

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A GALP GAS NATURAL, S.A. POR MANIPULACIÓN DEL MERCADO ORGANIZADO DEL GAS

SNC/DE/106/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Comunicación del Operador del Mercado.*

En fecha 2 de marzo de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC informe sobre comportamientos anómalos en el mercado organizado de gas, elaborado por MIBGAS, S.A. en cumplimiento de las funciones que le corresponden como Operador del Mercado, de conformidad con el punto 1.4 de las Reglas del Mercado Organizado de Gas, aprobadas por Resolución de 4 de diciembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 9 de diciembre de 2015).

Mediante el indicado informe el Operador del Mercado expone que el agente Galp Gas Natural, S.A. introdujo el día 17 de enero de 2017 varias ofertas de 1 MWh/d en los últimos minutos de la sesión de negociación del producto Diario D+1, "compitiendo" por marcar el Precio Último Diario.

El citado informe del Operador del Mercado fue objeto de análisis por parte de los servicios técnicos de la CNMC, concluyéndose que el 17 de enero de 2017,

en los últimos minutos de negociación del producto Diario D+1 en el mercado continuo, Galp Gas Natural y otro agente realizaron las siguientes operaciones:

- A las 16:53:56, otro agente¹ bajó el precio a 35 €/MWh vendiendo 1 MWh/d (casación de oferta de compra preexistente de otro agente).
- A las 16:55:45, Galp Gas Natural subió el precio a 38,95 €/MWh comprando 1 MWh/d (casación de oferta de venta preexistente de otro agente), un volumen pequeño para Galp Gas Natural, y mediante una oferta de compra, cuando su posición neta hasta el momento en ese producto era vendedora.
- A las 16:56:08, el otro agente volvió a bajar el precio a 35 €/MWh vendiendo 1 MWh/d (casación de oferta de compra preexistente de otro agente).
- A las 16:59:57, sin margen de tiempo para que el otro agente volviera a actuar en el mercado², Galp Gas Natural volvió a subir el precio a 38,95 €/MWh comprando 1 MWh/d (casación de oferta de venta preexistente de otro agente).

Ese día 17 de enero, el precio resultante de la subasta para el producto Diario D+1 fue 39,50 €/MWh, pero las transacciones ejecutadas, unos minutos antes de la actuación encadenada de los dos agentes mencionados, se cerraron a 36,50 €/MWh (dos transacciones) y a 36,40 €/MWh (una transacción).

[CONFIDENCIAL].

Con las operaciones de compra de 1 MWh/d realizadas en los últimos minutos de negociación Galp Gas Natural:

- Actuó de forma contraria al comportamiento vendedor que tenía ese día en el mercado sobre el producto Diario D+1, insertando ofertas de compra a un precio superior al que estaba introduciendo el otro agente.
- Ofertó por el volumen mínimo permitido (1 MWh/d).

El precio ofertado de compra (38,95 €/MWh) no guarda una lógica económica con el precio al que se ejecutaron las dos transacciones de venta que Galp Gas Natural realizó sobre el producto Diario D+1 en el mercado minutos antes ([---] €/MWh y [---] €/MWh).

De este modo, el agente Galp Gas Natural podría haber realizado una actuación de manipulación del mercado, concretamente la de marcar el Precio Último Diario del producto Diario D+1 del día 17 de enero de 2017, actuación contraria a lo establecido en el artículo 5 del Reglamento (UE) nº 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la

¹ La actuación de este otro agente está siendo objeto de otro procedimiento incoado por la CNMC (SNC/DE/054/17).

² La sesión de negociación de productos Diarios en el mercado continuo tiene lugar entre las 9:35 y las 17:00 horas.

integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía, teniendo en cuenta la correspondiente definición recogida en el apartado 2) del artículo 2 de dicho Reglamento.

SEGUNDO.- 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 115 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, el Director de Energía acordó, en fecha 21 de julio de 2017, la incoación de expediente sancionador en el que se imputaba al agente Galp Gas Natural, S.A. que el 17 de enero de 2017 insertase ofertas en los últimos minutos de la cotización del producto Diario D+1 por un volumen mínimo y a un precio que no guardaba una lógica económica con el precio al que se ejecutaron las dos transacciones de venta, sobre el mismo producto, que este agente había realizado en el mercado minutos antes, y que, asimismo, está separado de los precios que marcaba la plataforma para la media de las transacciones de los demás agentes; todo ello con la intención de aumentar el Precio Último Diario de dicho producto, lo que consiguió para dicho día 17 de enero de 2017.

El acuerdo de incoación precalificaba los presuntos hechos como constitutivos de la infracción grave establecida en el artículo 110.u) de la Ley 34/1998, que sanciona *«El incumplimiento por parte de los sujetos obligados de los Reglamentos y decisiones de la Unión Europea que les sean de aplicación en el sector de hidrocarburos. En particular cualquier infracción por manipulación o tentativa de manipulación de mercado, uso de información privilegiada o falta de difusión de información privilegiada, conforme a lo establecido en el Reglamento UE nº 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía o en la normativa de desarrollo del mismo»*.

Dicho acuerdo de incoación fue notificado a la sociedad imputada el día 28 de julio de 2017, confiriendo a la misma un plazo de quince días para realizar alegaciones, aportar documentación y, en su caso, proponer prueba.

TERCERO.- Solicitud de ampliación de plazo y de acceso al expediente.

En fecha 8 de agosto de 2017 tuvieron entrada en el Registro telemático de la CNMC solicitudes de Galp Gas Natural de ampliación del plazo para alegaciones, y de acceso al expediente administrativo.

El día 9 de octubre de 2017 se procedió a dar acceso al expediente por vía telemática.

CUARTO.- Alegaciones de Galp Gas Natural.

