

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A AXPO IBERIA S.L. POR PRESUNTA MANIPULACIÓN DEL MERCADO INTRADIARIO CONTINUO DURANTE LOS MESES DE OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 2022

(SNC/DE/018/23)

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 3 de octubre de 2024

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Informe de OMIE de 30 de diciembre de 2022

Con fecha 30 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el Registro electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el “*Informe especial por la recepción de envíos masivos de ofertas en el mercado intradiario continuo*” de 30 de diciembre de 2022 elaborado por el Operador del Mercado-OMI, Polo Español, S.A. (en adelante Informe OMIE).

En el ámbito de la función de supervisión del mercado mayorista de la energía por parte de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) y de los reguladores nacionales, el artículo 15 del Reglamento (UE) n° 1227/2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT) establece la obligación de las personas que gestionan operaciones a título profesional, con productos energéticos al por mayor, de comunicar con la mayor brevedad posible a la autoridad reguladora nacional si sospechan razonablemente de que una operación puede constituir una infracción de los artículos 3 (prohibición de operaciones con información privilegiada) o 5 (prohibición de manipulación del mercado) de REMIT.

De conformidad con el referido artículo 15 de REMIT, a través del mencionado “Informe especial por la recepción de envíos masivos de ofertas en el mercado intradiario continuo” OMIE informó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que el agente AXPO IBERIA S.L (en adelante AXPO; su código de participante en el mercado es EGLE), durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2022, habría insertado un elevado número de envíos de ofertas antes de la apertura de la negociación en el intradiario continuo de los contratos para el día siguiente (15:10:00), que eran inválidas y que tenían como único objetivo acaparar la cola de procesamiento de ofertas¹ para ser los primeros en tener una oferta válida en los contratos del día siguiente (en adelante D+1). De acuerdo con las reglas del mercado vigentes en ese momento “Las ofertas hibernadas serán reactivadas por orden de llegada a la Plataforma de Negociación del Operador del Mercado” (Regla 46.2.7)². Por ello, la competencia entre los agentes se producía en el entorno de las 15:10:00 hasta el 3 de marzo de 2023, puesto que el objetivo era tener preferencia en la reactivación de las ofertas tras la celebración de la 3ª sesión de la subasta del mercado intradiario (cierre de la sesión a las 21:50) para su ejecución con ofertas de compra del producto D+1 (a las 22:00). Concretamente, con esta actuación de acaparamiento de la cola de procesamiento de las ofertas, el agente buscaría posicionarse el primero en el orden de entrada para ejecutar sus ofertas de venta agrediendo órdenes de compra externas al mercado ibérico, en tanto que las ofertas se reactivaban en función del orden de llegada a la plataforma de negociación de OMIE denominada LTS (*Local Trading Solution*) y, por tanto, de validación de estas³. Estas ofertas de compra están relacionadas con la aparición de nueva capacidad de exportación a Francia en el mercado intradiario

¹ De acuerdo con las reglas en vigor en ese momento, esto es, las correspondientes a la Resolución de 9 de mayo de 2018, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica. Así en la regla 46.2.2 “Validación de ofertas” se establecía que: “*Toda oferta recibida en la Plataforma de Negociación del Operador del Mercado, y de forma previa a su envío e incorporación en el Libro de Ofertas, estará sujeta a un proceso de validación, existiendo condiciones de aceptación de la oferta (...)*”.

² De acuerdo con la Regla 46.2.7 “Hibernación de ofertas en el mercado intradiario continuo”: “*(...) En caso de que el agente solicite la reactivación de sus ofertas en una sola acción, se seguirán los siguientes criterios:*

– *Las ofertas hibernadas serán reactivadas por orden de llegada a la Plataforma de Negociación del Operador del Mercado, comenzando por las primeras ofertas recibidas (...)*.”

³ Las ofertas al sistema se introducen a través del LTS y una vez validadas se incorporan al libro de órdenes y se muestran, en el LTS, con un número máximo de 100 ofertas, actualizándose el libro de órdenes en tiempo real con cualquier evento relevante (envío/modificación/anulación de una oferta, creación de una transacción, cambio del estado de las capacidades de la interconexión, etc.).

continuo (en el entorno de las 22:00), que permite la realización de transacciones de exportación (venta) a través de la interconexión con Francia a precios muy elevados en comparación con los negociados en la zona ibérica⁴.

Tal y como señala OMIE en su informe, la aparición de nueva capacidad de exportación a Francia en el mercado intradiario continuo (en adelante MIC) era un hecho frecuente en el periodo objeto de análisis de esta investigación, generándose competencia entre los agentes por ejecutar transacciones de venta, a precios superiores a los del mercado diario, de contratos para el día siguiente a través de la interconexión con Francia. En particular, en el Informe OMIE se señala que *“La competencia entre algunos de los agentes, que se centra en estar los primeros en el orden de entrada y ser por tanto los primeros en casar agrediendo esas órdenes de compra externas al mercado ibérico con órdenes de venta del sistema ibérico, ha provocado la recepción de un elevado número de órdenes, que además se concentran en la apertura de los contratos para el día siguiente (15:10:00), [...]”*.

Debido al elevado incremento de actividad en la plataforma de negociación (LTS), y al objeto de preservar la integridad de esta⁵ para evitar un retraso en los tiempos de respuesta en el procesamiento de las ofertas de todos los agentes, desde OMIE se publicó la Instrucción 1/2022 sobre *“Monitorización y Control en los intercambios de información vía API⁶ con OMIE”*, de 4 de abril de 2022 (en adelante, Instrucción 1/2022), en la que se establecen medidas de vigilancia y control, con el objetivo de garantizar que los aplicativos⁷ de los agentes respetan los términos de uso sin crear anomalías en las condiciones de negociación⁸. Así, en el preámbulo de dicha instrucción OMIE⁹ recoge lo siguiente:

“[...] en los últimos tiempos, sobre todo con la llegada del Mercado Continuo (MC), se ha venido observando un incremento de las operaciones y accesos

⁴ El spread (o diferencial) de precios entre ambos países se amplió desde la entrada en vigor del mecanismo de ajuste regulado en el Real Decreto-ley 10/2022, el 13 de mayo.

⁵ De acuerdo con la regla 58 del Anexo I de la Resolución de 9 de mayo de 2018, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de producción de energía eléctrica (en vigor hasta el 3 de marzo de 2023).

⁶ Interface de mensajes normalizados.

⁷ Aplicaciones desarrolladas por los agentes para su acceso a las plataformas del mercado.

⁸ El objetivo es velar *“por el buen funcionamiento de sus aplicaciones, manteniendo el número de accesos y de operaciones en una cuantía razonable y evitando la realización de acciones masivas repetitivas que impacten innecesariamente en el rendimiento de las plataformas”*.

⁹ https://www.omie.es/sites/default/files/2022-06/instruccion_1-2022_monitorizacion_y_control_omie.pdf

masivos por parte de estos aplicativos propios de los agentes, lo que conlleva un elevado volumen de datos transmitidos y procesados. Este alto volumen podría llegar a causar efectos perniciosos en el futuro, tales como la ralentización del sistema y el retardo de las operaciones, viéndose afectados todos los agentes del mercado, aunque estos no sean los responsables de dichos accesos y operaciones masivas.

A fin de evitar estos potenciales efectos perniciosos, es fundamental que los agentes cumplan con un uso racional y adecuado de las plataformas de OMIE, velando por el buen funcionamiento de sus aplicaciones, manteniendo el número de accesos y de operaciones en una cuantía razonable y evitando la realización de acciones masivas repetitivas que impacten innecesariamente en el rendimiento de las plataformas”.

La Instrucción 1/2022 establece medidas de vigilancia y control, indicándose que OMIE implantará una serie de aplicaciones, procedimientos y mecanismos orientados a evitar comportamientos abusivos que vulneren la integridad del sistema de negociación. En este sentido, a partir del 10 de octubre de 2022 se establece un tiempo mínimo de 8 segundos entre los mensajes de envío de ofertas de un mismo agente; en caso de no respetarse este límite temporal entre cada mensaje, el mensaje de ofertas insertado por debajo de ese límite temporal será íntegramente anulado (con todas las ofertas en él contenidas). Asimismo, si antes del periodo de apertura de los contratos para el día siguiente (15:10:00) se incluyera en un mensaje de envío alguna oferta para el día siguiente, se anula íntegramente el mensaje con todas sus ofertas. Adicionalmente, se establecen una ratio de órdenes frente a transacciones por unidad ofertante y contrato (RUC)¹⁰ y una ratio de ordenes frente a transacciones por agente y día negociado (RAD)¹¹, que tienen por objeto evitar el acaparamiento de la oferta o de la demanda.

De acuerdo con el Informe OMIE:

- *“En aplicación de la instrucción citada, desde el once de octubre se establece un tiempo mínimo entre los envíos. Desde la aplicación de esta limitación se reciben envíos masivos de ofertas sin intención de entrar en el sistema, ya que se procesan como inválidos al no cumplir el tiempo mínimo establecido entre los envíos. Estos envíos masivos inválidos, tienen el objetivo de acaparar la cola de procesamiento hasta la apertura*

¹⁰ RUC: proporción entre número total de órdenes enviadas por una unidad ofertante a la plataforma del MC y el número total de órdenes que son casadas (una o varias transacciones) por contrato.

¹¹ RAD: proporción entre número total de órdenes enviadas a la plataforma del MC por un agente y el número total de órdenes que son casadas (una o varias transacciones) para el conjunto de todos los contratos de un mismo día negociado.

de la negociación de los productos para el día siguiente, momento en el que entra como válida una de las ofertas presentadas, siendo esta la primera en entrar al sistema para casar contra las ofertas externas al mercado ibérico capturando los altos precios a través de la interconexión.

- *Esta situación se agravó en diciembre de 2022, donde los envíos crecieron significativamente, alcanzándose más de 20.000 envíos de órdenes en 5 minutos, de los cuales solo uno fue finalmente válido. Cada envío tiene habitualmente las mismas 24 órdenes de venta, una para cada contrato del día siguiente.*

Dado que, de acuerdo con las reglas del mercado que estuvieron vigentes hasta el 3 de marzo de 2023, la reactivación de las ofertas, tras su hibernación para la celebración de la correspondiente subasta del intradiario, se realizaba por orden de precedencia de recepción de la oferta en el LTS y validación de esta, la competencia entre los agentes por ser los primeros en incorporar sus ofertas al libro de órdenes para el producto D+1 se producía en el entorno de las 15:10:00. Por ello, se ha analizado como ventana crítica de competencia, en esta investigación, la negociación comprendida entre las 15:08:00 y las 15:13:00.

Debido al cambio que se introdujo desde 10 de octubre de 2022, de acuerdo con la Instrucción 1/2022, en el periodo analizado cabe diferenciar entre dos momentos temporales:

- Entre el 30 de septiembre y el 9 de octubre de 2022: periodo en el que, de acuerdo con el procedimiento de validación, se analizaban todas y cada una de las ofertas contenidas en un mensaje de envío de ofertas al LTS.
- A partir del 10 de octubre y hasta el 30 de diciembre de 2022¹²: periodo en el que se rechaza todo el mensaje, sin procesar las ofertas en él contenidas, si el envío de dicho mensaje incumple el tiempo mínimo establecido entre envíos o si se introduce para un producto que no está abierto a negociación.

En cuanto al comportamiento de mercado del agente incoado, puesto que el objetivo era ejecutar transacciones para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, se realizó una operativa que estaba orientada a tratar de posicionar sus ofertas de venta para el producto D+1 las primeras en el libro de órdenes.

¹² Fecha de negociación del producto D+1 con entrega el 31 de diciembre de 2022.

