



Roj: **SAN 2029/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2029**

Id Cendoj: **28079230042022100308**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **13/04/2022**

Nº de Recurso: **1/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000001 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00012/2019

Demandante: MULTIENERGÍA VERDE, S.L.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a trece de abril de dos mil veintidós.

Esta sala ha visto el recurso contencioso-administrativo num. **1/2019** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo ha promovido el Procurador D. Pedro Bañeres Trueba en nombre y representación de la entidad **MULTIENERGÍA VERDE, S.L.**, contra la Resolución, de fecha 28 de noviembre de 2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que puso fin al procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por manipulación del mercado organizado del gas; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 28 de diciembre de 2018 este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo y forma mediante escrito



presentado en fecha 3 de junio de 2019; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

&q uot; ... tras los trámites legales de aplicación, dicte sentencia por la que, estimando el recurso proceda a:

? 61623; Anular la sanción impuesta a Multienergía Verde S.L.

? 61623; Acordar la devolución a Multienergía Verde S.L. del importe ingresado por el importe de la sanción con los intereses correspondientes desde su ingreso.

Y todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada y con cuánto más proceda en Derecho. "

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "dicte Sentencia por la que se desestime la demanda, confirmando íntegramente la resolución impugnada con imposición de costas a la parte recurrente."

3. Fijada la cuantía del procedimiento en 120.000 € y, acordado el recibimiento a prueba se practicó la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, quedando seguidamente los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

4. Finalmente, mediante Providencia de fecha 29 de marzo de 2022 se señaló para votación y fallo el día 7 de abril de 2022, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. MULTIENERGÍA VERDE, S.L. interpone recurso contra la resolución, de fecha 28 de noviembre de 2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que puso fin al procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por manipulación del mercado organizado del gas y cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

PRIMERO.- Declarar que MULTIENERGÍA VERDE, S.L. es responsable 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, consistente en la infracción por manipulación del mercado de gas y tentativa de manipulación de dicho mercado, cometida entre los días 15 y 20 de enero de 2017.

SEGUNDO.- Imponer a MULTIENERGÍA VERDE, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de ciento veinte mil (120.000) euros.

2. En el origen del procedimiento sancionador, al que puso fin la resolución que ahora se impugna, se encuentra la comunicación del Operador del Mercado a la CNMC en el que se informó sobre comportamientos anómalos en el mercado organizado de gas. En dicho informe se reflejaba que el agente Multienergía Verde, S.L.U., desde el día 15 de enero hasta el 20 de enero de 2017, coincidiendo con una situación de subida de precios en el mercado del gas, realizó, en repetidas ocasiones, varias transacciones de la mínima cantidad negociable o de muy pequeño volumen, a precios muy separados de los que marcaba la plataforma para el grueso de las transacciones de los demás agentes, provocando que los precios publicados en la web para los cierres de subastas o para los productos D+2 y D+3 reflejasen valores muy separados de los precios de referencia de las negociaciones con más volumen. Igualmente, en muchos momentos de la negociación, esas transacciones permanecieron en pantalla como último precio negociado durante el mercado continuo.

Al informe se acompañan varios correos electrónicos dirigidos por el agente Multienergía Verde, S.L.U. a MIBGAS con copia a la CNMC, y a Enagás GTS, tratando la situación de elevados precios del mercado. En dichos correos electrónicos Multienergía Verde admite la realización de las transacciones objeto de análisis en la plataforma de MIBGAS, explicando que con ellas trataba de confirmar su argumentación de una posible manipulación de precios por parte de otros agentes.

El citado informe del Operador del Mercado fue objeto de análisis por parte de los servicios técnicos de la CNMC, concluyéndose que el agente Multienergía Verde insertó ofertas, por un mínimo volumen de negociación en un momento próximo al cierre de la sesión de negociación, con la intención de disminuir el precio de referencia de los productos negociados, lo que se conoce como "marcaje al cierre" o "marking the close". De hecho, Multienergía Verde consiguió marcar:

- o El Precio Último Diario del producto Intradiario del día 15 de enero de 2017, al introducir una oferta de venta 12 €/MWh por debajo del precio de las transacciones casadas por otros Agentes ese mismo día.
- o El Precio Último Diario y el Precio de Referencia de los productos Diarios D+2 y D+3 del día 15 de enero, al introducir ofertas de venta muy por debajo de los Precios de Referencia para dichos productos los seis días anteriores. Entre el 9 y el 14 de enero el Precio de Referencia del producto Diario D+2 osciló en el rango 39-40,68 €/MWh, y el del producto Diario D+3 lo hizo en el rango 40,01-40,68 €/MWh, mientras que la oferta de Multienergía Verde bajó el Precio de Referencia del Diario D+2 a 23 €/MWh y del Diario D+3 a 25 €/MWh.
- o El Precio Último Diario del producto Intradiario del 16 de enero, al insertar una oferta de venta inferior en 8,40 €/MWh, por el volumen mínimo permitido (1 MWh/d), respecto a la última transacción cruzada en el mercado.
- o El Precio Último Diario del producto Intradiario del 19 de enero, al introducir una oferta de venta de 25 MWh/d a 1 €/MWh.

Adicionalmente, Multienergía Verde insertó ofertas de compra y de venta en las subastas del producto Intradiario, por el volumen mínimo permitido (1 MWh/d) y al mismo precio, los días 15 y 16 de enero de 2017. Las ofertas insertadas el día 15 de enero resultaron autocasadas y marcaron el precio de la subasta, mientras que las del día 16 de enero fueron retiradas por el agente tras recibir llamada de MIBGAS. Este tipo de operaciones realizadas por un mismo agente se conocen como "improper matched orders".

De este modo, el agente Multienergía Verde podría haber realizado una actuación durante el periodo comprendido entre los días 15 y 20 de enero de 2017, tanto de manipulación (fijó el precio de varios productos en un nivel artificial) como de tentativa de manipulación del mercado (intentó fijar el precio de varios productos en un nivel artificial), de acuerdo 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 integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía, y teniendo en cuenta las correspondientes definiciones establecidas en los apartados 2) y 3) del artículo 2 de dicho Reglamento

3. En la resolución impugnada se contiene la siguiente relación de *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:

PRIMERO.- Actuaciones de Multienergía Verde el día 15 de enero de 2017.

El 15 de enero de 2017, Multienergía Verde marcó el Precio Último Diario¹ del producto Intradiario, al introducir una oferta de venta de 1 MWh/día (mínimo volumen permitido en las reglas del mercado) a 26 €/MWh, que resultó casada 12 €/MWh por debajo del precio de las transacciones casadas por otros agentes (dos transacciones de volumen elevado y precio 38,00 €/MWh).

¹ Precio Último Diario: es el precio de la última transacción de un producto en una sesión de negociación. En caso de que no hubiera habido ninguna transacción del producto en la sesión de negociación, no se publicaría precio.

Además, marcó el Precio Último Diario y el Precio de Referencia Diario de los productos Diarios D+2 y D+3, al insertar una oferta de venta de 6 MWh/día a 23 €/MWh² sobre el producto Diario D+2 (a las 11:09:23) y una oferta de venta de 20 MWh/día a 25 €/MWh (a las 11:01:10), que resultaron casadas con ofertas de compra preexistentes de otros agentes y fueron las únicas transacciones ejecutadas en esa sesión de negociación (tanto en subasta como en continuo) para dichos productos (folio 8 del expediente).

Ese mismo día insertó ofertas de compra y de venta en las subastas del producto Intradiario, por el volumen mínimo permitido (1 MWh/día) y al mismo precio, que resultaron autocasadas a 22 €/MWh. Asimismo, introdujo ofertas de compra y venta por idéntico precio en el mercado continuo del producto diario D+1, pero la Plataforma de Negociación lo impidió (folio 8 del expediente).

Hay que destacar que estos comportamientos de Multienergía Verde del día 15 de enero de 2017 anteceden a cualquier comunicación de este agente a MIBGAS o a la CNMC, ya que el primer correo aportado tanto por MIBGAS como por la propia sociedad imputada es del día 16 de enero de 2017 a las 13:13 horas (folio 29 del expediente administrativo).

SEGUNDO- Actuaciones del agente el día 16 de enero de 2017.