Con fecha 18 de agosto de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de la sociedad imputada, en el que manifestaba, en síntesis, lo siguiente:

- En la primera alegación Galp Gas Natural reconoce la realización de todas y cada una de las operaciones citadas en el acuerdo de incoación.
- En la segunda alegación, Galp Gas Natural indica que no está conforme con la evaluación realizada por la CNMC; concretamente, afirma que dichas operaciones no son susceptibles de encuadrarse en el tipo infractor, no fue una actuación culpable en el sentido del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, sobre Régimen Jurídico del Sector Público, y la misma guarda una perfecta lógica económica.
- La alegación tercera del escrito de Galp Gas Natural se centra en la falta de tipicidad de los hechos realizados, aludiendo al artículo 5 del Reglamento (UE) nº 1227/2011 y al artículo 27 de la Ley 40/1015.

La empresa imputada pasa seguidamente al análisis del tipo infractor que, en su opinión, exige por una parte el cumplimiento de alguna de estas premisas: (i) la fijación o intención de fijar precios de manera artificial o se haga un esfuerzo deliberado por alterar el precio; (ii) que tenga como objetivo asegurarse una posición decisiva en la oferta o en la demanda de un producto y (iii) que tenga la intención o el efecto de engañar a los participantes en el mercado que actúan sobre la base de precios de referencia.

El tipo, en su opinión, requiere no sólo el propósito de alterar el precio, sino también la intención maliciosa de hacerlo, implícita en el término manipulación.

En consecuencia, a juicio de Galp Gas Natural, no concurre el tipo porque:

- A) Las ofertas de compra de los últimos segundos que hizo Galp Gas Natural a 38,95 €/MWh no fijaron ni pretendieron fijar de manera artificial el Precio de Referencia Diario de dicha sesión ni el precio intradiario de la sesión siguiente. Ello porque el precio estaba alineado con el mercado, concretamente con el precio del mercado OTC, que a esa hora estaba en 38,50 €/MWh. Asimismo, las ofertas de Galp Gas Natural sólo se desviaron un 4% del Precio de Referencia Diario que era de 37,44 €/MWh en un momento de alta volatilidad de precios, lo que entra dentro del margen de desviación del mes de enero (entre un -32% y un +8%) y porque el propio mes de enero de 2017 fue un mes de tensiones en los precios y de alza generalizados de los mismos que se revertió en el mes de febrero. Por otra parte, el precio de la subasta de apertura de ese día había sido de 39,50 €/MWh y las ofertas de compra de Galp Gas Natural estuvieron por debajo de este precio. Finalmente, Galp Gas Natural alega que las ofertas de compra fueron casadas con otro agente del que desconocen quién era y que estaba dispuesto a vender por ese precio.
- B) El volumen de la operación, el mínimo de 1 MWh/d garantizaba que el Precio de Referencia Diario no podía verse afectado. En esencia, se alega que estas últimas transacciones sólo fueron el 0,01% del volumen negociado ese día de

producto y que, por tanto, la fijación del Precio Último Diario no tuvo repercusión en el Precio de Referencia Diario que es una media ponderada de todos los precios de la sesión. Afirma que sin estas ofertas el Precio de Referencia Diario hubiera sido exactamente el mismo (37,44 €/MWh), y que estas operaciones de mínimo volumen son habituales en este tipo de mercados de baja liquidez.

- C) Por las mismas razones, a juicio de Galp Gas Natural, esas dos últimas ofertas no alteraron significativamente ni el Precio de Subasta de Apertura ni el Precio de Referencia del día siguiente. Justamente el pequeño volumen impidió que tuviera influencia en el día siguiente; día en el que tanto el precio del producto Intradía como el de Subasta Diario fue inferior (35,90 €/MWh y 35,98 €/MWh).

De ello, Galp Gas Natural concluye que no puede sostenerse que el precio de las ofertas de compra, realizadas en los últimos segundos del mercado, fueran artificiales o que Galp Gas Natural tuviese la intención de fijar un precio artificial.

Seguidamente, Galp Gas Natural expone que entiende que tampoco concurre el tipo en el sentido de que la fijación del Precio Último Diario no aseguró a Galp Gas Natural posición decisiva alguna sobre la oferta o demanda de la sesión del día siguiente. Ello, porque este precio no sirve de referencia como precio de apertura para la sesión del día siguiente, y además el escaso volumen de la operación no lo permite. De hecho, ni Galp Gas Natural ni ningún otro agente puede pensar que efectivamente fijando con tan poca cantidad el Precio Último Diario del D+1 tenga influencia en el día siguiente en un mercado como MIBGAS que es un mercado de ajustes de desbalance.

Así mismo, Galp Gas Natural niega que la fijación del Precio Último Diario le supusiera algún tipo de ventaja comercial porque los contratos no están indexados a este precio, ni siquiera al MIBGAS dada su escasa liquidez.

Finalmente, Galp Gas Natural considera que tampoco concurre la intención o efecto de engañar a los participantes en el mercado. Se reitera en alegaciones ya realizadas en relación al bajo volumen de la operación y falta de liquidez del mercado, y manifiesta que las condiciones de volatilidad del mercado a lo largo del mes de enero de 2017 permiten asegurar que ni Galp Gas Natural ni otro agente pudo engañar mediante estas operaciones.

Por todo lo anterior, concluye que no se puede considerar típica la conducta de Galp Gas Natural.

- La alegación cuarta de Galp Gas Natural consiste en una breve referencia a la necesidad de la concurrencia de la culpabilidad para imponer una sanción, y una mera afirmación de que no hubo malicia o imprudencia, o negligencia o ignorancia inexcusable a la hora de realizar las citadas ofertas de compra. Ello es así, porque indica que un bróker les había informado previamente del precio de cierre del mercado OTC, las ofertas estaban en línea con ese precio, en el rango de precios de la sesión de negociación y de otros Precios Últimos Diarios de enero, y la oferta

de compra se realizó por el volumen mínimo sin fijar precios de apertura en subsiguientes mercados.