Para ello, AXPO desarrolló una estrategia orientada a conseguir que sus ofertas de venta para el D+1¹³ fueran validadas por OMIE antes que las insertadas por otros agentes del mercado. De acuerdo con el análisis efectuado a partir de la información proporcionada por OMIE, AXPO desarrolló una operativa consistente en bombardear la cola de procesamiento con múltiples envíos, aun cuando sabía que serían invalidados al no cumplir el tiempo mínimo establecido entre los envíos (el 98,2% de sus mensajes¹⁴ son rechazados por este motivo) y/o por incumplir el parámetro de potencia mínima (el 99,4% de sus ofertas¹⁵ no son validadas por este motivo). Estos envíos masivos inválidos tenían el objetivo de acaparar la cola de procesamiento hasta la apertura de la negociación de los productos para el día siguiente, evitando así el procesamiento de ofertas de sus competidores de modo que, en el momento de apertura de la negociación, entrara como válida una de las ofertas (de venta) presentadas por AXPO, siendo esta de las primeras en incorporarse al libro de órdenes para casar contra las ofertas (de compra) externas al mercado ibérico, capturando así los altos precios de compra a través de la interconexión.

De acuerdo con lo establecido en la Instrucción (1/2022) de OMIE, en diciembre de 2022 se inhabilitó el uso del aplicativo utilizado por AXPO para el envío de ofertas, por acceso abusivo a la plataforma de negociación del MIC. La inhabilitación del uso del aplicativo tuvo efecto desde el 20 de diciembre de 2022.

SEGUNDO.– Acuerdo de incoación del procedimiento sancionador

Con fecha de 20 de abril de 2023, la Directora de Energía de la CNMC, en ejercicio de las atribuciones de inicio e instrucción de procedimientos sancionadores previstas en el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante «Ley 3/2013») y en el artículo 23.f) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante «Estatuto de la CNMC»), acordó la incoación de un procedimiento sancionador frente a AXPO, como persona jurídica responsable de la presunta infracción que se especifica a continuación.

¹³ En el periodo objeto de análisis también insertó ofertas de compra para el producto D+1. De las ofertas de compra al producto D+1 cabría señalar que los días 19 y 20 de noviembre de 2022 insertó ofertas a precios negativos (entre -4.948 €/MWh y -9.898,5 €/MWh) sin sentido económico (con nula probabilidad de ejecución y, por tanto, no genuinas) que fueron validadas por el sistema. No obstante lo anterior, el análisis se centra exclusivamente en sus ofertas de venta para el producto D+1 porque fue con el grueso de dichas ofertas con las que el agente realizó la conducta objeto de análisis.

¹⁴ A partir del 10 de octubre de 2022.

¹⁵ En el periodo del 30 de septiembre al 30 de diciembre de 2022.

Los hechos que motivan la incoación del procedimiento radican en la conducta consistente en el envío masivo de órdenes para negociar durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2022, antes de la apertura de la negociación en el mercado intradiario continuo de los contratos para el día siguiente (15:10:00) con el objetivo de acaparar la cola de procesamiento de ofertas para ser los primeros en tener una oferta válida cuando se ejecutan los contratos del día siguiente.

La inserción de una gran cantidad de órdenes para negociar y/o cancelaciones y/o actualizaciones de órdenes para negociar, creando incertidumbre para otros participantes, ralentizando su proceso, y/o para camuflar la propia estrategia, está identificada como una práctica de manipulación de mercado (“*Quote stuffing*”¹⁶).

Tales hechos, sin perjuicio del resultado de la instrucción, se precalificaban como infracción grave prevista en el artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, «Ley 24/2013»).

El Acuerdo de incoación se notificó por medios electrónicos con puesta a disposición de AXPO el día 21 de abril de 2023, y acceso a la notificación por dicha sociedad en la misma fecha.

TERCERO.- Alegaciones de AXPO

Tras haber solicitado ampliación de plazo y habersele concedido, y tras haber solicitado acceso al expediente y haberse accedido a dicha solicitud, con fecha de 17 de mayo de 2023 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de alegaciones de AXPO sobre el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador. También con fecha de 4 de agosto de 2023 tiene entrada nuevo escrito de AXPO en el que se aporta informe pericial económico que queda incorporado al expediente en esa fecha, y con fecha de 8 de agosto se remite información adicional relativa a los Anexos a dicho informe pericial, que quedan igualmente incorporados al expediente. En sus alegaciones, AXPO entiende, a

¹⁶ Apartado 6.3.2 i) del document “ACER Guidance on the application of Regulation (EU) N° 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency. 6th Edition. 22 July”: “**Quote stuffing**”: entering a large number of orders to trade and/or cancellations and/or updates to orders to trade so as to create uncertainty for other participants, slowing down their process, and/or to camouflage one’s own strategy.”.

diferencia de lo que indica la CNMC en el Acuerdo, que su actuación no constituye manipulación de mercado en el sentido del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (“LSE”) y el artículo 5 en relación con el artículo 2.2 del Reglamento 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (“REMIT”), siendo procedente el archivo de las actuaciones en el sentido del artículo 89.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“Ley 39/2015”).

De manera resumida, sobre los hechos AXPO considera:

- Que el presente expediente sancionador versa sobre un supuesto acaparamiento de cola que se atribuye por AXPO en el mercado intradiario continuo que tenía por intención y/o objeto que su oferta entrara primero, dificultando que las ofertas presentadas por terceros casaran, práctica conocida como “quote stuffing”. Ello era así porque durante el 2022, y debido a una decisión regulatoria que se modificó en 2023, el criterio para casar era el tiempo de presentación de la oferta, generando una pugna técnica. El incentivo que tenía AXPO tras esta estrategia sería capturar la diferencia de precios existente entre el mercado eléctrico francés y el ibérico. Pero la única estrategia que podría acaparar la cola que persigue la CNMC sería la presentación de ofertas sin respetar el tiempo mínimo entre ofertas, no el envío de ofertas cuando el contrato no se encontraba abierto. En el caso de AXPO, eso solo ocurrió dos veces en diciembre de 2022, el 13 y el 14, por lo que la investigación no debería cubrir los meses de octubre y noviembre de 2022 y siempre como respuesta legítima a la actuación de los competidores.
- En ningún caso AXPO, con la estrategia implementada esos dos días de diciembre, tuvo como intención y/o resultado fijar artificialmente el precio en el mercado intradiario continuo o enviar señales engañosas, ni se excluyó a competidores ni se abusó de los consumidores. En suma, AXPO solo presentó órdenes sin respetar los tiempos mínimos dos días, 13 y 14 de diciembre, pero los días 16 y 19 de diciembre, consciente de los avisos recibidos el 13 y 14 de diciembre sobre la infracción de la Instrucción que en ningún caso advertían de una eventual manipulación, procede a modificar sus ofertas de venta en un doble sentido: en primer lugar, reduce significativamente el envío de órdenes; y, en segundo lugar, mantiene el tiempo de envío entre todas ellas por encima de los 80 ms. AXPO recibe el error MINIMUN_TIME_EXCEEDED en ofertas enviadas respetando el tiempo mínimo pues el timestamp del servidor considera el momento de

su procesamiento y no el de llegada a la cola, generando un falso positivo en cuanto al parámetro MINIMUN_TIME_EXCEEDED. Ello podría deberse a un fallo en el sistema de OMIE, pero en ningún caso traen causa de un incumplimiento por parte de AXPO, que ignora el motivo del agrupamiento por parte OMIE en un mismo timestamp de órdenes enviadas en diferentes momentos temporales -y respetando el límite de 80 ms-.

- Ciertamente que los días 16 y 19 de diciembre, derivado de no conocer la hora exacta de apertura del contrato, parte de las órdenes enviadas por AXPO llegan al servidor de OMIE con el contrato cerrado. No obstante, esta actuación no puede considerarse incorrecta, pues no está tipificada como tal en la Instrucción ni en las Reglas – no es una infracción de la Instrucción que pudiera justificar su inhabilitación, dado que nada tiene que ver con el incumplimiento del tiempo mínimo de envío entre órdenes, y por lo tanto, ni afecta ni puede afectar al procesamiento de los mensajes como se ha indicado anteriormente.

Sin perjuicio de mayor referencia y examen en otros apartados de la presente Resolución, en cuanto a los Fundamentos Jurídicos señala AXPO lo siguiente:

- Entiende que la CNMC yerra al calificar la estrategia de AXPO como quote stuffing, pues ésta, para ser sancionable, requiere que sirva a uno de estos dos propósitos: proporcionar señales falsas o asegurar el precio a un nivel artificial. Ninguna de estas dos circunstancias concurre en el presente caso. Con respecto al envío de señales engañosas, la Guía de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de Energía (“ACER”) sobre esta materia las define como aquellas órdenes que se introducen en el mercado y que hacen que el resto de los agentes, basados en dicha información que puede referirse a la oferta, la demanda o los precios, tomen decisiones que, de no haberse producido dicha manipulación, no habrían adoptado. Las órdenes enviadas por AXPO no envían ninguna de estas señales engañosas a sus competidores, todas y cada una de las órdenes que envió AXPO durante el mes de diciembre, tenían el objetivo de entrar las primeras para casar al precio y volumen indicado en la orden. En particular, considerando que, tal y como está configurado el MIC, las ofertas que presentaba AXPO no eran observables por los agentes en el momento que estos tenían que presentar las suyas. De cara al día siguiente, los competidores sí

podían observar la estrategia de presentación de ofertas de venta de AXPO -si bien de manera anónima- y adaptarse a ella para ser ellos - y no AXPO- quienes casasen, pero ello en términos de competencia directa y pura por méritos, en este caso de tiempo de entrada. En lo que se refiere al precio, todavía es más claro a su juicio que no puede considerarse que su práctica tuviera por objetivo asegurar uno artificial, siquiera en grado de tentativa. Por lo tanto, no es posible atribuir una práctica de quote stuffing a AXPO si la estrategia que se pretende sancionar ni ha mandado señales engañosas ni tampoco ha establecido un precio artificial, requisitos que deben darse para que se pueda sancionar por manipulación del mercado.

- La actuación de AXPO es legítima y respondía, en todo momento, a la estrategia de los competidores sin incumplir las reglas en los términos definidos por OMIE. REMIT entiende en su artículo 2.2.(ii) que no puede reputarse como manipuladora una práctica cuando el agente demuestre que su práctica es legítima y se ajusta a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado mayorista. Con solo dos warnings por parte de OMIE ni siquiera su práctica era merecedora de inhabilitación. Como resultado de la cola generada por el resto de los operadores, las órdenes enviadas por el aplicativo de AXPO entraban tarde en el orden de mérito de la casación. Por lo tanto, resulta evidente que el comportamiento de AXPO durante el mes de diciembre tenía como único objetivo incrementar la posibilidad de éxito de sus órdenes, al intentar incorporarlas entre las generadas por el resto de los agentes de mercado que generaban una cola artificial segundos antes de la apertura del mercado para los contratos del día siguiente.
- No ha existido manipulación. Se han incumplido los principios de tipicidad y seguridad jurídica. Considera que AXPO no ha excluido a competidores ni su actuación ha podido afectar a los consumidores, presentando a tal efecto informe pericial económico. No se ha producido manipulación en el sentido del REMIT y la LSE. El expediente debe archivarse, de lo contrario se produciría una infracción del principio de tipicidad. Por otro lado, OMIE, en calidad de operador del mercado, habilitó un sistema de intercambio de información con los agentes de mercado mediante el uso de aplicativos, y mecanismos de control con diversos indicadores que operan como limitaciones (KPIs (i.e. RUC y RAD)) y el tiempo mínimo entre órdenes. Sin embargo, para el tercer mecanismo de control, el tiempo mínimo entre órdenes, la Instrucción no recoge un sistema similar en el que se prevea expresamente el umbral de incumplimiento

permitido y las consecuencias que se derivan de superar dicho umbral. Tampoco OMIE advirtió en sus comunicaciones a AXPO de estas cuestiones. Y la situación empeora en lo que se refiere a la supuesta prohibición de presentar ofertas para contratos cerrados: No se encuentra en la Instrucción y OMIE nunca ha establecido un sistema de avisos o warnings relacionados con la misma. Ello contraviene el principio de seguridad jurídica y de tipicidad que debe imperar en el derecho administrativo sancionador para proteger los derechos y garantías de los administrados, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

- La eventual declaración de infracción grave de la LSE por los hechos que sostienen la inhabilitación, supondría una vulneración del principio de confianza legítima. El principio de confianza legítima es un principio de origen jurisprudencial que está consagrado en el artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Asimismo, es un principio acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y confirmado por el Tribunal Supremo. AXPO entendía que el incumplimiento de alguna de esas medidas incluidas en la Instrucción, siempre y cuando no superasen el umbral de cuatro veces al mes que recogía la Instrucción, no suponía un perjuicio grave al mercado y, por consiguiente, no podría ser considerado como una infracción administrativa grave como la que se imputa en este expediente a AXPO. De hecho, en ninguna de sus comunicaciones OMIE informa de dicho extremo a AXPO, advirtiendo exclusivamente del riesgo de infracción de la Instrucción y las medidas en ella recogidas. Podría haber sido razonable para AXPO pensar que la infracción en diciembre del tiempo mínimo establecido podría llevar a la inhabilitación del aplicativo en el caso de incumplirse tres veces más (alcanzando el umbral de cinco veces impuesto para el resto de medidas y que por analogía, también a la medida del tiempo mínimo entre ofertas), pero nunca que podría desembocar en la incoación de un expediente sancionador por manipulación o tentativa de manipulación de mercado, vulnerando así el principio de confianza legítima de AXPO en el régimen de control impuesto por OMIE.

