que se gestiona la producción fotovoltaica) como una labor de *“gestión eficiente de su cartera de unidades de oferta, operando con ellas de manera conjunta a nivel de portfolio”*.

- **Tipicidad y antijuridicidad:** Alega Gesternova que en la conducta de que se trata no concurren los elementos del tipo infractor (ni la anormalidad de los valores de las ofertas ni el propósito de alterar la casación o el despacho), y que la misma no está en concreto prohibida por las reglas de mercado o los procedimientos de operación.

Sin embargo, es evidente que la presentación – al mercado diario- de ofertas cuya realización, en realidad, es imposible supone una lesión para la integridad del mercado, que, como todo sistema de contratación, se basa en transacciones fiables. Es evidente también que el objeto por el que existe el mercado intradiario no es dar acogida a este tipo de actuaciones que ha hecho Gesternova, sino atender la oferta o demanda que surge con posterioridad a la programación resultante de la casación del mercado diario¹¹.

¹¹ Regla 1ª de las Reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de electricidad: *“Los mercados intradiarios tienen por objeto atender la oferta y la demanda de energía que se pueda producir, en las horas siguientes, con posterioridad a haberse fijado el Programa Diario Viable definitivo (PDVD).”* (Versión de las Reglas aprobada por resolución de 6 de mayo de 2021; BOE de 2 de junio de 2021.)

En este sentido, es clara la realización del tipo infractor:

- Hay anormalidad en la oferta de Gesternova al mercado diario; en la oferta de por sí, y en su valor en particular: No puede sostenerse que su valor sea normal, si la oferta es de imposible realización, y la programación a que da lugar su casación va a acabar -necesariamente- siendo anulada (por el propio Gesternova, o, si no, por el Operador del Sistema).
 - Hay un objetivo de alterar el despacho y la casación del mercado desde el momento en que se busca que una oferta de imposible realización resulte casada en el mercado diario y sea programada en el PDBF (desplazando -a efectos de esa casación del mercado y a efectos del despacho en el PDBF- a las ofertas que permitirían cubrir la demanda de energía con una producción real).
- **Culpabilidad:** Afirma Gesternova que no ha habido dolo ni negligencia.

A juicio de esta Sala, es evidente el dolo. Gesternova diseñó esta actuación a propósito y lo reconoce; no se trata de que haya emitido algunas ofertas en horas nocturnas por error; su actuación obedecía a un plan o estrategia de gestión de cartera que la empresa tenía.

Además, hay que valorar que, cuando menos a partir del requerimiento de junio de 2022, Gesternova sabe que la CNMC no considera lícita esta actuación; pues bien, ante ese hecho, lo que Gesternova hace es continuar con la conducta, pero tratando de que la misma quede más disimulada, para intentar que pase desapercibida: La concentra así en las horas 21 y 22. Alega en este sentido Gesternova – a modo de descargo- que se trata *“de las horas frontera, cuyas producciones son más sensibles a la época del año”*. Pero resulta que en los meses finales de 2022 y meses del principio de 2023 (otoño 2022, e invierno 2022/2023), en los que se concentra la actuación, esas horas 21 y 22 no son, desde luego, horas diurnas.

Finalmente, en lo que se refiere a la proporcionalidad de la multa, sin perjuicio de lo que se señalará en el apartado siguiente, se ha de rechazar la alegación de ausencia de daño.

Ya se ha dicho que, para la operativa del mercado, la conducta supone el desplazamiento -respecto de la casación del mercado diario- de ofertas de

producción reales. Desde este punto de vista, la actuación de Gesternova desplaza de la casación del mercado diario a los generadores que han realizado las ofertas de venta de energía susceptible de ser realmente producida a los efectos de cubrir la demanda; esa generación queda artificialmente excluida de la casación del mercado diario por causa de la conducta de Gesternova.

Además, aparte de este perjuicio sobre otros generadores, concurre un daño relevante, derivado de la conducta de Gesternova, que se produce a nivel de operación del sistema, siendo, con razón, lo que motiva la denuncia realizada en este sentido por Red Eléctrica de España acerca de los hechos producidos: La programación (en el PDBF) de entregas de energía no factibles hace necesario incrementar los requerimientos de reserva de potencia a subir, y, en caso de que la oferta no sea anulada por el propio Gesternova a través de las transacciones en el intradiario, se produce el desvío (que exige la activación de la energía necesaria para cubrir el déficit de generación). Los mercados de balance y de resolución de restricciones técnicas, que gestiona el Operador del Sistema, tienen el objetivo de garantizar la seguridad del suministro; su operativa no puede ser artificialmente complicada por la conducta ilícita de un agente que ha buscado ser programado para producir en el PDBF siendo consciente de que no puede aportar la producción programada. La atención de necesidades de ajuste creadas artificialmente por conductas ilegítimas como la de Gesternova consume los recursos que deberían estar disponibles para las incidencias que la operativa natural del mercado o la red pueden generar.

SEXTO. Sanción aplicable a la infracción cometida.