Galp Gas Natural concluye su escrito solicitando el archivo de las actuaciones atendiendo a las alegaciones expuestas. Asimismo, propone prueba documental de los documentos aportados por el propio agente (correo electrónico con un bróker, casaciones de enero de MIBGAS, Precios de Referencia Diarios y Precios Últimos Diarios para el producto D+1 en enero de 2017, resultados de la negociación del producto Diario D+1 en la sesión de negociación del 17 de enero de 2017 y resultados de la negociación del producto Intradía en la sesión de negociación del 18 de enero de 2017), más documental sobre una serie de documentos publicados por el Operador del Mercado, y pericial (consistente en el dictamen de una consultora especializada).

QUINTO.- Denegación de la prueba solicitada.

La proposición de prueba fue rechazada por acuerdo del Director de Energía de 26 de septiembre de 2017, al entender que la prueba solicitada consistía en documentos ya publicados o en un informe pericial de parte (que ésta puede aportar, de acuerdo con el artículo 76.1 de la Ley 39/2015, en cualquier momento del procedimiento sancionador).

SEXTO.- Nuevas alegaciones de Galp Gas Natural.

En fecha 18 de octubre de 2017 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un nuevo escrito de alegaciones de Galp Gas Natural, que, básicamente, se circunscribe a la aportación de un informe elaborado por la consultora [---].

En este segundo escrito de alegaciones, además de indicar que no existe prueba objetiva alguna en el expediente administrativo de que su conducta pueda ser subsumible en el correspondiente tipo infractor, Galp Gas Natural procede a resumir sus primeras alegaciones, amparándose por las distintas conclusiones del informe de [CONSULTORA].

SÉPTIMO.- Incorporación de información.

Mediante diligencia de fecha 27 de abril de 2018 se incorporó al expediente informe de la Subdirección de Mercados Derivados de la CNMC sobre las alegaciones técnicas presentadas por Galp Gas Natural.

OCTAVO.- Propuesta de Resolución.

El 18 de septiembre de 2018 el Director de Energía de la CNMC formuló Propuesta de Resolución del procedimiento sancionador. Por medio de la misma, propuso adoptar el siguiente acuerdo:

“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 GALP GAS NATURAL S.A., es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 u) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia de la realización de transacciones en el mercado organizado de gas natural que fijaron el precio de un producto en un nivel artificial.

SEGUNDO. Imponga, a la citada sociedad, una sanción consistente en el pago de una multa de 100.000 euros, salvo que, con carácter previo a la aprobación de la resolución, dicha sociedad ejercite la opción de reconocer voluntariamente su responsabilidad, en cuyo caso la multa será de 80.000 euros, o bien ejercite también la opción de pago voluntario, en cuyo caso el importe de la multa tendrá una reducción de un 20% adicional.”

La Propuesta de Resolución fue notificada a Galp Gas Natural el 27 de septiembre de 2018.

En la notificación de la Propuesta de Resolución se confería a la empresa imputada trámite para presentar alegaciones y los documentos e informaciones que estimase pertinentes.

NOVENO.- Alegaciones de Galp Gas Natural relativas a la Propuesta de Resolución y pago anticipado de la multa.

El 22 de octubre de 2018 Galp Gas Natural presentó escrito de alegaciones ante la CNMC, en el que indica que ha procedido al pago anticipado de la multa, acogiendo a la reducción del 20% prevista al efecto. No obstante, manifiesta que, si bien renuncia al ejercicio de acciones y recursos en vía administrativa (conforme a lo establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015), *“GALP no reconoce su responsabilidad por la infracción que se le imputa y se reserva el inicio de cuantas acciones legales le correspondan en vía contencioso-administrativa en los términos establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”.*

DÉCIMO.- Elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Mediante escrito de 23 de octubre de 2018 el Director 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.- Informe de la Sala de Competencia.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del

Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS los recogidos en la Propuesta de Resolución, que no han sido contradichos por la sociedad imputada:

ÚNICO- Actuaciones de Galp Gas Natural, S.A. el día 17 de enero de 2017.

El día 17 de enero de 2017, Galp Gas Natural realizó la siguiente operativa de mercado organizado de gas sobre el producto Diario D+1 (con entrega el 18 de enero de 2017):

- Participó, con posición vendedora, en la subasta del producto Diario D+1, de la que resultó adjudicatario por un volumen de [---] MWh/día al precio de referencia de la subasta, 39,50 €/MWh.
- A las [---] ejecutó en el mercado continuo una transacción sobre el producto Diario D+1, con posición vendedora, por un volumen de [---] MWh/día y un precio de [---] €/MWh (un [---]% por debajo del precio de la subasta).
- A las [---] ejecutó en el mercado continuo una transacción sobre el producto Diario D+1, con posición vendedora, por un volumen de [---] MWh/día y un precio de [---] €/MWh (un [---]% por debajo del precio de la subasta).

Hasta ese momento ([---] horas del 17 de enero de 2017) la posición de las ofertas de Galp Gas Natural sobre el producto Diario D+1 fue vendedora, tanto en subasta como en el mercado continuo, por un volumen total de [---] MWh/día, de los cuales [---] MWh fueron ejecutados (ofertas casadas).

Segundos más tarde, a las [---], otro agente ejecutó una transacción sobre el producto Diario D+1, con posición vendedora, por un volumen de 1 MWh/día y a un precio de 35,00 €/MWh (casación de oferta de compra preexistente de otro agente, de acuerdo al informe de MIBGAS). Dicha transacción, por el volumen mínimo permitido en las reglas del mercado, se ejecutó 1,4 €/MWh por debajo del precio de la transacción inmediatamente anterior (-3,8%).