Por todo lo expuesto, solicita que se acuerde de conformidad con el artículo 89.1 de la Ley 39/2015 el archivo del expediente por los motivos y en los términos expresados a lo largo del presente escrito de alegaciones o, con carácter subsidiario, si la CNMC considerase que no concurren los supuestos previstos en la norma para su archivo, proceda, en virtud de lo establecido en el artículo

89.2 de la Ley 39/2015, a emitir la propuesta de resolución a AXPO para que ésta pueda presentar las alegaciones que considere.

CUARTO.- Requerimiento de información a OMIE

Con fecha de 10 de julio, en virtud de lo previsto en el artículo 75 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante «Ley 39/2015»), se cursó requerimiento de información a OMIE, una vez presentadas alegaciones por AXPO, y a fin de disponer de toda la información necesaria para la elaboración de la correspondiente propuesta de resolución del expediente administrativo.

Con fecha de 18 de julio de 2024 tiene entrada escrito de OMIE en respuesta al acto de instrucción de la CNMC en los términos que constan en el expediente administrativo.

QUINTO.- Depósito de cuentas

Mediante Diligencia de 10 de julio de 2024 se procedió a incorporar las cuentas de AXPO IBERIA, S.L. del ejercicio 2022, últimas depositadas mediante certificación del Registro Mercantil de Madrid.

En la misma se pone de manifiesto que la cifra de negocios del ejercicio 2022 fue de 3.492.370.367 euros, siendo, por tanto, el 10% de la indicada cifra la cantidad de 349.237.036,7 euros.

SEXTO. Informe de la Subdirección de Mercados Derivados de la CNMC

Con fecha 19 de julio de 2024 se incorpora al expediente informe de la Subdirección de Mercados Derivados de la CNMC en relación con las alegaciones presentadas en el procedimiento (en adelante, Informe SMD).

El citado informe, tras analizar la conducta realizada por el agente AXPO concluye con la existencia de los Hechos Probados que se identificarán seguidamente, en coincidencia con lo indicado en la propuesta de resolución.

OCTAVO. Propuesta de resolución.

El 23 de julio 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. - Declarar que la sociedad AXPO IBERIA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su comportamiento reflejado en los hechos probados de esta propuesta.

SEGUNDO. - Imponer a la sociedad AXPO IBERIA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa 1.500.000 euros por la comisión de la citada infracción grave.”

Esta propuesta fue notificada a AXPO, que accedió a la misma el mismo 23 de julio de 2024.

NOVENO-Alegaciones de AXPO a la propuesta de resolución.

Tras solicitar ampliación de plazo, que le fue concedida, AXPO presentó el 14 de agosto de 2024 alegaciones a la propuesta de resolución, acompañada de los documentos que esta empresa ha considerado convenientes.

Por medio de estas alegaciones, AXPO solicita el archivo del procedimiento, y, subsidiariamente, calificar la infracción de grave.

DÉCIMO. Elevación del expediente a la Secretaría del Consejo.

Mediante escrito de 2 de septiembre 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.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. Entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022¹⁷, AXPO desarrolló una **operativa consistente en bombardear la cola de procesamiento con múltiples ofertas de venta para el producto D+1. Introdujo un total de 20.480 ofertas de venta para dicho producto, que acapararon la segunda mayor cuota (el 11,2%) del total de ofertas de venta presentadas por todos los agentes que estaban participando en el MIC en el periodo objeto de análisis y para el mismo producto.**

¹⁷ Para los productos con entrega entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022.

SEGUNDO. El 89% de las ofertas de venta insertadas en ese periodo por AXPO fueron rechazadas durante el proceso de validación, principalmente por incumplir el parámetro de potencia mínima (99,4%; véase el Cuadro 2 del Informe SMD). Por ello, cuando el agente insertaba sus ofertas en el sistema era consciente de que solo un número reducido de ellas tenían realmente opciones de ser validadas por el sistema (que serían sus ofertas de venta genuinas o con intencionalidad de ejecución), mientras que el resto de las ofertas tendrían **nula probabilidad de ejecución**, ya que serían rechazadas por el sistema, de acuerdo con las reglas del mercado.

TERCERO. Adicionalmente, **del total de ofertas de venta validadas a AXPO en el entorno de las 15:10, el 55,2% del total fueron canceladas por el propio agente antes de llegar a ser ejecutadas.** De este modo, AXPO redujo todavía más el número de **ofertas de venta del producto D+1 sobre las que habría tenido intencionalidad real de ejecución:** a tan solo el **4,9% del total de ofertas de venta para el producto D+1 insertadas por este agente** (véase Cuadro 3 del Informe SMD).

CUARTO. Si, además, se analizan los **mensajes de ofertas remitidos por AXPO** al LTS, a partir del 10 de octubre y hasta el 30 de diciembre de 2022, se observa que **el 96,5% de los mismos fueron rechazados por el sistema (el 98,2% por no haber respetado el tiempo mínimo de envío entre mensajes de 8 segundos;** véase Cuadro 4 del Informe SMD).

QUINTO. AXPO habría estado insertado **ofertas no genuinas (señal falsa sobre su intención real de venta) cuya finalidad sería acaparar la cola de procesamiento de ofertas, impidiendo que las órdenes de otros agentes se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas y que, de este modo, AXPO pudiera obtener una posición ventajosa sobre la oferta de venta del producto D+1.** La estrategia de bombardeo de ofertas al LTS permitió a AXPO que el 9,8% de las ofertas de venta que le fueron validadas a las 15:10:00 para el producto D+1 se posicionaran las primeras en el libro de órdenes del MIC (véase Gráfico 5 del Informe de la SMD).

SEXTO. El acaparamiento de la cola de procesamiento de las ofertas por parte de AXPO produjo incertidumbre sobre el resto de los agentes que estaban remitiendo a la plataforma sus envíos de ofertas para validación. En correos remitidos a OMIE llegan a poner de manifiesto que esa operativa está “alterando la competencia”.

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 65.31 de la citada Ley, sobre manipulación de mercado conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) 1227/2011.

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 65.31 de la Ley 24/2013 establece como infracción grave, la siguiente:

“Cualquier infracción por 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 la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía o en la normativa de desarrollo del mismo.”

Remite así la tipificación de los comportamientos relativos a la 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 (Reglamento REMIT).

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

Por su parte, el artículo 2.2 del Reglamento REMIT define la 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 [...].”

En este sentido, el considerando (13) de REMIT establece que *“La manipulación de los mercados mayoristas de la energía implica actuaciones por parte de determinadas personas que pueden llevar los precios de forma artificial hacia un nivel que no se justifica por las fuerzas del mercado de la oferta y la demanda, [...]. **Entre las distintas formas que puede adoptar la manipulación de los mercados figuran: la emisión y la retirada de órdenes falsas; [...].”***

Por su parte, el considerando (14) determina que *“Entre los ejemplos de manipulación del mercado [...] se pueden citar, entre otros, **la conducta de una o varias personas que actúen de forma concertada con el objetivo de asegurarse una posición decisiva sobre la oferta o la demanda de un producto energético al por mayor, que tiene, o podría tener, el efecto de fijar, directa o indirectamente, los precios o de crear otras condiciones comerciales no equitativas; [...].”***

De los Hechos Probados, se pone de manifiesto que entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022¹⁸, AXPO manipuló el mercado organizado de electricidad mediante una operativa consistente en bombardear la cola de procesamiento con un elevado volumen de ofertas de venta para el producto D+1 no genuinas o sin intencionalidad de ejecución, que fueron rechazadas por el sistema o canceladas por el propio agente una vez validadas (el 96,5% de los mensajes¹⁹ de AXPO fueron rechazados por el sistema y el 95,1% de las ofertas²⁰ de venta al producto D+1 insertadas por AXPO fueron rechazadas por el sistema o anuladas por el propio agente posteriormente a su validación).

¹⁸ Para los productos con entrega entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022.

¹⁹ En el periodo comprendido entre el 10 de julio y el 30 de diciembre de 2022.

²⁰ A lo largo de todo el periodo analizado (del 30 de septiembre al 30 de diciembre).

En particular, AXPO introdujo un total de 20.480 ofertas de venta para dicho producto, que acapararon la segunda mayor cuota (el 11,2%) del total de ofertas de venta presentadas por todos los agentes que estaban participando en el MIC en el periodo objeto de análisis y para el mismo producto. El 89% de las ofertas de venta insertadas en ese periodo por AXPO fueron rechazadas durante el proceso de validación, principalmente por incumplir el parámetro de potencia mínima (99,4%; véase el Cuadro 2 del Informe SMD). Por ello, cuando el agente insertaba sus ofertas en el sistema era consciente de que solo un número reducido de ellas tenían realmente opciones de ser validadas por el sistema (que serían sus ofertas de venta genuinas o con intencionalidad de ejecución), mientras que el resto de las ofertas tendrían nula probabilidad de ejecución, ya que serían rechazadas por el sistema, de acuerdo con las reglas del mercado. Adicionalmente, del total de ofertas de venta validadas a AXPO en el entorno de las 15:10, el 55,2% del total fueron canceladas por el propio agente antes de llegar a ser ejecutadas (de las cuales el 59% correspondían a ofertas validadas en los meses de octubre y noviembre). De este modo, AXPO redujo todavía más el número de ofertas de venta del producto D+1 sobre las que habría tenido intencionalidad real de ejecución: a tan solo el 4,9% del total de ofertas de venta para el producto D+1 insertadas por este agente (véase Cuadro 3 del Informe SMD).

Adicionalmente, a partir del 10 de octubre, el 96,5% de los mensajes insertados por AXPO fueron rechazados por el sistema; el 98,2% por no haber respetado el tiempo mínimo de envío entre mensajes (8 segundos) y el 1,8% por haberlos enviado antes del periodo de apertura a negociación del producto D+1. Por tanto, solo el 3,5% de esos mensajes fueron analizados por el sistema, validándose o rechazándose las ofertas en ellos contenidas.

Dicho comportamiento provocó quejas de otros agentes de mercado que consideraron que se generaba incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado, lo que pone de manifiesto que la operativa de AXPO, como exige el tipo infractor, estaba proporcionando indicios engañosos en el mercado. Adicionalmente, el propio OMIE, en cuyos sistemas estaba recibiendo un bombardeo de ofertas que trasladaban una señal falsa sobre la oferta real al mercado del agente, advirtió a AXPO que el comportamiento que estaba desarrollando es considerado como abusivo en el MIC. Por todo ello procedió a inhabilitar el uso del aplicativo “SPDT.kJeTEv7H.v1” a AXPO.

AXPO alega, no obstante, que se incumple el principio de tipicidad.