El día 16 de enero a las 9:30 horas Multienergía Verde insertó ofertas de compra y de venta en las subastas del producto Intradiario, el D+1, D+2 y D+3, por el volumen mínimo permitido (1 MWh/día) y al mismo precio (20 €/MWh). De inmediato, MIBGAS llamó al agente y le informó de que la inserción de ofertas de compra o de

venta "a precios muy por debajo de los precios de referencia de los últimos días con el objetivo de auto casar y marcar marginal" podía ser sospechosa de una actuación de manipulación de mercado, por lo que MIBGAS estaba obligado, de acuerdo al artículo 15 del Reglamento (UE) nº 1227/2011, a informar a la CNMC de dicha conducta sospechosa (folio 9 del expediente). Tras ello, Multienergía Verde procedió a retirar estas ofertas.

Poco después, Multienergía Verde envió correo electrónico a las 13:13 horas denunciando la situación de desvío de precios entre los mercados europeos y el MIBGAS y cómo determinados agentes estaban subiendo el precio para obtener más rendimientos en situaciones de desbalance positivo. Solicitaba, por ello, la intervención a los únicos efectos de resolver el problema derivado de su situación de desbalance negativo. Dicho correo electrónico no fue contestado por escrito, sino telefónicamente.

2 A modo de ejemplo, cabe mencionar que ese mismo día para el producto Diario D+2 MULTIENERGIA introdujo una oferta de compra de 200 MWh/día a 22 €/MWh (a las 09:57:25) y otra oferta de compra de 1.000 MWh/día a 22,01 €/MWh, no resultando casadas ninguna de las ofertas mencionadas. Se observa que, en general, el comportamiento de MULTIENERGIA en el mercado es de compra, lo que vendría a justificar que, a través de ofertas de venta por un volumen reducido, estuviera trasladando señales de bajada de precios al mercado.

No obstante, Multienergía Verde marcó el Precio Último Diario del producto Intradía, al insertar (a las 17:12:53 horas) una oferta de venta por el volumen mínimo permitido (1 MWh/día) a 30 €/MWh, que resultó casada y fue inferior en 8,4 €/MWh al precio de la última transacción cruzada en el mercado respecto a ese producto (de 750 MWh/día a 38,4 €/MWh).

TERCERO- Actuaciones del agente el día 17 de enero de 2017. El 17 de enero de 2017 Multienergía Verde marcó el Precio Último Diario (35,00 €/MWh) y el Precio de Referencia (35,25 €/MWh³) del producto Diario D+2, y el Precio Último Diario y el Precio de Referencia del producto Diario D+3 (33,50 €/MWh), al insertar ofertas de venta por el volumen mínimo permitido (1 MWh/día) que resultaron casadas con ofertas de compra preexistentes y que fueron las únicas transacciones cruzadas en la sesión de negociación del 17 de enero de 2017, tanto en subasta como en continuo, sobre dichos productos (folios 10 y 11 del expediente).

Ese día a las 13:04 horas envió otro correo electrónico -también recibido en la CNMC- indicando, de nuevo, que el alto precio le está suponiendo en su situación de desbalance negativo un importante aumento de los costes.

Asimismo, ese día en los últimos minutos de negociación inició una serie de ofertas a la baja, sobre el producto Diario D+1, que fueron respondidas por otro agente al alza, generando una situación de ofertas y contraofertas que terminó con la fijación del Precio Último Diario del producto D+1 por parte del otro agente.

Unos minutos después de estas actuaciones, a las 17:22 horas se envió un tercer correo electrónico en el que literalmente se señala que: "les informamos que a las 16:53 horas hemos cruzado una operación a 35 €/MWh para que quede en evidencia el agente que está interesado en marcar un precio de cierre de mercado artificialmente alto". Concluye el correo señalando que el citado agente finalmente fijó el Precio Último Diario mediante oferta tres segundos antes del cierre de la sesión de negociación y señala que: "¿acaso este agente no está manipulando el precio del mercado con una operación de 1 MWh para elevar el precio de cierre?" (Folio 34 del expediente.)