Consecutivamente, a las [---], Galp Gas Natural ejecutó una transacción de compra sobre el producto Diario D+1, por un volumen de 1 MWh/día y a 38,95 €/MWh (3,95 €/MWh más que el precio de la transacción inmediatamente anterior y un [---]% superior al precio de la última transacción de venta ejecutada por el propio Galp Gas Natural sobre dicho producto Diario a las [---] – esto es, [---] €/MWh- por un volumen de [---] MWh/día). De esta transacción, adicionalmente al incremento de precio que introduce, debe destacarse, y así también lo señala en su informe MIBGAS, que se ejecutó por el mínimo

volumen permitido por las reglas del mercado y con un cambio en el comportamiento que Galp Gas Natural había mantenido hasta ese momento, al pasar de vendedor a comprador. Asimismo, es destacable que esta transacción va en contra de la lógica económica, toda vez que el mismo agente compra, con tan solo unos minutos de diferencia, el mismo producto a un precio superior al precio al que lo ha vendido y, asimismo, superior al precio al que otros agentes han cruzado la operación inmediatamente anterior (35,00 €/MWh).

Galp Gas Natural volvió a repetir la misma operativa unos minutos más tarde, a las 16:59:57 y tan solo 3 segundos antes del cierre de la negociación de dicho producto en el mercado continuo (17:00:00), lo que le permitía asegurarse marcar el Precio Último Diario del producto Diario D+1: compra de 1 MWh/día a un precio de 38,95 €/MWh, tras la operación de venta ejecutada por otro agente a 35,00 €/MWh por 1 MWh/día a las 16:56:08.

Por tanto, la operación ejecutada por Galp Gas Natural 3 segundos antes del cierre del mercado continuo del 17 de enero de 2017, marcó el Precio Último Diario del producto Diario D+1 (38,95 €/MWh), que resultó un 4% superior al Precio de Referencia Diario para ese producto (37,44 €/MWh).

El precio de estas dos operaciones se sitúa por encima de los precios a los que fueron ejecutadas las transacciones sobre dicho producto no solo el mismo día de negociación (17 de enero de 2017, en un rango de precios de 36,40 - 36,50 €/MWh) sino también en las sesiones correspondientes a los dos días anteriores y al día posterior, siendo asimismo superior al precio al que ejecutó Galp Gas Natural el resto de sus operaciones sobre el contrato con entrega el 18 de enero de 2017 (precio medio ponderado de [---] €/MWh³). A su vez, dicho precio (38,95 €/MWh, de las dos transacciones objeto de estudio) se situó por encima del precio medio ponderado de las transacciones ejecutadas a través de agencias de intermediación en el mercado OTC sobre el mismo producto (36,09 €/MWh).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA CNMC.

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

³ El precio medio ponderado de las transacciones ejecutadas por GALP sobre el producto con entrega el 18 de enero de 2017, considerando tanto las subastas como el mercado continuo, se situó en [---] €/MWh.

De conformidad con lo previsto en el artículo 116.3.b) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, corresponde a la CNMC la imposición de las sanciones por las infracciones por manipulación o tentativa de manipulación de mercado, conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 1227/2001 (incumplimiento tipificado en el artículo 110.u) de la mencionada Ley). En concreto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 3/2013 y 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.

II. PROCEDIMIENTO APLICABLE.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Conforme a lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el plazo para resolver y notificar este procedimiento sancionador es de dieciocho meses.

En lo demás, 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.

III. TIPIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

El artículo 110.u) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece la siguiente infracción grave:

“El incumplimiento por parte de los sujetos obligados de los Reglamentos y decisiones de la Unión Europea que les sean de aplicación en el sector de hidrocarburos. En particular cualquier infracción por manipulación o tentativa de manipulación de mercado, uso de información privilegiada o falta de difusión de información privilegiada, conforme a lo establecido en el Reglamento UE n.º 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía o en la normativa de desarrollo del mismo, así como cualquier infracción por incumplimiento de lo establecido en el Reglamento n.º 715/2009, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y su normativa de desarrollo”.

Remite así la tipificación de los comportamientos relativos a la manipulación o la tentativa de manipulación de mercado a lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT).

El artículo 5 de este Reglamento establece la prohibición de la manipulación o la tentativa de manipulación de los mercados mayoristas de la energía.

En este Reglamento, su artículo 2.2 define manipulación de mercado del modo siguiente:

“a) la realización de cualquier transacción o la emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor:

i) que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los productos energéticos al por mayor,

ii) que fije o intente fijar, por medio de una persona o de varias personas que actúen de manera concertada, el precio de uno o varios productos energéticos al por mayor a un nivel artificial, a menos que la persona que hubiese realizado la transacción o emitido la orden para realizar operaciones demuestre la legitimidad de sus razones para actuar de ese modo y que dicha transacción u orden se ajuste a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado mayorista de la energía de que se trate, o (...).”

De los hechos probados, se pone de manifiesto que Galp Gas Natural fijó el Precio Último Diario del producto Diario D+1 del día 17 de enero de 2017.

En la conducta imputada concurren, así, los siguientes elementos:

➤ *Fijación o intención de fijar el precio:*

Como se ha señalado en los hechos probados, Galp Gas Natural, mediante una transacción efectuada tres segundos antes del cierre del mercado diario⁴ fijó el Precio Último Diario del producto Diario D+1 el día 17 de enero de 2017. La propia sociedad en sus alegaciones lo reconoce expresamente.

Esta operación es un caso típico del conocido como marcaje al cierre o *marking the close*.