En relación con la cuantía de la sanción a imponer por la comisión de una infracción grave, el artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece las siguientes reglas:

«1. Las infracciones establecidas en el capítulo I de este título serán sancionadas del modo siguiente:

[...]

b) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros.

[...]

2. En cualquier caso, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o

el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa, según los casos.

3. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o si atendida la situación económica del infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.»

Respecto de los criterios de graduación que deben tomarse en consideración, el citado artículo dispone que:

«4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, 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.»

El artículo 67.1.b) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece, para la comisión de infracciones graves, la imposición de una multa por importe no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros.

Entiende Gesternova, S.A. que se cumplen los requisitos recogidos en el referido artículo 67.4 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, a fin de graduar la sanción con arreglo al principio de proporcionalidad, y que con arreglo a lo previsto en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, procede en este caso que el órgano competente resuelva imponiendo la sanción en el grado inferior. Como ya se ha indicado, Gesternova afirma que su conducta no ha afectado a la continuidad y regularidad del suministro, ni a la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, y que no ha habido alteración del precio ni de las condiciones de mercado, por lo que, en todo caso debe considerarse la ausencia de perjuicios en el mercado.

Ya se ha dicho que no es cierto lo anterior, porque, al producirse una alteración de la casación se produce necesariamente una alteración de las condiciones de mercado, de lo que se deduce igualmente que, en contra de lo manifestado en su descargo por Gesternova, su actuación no ha tenido un efecto neutro sobre el mercado, y, en consecuencia, no concurren las circunstancias referidas por esa sociedad para entender aplicable el artículo 29.4 Ley 40/2015, de 1 de octubre, o el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que permiten determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad.

Además, como se ha razonado también, no cabe tomar en consideración la circunstancia referida por Gesternova respecto a que, tras el requerimiento de información de la CNMC de junio de 2022, habría dejado de ofertar con tecnología fotovoltaica en las horas no solares, porque precisamente concentra esa producción en las horas 21 y 22 de los meses de otoño e invierno, correspondientes a periodos nocturnos.

El artículo 67.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, señala que, en cualquier caso, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa. En el presente caso, de conformidad con las cuentas depositadas del ejercicio 2021 (incorporadas durante la instrucción del

procedimiento), el importe neto anual de la cifra de negocios de Gesternova asciende a 577.152.530 euros¹².

Valorados los criterios antes mencionados, y considerando, en particular, la duración de la conducta, la intencionalidad en la comisión de los hechos, el daño que supone (en la operativa del mercado diario y a nivel de operación del sistema) y los efectos de la infracción en el beneficio del interesado, se considera procedente sancionar a Gesternova con la multa de 6.000.000 (seis millones) de euros, que fue propuesta por la Directora de Energía, cantidad que representa menos del 10% de la cifra de negocios de la citada empresa.

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

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar que GESTERNOVA, S.A. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia del comportamiento reflejado en los hechos probados de esta resolución, relativos a la realización de ofertas con valores anormales con intención de alterar el despacho o la casación.

SEGUNDO. - Imponer a GESTERNOVA, S.A. una sanción consistente en el pago de una multa de 6.000.000 (seis millones) de euros por la comisión de la citada infracción grave.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese Gesternova, S.A.

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.

¹² Ese importe neto de la cifra de negocios asciende a 710.049.323 euros en la anualidad de 2022, respecto de la que Gesternova ha hecho el depósito de cuentas durante el año 2024.

Voto particular que formula el consejero Don Carlos Aguilar Paredes a la resolución SNC/DE/040/23

- (1) En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, formulo el presente voto particular.
- (2) Su objeto es manifestar su opinión concurrente respecto a la infracción tipificada y sancionada, pero manifestar la discrepancia con la no inclusión en la resolución sanciones accesorias y otras sanciones contempladas en los artículos 68 y 69 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico a fin de que la sanción impuesta en su conjunto resulte proporcionada a la infracción cometida y disuasoria.

Resumen de los hechos probados

- (3) GESTVD2 y GESVD22, son unidades de Gesternova S.A que agrupan instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica que no disponen de sistema de almacenamiento y que, por tanto, no pueden producir energía en horas nocturnas.
- (4) Las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22, de Gesternova S.A., fueron programadas recurrentemente en el mercado diario en horas nocturnas durante el periodo de 1 de enero de 2022 a 31 de marzo de 2023, cuando la capacidad de producción de las instalaciones que agrupan estas unidades de oferta es nula.
- (5) Gesternova vendió recurrentemente energía mediante las unidades de oferta GESTVD2 y GESVD22 en el mercado diario en periodos nocturnos. El análisis de OMIE, pone de manifiesto que la energía casada en mercado diario, mediante energía no disponible al ser horario nocturno, por cada una de estas unidades de oferta fue:

- GESTVD2: 78.885,3 MWh en todo el año 2022 y 15.924 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 94.809,3 MWh (esta unidad de oferta está asociada a la unidad de programación FYGESTE con una potencia máxima de 344,5 MW).
 - GESVD22: 38.209,4 MWh en todo el año 2022 y 8.240,1 MWh desde el 1 de enero de 2023 al 31 de marzo de 2023. En total, durante el periodo de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de marzo de 2023, 46.449,5 MWh. (esta unidad de oferta está asociada a la unidad de programación FDRODRI con una potencia máxima de 148,3 MW).
- (6) Gesternova S.A. recompró energía en los mercados intradiarios, anulando en gran medida los programas casados en las horas nocturnas del mercado diario, con objeto de no quedar desbalanceada, con las unidades de oferta GESTVD2 y/o GESVD22.
- (7) Gesternova S.A. obtuvo un beneficio económico de 6,237 millones de euros gracias al diferencial entre el precio de venta del mercado diario y el precio de recompra de los mercados intradiarios.