3 MULTIENERGIA introdujo, a las 16:50:39, una oferta de venta de 1 MWh/día a 35,5 €/MWh que resultó casada con la oferta de compra preexistente de otro agente (por un volumen de 1.000 MWh/día). Asimismo, a las 16:55:14, MULTIENERGIA introdujo otra oferta de compra de 1 MWh/día a 35,0 €/MWh, que se ejecutó (solo por 1 MWh/día) con la oferta de venta preexistente de otro agente (por un volumen de 1.000 MWh/día). Estas dos transacciones fueron las únicas que se ejecutaron en la sesión de negociación del día 17 de enero (tanto en subasta como en continuo) sobre el producto Diario D+2, por lo que marcaron el Precio de Referencia Diario de dicho producto. El Precio de Referencia Diario de cada producto se calcula como el precio medio ponderado de las transacciones ejecutadas en la sesión de negociación sobre dicho producto (tanto en subasta como en continuo).

CUARTO- Actuaciones del agente el día 18 de enero de 2017.

El día 18 de enero de 2017 da inicio con un nuevo correo electrónico de Multienergía Verde en el que señala que en la subasta de la mañana se han insertado ofertas por encima del valor del gas en Europa (más del 10%) sin que hayan casado. Posteriormente indica que han realizado ofertas a 1 MWh para que queden evidencia los agentes que están manipulando el mercado. (Folio 36 del expediente).

Con estas ofertas, volvió a marcar el Precio Último Diario y el Precio de Referencia de los productos Diarios D +2 y D+3, al insertar ofertas de venta (25 €/MWh) por el volumen mínimo permitido (1 MWh/día) que resultaron casadas con ofertas de compra introducidas posteriormente por otros agentes, siendo además las únicas



transacciones cruzadas en la sesión de negociación del 18 de enero, tanto en subasta como en continuo, sobre dichos productos.

Ese día se llevan a cabo varias conversaciones telefónicas en las que se advierte de la inserción de ofertas anómalas.

QUINTO- Actuaciones del agente el día 19 de enero de 2017.

El 19 de enero de 2017 volvió a marcar el Precio Último Diario del producto Intradiario al introducir una oferta de venta de 25 MWh/día a 1 €/MWh, que resultó casada y fue inferior en 35,45 €/MWh al precio de la última transacción cruzada en el mercado para dicho producto (de 38 MWh/día a 36,45 €/MWh).

A las 21:47 horas se recibió un nuevo correo electrónico por parte de Multienergía Verde. En el mismo, además de contar lo que habían hecho durante el día, indicaban que su actuación no tiene repercusión alguna sobre el Precio de Referencia Diario ni se manipulan los precios de desbalances diarios. Literalmente en el indicado correo se dice que: "En todo caso, si consideran que esta acción no sirve para poner en evidencia a estos agentes ni para conseguir que el precio de MIBGAS vuelva a ser el precio real de mercado, rogamos que nos lo hagan saber y nos indiquen las medidas que podemos tomar para conseguir este fin último. / Nuestra única intención es poner en evidencia a los agentes que llevan semanas elevando artificialmente el mercado de gas y conseguir un mercado competitivo de gas en España. No deseamos precios artificialmente bajos, deseamos precios reales de mercado." (Folio 39 del expediente.)

SEXTO- Actuaciones del agente el día 20 de enero de 2017. Multienergía Verde inicia la sesión del 20 de enero de 2017 insertando ofertas a la baja en todos los productos, como en días anteriores. Tras llamada por parte de MIBGAS, el agente desiste de las mismas, no fijando precio alguno en el citado día.

SÉPTIMO- Precios de referencia marcados por Multienergía Verde, S.L en los días indicados.

En el cuadro siguiente se recogen las referencias de precios registradas, entre el 15 y el 20 de enero de 2017, para los productos Intradiario y Diarios D+1, D+2 y D+3, tanto en subastas como en el mercado continuo de MIBGAS, así como en el mercado OTC a través de agencias de intermediación. En el cuadro, se destacan en naranja los precios que marcó Multienergía Verde, que correspondieron a 1 precio de subasta, 9 Precios Últimos Diarios y 6 Precios de Referencia Diarios.

Precio transacciones ejecutadas en subastas y en el mercado continuo de MIBGAS, Precio Último Diario, Precio de Referencia Diario de MIBGAS, y precio promedio de las transacciones ejecutadas en el mercado OTC a través de agencias de intermediación. Del 15 al 20 de enero de 2017 Nota: En naranja los precios que marcó Multienergía Verde. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de MIBGAS y agencias de intermediación.