El mismo está definido en el apartado 6.4.2 de la 4ª Edición de la Guía de ACER (Agencia para la Cooperación de los Reguladores de Energía) sobre implementación del Reglamento (UE) nº 1227/2011, de 17 de junio de 2017. Por su parte, en el Reglamento Delegado (UE) 2016/522 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, por el que se completa el Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la exención relativa a determinados bancos centrales y organismos públicos de terceros países, los indicadores de manipulación de mercado, los umbrales de divulgación, la autoridad competente para las notificaciones de retrasos, la autorización de negociación durante períodos limitados y los tipos de operaciones de notificación obligatoria realizadas por los directivos, se define - en el anexo II, sección 1, apartado 5, letra d)- la práctica de “*marcaje al cierre*” o “*marking the close*” como “*compra o venta de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o un producto subastado basado en derechos de emisión, de manera deliberada, en un momento de referencia*”

⁴ La sesión de negociación del mercado continuo para los productos Diarios finaliza a las 17:00:00. La transacción que marcó el Precio Último Diario sobre el producto Diario D+1 se ejecutó al introducir GALP GAS NATURAL, S.A. una oferta de compra a las 16:56:57.

de la sesión de negociación (por ejemplo, apertura, cierre, liquidación) con objeto de aumentar, disminuir o mantener el precio de referencia (por ejemplo, precio de apertura, precio de cierre, precio de liquidación) en un nivel específico (...)". A su vez, en este mismo apartado del mencionado Reglamento Delegado se recogen indicadores adicionales de manipulación de mercado que pueden ilustrar la práctica de "marcaje al cierre" o "marking the close", entre los que se cita, en el subíndice iv) las "operaciones u órdenes de negociación sin más justificación aparente que aumentar/disminuir el precio o aumentar el volumen de negociación, en particular en un momento próximo a un punto de referencia durante la jornada de negociación, por ejemplo, en la apertura o cerca del cierre".

El informe presentado por Galp Gas Natural, y elaborado por [CONSULTORA], niega que la operación evaluada en este procedimiento sancionador sea un ejemplo de marcaje al cierre. Para ello, compara la actuación de Galp Gas Natural, que le ha encargado el informe, con una operación de hace diez años vista en los tribunales de primera instancia federales (EE.UU.), en la que se analiza una operación de marcaje al cierre, muy diferente y notablemente más grave que la aquí evaluada. De ella, extrae una serie de consideraciones que recoge en un cuadro para, con ello, evaluar la tipicidad de la acción de Galp Gas Natural.

La primera de estas consideraciones da a entender que se exige reiteración en la conducta para que la misma sea típica. Sin embargo, el tipo sancionador no lo exige; por tanto, se trata de una mera circunstancia agravante (art. 112 de Ley 34/1998) –la reiteración en la conducta-; en segundo lugar, alude al número de operaciones (de nuevo, una circunstancia, en su caso, agravante); en tercer lugar, al volumen; sin embargo, en el presente caso y por la manera que se fijaba el Precio Último Diario –simplemente la última operación del día- el volumen es ajeno al establecimiento o fijación del precio, y, por tanto, no formaría parte del tipo. El impacto de las operaciones tampoco es elemento del tipo; es, de nuevo, una circunstancia para graduar la responsabilidad –art. 112 de la Ley 34/1998-.

Por otra parte, el tipo infractor no distingue entre tipos de precios y sus consecuencias. De nuevo, será un elemento para graduar la responsabilidad – art. 112 de la Ley 34/1998-.

Respecto a si la tentativa tuvo éxito o no, ha de destacarse que, de la mera lectura del informe de [---], se deduce que sí.

Finalmente, hay que considerar que el tipo no exige el beneficio adicional y es, una vez más, una circunstancia contemplada en el artículo 112 de la Ley 34/1998. En suma, nada de lo dicho o extraído de la sentencia a la que se alude –que es obvio decirlo no constituye jurisprudencia alguna en España- determina si el hecho fue o no típico; más bien al contrario, indica que efectivamente la operación de Galp Gas Natural ejecutada en los últimos tres

segundos de la sesión de negociación, del día 17 de enero, marcó el cierre y, por tanto, el Precio Último Diario del producto Diario D+1.

Entrando en otras alegaciones sobre tipicidad, hay que señalar lo siguiente:

Galp Gas Natural argumenta que el volumen de la operación, el mínimo de 1 MWh/d, suponía que el Precio de Referencia Diario no podía verse afectado y que, de hecho, hubiera sido el mismo con o sin las operaciones indicadas. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que no repercutiera en el citado Precio de Referencia Diario no supone por ello que no se haya producido la fijación de otro precio: el Último Diario. Son dos precios distintos y, obviamente, el tipo no excluye unos determinados precios.

La misma respuesta hay que dar al argumento cuantitativo de que estas ofertas no influyeron en el Precio de Subasta de Apertura del día siguiente o en los Precios del día 18 de enero de 2017. Una vez más el tipo no exige para su cabal aplicación que la fijación de un precio influya en los precios posteriores. Puede ser una cuestión de graduación de la sanción, pero esta falta de influencia no excluye la tipicidad de los hechos.

Tampoco exige el tipo, como de contrario se pretende, que de la fijación se derive posición alguna decisiva sobre la oferta y la demanda del día siguiente. Una vez más, se trata de una cuestión a evaluar en la graduación de la sanción, no en la determinación de si los hechos son típicos o no.