Sobre la necesidad de imposición de sanciones accesorias y otras medidas en aplicación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

- (8) La programación de unidades fotovoltaicas en horas nocturnas con plena conciencia de la imposibilidad de dar cumplimiento al compromiso de generación adquirido no ha sido un elemento puntual ni involuntario, sino que ha sido declarado una infracción típica, antijurídica y dolosa, apreciación con la coincide plenamente este consejero.
- (9) Pese a ello, la tipificación de este comportamiento como infracción grave limita a la sanción económica máxima que puede serles impuesta a 6 millones de euros,
- (10) La resolución determina que los beneficios obtenidos por Gesternova S.A. mediante la manipulación sancionada fueron superiores a la multa máxima estipulada para las infracciones graves. Como recoge la resolución:

“[...]obtuvo un beneficio económico de 6,237 millones de euros gracias al diferencial entre el precio de venta del mercado diario y el precio de recompra de los mercados intradiarios.”

- (11) En el caso sancionado, los ingresos obtenidos mediante la programación de unidades fotovoltaicas en horario nocturno fueron además enajenados a otros agentes que legítimamente habían participado en el mercado, pero se vieron desplazados por la operativa realizada por Gesternova S.A., sin que dicho perjuicio haya sido reparado.
- (12) Contempla la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico en sus artículos 68 y 69 la posibilidad de imponer sanciones accesorias y otras medidas ante la comisión de infracciones graves como la que se declara cometida por Gesternova S.A.
- (13) En casos como el presente, concurren los supuestos de daño resulta imprescindible la imposición de estas medidas por por varios motivos. En concreto:
- Restituir a los agentes que se vieron perjudicados por las actuaciones fraudulentas de Gesternova S.A.
 - Conseguir que las obligaciones económicas impuestas mediante la sanción impidan que el agente sancionado obtenga tras el pago de la multa máxima beneficios como consecuencia de su comportamiento fraudulento.
 - Actuar como elemento disuasorio para impedir la reiteración de los comportamientos sancionados.
 - Restaurar al sistema el perjuicio causado por la programación de unidades de reserva que dieran cobertura a la energía solar en horas nocturnas vendida por GESTERNIVA al ser consciente el operador del sistema de la imposibilidad de que esta fuese producida.

- (14) En relación con el perjuicio causado al sistema explicita la resolución que:

“[...]concurre un daño relevante, derivado de la conducta de Gesternova, que se produce a nivel de operación del sistema, siendo, con razón, lo que motiva la denuncia realizada en este sentido por Red Eléctrica de España acerca de los hechos producidos: La programación (en el PDBF) de entregas de energía no factibles hace necesario incrementar los requerimientos de reserva de potencia a subir [...]”

Queda pues reflejado en la resolución que la actuación de Gesternova S.A. generó un perjuicio a los intereses públicos, además de a los mencionados a

otros agentes de mercado, que debería a juicio de este consejero ser igualmente restituido como especifica el artículo 69.2 de la LSE.

Conclusiones

- (15) Por lo anteriormente expuesto, la presente resolución debería, además de declarar la infracción e imponer una multa de 6 millones de euros:
- (16) Declarar la obligación de Gesternova S.A. de identificar (solicitando información al operador del mercado) e indemnizar a los agentes que se vieron desplazados en el procedimiento de casación por la incorporación al mismo de su oferta de unidades fotovoltaicas en horario nocturno.
- (17) Debería igualmente la resolución instar a REE a estimar el coste unitario que supone para el sistema la programación de unidades de reserva e indicar cuantas unidades de reserva fue necesario programar como consecuencia de la venta de energía solar en horas nocturnas realizada por Gesternova S.A. Con la información obtenida, se debería declarar en la presente resolución la obligación de Gesternova S.A. de restituir al sistema el coste estimado de la programación de unidades de reserva como consecuencia del comportamiento sancionado.
- (18) En último lugar debería instar al operador del mercado a identificar a los agentes que fueron desplazados en la casación por la incorporación de las ofertas de Gesternova S.A. identificadas en esta resolución, a alertar a esta comisión de manera temprana de comportamientos análogos al sancionado que alteran la naturaleza competitiva del mercado eléctrico y a impedir que puedan ser programadas en el sistema de casación en horario nocturno unidades de energía fotovoltaica sin sistemas de almacenamiento.

A tal efecto emito mi voto particular.