4. En la resolución impugnada se subsumen los anteriores Hechos Probados en el artículo 110.u) de la Ley 34/1998 como infracción grave, remitiéndose así a la tipificación de los compartimentos relativos a la manipulación o la tentativa de manipulación de mercado a lo establecido en el Reglamento UE 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre Integridad y Transparencia del Mercado Mayorista de la Energía (REMIT).

Considera la CNMC en su resolución que:

" La manipulación de mercado exige la emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor -que es lo sucedido en este caso- por la que se fije o intente fijar, por medio de una persona o de varias personas, que además han de actuar de manera concertada, el precio de uno o varios productos energéticos al por mayor a un nivel artificial.

En consecuencia, el tipo se conforma con una actuación -en el caso presente, la emisión de una orden para realizar operaciones con productos energéticos- más un resultado alcanzado (fijar) o la mera tentativa de resultado (intente fijar) el precio a un nivel artificial (es decir, un nivel ajeno al natural de las fuerzas del mercado), bien de forma individualizada o mediante varias personas actuando concertadamente.

En la tentativa de manipulación de mercado, que comparte numerosos elementos con la manipulación, se exige igualmente la emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor con la intención (elemento subjetivo evidentemente doloso) de fijar el precio a un nivel artificial. Es decir, no se precisa en la tentativa que se consiga el resultado correspondiente y tampoco exige ni actuación individual o concertada. De este modo, en el caso de un agente que individualmente propone un precio artificial y no consigue fijarlo se trataría de tentativa de manipulación de mercado.

(...)

En conclusión, se estima que Multienergía Verde consiguió fijar artificialmente 16 precios e intentó fijar el día 17 uno más y el día 20 otros cuatro, sin éxito.

Concretam ente, son:

Precio de subasta del producto Intradiario del día 15 de enero (16 €/MWh por debajo del precio de la primera transacción que se ejecutó en esa sesión de negociación, en el mercado continuo, por un volumen superior al mínimo permitido) gracias a sus ofertas autocasadas.

Precio Último Diario: Intradiario (15, 16 y 19 enero, destaca este día con 1 €).

Precio Último Diario: Diario D+2 (15, 17 y 18 de enero)

Precio Último Diario: Diario D+3 (15, 17 y 18 de enero)

Precio de Referencia Diario: Diario D+2 (15, 17 y 18 de enero)

Precio de Referencia Diario: Diario D+3 (15, 17 y 18 de enero)

El día 17 de enero intentó, sin éxito, fijar artificialmente el Precio Último Diario del producto D+1.

El día 20 de enero intentó sin éxito fijar artificialmente los Precios de los productos Intradiario y Diarios D+1, D+2 y D+3

En tanto que la fijación o tentativa de fijación de los precios se dio durante un período concreto de tiempo (15 al 20 de enero de 2017) y en el marco de una actuación claramente prevista y continua, ha de entenderse que no se han producido tantas infracciones como fijaciones o tentativas de fijación de precio ha habido, sino una infracción continuada de la prohibición de manipular o intentar manipular el mercado mayorista del gas durante estos días. La consideración como infracción continuada permite entender que ha habido una sola infracción grave, y no una pluralidad de ellas (que cupiera considerar aisladamente, y sin relación o unidad entre sí) ".

A continuación la resolución impugnada razona sobre la culpabilidad en la comisión de la infracción y considera que concurre dolo a la vista de las circunstancias del caso.

También se hace referencia en la resolución a la antijuricidad de los hechos para rechazar la invocada legítima defensa a la que la hoy demandante ha venido intentando acogerse.

Y, por último, se justifica la aplicación de la sanción, en concreto, la de una multa prevista en el artículo 113.1 de la Ley 34/1998, de hasta 6.000.000 de euros para la comisión de infracciones graves, sin que pueda superar el 5% de la cifra de negocios del sujeto infractor.

Al respecto la CNMC considera que:

"(i) la conducta se comete de forma dolosa,

(ii) que afecta, de forma continuada, a varios días, del 15 al 20 de enero de 2017 y,

(iii) que la infracción implica una lesión a la confianza en el 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 para su realización se emplearon volúmenes reducidos de energía, en un entorno de precios altos de mercado, que se trataba de denunciar, y que el beneficio fue mínimo.

Atendiendo a todo lo anterior, se estima oportuno confirmar la multa propuesta por la Dirección de Energía, e imponer a Multienergía Verde una multa de 120.000 euros, la cual se encuentra dentro del límite del 5% de la cifra de negocios del sujeto infractor".