➤ *Artificialidad:*

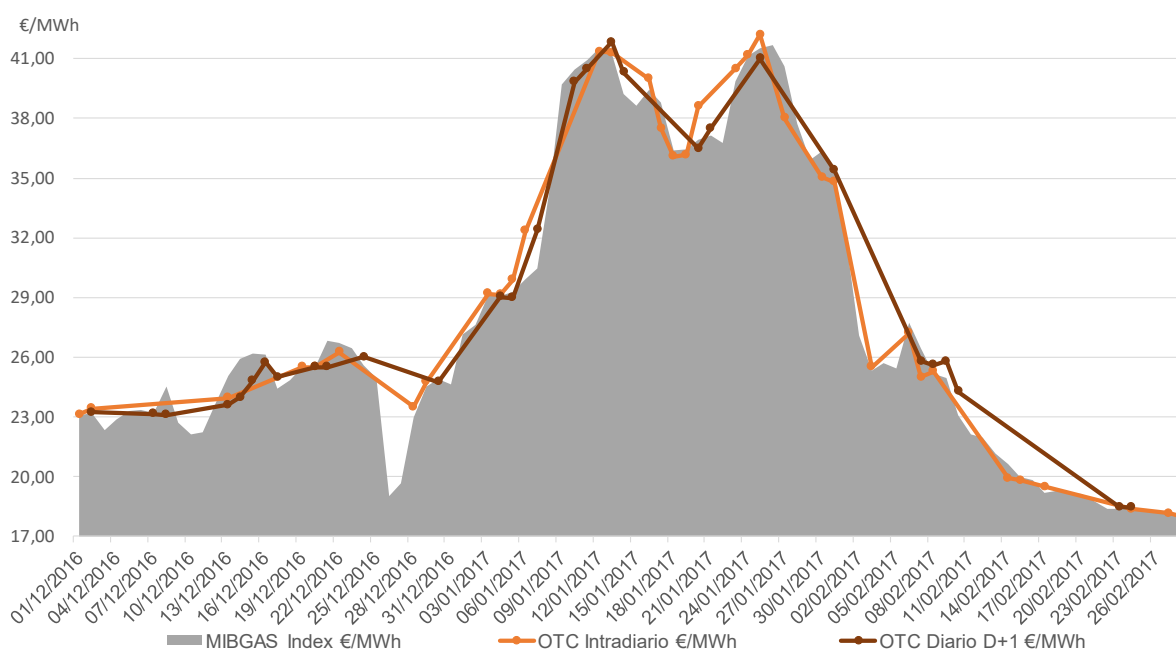
No se trata sólo de que se fijara el precio, sino de que el precio fijado se situara en un nivel artificial (esto es, en un nivel que no estuviera en línea con el del mercado).

Galp Gas Natural niega tal situación al alegar que el precio ofrecido estaba en línea con el precio del mercado OTC y que, por tanto, no había artificialidad. Aporta para ello como prueba un correo electrónico (de 17 de enero a las 16:54) de la agencia de intermediación [---] en el que se reflejan dos cotizaciones del día 17 de enero de 2017, para el contrato con entrega el 18 de enero de 2017, ya que en dicho día no se cruzaron operaciones en el mercado OTC a través de agencias de intermediación. Las cotizaciones OTC corresponden a una oferta de venta a 39,50 €/MWh⁵ y a la última cotización sobre dicho contrato, de 38,50 €/MWh. De ello, concluye que estos precios se corresponden con ofertas presentadas por agentes (se desconoce la identidad de los mismos) a dicha agencia de intermediación, que no resultaron casadas.

⁵ Precio coincidente con el de referencia de la subasta de MIBGAS del 17 de enero de 2017 (de las 9:30:02 horas). Cabe mencionar que la primera transacción que se ejecutó el 17 de enero de 2017 en el mercado continuo (a las 16:47:08) sobre el producto Diario D+1 (con entrega el 18 de enero de 2017) supuso una disminución del 7,6% sobre dicho precio de referencia de subasta, al situarse en 36,50 €/MWh.

Dichas cotizaciones eran superiores a los precios a los que se estaban ejecutando, ese mismo día, las transacciones en el mercado continuo de MIBGAS (las transacciones con un volumen superior a 1 MWh se cerraron en un intervalo de precio de 36,40 - 36,50 €/MWh). En suma, Galp Gas Natural pretende convertir lo anecdótico (una oferta no casada de una agencia) en una categoría (comportamiento del entero mercado OTC). La realidad fue bien distinta:

En el siguiente gráfico se proporciona, junto al índice MIBGAS-ES⁶, el desglose de los precios medios ponderados de todas las transacciones sobre productos Intradiario y Diario realizadas para un mismo día de gas, con entrega en el PVB-ES, en el mercado OTC a través de todas las agencias de intermediación.



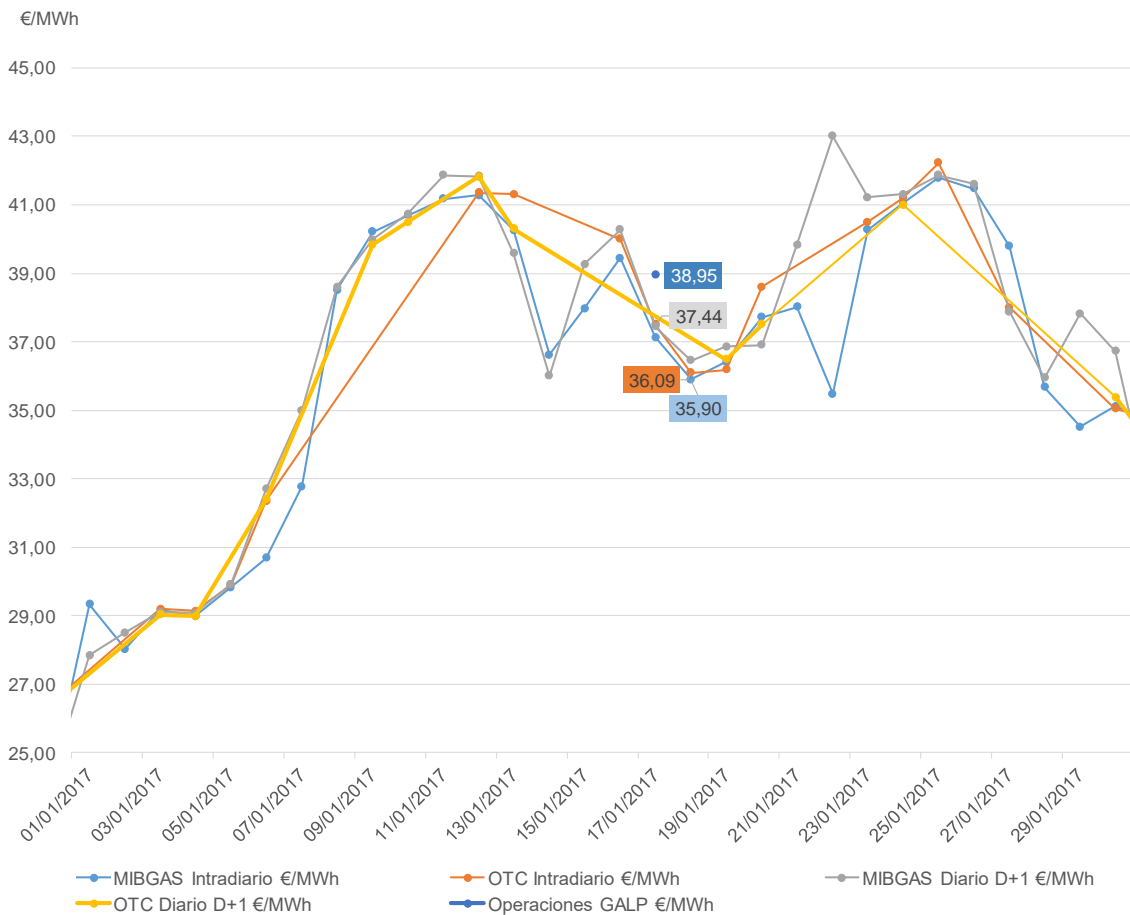
Evolución del índice MIBGAS-ES y de los precios a plazo de gas de los contratos de compraventa sobre productos Diario e Intradiario correspondientes al día de gas (que está siendo calculado) y con entrega en el PVB-ES negociado en el mercado OTC intermediado a través de agencias de intermediación; de 1 de diciembre de 2016 a 31 de enero de 2017