Así lo entiende, en sus alegaciones al acuerdo de incoación del procedimiento, porque no se dan los elementos del tipo de infracción de manipulación de mercado, porque no ha excluido a competidores ni su actuación ha podido afectar a los consumidores, ni se ha afectado al precio. Subraya además que aunque a efectos dialécticos se asumiera la tesis que parece defender la CNMC que identificar *quote stuffing* no requiere que sirva para proporcionar señales engañosas o asegurar el precio a un nivel artificial, siendo suficiente que genere colas en el procesamiento de las ofertas de competidores, lo cierto es que esto a su juicio no se ha producido con una gravedad tal que pueda considerarse manipulación del mercado, y el acaparamiento de la cola solo es posible con el envío de órdenes si no se respeta el tiempo mínimo de 80 milisegundos. Por otro lado, entiende que se han incumplido los principios de tipicidad y seguridad jurídica, por cuanto que en la Instrucción 1/2022 de OMIE no recoge un sistema en el que se prevea expresamente el umbral de incumplimiento permitido y las consecuencias que se derivan de superar dicho umbral para el caso del mecanismo de control del tiempo mínimo entre órdenes, como sí se establece para otros parámetros como el RUC y el RAD. Tampoco OMIE advirtió en sus comunicaciones a AXPO de estas cuestiones. Y la situación empeora en lo que se refiere a la supuesta prohibición de presentar ofertas para contratos cerrados: No se encuentra en la Instrucción y OMIE nunca ha establecido un sistema de avisos o warnings relacionados con la misma.

Estas alegaciones no pueden admitirse pues la conducta desarrollada por AXPO puede subsumirse en el tipo infractor del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, pues la actuación de AXPO que figura en los hechos probados tiene como claro efecto la manipulación del mercado mediante ofertas no genuinas que trasladaron una señal falsa o engañosa sobre la intención real de venta al mercado del agente, que buscaban su propio beneficio, que sería situar sus ofertas de venta genuinas (solo el 4,9 % de las insertadas por AXPO) en una posición ventajosa en el libro de órdenes del MIC, para ser ejecutadas con ofertas de compra para el producto D+1.

En particular, dado que la validación de ofertas por OMIE se realiza por orden de entrada al sistema LTS, existiendo una única cola de procesamiento de ofertas, para todos los productos, la operativa de AXPO consistente en bombardear la cola de procesamiento con un elevado número de ofertas no genuinas o sin intencionalidad de ser ejecutadas, habría tenido como objetivo acaparar dicha cola de procesamiento para tratar de conseguir que sus ofertas de venta para el D+1 fueran validadas por OMIE antes que las insertadas por otros agentes del mercado, impidiendo que las ofertas de estos se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas.

De todo lo anterior, se concluye que **la estrategia de envío masivo de ofertas a la cola de procesamiento** del MIC por parte de AXPO, que como se ha mencionado tenía como objetivo asegurarse una posición decisiva sobre la oferta del producto D+1 para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, **afectó al buen funcionamiento del sistema, que se vio inundado por una petición de validación de ofertas no genuinas o falsas (señal falsa sobre la oferta real al mercado de dicho agente) y dio como resultado una ralentización del procedimiento de validación, así como de la capacidad de negociación de otros agentes y, por tanto, de la libre competencia, esto es causando un perjuicio tanto al mercado como a los competidores.** Adicionalmente, cabe señalar que la ralentización del procedimiento de validación de ofertas tiene un impacto directo sobre el tiempo en el que van apareciendo las ofertas en la pantalla de negociación, ya que es una vez validadas cuando las ofertas se incorporan al libro del MIC. De este modo, la ralentización de ese procedimiento en la negociación del mercado habría tenido como consecuencia un retraso en el descubrimiento de precios en el mercado y, por tanto, sobre la información de la que disponen los agentes para la toma de sus decisiones de negociación, habiéndose dañado la integridad del mercado con un comportamiento abusivo.

En tal medida, la actuación de acaparamiento de la oferta llevada a cabo por AXPO se encuadra dentro de la “**emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor**” **que proporciona o pueda proporcionar “indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta”** en los términos en que se expresa el mencionado artículo 2.2.a) apartado i) de REMIT. En este sentido, AXPO introdujo un elevado volumen de ofertas que sabía que iban a ser rechazadas por OMIE al incumplir las reglas del mercado, pero que pasarían a formar parte de la cola de procesamiento que, de este modo, fue bombardeada con una señal falsa sobre la intencionalidad real de venta del agente, afectando a la capacidad para competir de otros agentes que vieron cómo se ralentizaba el procedimiento de validación de sus ofertas y que, como se ha mencionado, se pusieron en contacto con el operador del mercado por la incertidumbre que les estaba causando esta situación, así como por el desplazamiento que estaban observando en el tiempo de validación de sus ofertas, lo que afectaba a su prelación en la entrada al libro de órdenes del MIC y, por tanto, a la probabilidad de resultar ejecutadas con ofertas de compra.

Por ello, la conducta de AXPO encaja perfectamente en la definición del artículo 2.2.a) del Reglamento comunitario, considerado en su propia literalidad, porque se trata de la emisión masiva de órdenes sobre productos energéticos al por

mayor que proporciona claramente indicios falsos o engañosos sobre la oferta, tal y como se detalla en el párrafo anterior²¹.

Por las mismas razones, su comportamiento podría encajar no solo en el descrito en el apartado i) del artículo 2.2.a) del Reglamento comunitario mencionado, sino igualmente en la conducta consistente en emplear o intentar 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*”, según lo establecido en el apartado iii) del citado artículo, toda vez que se hizo un mal uso de un aplicativo (algoritmo de alta frecuencia) para conseguir ese efecto de bombardeo masivo de la cola de procesamiento de datos, y que dio lugar a que OMIE, de acuerdo con las reglas del mercado, inhabilitara a AXPO el uso del mencionado aplicativo.

Aunque no se afecte al precio como señala AXPO, el elemento de manipulación o intento de manipulación del precio no es sin embargo un requisito indispensable para la estimación de la concurrencia del tipo recogido en el artículo 65.31 de la Ley 24/2013, y para concluir con la existencia de un comportamiento subsumido en el referido tipo, si como en este caso, estamos ante un asunto de manipulación de la oferta, que ya es suficiente por sí mismo para estimar una actuación antijurídica.

El propio tenor literal del artículo 2.2.a) del Reglamento comunitario, al hablar de manipulación, se refiere al precio como uno de los ejemplos de manipulación, y no como un elemento necesario, pues habla de la realización de cualquier transacción o la emisión de cualquier orden para realizar operaciones con productos energéticos al por mayor 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*”, por lo que al usar la conjunción “o” está indicando que basta con la existencia de una manipulación de la oferta, la demanda, o el precio, pero no necesariamente de los tres al mismo tiempo, y en consecuencia, no existe en la definición un necesario efecto en todos los casos de esa manipulación de la oferta y/o la demanda sobre los precios, como pretende AXPO.

²¹ Cabe señalar que Axpo acompaña sus argumentos de un informe pericial elaborado por RBB Economics, de 3 de agosto de 2023, pero con un alcance y objetivo que queda fuera de los hechos probados que se identifican en la presente resolución, toda vez que dicho informe pericial se centra en los resultados de la casación en el MIC (transacciones) y no en las ofertas presentadas al procedimiento de validación del sistema de negociación.

No es óbice tampoco a todo lo anterior lo señalado por AXPO respecto al principio de tipicidad y de seguridad jurídica respecto a que la Instrucción de OMIE no prevé un sistema de avisos respecto a incumplimientos del intervalo de ocho segundos entre ofertas u otras cuestiones adicionales, pues lo anterior resulta irrelevante y en modo alguno justificativo de la comisión de una práctica abusiva de bombardeo de ofertas en el mercado como el desarrollado por esa sociedad, pues no es competencia de OMIE tipificar la infracción y resulta obvio que tampoco ataca a la seguridad jurídica, puesto que cualquier agente en el mercado debe conocer que, con independencia del sistema de avisos de la Instrucción de OMIE, su comportamiento puede ser susceptible de ser sancionado por el órgano competente. No es lógico pretender que solo es susceptible de sanción aquel comportamiento previamente establecido por una Instrucción de OMIE, pues, ha de subrayarse, tal actuación excede de las propias competencias de OMIE.

Tampoco puede admitirse la pretensión de AXPO respecto a una supuesta vulneración del principio de confianza legítima, por las mismas razones señaladas en el párrafo anterior, por cuanto que el alcance del sistema de avisos sobre la Instrucción de OMIE y la ausencia de un aviso relativo al tiempo mínimo entre ofertas u otras cuestiones, nada tiene que ver ni justifica en modo alguno el desarrollo de un comportamiento abusivo y de manipulación de dicho mercado de ofertas, amparándose en la inexistencia de un sistema de avisos previos por parte de OMIE.

En consecuencia, y de acuerdo con los Hechos Probados de este procedimiento, el comportamiento de AXPO es subsumible en el tipo de infracción grave establecida en el artículo 65.31 de la Ley 24/2013, en relación con lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 1227/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía o en la normativa de desarrollo del mismo.

CUARTO. Antijuridicidad de la conducta de AXPO

En sus alegaciones al acuerdo de incoación, AXPO entiende que ha aplicado con normalidad las reglas de mercado vigentes y ha actuado de acuerdo con el contexto de mercado y la actuación de otros operadores que a su juicio estaban acaparando la oferta, y que el acaparamiento de la cola de oferta no se habría producido, por lo que su comportamiento estaría justificado. También entiende

que su actuación no afecta al mercado ni da señales engañosas por no afectar al precio ni a la oferta.

Sin embargo, lo anterior no se puede compartir, tal y como se desprende de la documentación que obra en el expediente. Así, tal y como se señala en el Informe SMD de la CNMC arriba citado (folios 2094 y siguientes del expediente), la estrategia de envío masivo de ofertas a la cola de procesamiento del MIC por parte de AXPO, tenía como objetivo asegurarse una posición decisiva sobre la oferta del producto D+1 para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, y afectó al buen funcionamiento del sistema, que se vio inundado por una petición de validación de ofertas no genuinas o falsas (señal falsa sobre la oferta real al mercado de dicho agente) y dio como resultado una ralentización del procedimiento de validación, así como de la capacidad de negociación de otros agentes y, por tanto, de la libre competencia, esto es causando un perjuicio tanto al mercado como a los competidores. Tal comportamiento no puede considerarse normal ni justificado ni estar jurídicamente legitimado.

Como señala el Informe SMD, en el periodo analizado cabe diferenciar entre dos momentos temporales como consecuencia del cambio que se introdujo a partir del 10 de octubre de 2022, de acuerdo con la Instrucción 1/2022; 1) entre el 30 de septiembre y el 9 de octubre de 2022: periodo en el que, de acuerdo con el procedimiento de validación, se analizaban todas y cada una de las ofertas contenidas en un mensaje de envío de ofertas al LTS y 2) a partir del 10 de octubre y hasta el 30 de diciembre de 2022²²: periodo en el que se rechaza todo el mensaje, sin procesar las ofertas en él contenidas, si el envío de dicho mensaje incumple el tiempo mínimo establecido entre envíos o si se introduce para un producto que no está abierto a negociación²³.

AXPO desarrolló una estrategia orientada a conseguir que sus ofertas de venta para el D+1²⁴ fueran validadas por OMIE antes que las insertadas por otros

²² Fecha de negociación del producto D+1 con entrega el 31 de diciembre de 2022.

²³ Puesto que se rechazará el mensaje completo en los dos supuestos comentados, se modifica el proceso de alta de las ofertas contenidas en un mismo mensaje de forma que dicha fecha de alta sea la misma para todas ellas.