5. En la demanda, sin discrepar de los hechos que se declaran probados en la resolución impugnada, se articulan los siguientes motivos de recurso:

- Ausencia de infracción administrativa. Inexistencia de manipulación o tentativa de manipulación del mercado por la recurrente. Imposibilidad para fijar o modificar el precio del gas a un nivel artificial.

- Las actuaciones de la actora estarían fundamentadas en razones legítimas. La legitimidad de esas razones excluye la sanción.

- Las actuaciones de la actora fueron en legítima defensa, lo cual también excluye la sanción.

- Ausencia de culpabilidad.

- Importe excesivo de la sanción. Principio de proporcionalidad en la graduación de la sanción.

6. En su primer motivo de la demanda la recurrente discrepa de la fundamentación de la sanción impuesta por la CNMC objeto de recurso aduciendo que su mínima participación en el mercado del gas y el mínimo volumen de negociación que representaron las operaciones consideradas por la CNMC impide que su conducta sea calificada como manipulación o intento de manipulación del precio del gas. Sostiene la recurrente que cuando



realizó las operaciones era plenamente consciente de su imposibilidad de modificación de los precios, además de no tener capacidad para modificar el precio del producto energético

Tales alegatos no pueden ser acogidos. El tipo en el que se subsume la conducta en cuestión está descrito en el artículo 110.u) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que considera como tal infracción:

"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 1227/2001, 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".

Se remite así la Ley a lo dispuesto en el Reglamento UE n.º 1227/2001, de 25 de octubre de 2011, sobre integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT), cuyo art. 2.2 define la manipulación de mercado como:

"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

ii i) que emplee o intente emplear un dispositivo ficticio o cualquier otra forma de engaño o maquinación que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un producto energético al por mayor. (...)"

Po r su parte, la tentativa de manipulación del mercado (art. 2.3) se define como :

"a) la realización de cualquier transacción, la emisión de cualquier orden para realizar operaciones o la adopción de cualquier otra medida relacionada con un producto energético al por mayor con intención de:

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

ii) fijar el precio de uno o varios productos energéticos al por mayor a un nivel artificial, a menos que la persona que haya efectuado 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

iii) emplear un dispositivo ficticio o cualquier otra forma de engaño o maquinación que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un producto energético al por mayor. (...)"

Pues bien, en este caso es de aplicación el apartado ii) de la letra a) de los artículos 2.2 (manipulación) y 2.3 (tentativa) del citado Reglamento Comunitario en los términos que se recogen en la resolución administrativa impugnada a la vista de las actuaciones desarrolladas por la recurrente entre los días 15 y 20 de enero de 2017 en los términos también descritos en la propia resolución sancionadora.

A lo anterior no cabe oponer que, a la vista de la participación de la recurrente en el mercado del gas y el mínimo volumen de negociación de las ofertas, no pudo en modo alguno afectar su conducta al Precio de Referencia Diario. Al respecto nos remitimos al informe del Operador de Mercado (MIBGAS), folios 1 a 40 del expediente administrativo, así como al informe técnico de la CNMC, folios 684 y 685, en los que se describen las ofertas de venta de la recurrente que resultaron casadas, siendo muy inferiores a los Precios de Referencia para dichos productos en los seis días anteriores; así como a las referencias de precios de las transacciones ejecutadas a través de las agencias de intermediación en esos mismos días y a como dicho precio se redujo en los días 15, 17 y 18 de enero en los términos que se detallan en dichos informes y que en absoluto han sido desvirtuados por la recurrente.



Resulta asimismo de dichos informes técnicos que la recurrente marcó también artificialmente con su conducta (con ofertas y cambios de comportamientos ajenas a toda lógica económica), el Precio Último Diario los días 15, 17 y 18 de enero (Diarios D+2 y D+3), e Intradiario los días 15, 16 y 19 de enero; así como el precio de subasta del producto Intradiario del día 15 de enero, intentando fijar también el día 17 el Precio Último Diario del producto D+1 y los Precios de los productos Intradiario y Diarios D+1, D+2 y D+3 el día 20 de enero.