Fuente: elaboración propia a partir de datos de MIBGAS y agencias de intermediación.

Asimismo, como se observa en el siguiente gráfico, tanto el índice MIBGAS-ES como los precios de las transacciones sobre contratos Diarios D+1 e Intradiarios negociados en el OTC, a través de agencias de intermediación, mostraron una tendencia descendente entre el 13 y el 18 de enero de 2017 (máximo de 41,83 €/MWh, el 13 de enero, en el mercado OTC para el producto

⁶ El índice MIBGAS-ES, calculado por MIBGAS, proporciona el precio medio ponderado de todas las transacciones realizadas para un mismo día de gas, con entrega de gas en el PVB-ES, de todas las sesiones de negociación finalizadas en MIBGAS. Para el cálculo se tienen en cuenta todos los contratos sobre productos Intradiario y Diario correspondientes al día de gas que está siendo calculado y con entrega en el PVB-ES.

Diario D+1; y mínimo de 36,09 €/MWh, el 18 de enero, en el mercado OTC para el producto Intradiario):



Evolución los precios de referencia de negociación del MIBGAS y de los precios medios ponderados de las transacciones ejecutadas en el mercado OTC a través de agencias de intermediación, de los contratos de compraventa sobre productos Diario e Intradiario, por sesión de negociación. 1 a 31 de enero de 2017.

Fuente: elaboración propia a partir de datos de MIBGAS y agencias de intermediación.

En este segundo gráfico se observa que el precio al que fueron ejecutadas el 17 de enero de 2017 las dos últimas operaciones de Galp Gas Natural (38,95 €/MWh), en el mercado continuo de MIBGAS, sobre el contrato con entrega el 18 de enero de 2017, se situó por encima del resto de precios de referencia del mercado (tanto del mercado continuo de MIBGAS como del mercado OTC a través de agencias de intermediación).

Este hecho lo reconoce la propia Galp Gas Natural, pero lo minimiza por la alta volatilidad de todo el mes de enero de 2017 y porque el precio de estas ofertas era inferior al precio de partida de la subasta de apertura.

Ahora bien, lo relevante no es que la oferta a 38,95 €/MWh sea artificial en valor absoluto, sino en valor relativo, es decir, en el momento concreto en que

se hace. A este respecto, estas ofertas de última hora, sobre el producto Diario D+1, eran de signo contrario al comportamiento vendedor de las ofertas que, ese día, y sobre el mismo producto, estuvo insertando la propia Galp Gas Natural, por volúmenes significativamente superiores al volumen mínimo permitido (1 MWh/día).

Galp Gas Natural, [---] minutos antes del cierre, ejecutó, como vendedor, una transacción sobre el producto diario D+1 a [---] €/MWh (al cruzar su oferta de venta con una oferta de compra preexistente de otro agente). Sin embargo, en los últimos segundos de la negociación del producto Diario D+1 cambió su comportamiento de vendedor a comprador, insertando sus ofertas a un precio más similar al de las ofertas de primera hora de la mañana, [---] €/MWh, superior al precio de la transacción inmediatamente anterior y un [---]% superior al precio de la última transacción de venta ejecutada por el propio Galp Gas Natural sobre dicho producto Diario a las [---] ([---] €/MWh). Sin ningún tipo de razón aparente, estaba dispuesto a comprar un [---]% más caro que al precio al que había vendido [---] minutos antes el mismo producto. Este es el término comparativo sustancial para entender que, en primer término, Galp Gas Natural actuó en minutos contra sus propios actos, lo que es un indicio muy relevante de una actuación dirigida a elevar el precio en respuesta a la actuación de otro agente que pretendía también bajarlo de forma artificial ⁷.

En segundo lugar, las operaciones que se ejecutaron ese día (17 de enero de 2017) sobre el producto Diario D+1 en el mercado continuo de MIBGAS, por un volumen superior al mínimo permitido por las reglas del mercado (1 MWh/día), lo hicieron en un rango de precios de 36,40 - 36,50 €/MWh, lejos de los 38,95 €/MWh de la última oferta que insertó Galp Gas Natural, y que fue la que marcó el Precio Último Diario para dicho producto.