²⁴ En el periodo objeto de análisis también insertó ofertas de compra para el producto D+1. De las ofertas de compra al producto D+1 cabría señalar que los días 19 y 20 de noviembre de 2022 insertó ofertas a precios negativos (entre -4.948 €/MWh y -9.898,5 €/MWh) sin sentido económico (con nula probabilidad de ejecución y, por tanto, no genuinas) que fueron validadas por el sistema. No obstante lo anterior, el análisis se centra exclusivamente en sus ofertas de venta

agentes del mercado. La validación de ofertas por OMIE se realiza por orden de entrada al sistema LTS, existiendo una única cola de procesamiento de ofertas, para todos los productos. Por ello, AXPO desarrolló una operativa consistente en bombardear la cola de procesamiento con múltiples ofertas de venta que fueron mayoritariamente rechazadas por el sistema (89% de las ofertas insertadas en el periodo de análisis). De las ofertas rechazadas el 99,4% lo fueron por incumplir el parámetro técnico de potencia mínima²⁵, mientras que hubo un 0,6% que fueron rechazadas por: contener como condición que la validez de la oferta fuera hasta pasada la negociación del producto (el 0,5% de las ofertas rechazadas a este agente) o por haberse insertado antes de la apertura a negociación del producto D+1 (el 0,1% restante²⁶).

Adicionalmente, cabe mencionar que en el mes de diciembre de 2022²⁷, el agente desarrolló una operativa de inserción de múltiples ofertas de venta repetidas o duplicadas (con el mismo precio y volumen para una misma hora del producto D+1) de las que tan solo un número reducido fueron validadas por el sistema (habitualmente una sola oferta de las presentadas para cada hora del producto D+1 a la que se había ofertado; véanse el Gráfico 1 del Informe SMD y, a modo de ejemplo, el Cuadro 1 del Informe SMD).

La operativa de inserción de múltiples ofertas de venta para el producto D+1 habría tenido como objetivo acaparar la cola de procesamiento para garantizar que, al menos, parte de sus ofertas de venta obtuvieran una posición ventajosa respecto a las de otros agentes en el momento de la validación a la apertura del producto D+1 y, de esta forma, se incorporasen al libro de órdenes del MIC entre las primeras (teniendo en cuenta que en ese momento la prelación de ejecución era por orden de validación e incorporación al libro de órdenes). Por ello, cuando el agente insertaba sus ofertas en el sistema, incumpliendo el parámetro de potencia mínima o con condición de validez posterior al cierre del periodo de negociación del producto, era consciente de que no iban a ser validadas por el sistema, tratándose, por tanto de ofertas de venta no genuinas o sin

para el producto D+1 porque fue con el grueso de dichas ofertas con las que el agente realizó la conducta objeto de análisis.

²⁵ De acuerdo con la regla 40.3.1.1.1 “Criterios generales” de las reglas del mercado vigentes hasta el 3 de marzo de 2023, se define la potencia mínima como “*la mayor entre la potencia mínima en el Sistema de Información del Operador del Mercado, y la potencia mínima limitada de manera unitaria por los operadores del sistema por criterios de seguridad*”. Este parámetro técnico es conocido por cada agente, y puede verificarse en cada momento a partir de la información que cada agente dispone con relación a su participación en el mercado. Por tanto, es uno de los parámetros que se debe tener en cuenta a la hora de ofertar para garantizar que las ofertas no sean rechazadas por el sistema de validación.

²⁶ Tan solo 15 ofertas insertadas en las sesiones de negociación del 1 y del 2 de octubre de 2022.

²⁷ Esta estrategia de duplicidad en las ofertas de AXPO se observa de manera puntual en los meses de octubre y noviembre.

intencionalidad de ejecución, cuya única finalidad sería acaparar la cola de procesamiento de ofertas, tratando de impedir que las ofertas de otros agentes se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas.

En el Gráfico 1 del informe de la SMD se observa tanto el elevado volumen de ofertas duplicadas –el 91,5%²⁸– (aquellas que para la misma hora del producto D+1 tienen las mismas características de precio y volumen), como de ofertas rechazadas por incumplir los requisitos establecidos en las reglas del mercado – el 89% del total de ofertas remitidas por este agente–.

Continúa señalando el referido informe que *“desde el 10 de octubre de 2022 se rechaza todo el mensaje, sin procesar las ofertas en él contenidas, si el envío de dicho mensaje incumple el tiempo mínimo establecido entre envíos o si se introduce para un producto que no está abierto a negociación, desde esa fecha, para observar el bombardeo de ofertas al sistema que realizó el agente, deben analizarse los mensajes remitidos”*. En el Gráfico 2 de dicho Informe SMD se reflejan los mensajes insertados por AXPO *“diferenciando entre los mensajes rechazados por el sistema previamente a su validación por ser erróneos, al incumplir los requisitos establecidos en la Instrucción 1/2022, y los que fueron aceptados para validación por parte del sistema (mensajes válidos, cuyas ofertas son procesadas y fruto de dicho proceso rechazadas o validadas e incorporadas al libro de órdenes del MIC). De los mensajes insertados por AXPO, el 96,5% fueron rechazados por el sistema previamente a su validación”*.

Un ejemplo de la conducta de AXPO comentada anteriormente respecto a las ofertas es la observada para la hora 16 del producto D+1 el día 7 de diciembre de 2022, tal y como se recoge en el Informe SMD de la CNMC, (Cuadro 1 del Informe SMD) *“Entre las 15:10:10 y las 15:10:56, AXPO introdujo en el LTS un total de 281 ofertas con el mismo volumen ([CONFIDENCIAL] MWh) y el mismo precio ([CONFIDENCIAL] €/MWh). De estas ofertas solo fue validada por el sistema una de ellas (insertada a las 15:10:10; destacada en el cuadro en azul). El resto de las ofertas (280 ofertas) fueron rechazadas por el sistema por haber incumplido el parámetro de potencia mínima”*.

“Para esa hora (hora 16) y en ese día (7 de diciembre de 2022) se insertaron un total de 363 ofertas al producto D+1, de las que el 77,4% correspondieron a ofertas de AXPO. Junto a AXPO, insertaron ofertas al LTS otros 25 agentes (82 ofertas en total, de las que fueron validadas 36 –el 43,9% de las ofertas insertadas por otros agentes, frente al 0,4% de las ofertas insertadas por EGLE [código de mercado de AXPO] que fueron validadas–). El 7 de diciembre de 2022

²⁸ El 97,2% de las ofertas duplicadas insertadas por AXPO fueron rechazadas.

EGLE insertó al LTS un total de 799 ofertas, de las que tan solo se le validaron 15 ofertas (el 1,9% del total), logrando que 11 de dichas ofertas fueran las primeras en ser validadas por el sistema, de todas las ofertas presentadas por los agentes ese día y para ese producto y, por tanto, las primeras en incorporarse al libro de órdenes del MIC”.

Es evidente que el comportamiento de AXPO no puede calificarse como un comportamiento habitual y, por ello, no puede calificarse de legítimo. En el mismo sentido el informe SMD señala (folio 2110 del expediente) que “a lo largo del periodo objeto de análisis –entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022– EGLE [código de mercado de AXPO] introdujo un total de 20.480 ofertas de venta para el producto D+1, que representaron el 11,2% del total de ofertas presentadas por todos los agentes que estaban participando en el MIC en el periodo objeto de análisis y para el mismo producto (183.060 ofertas; junto a EGLE insertaron ofertas de venta al MIC para el producto D+1 otros 54 agentes²⁹). De las ofertas de venta insertadas por AXPO para el D+1, el sistema solo validó 2.246 (el 11% de las ofertas insertadas por el agente) que fueron las que se incorporaron al libro de órdenes del MIC; el resto de las ofertas fueron rechazadas principalmente por incumplir el parámetro de potencia mínima (99,4%; véase Cuadro 2 del Informe SMD)³⁰. El agente, por tanto, insertó un elevado volumen de ofertas no genuinas –que fueron rechazadas por el sistema– (el 89% del total de ofertas de EGLE en el periodo de investigación), cuya única intencionalidad habría sido acaparar la cola de procesamiento de ofertas para conseguir posicionar sus ofertas las primeras en ese proceso de validación y, por tanto, obtener una posición decisiva sobre la oferta (venta) del producto D+1.

Se reproduce, finalmente, por su elocuencia aquí igualmente el referido Cuadro 2 del informe SMD:

²⁹ El análisis de ofertas se centra solo en las ofertas de venta presentadas por los agentes al MIC para el producto D+1 (no se tienen en cuenta las ofertas de compra). Por tanto, si un agente en el periodo de análisis (del 30 de septiembre al 30 de diciembre de 2022) solo está presentando al MIC ofertas de venta para el producto D (con entrega en el mismo día de negociación) no aparecerá en el recuento de agentes que estaban operando para el producto D+1.

³⁰ Esta actuación refuta la alegación recogida por AXPO en el párrafo 5.b de la página 2. Tanto la inserción de mensajes incumpliendo el tiempo límite de 8 segundos entre mensajes (principal causa de rechazo de los mensajes de AXPO, como se verá más adelante) como el incumplimiento de cualquiera de las limitaciones establecidas en las reglas del mercado respecto a la validación de ofertas – véase la nota a pie de página 10 en la que se hace referencia a la Regla 15.1 – , como el incumplimiento del parámetro de potencia mínima de la unidad de oferta (principal causa de rechazo de las ofertas de AXPO), son estrategias de inserción de órdenes no genuinas para el acaparamiento de la cola de procesamiento del sistema de negociación.

Cuadro 2. Ofertas insertadas al LTS por AXPO, diferenciando entre ofertas validadas y ofertas rechazadas – con el motivo del rechazo –. 30 de septiembre a 30 de diciembre de 2022

TOTAL OFERTADAS	20.480	% / total
OFERTAS VALIDADAS	2.246	11,0%
OFERTAS RECHAZADAS	18.234	89,0%
		% s/rechazadas
Insertadas antes de la apertura del contrato	15	0,1%
Incumplimiento parámetro potencia mínima	18.129	99,4%
Validez de la oferta posterior al cierre de la negociación del contrato	90	0,5%

Fuente: elaboración propia a partir de datos de OMIE

Si se analizan las ofertas insertadas al LTS por AXPO para cada uno de los meses objeto de esta investigación se observa esta operativa en los tres meses considerados en la investigación (de octubre a diciembre de 2022). En este sentido, cabe señalar que es relevante analizar, además de lo ocurrido con el rechazo de ofertas a AXPO por el sistema durante el proceso de validación, qué ocurrió con las ofertas que fueron validadas por el sistema a este agente. Así, del total de ofertas validadas a AXPO en el entorno de las 15:10, el 55,2% fueron canceladas por el propio agente antes de llegar a ser ejecutadas –de las cuales el 59% se correspondían a ofertas validadas en los meses de octubre y noviembre– (véase Cuadro 3 del Informe SMD). De este modo, AXPO redujo todavía más el número de ofertas de venta del producto D+1 sobre las que habría tenido intencionalidad real de ejecución: pasando de 2.246 ofertas inicialmente validadas a 1.007 ofertas válidas tras descartar aquellas canceladas por el propio agente, que representan tan solo el 4,9% del total de ofertas de venta para el producto D+1 insertadas por AXPO en el periodo comprendido entre octubre y diciembre de 2022; esto es, el 95,1% de las ofertas de venta insertadas por AXPO objeto de esta investigación fueron rechazadas por el sistema o anuladas por el propio agente posteriormente a su validación.

Adicionalmente, como se ha indicado al inicio de este fundamento, a partir del 10 de octubre de 2022 se rechazaban los mensajes de ofertas que incumplían el periodo mínimo entre envíos (8 segundos) o se enviaban cuando el producto todavía no estaba abierto a negociación. Ello no supuso un cambio sustancial en la operativa de AXPO. Así, AXPO introdujo un total de 185.898 mensajes³¹

³¹ A diferencia del análisis de las ofertas, en el análisis de mensajes el número de agentes que estaban operando en el MIC considera el cómputo total de agentes (no solo los que ofertaban al producto D+1). Esto es debido a que los mensajes pueden contener ofertas tanto para el producto D como para el producto D+1, y que, de acuerdo con las reglas del mercado, se rechaza desde el 10 octubre de 2022, el mensaje entero sin evaluar sus ofertas en caso de que incumpla alguna de las limitaciones establecidas en la Instrucción 1/2022. Por ello, no puede diferenciarse en el

(52,5% del total de mensajes insertados en el LTS – junto a AXPO, otros 76 agentes estaban ofertando en el MIC). De los mensajes insertados por AXPO, el 96,5% fueron rechazados por el sistema; el 98,2% por no haber respetado el tiempo mínimo de envío entre mensajes (8 segundos) y el 1,8% por haberlos enviado antes del periodo de apertura a negociación del producto D+1 (véase Cuadro 4 del Informe SMD). Por tanto, solo el 3,5% de esos mensajes fueron analizados por el sistema, validándose o rechazándose las ofertas en ellos contenidas. En este sentido, de las ofertas de venta de AXPO evaluadas por el sistema a partir del 10 de octubre (20.294³²), incluidas en ese 3,5% de mensajes de AXPO que sí entraron en proceso de validación, el 89,8% fueron rechazadas, validándose solo el 10,2% de las mismas.