En fin, la Administración sancionadora imputó a la recurrente la fijación de los precios de varios productos energéticos en el mercado mayorista de gas entre los días 15 y 20 de enero de 2017 a través de la manipulación de mercado y de la tentativa de manipulación de mercado fijando, o intentando fijar, respectivamente, el precio, cuya tipificación al amparo del artículo 110.u) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, resulta adecuada; siendo, por lo demás, irrelevante el porcentaje o el volumen de participación del operador para entender cometida la infracción, siempre que, como aquí ha acontecido, se haya fijado o intentado fijar artificialmente el precio del gas al por mayor.

7. En el siguiente motivo de recurso la recurrente sostiene que en su actuación concurren razones que la justifican, sin que, por ello, proceda sanción alguna. En particular, se refiere la parte a que actuó en legítima defensa. Aduce, por un lado, que el hecho de que la existencia de razones legítimas en las actuaciones susceptibles de ser consideradas manipulación o tentativa de manipulación exonere de la aplicación de la sanción viene prevista en el apartado ii) de la letra a) de los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento (UE) nº 1277/2011, que excluye de la infracción de la manipulación de mercado o su tentativa cuando se *"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..."*.

Sin embargo, y como bien se aduce por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, la excepción contemplada en la norma comunitaria exige dos requisitos que deben concurrir cumulativamente, a saber: la legitimidad de las razones para realizar la transacción o emitir la orden; y que dicha transmisión u orden se ajuste a las prácticas de mercado aceptadas en el mismo. Y ninguna de las dos exigencias se cumplen en este caso: ni las razones son legítimas, como veremos a continuación, ni las órdenes se ajustaban a las prácticas de mercado.

Así, y como ya se ha dicho, las operaciones se apartaban de toda lógica económica, con cambios de comportamiento que afectaban a la fijación del precio durante los días en que tuvo lugar la conducta que hemos analizado. Pero es que, además, las razones que la demandante ofrece para justificar su actuación tampoco son legítimas. Tales razones se concretan en su denuncia de la manipulación del mercado por otros operadores. Y es que no cabe apelar a la "legitimidad" en las razones esgrimidas por la recurrente, pues la fijación, o el intento de fijación, de precios artificiales en el mercado del gas obviamente no puede considerarse necesario para denunciar una situación de manipulación preexistente; mucho menos, si cabe, cuando la recurrente había sido ya advertida por el propio Operador de Mercado, MIBGAS, quien le había indicado las consecuencias de su comportamiento, lo que en definitiva priva de toda justificación a tal comportamiento.

Tampoco puede apreciarse la pretendida justificación por concurrir legítima defensa. La legítima defensa como causa de justificación, excluyente de la antijuricidad, en los términos previstos en el artículo 20.º del Código Penal exige, según la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por todas, STS de 4 de marzo de 2011) para poder ser apreciada, la necesidad de la defensa como reverso de la agresión ilegítima, siendo ésta requisito esencial que se identifica con una situación de ataque actual e inminente, e ilegítimo, que sufre quien se defiende justificadamente, además de la necesaria proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión.

Pero tales perfiles, aquilatados en el ámbito del Derecho Penal y, por tanto, aplicables, con ciertos matices, al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, en absoluto pueden ser reconocidos en la actuación de la recurrente, quien no sólo no ha justificado agresión alguna sino, en todo caso, ella misma se situó fuera de cualquier proporcionalidad para refutar el peligro que denunciaba, desde el momento en que, para denunciar una supuesta manipulación del mercado por otros agentes, se incurrió en otra, y de forma continuada, en los términos descritos. Por ello, compartimos la valoración de la resolución impugnada cuando señala que, si el recurrente consideraba que se estaba alterando el mercado antes de sus actuaciones, debería haber instado antes que otra cosa la actuación de la Administración y, sino estaba de acuerdo, la de los Tribunales. Pero no realizar operaciones de manipulación y, mucho menos después de ser advertida por el Operador del Mercado, realizar, vía informal, tal denuncia y, además continuar con sus operaciones de manipulación de precios.

No está de más recordar que la actuación denunciada y realizada por otro agente a la que se refiere en su demanda la recurrente, fue objeto de otro procedimiento sancionador incoado también por la CNMC y que terminó con sanción. Sin que, por lo demás, las continuas remisiones a la conducta de ese otro agente sancionado por parte de la actora, permitan apreciar la invocación de la vulneración del principio de igualdad,



toda vez que ni puede operar la igualdad en la ilegalidad, ni se ha acreditado la igualdad de las circunstancias concurrentes en uno y otro supuesto, en los términos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 181/2000, de 29 de junio y 39/2002, de 14 de febrero, entre otras muchas).