En tercer lugar, éstas fueron las dos únicas ofertas de compra que introdujo Galp Gas Natural (tanto en subasta como en el mercado continuo), sobre el producto con entrega el 18 de enero de 2017, en tres días de cotización (15, 16 y 17 de enero).

Finalmente, el precio (38,95 €/MWh) de las dos operaciones de compra ejecutadas por Galp Gas Natural en los últimos minutos de la sesión de negociación del 17 de enero de 2017 se situó por encima de los precios a los que fueron ejecutadas las transacciones sobre dicho producto no solo el mismo día de negociación (17 de enero de 2017, en un rango de precios de 36,40-36,50 €/MWh) sino también en las sesiones correspondientes a los dos días anteriores y al día posterior, siendo asimismo superior al precio al que ejecutó Galp Gas Natural el resto de sus operaciones sobre el contrato con entrega el

⁷ Como ya se ha indicado, la actuación de ese otro agente, es objeto del procedimiento SNC/DE/054/17.

18 de enero de 2017 (precio medio ponderado de [---] €/MWh⁸). A su vez, dicho precio (38,95 €/MWh, de las dos transacciones objeto de estudio) se situó por encima del precio medio ponderado de las transacciones ejecutadas a través de agencias de intermediación en el mercado OTC sobre el mismo producto (36,09 €/MWh).

Todo ello conduce a señalar que el Precio Último Diario para el producto Diario D+1, fijado en 38,95 €/MWh por Galp Gas Natural tres segundos antes del cierre del mercado, fue un precio artificial.

IV. CULPABILIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN.

IV.1. Consideraciones generales sobre la culpabilidad.

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.

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 dispone 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 enero 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. No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.»

IV.2. Examen de las circunstancias concurrentes en el caso de la infracción cometida por Galp Gas Natural.

Galp Gas Natural comete su actuación de forma intencionada, concurriendo dolo: Galp Gas Natural actúa de forma clara y consciente, apenas tres

⁸ El precio medio ponderado de las transacciones ejecutadas por Galp Gas Natural sobre el producto con entrega el 18 de enero de 2017, considerando tanto las subastas como el mercado continuo, se situó en [---] €/MWh.

segundos antes del cierre y con una voluntad inequívoca de fijación del precio, como se ha indicado pormenorizadamente en los hechos probados.

V. ANTIJURIDICIDAD DE LOS HECHOS PROBADOS.

La imposición de una sanción exige que el comportamiento imputado sea, aparte de típico y culpable, antijurídico; es decir, que no concurra una eximente de responsabilidad.

Una manipulación de mercado no puede considerarse como una actuación legítima ni como una práctica normal en el mercado.

Si Galp Gas Natural consideraba que se estaba alterando el mercado antes de sus actuaciones del 17 de enero de 2017, debería haber instado ante todo la actuación de la Administración, y, si no estaba de acuerdo con la misma, la de los Tribunales. Lo que no puede es realizar operaciones de manipulación

En conclusión, los hechos probados son típicos, culpables y además antijurídicos.

Resta aclarar, además, que la actuación realizada por otro agente el día 17 de enero de 2017 (y otros días diferentes), ha sido objeto de otro procedimiento sancionador, incoado por la CNMC⁹.

VI. SANCIÓN APLICABLE A LA INFRACCIÓN COMETIDA.

El artículo 113.1 de la Ley 34/1998 prevé una multa hasta 6.000.000 de por la comisión de infracciones graves.

El artículo 112 de la citada Ley 34/1998 indica las circunstancias que se han de valorar para graduar la sanción:

«Para la determinación de las correspondientes sanciones se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

- 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 a usuarios.*
- d) El grado de participación y el beneficio obtenido.*
- e) La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción.*
- f) La reiteración 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.»*

A este respecto, esta Sala considera que la conducta se comete de forma dolosa y que la infracción implica una lesión a la confianza en el

⁹ SNC/DE/054/17.

funcionamiento adecuado del mercado y en la fijación de sus precios, tipificando la normativa como ilícita tanto la manipulación como su tentativa.

No obstante, debe señalarse que GALP GAS NATURAL, S.L fijó precio mediante un volumen muy pequeño y en una sola ocasión, en un producto con menor liquidez. De la actuación tampoco se ha derivado beneficio económico o éste fue mínimo.

Atendiendo a todo lo anterior, la multa propuesta por la Dirección de Energía ascendió a 100.000 euros.

El artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad (opción que Galp Gas Natural expresamente ha rechazado) como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplique reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí.

Por medio de su escrito de alegaciones, presentadas el 22 de octubre de 2018, Galp Gas Natural ha puesto de manifiesto el pago anticipado de la multa, habiendo procedido a pagar la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a la reducción del 20% por pago anticipado. En este sentido, aporta justificante del pago de 80.000 euros, efectuado el 22 de octubre de 2018.

De este modo, al haberse producido el pago voluntario de la multa en la cuenta indicada por la Propuesta de Resolución, procede aplicar la reducción del 20% al importe de la sanción de 100.000 euros propuesta, quedando la misma en 80.000 (ochenta mil) euros.

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

RESUELVE

Primero.- Declarar que GALP GAS NATURAL, S.A. es responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave prevista en el artículo 110.u) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, consistente en la infracción por manipulación del mercado, cometida el día 17 de enero de 2017; correspondiendo por dicha infracción la imposición de una multa de 100.000 euros.

Segundo.- Aprobar la reducción del 20% sobre la referida sanción, establecida en el artículo 85, apartado 3 en relación con el apartado 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas; minorándose la sanción a la cuantía de 80.000 (ochenta mil) euros, que ya ha sido abonada por GALP GAS NATURAL, S.A.

Tercero.- Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Cuarto.- Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

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.