La rapidez de inserción de las ofertas al sistema LTS, junto al elevado número de estas era, por tanto, el elemento esencial de la operativa desarrollada por AXPO, al objeto de evitar que otros agentes pudieran posicionar sus ofertas antes que las suyas o intercaladas entre las suyas. De ahí que se bombardeara al sistema con un aplicativo o robot (trading algorítmico), que es capaz de emitir un gran volumen de órdenes en un espacio temporal muy corto, para tratar de controlar la cola de procesamiento de datos y conseguir posicionar sus ofertas de venta las primeras en ese proceso de validación en la ventana crítica de competencia (las 15:10:00). De acuerdo con la información de OMIE, AXPO realizó estos envíos masivos a través del aplicativo "SPDT.kJeTEv7H.v1"³³ entre el 26 de octubre y el 19 de diciembre de 2022 (ambos días inclusive), aunque también estaba habilitado y utilizaba el aplicativo "M.TRAD.OMIE.EXE". En el Gráfico 4 del informe SMD se reflejan los mensajes de AXPO que fueron rechazados para validación por el sistema (erróneos) diferenciando entre cada uno de los dos aplicativos mencionados. El 99,9% de los mensajes rechazados por el sistema fueron insertados al LTS por AXPO a través del aplicativo "SPDT.kJeTEv7H.v1", mientras que el 0,1% restante de los mensajes rechazados se emitieron a través del aplicativo "M.TRAD.OMIE.EXE". Por ello, con fecha 19 de diciembre de 2022 (con efecto al día siguiente), se inhabilitó a

análisis de los mensajes entre producto D y producto D+1, siendo por tanto mayor el número total de agentes en el análisis de los mensajes que en el análisis de las ofertas.

³² Se desconoce el número total de ofertas que insertó a partir del 10 de octubre, puesto que, al rechazarse, a partir de esa fecha, todo mensaje que no cumplía los criterios establecidos en las reglas del mercado, no se contabilizaban las ofertas presentadas.

³³ Lo que refuta la alegación recogida por AXPO en el párrafo 44 del apartado II.3.(a), en la página 14 del informe de alegaciones de AXPO, puesto que aunque en el gráfico no se aprecie, en los meses de octubre y noviembre también se invalidaron mensajes y, por tanto, las ofertas en ellos contenidas por incumplir del tiempo mínimo de envío.

AXPO el uso del aplicativo “SPDT.kJeTEv7H.v1”, por incumplimiento reiterado de las limitaciones establecidas a través de la Instrucción 1/2022 de OMIE, de acuerdo con las reglas del mercado.

La estrategia de bombardeo de ofertas al LTS permitió a AXPO que el 9,8% de las ofertas de venta que le fueron validadas a partir de las 15:10:00 para el producto D+1 se posicionaran las primeras en el libro de ofertas del MIC, obteniendo así una posición ventajosa frente a otros agentes. En este sentido, en el Gráfico 5 del informe SMD se representa el número de contratos para el producto D+1 en los que AXPO consiguió insertar sus ofertas de venta las primeras en el libro de órdenes del MIC.

De todo lo anterior, se concluye que la estrategia de envío masivo de ofertas a la cola de procesamiento del MIC por parte de AXPO, tenía como objetivo asegurarse una posición decisiva sobre la oferta del producto D+1 para la exportación de electricidad (venta) a través de la interconexión con Francia, afectando al buen funcionamiento del sistema, que se vio inundado por una petición de validación de ofertas no genuinas o falsas (señal falsa sobre la oferta real al mercado de dicho agente) y dio como resultado una ralentización del procedimiento de validación, así como de la capacidad de negociación de otros agentes. Adicionalmente, cabe señalar que la ralentización del procedimiento de validación de ofertas tiene un impacto directo sobre el tiempo en el que van apareciendo las ofertas en la pantalla de negociación, ya que es una vez validadas cuando las ofertas se incorporan al libro del MIC. De este modo, la ralentización de ese procedimiento en la negociación del mercado habría tenido como consecuencia un retraso en el descubrimiento de precios en el mercado y, por tanto, sobre la información de la que disponen los agentes para la toma de sus decisiones de negociación, habiéndose dañado la integridad del mercado con un comportamiento abusivo.

Este comportamiento, por tanto, no puede considerarse justificado ni válido desde el punto de vista de la regulación de los mercados.

Por último, del análisis de las transacciones de venta sobre el producto D+1, con periodo de entrega comprendido entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022, ejecutadas por AXPO en las sesiones de negociación del MIC objeto de investigación, sumándose solo las transacciones realizadas en los dos primeros minutos de apertura de la negociación en la interconexión (22:00 horas) y solo en las horas en las que la interconexión estaba totalmente ocupada en sentido exportación en el PDBF (resultado del mercado diario), se concluye que AXPO obtuvo un **beneficio sobre el precio medio del mercado diario** derivado de las transacciones ejecutadas por la venta del producto D+1, a través de la

interconexión, de **367.470,66 €** (véase el Informe SMD, folio 2123 del expediente).

Por tanto, se concluye que el comportamiento de AXPO no solo fue típico y antijurídico, sino que también incluyó un evidente beneficio que habrá de tenerse en cuenta en relación con la graduación de la sanción.

QUINTO. Culpabilidad de AXPO en la comisión de la infracción.

a) Consideraciones generales

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

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia (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 (en adelante «Ley 40/2015») 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 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

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

quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe”.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso

En sus alegaciones al acuerdo de incoación, AXPO señala que su objetivo siempre ha sido cumplir con las indicaciones de OMIE, especialmente tras la inhabilitación de su aplicativo, y en esas circunstancias, su prioridad era su rehabilitación y no tanto proceder a la apertura de un contencioso con OMIE sobre la incorrecta aplicación de la Instrucción. Y ello bajo el supuesto que AXPO siempre entendió que sus actuaciones se enjuiciaban bajo el paraguas de la Instrucción y que su mayor penalidad era la inhabilitación. De haber entendido AXPO que OMIE emitiría días después un informe que podría dar lugar a la apertura de un expediente sancionador por manipulación del mercado, habría adoptado una postura muy diferente.

El artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre arriba citado debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual *«la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable»* (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991 y 5 de mayo de 1992). 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 (Fundamento de Derecho 4 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 arriba citado). Por lo que acaba de señalarse, no pueden admitirse las alegaciones de AXPO respecto a la inexistencia de culpa en su conducta.

Ha quedado acreditado que la operativa de AXPO en el periodo referido en el Hecho Probado de la presente Resolución no ha respetado ni las reglas del mercado ni las indicaciones e instrucciones de OMIE en aplicación de estas, ha comportado un acaparamiento de las ofertas, subsumible en el concepto de manipulación de mercado, al haber proporcionado señales falsas o engañosas sobre la oferta (intención real de venta del agente al mercado), que en tal medida representa un comportamiento claramente culpable.

En el periodo analizado comprendido entre octubre y diciembre de 2022 OMIE advirtió en reiteradas ocasiones a AXPO sobre la vulneración de alguna de las limitaciones establecidas en la instrucción 1/2022 (véase el archivo “05 - Emails_ AXPO” cargado en el expediente, que contiene el intercambio de correos entre OMIE y AXPO a este respecto, folio 2090 del expediente).

En los correos remitidos a AXPO, OMIE le advierte que el comportamiento observado está considerado como abusivo en el MIC y le emplaza a que tome las medidas necesarias para evitar que siga produciéndose dicha actuación. Véase a este respecto, a modo de ejemplo, el correo remitido a AXPO por OMIE el 13 de diciembre de 2022 (incluidas las imágenes que se enviaron) en el que se informa al agente de lo siguiente: “

“[...] habéis enviado 10.000 mensajes NewOrder, la mayoría como puedes ver en la gráfica han sido rechazados por no respetar el tiempo mínimo entre mensajes.

Este comportamiento se considera un abuso conforme a la [INSTRUCCIÓN 1/2022](#), os emplazamos a que toméis las medidas necesarias para evitar que siga produciéndose dicha situación.

AGENTE	TIPMENS	NUMERO DE MENSAJES	NUMERO DE OFERTAS
EGLE	NewOrder	10000	240000

[CONFIDENCIAL]

Por ello, el agente era consciente de la situación de incumplimiento de la Instrucción 1/2022 de OMIE en la que estaba incurriendo con su operativa, toda vez que el mismo en respuesta a OMIE le manifiesta que tomará las medidas necesarias (realizando ajustes para que su operativa con aplicativo cumpla la instrucción 1/2022 de OMIE). Así en su respuesta al mencionado correo de 13 de diciembre de 2022 AXPO manifiesta lo siguiente: “*lo estamos revisando internamente y ya hemos puesto las medidas necesarias para que no vuelva a presentarse una situación similar. Disculpad los inconvenientes que este comportamiento pudiera causar*”.

Posteriormente, OMIE también le informa de que procederá a la inhabilitación para AXPO del aplicativo SPDT.kJeTEv7H.v1 si persiste en la actuación de abuso de mercado que se le había venido advirtiendo. Así a través de correo electrónico de 16 de diciembre de 2022 OMIE informa a AXPO de que “*Tras el aviso relativo al envío masivo de ofertas³⁴ con su robot con APPID SPDT.kJeTEv7H.v1 al Mercado Intradía Continuo realizado el 14/12, y tras*

³⁴ OMIE les advierte del envío de más de 10.000 mensajes NewOrder, resultando la mayoría de ellos rechazados por no respetar el tiempo mínimo entre mensajes.

haberse constatado la reiteración del comportamiento, en caso de volver a detectarse dicha situación OMIE procederá a la deshabilitación de dicho robot para el agente EGLE [código de mercado de AXPO], en el entorno de producción”[el subrayado es de OMIE]. Así, el 20 de diciembre de 2022 OMIE comunicó a AXPO que “[...] tras haberse constatado el 19/12 la reiteración del comportamiento por el que se les advirtió los días anteriores, OMIE va a proceder a la deshabilitación dicho robot para el agente EGLE [código de mercado de AXPO], en el entorno de producción, a partir de las 14:00 del día 20/12/2022. Esta deshabilitación se hace en base al documento TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LA HABILITACIÓN DE ACCESO AL MERCADO INTRADIARIO CONTINUO A TRAVÉS DE UNA INTERFAZ PÚBLICA DE MENSAJES (véase el párrafo 3º de la página 2) firmado digitalmente por ustedes el 07/10/2022. El contenido de este documento se anexa en formato PDF”.

Por último, cabe mencionar que incluso con anterioridad al periodo objeto de análisis AXPO ya había recibido, al menos, un correo de OMIE por el que se le informaba de que estaba incurriendo en un comportamiento considerado abusivo en el MIC. En este sentido, a través de correo de 31 de agosto de 2022 OMIE comunicó a AXPO lo siguiente:

“Les informamos que se ha detectado el siguiente comportamiento considerado abusivo en el Mercado Continuo:

Envío masivo y reiterado de ofertas al MC, con diferentes certificados, a contratos que en el momento del envío estaban en un estado que no permitía la negociación provocando que las ofertas enviadas a dichos contratos fueran rechazadas sistemáticamente (ver informe adjunto).