8. A continuación en la demanda se niega la existencia de culpabilidad, remitiéndose a tales efectos a la finalidad que guió a la recurrente en sus actuaciones a las que más arriba ya nos hemos referido.

Ahora bien, una vez descartada la legitimidad de tales actuaciones tampoco puede servir esa alegada finalidad para negar la existencia del elemento subjetivo de imputación de responsabilidad. Pero es que, además, al margen de lo expuesto y desde el momento en que la recurrente fue plenamente consciente de sus actos, y así lo comunicó a MIBGAS, quien a su vez y en reiteradas ocasiones le comunicó que la conducta que estaba llevando a cabo en el mercado era susceptible de ser considerada como un intento de influir en el precio, o de dar señales falsas o engañosas del mismo respecto de los productos negociados en el mercado organizado de gas en las fechas consideradas, difícilmente puede apreciarse la alegada falta de culpabilidad. Más aún, la recurrente era conocedora del carácter anómalo de sus ofertas (lo que en todo momento ha reconocido) y las quiere presentar con plena voluntad, si bien con el objetivo último de denunciar a otros agentes, lo cual, además de no poder ser considerado legítimo, evidencia la existencia del elemento subjetivo de imputación de responsabilidad ante la plena intencionalidad de la conducta realizada.

9. Por último, se reprocha a la resolución recurrida la indebida graduación de la sanción, que la demandante considera excesiva, a la vista de las circunstancias contempladas en el artículo 112 de la Ley 34/1998. En concreto, y con invocación del principio de proporcionalidad del artículo 29.4 de la Ley 40/2015, se reclama la imposición de una sanción leve.

Tales alegatos tampoco pueden prosperar. En realidad la recurrente no invoca ni acredita la concurrencia de alguna circunstancia de carácter excepcional que determine la aplicación del precepto que reivindica.

La resolución sancionadora en este caso ha tomado en consideración las circunstancias que se determinan en el artículo 112 de la Ley 34/1998. Así, en concreto:

- La forma dolosa de la conducta y tratarse de una infracción continuada, que afecta a varios días, del 15 al 20 de enero de 2017.
- La infracción implica una lesión a la confianza en el funcionamiento adecuado del mercado y en la fijación de sus precios.
- El empleo de volúmenes reducidos de energía.
- La finalidad perseguida de denunciar la situación existente en el mercado del gas.
- El beneficio obtenido fue mínimo.

Por último, la Administración sancionadora se ha atenido también a lo dispuesto en el artículo 113.1 de la propia Ley 34/1998 que prevé una sanción para las infracciones graves de hasta de 6.000.000 de euros; si bien no podrá superarse el 5% del importe del volumen de negocios anual de la empresa infractora, o del volumen de negocios anual consolidado de la sociedad matriz del grupo integrado verticalmente al que pertenezca. Y tomando en consideración que la empresa recurrente tuvo en el ejercicio 2017 un importe neto de cifra de negocios de 21.640.253,47 euros, y en el ejercicio precedente de 10.175.434,43 euros, es evidente que la multa impuesta (120.000 euros) se encuentra dentro del límite legal, situándose, por otra parte, en atención a las circunstancias expuestas, en el tramo mínimo de las sanciones graves, por lo que en ninguna infracción del principio de proporcionalidad cabe apreciar en este caso, como tampoco la existencia de circunstancias especiales u otros factores relevantes que puedan justificar la apreciación de una infracción que reduzca o aminore la gravedad de la imputada, que, como ya se ha expuesto, tiene su adecuado encaje en el catálogo de las infracciones graves de la Ley reguladora del Sector de Hidrocarburos.

10. Procede, en fin, desestimar el recurso y, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA, imponer las costas procesales a la parte actora.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **1/2019** interpuesto por la representación procesal de la mercantil **MULTIENERGÍA VERDE, S.L.**, contra la resolución reseñada en el fundamento jurídico primero de esta sentencia que confirmamos por su conformidad a Derecho.

Con imposición de costas a la parte actora.



La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