En base a la instrucción 1-22, solicitamos adecuen sus procesos para que dicho comportamiento cese a la mayor brevedad posible. En caso de no corregirse, se aplicarán las siguientes medidas para evitar dicho comportamiento:

- impedir el acceso a certificados digitales del agente responsables de la situación.*
- impedir el acceso al agente responsable de la situación”.*

Por tanto, AXPO era plenamente consciente de si la inserción de sus mensajes y ofertas se estaba realizando o no en cumplimiento de los parámetros establecidos en las reglas del mercado, incluida la Instrucción 1/2022 de OMIE.

La actuación desarrollada por AXPO no se trataba, por tanto, de una operativa legítima ni ajustada a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado mayorista, como viene a señalar AXPO en sus alegaciones. Además, el hecho de que algún otro agente pudiera haber actuado indebidamente con un comportamiento similar, tratando de posicionar sus ofertas para casar las primeras en el MIC, como AXPO alega en su descargo para justificar su conducta, resulta igualmente reprobable y será objeto de un procedimiento sancionador distinto. En todo caso, no legitima la actuación de AXPO que, como se ha comentado, infringía la normativa. Es más, solo pone de manifiesto que era conocedor de que la operativa realizada por otros operadores estaba infringiendo las reglas de mercado y procedió a reproducirlas en su beneficio.

Ha de concluirse, por tanto, que ha quedado acreditado que la actuación de AXPO fue dolosa.

SEXTO. Valoración de las alegaciones de AXPO a la propuesta de resolución.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución AXPO ha expuesto, esencialmente, lo siguiente:

- El hecho de que la competencia entre agentes, para poder casar en el mercado intradiario continuo (capturando el diferencial de precios entre el mercado francés y el ibérico), fuera en términos de tiempo de presentación de las ofertas, implica que el precio, como reconoce la propuesta de resolución, no se viera afectado como consecuencia de la conducta imputada a AXPO.
- Las ofertas presentadas por AXPO para los meses de octubre y noviembre de 2022 respetaron la Instrucción 1/2022 de OMIE, salvo en un número muy limitado de ocasiones.
- En cuanto al mes de diciembre de 2022, considera AXPO que no todo incumplimiento de la obligación de respetar el tiempo mínimo entre ofertas previsto en la Instrucción 1/2022 puede considerarse manipulación de mercado.
- En cualquier caso, entiende AXPO que la ralentización de los sistemas de OMIE es un concepto impreciso; que no se trata, además, de un efecto perjudicial previsto en la normativa, y que no ha quedado evidencia empírica de dicho efecto en el marco de las actuaciones del procedimiento sancionador.

- No concurren los elementos del tipo infractor, ya que no se habrían enviado señales falsas o engañosas, ni se habría alterado la oferta, la demanda o el precio.
- AXPO siempre ha actuado bajo la creencia de que su operativa de mercado era correcta, sin que pudiese anticipar que podría ser considerada como manipulación.
- La sanción propuesta sería desproporcionada, porque la infracción sería puntual (y limitada, en realidad, a ciertos días de diciembre de 2022).

Se valoran seguidamente estas alegaciones de AXPO.

SEXTO.1.- Sobre las características de la manipulación imputada.

Al principio de sus alegaciones a la propuesta de resolución, AXPO pone de relevancia el hecho de que la conducta imputada no tendría efectos sobre el precio, tal y como reconoce la propuesta de resolución. Al hilo de esta cuestión, destaca que la competencia entre agentes -en relación con las ofertas sobre las que versa la infracción- se producía en términos de tiempo de presentación de las ofertas.

A este respecto, esta Sala considera que ha de tenerse en cuenta, para empezar, que, si bien la precedencia temporal de las ofertas puede ser un motivo de competencia entre agentes, ello no le legitima a AXPO para manipular el sistema de procesado de las ofertas (provocando una cola informática de procesamiento con ofertas falsas), al objeto de impedir o dificultar el acceso al mercado de parte de las ofertas de los competidores.

Este tipo de actuación, que se basa en un dispositivo (sistema robotizado) que permite controlar o adquirir cierto control -al crear una cola de procesado- sobre el sistema de procesado de ofertas con que está dotado el mercado, atenta contra la competencia legítima entre agentes, como principio esencial en el que se sostiene el mercado.

Que el efecto de esta actuación no se traduzca en un aumento del precio del mercado ni hace que la conducta sea inocua ni excluye la concurrencia de manipulación.

La lesión a los competidores (y, por añadidura, la lesión a la confianza que los diferentes agentes deben tener en el buen funcionamiento del mercado) es clara, desde el momento en que se impide que las ofertas de otros puedan procesarse en el sistema.

SEXTO.2.- Sobre los hechos producidos.

Con relación a los hechos producidos, las alegaciones de AXPO a la propuesta de resolución ponen de relieve que, a su juicio, el incumplimiento de la Instrucción 1/2022 de OMIE concurre sólo de forma puntual en los meses de octubre y noviembre de 2022 (que, según AXPO, deberían estar excluidos de la imputación); señala, además, que el incumplimiento de dicha Instrucción que concurre en el mes de diciembre no debería ser considerado, de por sí, manipulación.

Al respecto de esta alegación de AXPO, debe aclararse que no se ha imputado a AXPO un incumplimiento de la Instrucción 1/2022 de OMIE, sino la comisión de una conducta de manipulación de mercado, prevista en el Reglamento (UE) nº 1227/2011, al que se remite el tipo infractor del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre.

El envío de ofertas masivas para colapsar la cola de procesamiento del sistema de ofertas, al objeto de que las ofertas propias sean procesadas en lugar de las de los competidores, es, con claridad, y de por sí (haciendo abstracción de las previsiones contenidas en instrucciones de mercado concretas), una manipulación del sistema de ofertas del mercado.

La Instrucción 1/2022 de OMIE se valora en esta resolución para encuadrar la conducta de AXPO, y, en particular, para ponderar su culpabilidad, pues resulta que la manipulación cometida se produce, además, incumpliendo las instrucciones de OMIE y las advertencias de este operador.

En este sentido, hay que recordar que la Instrucción 1/2022 de OMIE se aprueba en abril de 2022, estando disponible en su página web³⁵. Es cierto que el exceso -respecto del tiempo mínimo entre ofertas (que establece la mencionada instrucción)- se concentra principalmente, en el caso de la conducta realizada por AXPO, en el mes de diciembre de 2022, siendo mucho más puntual de forma previa a ese mes. Ahora bien, ello no quiere decir que la conducta imputada (que, como se ha dicho, no es el incumplimiento del intervalo mínimo entre ofertas, sino la manipulación del mercado mediante el envío de ofertas masivas para colapsar la cola de procesamiento) no se desarrolle en los meses previos a diciembre de 2022 (esto es, en octubre y noviembre de 2022).

Tal y como se recoge en el cuadro 3 del informe que figura en los folios 2094 a 2126 del expediente, en los meses de octubre y noviembre de 2022 también concurre un envío ingente de ofertas falsas; lo que sucede es que la invalidez de esas ofertas no se deriva tanto (como sucede en el mes diciembre) de su rechazo por el sistema (por incumplimiento del intervalo de tiempo) como de su

³⁵ [Reglas OMIE | OMIE](#)

cancelación por el propio agente, que, de este modo, en octubre de 2022, cancela 170 de las 501 ofertas, y, de forma ya algo más acuciada, en noviembre de 2022, cancela 561 de las 916 ofertas:

	octubre	noviembre	diciembre	TOTAL
OFERTAS VALIDADAS	501	916	829	2.246
% validadas / total validadas	22,3%	40,8%	36,9%	
Ofertas validadas canceladas por el agente	170	561	508	1.239
% canceladas / total validadas	13,7%	45,3%	41,0%	55,2%
OFERTAS RECHAZADAS	16	1	18.217	18.234
% rechazadas / total rechazadas	0,1%	0,01%	99,9%	
TOTAL OFERTAS	517	917	19.046	20.480
% / total ofertas	0,1%	0,01%	99,9%	

Fuente: elaboración propia a partir de datos de OMIE

Al margen de las prescripciones sobre intervalo de tiempo que establece la Instrucción 1/2022, hay que resaltar que dicha instrucción reflejaba con rotundidad la necesidad de poner fin a los envíos masivos:

“A fin de evitar estos potenciales efectos perniciosos, es fundamental que los agentes cumplan con un uso racional y adecuado de las plataformas de OMIE, velando por el buen funcionamiento de sus aplicaciones, manteniendo el número de accesos y de operaciones en una cuantía razonable y evitando la realización de acciones masivas repetitivas que impacten innecesariamente en el rendimiento de las plataformas.”

Por supuesto, la concreta actuación realizada por AXPO es lo que será objeto de valoración por parte de esta Comisión, teniendo en cuenta la conducta específica realizada por esta empresa en relación con el período de que se trata.

SEXTO.3.- Sobre los efectos de los hechos.

AXPO alega que la ralentización del sistema de OMIE ni estaría acreditada ni sería un bien jurídico previsto en la normativa a efectos de su protección.

Ahora bien, ya se ha dicho que el efecto principal de la conducta imputada consiste en imposibilitar o dificultar a otros agentes a los efectos de poder presentar sus ofertas; ese efecto perjudica, de forma directa, a los sujetos a los que se imposibilita presentar sus ofertas de venta, y, de forma indirecta, al conjunto del sector, al lesionar la confianza de los agentes en el buen funcionamiento del mercado.

De forma adicional, se considera, además, que se genera un perjuicio en el funcionamiento del sistema de procesado de ofertas, ralentizando el sistema y originando el retardo en el procesado de las operaciones.

Este efecto está ya anunciado en la Instrucción 1/2022 de OMIE, y es la causa de la adopción de dicha instrucción.

En el caso concreto de la conducta realizada por AXPO, es posible inferir este efecto del volumen de órdenes enviadas por AXPO; en concreto, el 13 de diciembre de 2022, tras varios avisos recibidos de OMIE (un aviso en noviembre y varios avisos en los días previos de diciembre), OMIE expone que el envío de 10.000 mensajes supone un abuso del sistema de procesado de ofertas, que debe cesar (ver folio 2090 del expediente administrativo):

“Como hemos quedado te mando lo que hemos visto en nuestras pantallas, habéis enviado 10.000 mensajes NewOrder, la mayoría como puedes ver en la gráfica han sido rechazados por no respetar el tiempo mínimo entre mensajes.

Este comportamiento se considera un abuso conforme a la [INSTRUCCIÓN 1/2022](#), os emplazamos a que toméis las medidas necesarias para evitar que siga produciéndose dicha situación.”

Los folios 2081 a 2083 del expediente reflejan, en concreto, el detalle de la cantidad del tiempo de procesamiento de que dispone el sistema que fue consumido por el agente AXPO de forma artificial (por el envío de ofertas falsas), cantidad que es muy elevada entre los días 6 y 19 de diciembre de 2022.

SEXTO.4.- Sobre la tipicidad.

Alega AXPO que ni concurre engaño ni concurre alteración de la oferta o el precio.

Sin embargo, es claro el engaño. Debe tenerse en cuenta que el sistema de procesado de ofertas está, lógicamente, automatizado, conforme a ciertas reglas y estándares, definidos por OMIE, que, por medio de un sistema informático, permiten a este operador el procesado de las ofertas.

La actuación de AXPO suponer *burlar (engañar)* a ese sistema. AXPO manipula el sistema de procesado de las ofertas con un aplicativo o robot, para (a través de una cola informática de procesamiento formada con ofertas falsas) tener control sobre el sistema de procesado, al objeto de que sus ofertas se examinen con prioridad.

Se trata de una manipulación clara.

SEXTO.5.- Sobre la culpabilidad.

AXPO afirma en sus alegaciones a la propuesta de resolución que siempre ha actuado bajo la creencia de que su operativa de mercado era correcta. Destaca, además, que OMIE validó su aplicativo el 24 de octubre de 2022 (AXPO adjunta

a sus alegaciones a la propuesta de resolución, a este respecto, el correo electrónico de OMIE).

No obstante, la conducta realizada por AXPO no ofrece duda sobre su carácter malicioso como manipulación. Es de destacar, además, que, en este caso, aparte de concurrir el dolo propio de toda manipulación, AXPO era consciente de las advertencias que le hacía OMIE de que debía abstenerse de continuar con su conducta, pese a las cuales el imputado persistió en la misma.

A este respecto, puede destacarse lo siguiente (conforme a lo que consta en el folio 2090 del expediente administrativo):

- Como ya se ha dicho, el 13 de diciembre de 2022, tras varios avisos recibidos de OMIE (un aviso en noviembre y varios avisos en los días previos de diciembre), OMIE expone que el envío de 10.000 mensajes de oferta supone un abuso que debe cesar:

“Como hemos quedado te mando lo que hemos visto en nuestras pantallas, habéis enviado 10.000 mensajes NewOrder, la mayoría como puedes ver en la gráfica han sido rechazados por no respetar el tiempo mínimo entre mensajes.

Este comportamiento se considera un abuso conforme a la INSTRUCCIÓN 1/2022, os emplazamos a que toméis las medidas necesarias para evitar que siga produciéndose dicha situación.”

- El 16 de diciembre de 2022, el mensaje se vuelve a remitir a AXPO ante la realización de nuevos envíos masivos:

“Ayer 15/12 entre las 15:09 y las 15:11 se ha detectado una situación donde han enviado más de 1100 mensajes NewOrder. La gran mayoría de estos fueron rechazadas con resultado de error.

Este comportamiento se considera un abuso conforme a la INSTRUCCIÓN 1/2022, le emplazamos a que tome las medidas necesarias para evitar que siga produciéndose dicha situación.”

- Finalmente, y tras repetirse de nuevo la conducta, OMIE avisa el 20 de diciembre de 2022 de la inhabilitación del aplicativo:

“Tras los avisos de los días 13/12, 14/12 y 16/12 relativos al envío masivo de ofertas/mensajes con su robot con APPID SPDT.kJeTEv7H.v1 al Mercado Intradía Continuo, y tras haberse constatado el 19/12 la reiteración del comportamiento por el que se les advirtió los días anteriores, OMIE va a proceder a la deshabilitación dicho robot para el

agente EGLE, en el entorno de producción, a partir de las 14:00 del día 20/12/2022.”

Respecto a la validación que inicialmente se hizo del aplicativo, ya aclara OMIE en su informe de 30 de diciembre de 2022 (ver folio 4 del expediente administrativo) que *“el envío masivo no es una característica del aplicativo en sí, sino del uso que se hace de este”*.

SEXTO.6.- Sobre la proporcionalidad.

AXPO considera desproporcionada la sanción propuesta porque, según entiende, la infracción se limitaría a algunos días del mes de diciembre de 2022.

Al respecto de esta alegación, esta Sala valora que la conducta de AXPO es más intensa en el mes de diciembre de 2022, pero se produce también en los meses de octubre y noviembre de 2022. Ello ha de ser objeto de valoración.

Ahora bien, a juicio de esta Sala, a los efectos de su graduación, la gravedad de la conducta es clara, no tanto por su extensión en el tiempo, sino por el dolo concurrente, considerando, además, la relevancia del agente de que se trata. En efecto, en los términos que acaban de exponerse en el apartado anterior de estos fundamentos de derecho, AXPO, recibidas las diferentes advertencias de OMIE, persistió en su conducta, hasta que su aplicativo hubo de ser inhabilitado.

SÉPTIMO. 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 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 probabilidad de la infracción.»*

A la vista de la gravedad de las circunstancias reseñadas en los hechos probados, ha de indicarse que no es de aplicación lo previsto en el citado artículo 67.3 la Ley 24/2013, en cuanto permite determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase de infracción que preceda en gravedad, debiendo imponerse, en consecuencia, una sanción en la escala correspondiente a las infracciones graves.

En este mismo sentido, la calificación de la actuación como dolosa, el beneficio del agente superior a los trescientos mil euros, el perjuicio ocasionado al mercado que fue señalado por otros operadores, y la propia gravedad de la infracción tipificada -manipulación de mercado- justifican la imposición de una sanción en la escala de las infracciones graves.

A ello no obsta el límite establecido en el artículo 67.2 de la Ley 24/2013, del 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, puesto que de conformidad con las cuentas depositadas del ejercicio 2022, dicha cantidad asciende a 3.492.370.367 euros, en tanto que, incluso la cuantía máxima de la escala de sanciones de 6M€ supone apenas el dos por mil de la indicada cifra de negocios (2‰)

En consecuencia, a la vista del beneficio obtenido, el comportamiento doloso - considerado como circunstancia agravante y que se trata de un operador plenamente consolidado con un elevado volumen de negocios, la sanción se puede elevar a la mitad del tercio inferior de la escala de las sanciones graves, sin que ello vulnere el principio de proporcionalidad.

De este modo, de acuerdo con la propuesta de resolución, se considera procedente sancionar a AXPO con una multa de millón y medio de euros (1.500.000 euros).

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

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar que la sociedad AXPO IBERIA, S.L. es responsable de la comisión de una infracción grave del artículo 65.31 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia de su comportamiento reflejado en los hechos probados de esta resolución, relativos a una manipulación del mercado intradiario continuo.

SEGUNDO. - Imponer a la sociedad AXPO IBERIA, S.L. una sanción consistente en el pago de una multa de un millón y medio (1.500.000) de euros por la comisión de la citada infracción grave.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado (AXPO IBERIA, S.L.).

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.

Voto particular que formula el consejero Don Carlos Aguilar Paredes a la resolución SNC/DE/018/23

- (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 los criterios seguidos para la cuantificación de la sanción económica impuesta, así como la expresar de necesidad de incluir 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 que la sanción impuesta en su conjunto resulte proporcionada a la infracción cometida y disuasoria.

Hechos probados recogidos en el expediente

- (3) Los hechos probados recogidos en el expediente son los siguientes:

PRIMERO. Entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2022³⁶, AXPO desarrolló una **operativa consistente en bombardear la cola de procesamiento con múltiples ofertas de venta para el producto D+1. Introdujo un total de 20.480 ofertas de venta para dicho producto, que acapararon la segunda mayor cuota (el 11,2%) del total de ofertas de venta presentadas por todos los agentes** que estaban participando en el MIC en el periodo objeto de análisis y para el mismo producto.

SEGUNDO. **El 89% de las ofertas de venta insertadas en ese periodo por AXPO fueron rechazadas** durante el proceso de validación, principalmente por incumplir el parámetro de potencia mínima (99,4%; véase el Cuadro 2 del Informe SMD). Por ello, cuando el agente insertaba sus ofertas en el sistema era consciente de que solo un número reducido de ellas tenían realmente opciones de ser validadas por el sistema (que serían sus ofertas de venta genuinas o con intencionalidad de ejecución), mientras que el resto de las ofertas tendrían **nula probabilidad de ejecución**, ya que serían rechazadas por el sistema, de acuerdo con las reglas del mercado.

TERCERO. Adicionalmente, **del total de ofertas de venta validadas a AXPO en el entorno de las 15:10, el 55,2% del total fueron canceladas por el propio**

³⁶ Para los productos con entrega entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022.

agente antes de llegar a ser ejecutadas. De este modo, AXPO redujo todavía más el número de **ofertas de venta del producto D+1 sobre las que habría tenido intencionalidad real de ejecución**: a tan solo el **4,9% del total de ofertas de venta para el producto D+1 insertadas por este agente** (véase Cuadro 3 de la resolución).

CUARTO. Si, además, se analizan los **mensajes de ofertas remitidos por AXPO** al LTS, a partir del 10 de octubre y hasta el 30 de diciembre de 2022, se observa que **el 96,5% de los mismos fueron rechazados por el sistema (el 98,2% por no haber respetado el tiempo mínimo de envío entre mensajes de 8 segundos**; véase Cuadro 4 del Informe SMD).

QUINTO. AXPO habría estado insertado **ofertas no genuinas (señal falsa sobre su intención real de venta) cuya finalidad sería acaparar la cola de procesamiento de ofertas, impidiendo que las órdenes de otros agentes se situaran antes que las suyas o se intercalaran entre las suyas y que, de este modo, AXPO pudiera obtener una posición ventajosa sobre la oferta de venta del producto D+1.** La estrategia de bombardeo de ofertas al LTS permitió a AXPO que el 9,8% de las ofertas de venta que le fueron validadas a las 15:10:00 para el producto D+1 se posicionaran las primeras en el libro de órdenes del MIC (véase Gráfico 5 del Informe de la SMD).

SEXTO. El **acaparamiento de la cola de procesamiento** de las ofertas por parte de AXPO **produjo incertidumbre sobre el resto de los agentes** que estaban remitiendo a la plataforma sus envíos de ofertas para validación. En correos remitidos a OMIE **llegan a poner de manifiesto que esa operativa está “alterando la competencia”**.

Tipificación de los hechos probados

- (4) Los hechos probados se tipifican como una infracción grave atendiendo al artículo 65.31 de la Ley 24/2013 que establece como infracción grave, la siguiente:

“Cualquier infracción por 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 la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía o en la normativa de desarrollo del mismo.”

- (5) Analiza la resolución la remisión de este comportamiento a los supuestos de manipulación del mercado.

“Remite así la tipificación de los comportamientos relativos a la 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 (Reglamento REMIT).

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

Por su parte, el artículo 2.2 del Reglamento REMIT define la 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 [...].”

En este sentido, el considerando (13) de REMIT establece que “*La manipulación de los mercados mayoristas de la energía implica actuaciones por parte de determinadas personas que pueden llevar los precios de forma artificial hacia un nivel que no se justifica por las fuerzas del mercado de la oferta y la demanda, [...]. **Entre las distintas formas que puede adoptar la manipulación de los mercados figuran: la emisión y la retirada de órdenes falsas; [...]***”

Por su parte, el considerando (14) determina que “*Entre los ejemplos de manipulación del mercado [...] se pueden citar, entre otros, **la conducta de una o varias personas que actúen de forma concertada con el objetivo de asegurarse una posición decisiva sobre la oferta o la demanda de un producto energético al por mayor**, que tiene, o podría tener, el efecto de fijar, directa o indirectamente, los precios o de crear otras condiciones comerciales no equitativas; [...].”*

Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

- (6) Este Consejero coincide con el análisis de los hechos que la resolución realiza concluyendo que el comportamiento de AXPO no solo fue típico, antijurídico y culpable, sino que también incluyó un evidente beneficio.
- (7) Coincide del mismo modo en la apreciación realiza en la resolución al determinar el dolo en la actuación de AXPO, atribuyéndole una premeditación en la preparación de las acciones:

“ [...] el agente era consciente de la situación de incumplimiento de la Instrucción 1/2022 de OMIE en la que estaba incurriendo con su operativa, toda vez que el mismo en respuesta a OMIE le manifiesta que tomará las medidas necesarias (realizando ajustes para que su operativa con aplicativo cumpla la instrucción 1/2022 de OMIE). Así en su respuesta al mencionado correo de 13 de diciembre de 2022 AXPO manifiesta lo siguiente: “lo estamos revisando internamente y ya hemos puesto las medidas necesarias para que no vuelva a presentarse una situación similar. Disculpad los inconvenientes que este comportamiento pudiera causar”.

- (8) Refiriendo estos criterios la resolución argumenta la cuantía de la sanción económica impuesta:

*“En consecuencia, a la vista **del beneficio obtenido, el comportamiento doloso -considerado como circunstancia agravante y que se trata de un operador plenamente consolidado con un elevado volumen de negocios**, la sanción propuesta se puede elevar a la mitad del tercio inferior de la escala de las sanciones graves, sin que ello vulnere el principio de proporcionalidad.*

Se propone sancionar a AXPO con una multa de millón y medio de euros (1.500.000 euros). “

Sobre los elementos considerados para imponer la sanción económica

- (9) En el caso analizado, la sanción impuesta no está topada por el límite del 10% del volumen de negocio del año anterior establecido por la ley, como sucedió en

la sanción impuesta ante comportamiento análogos³⁷. La sanción impuesta no se ve limitada tampoco por limitación que impone la sanción económica máxima posible para las infracciones graves, como sucede en el SNC/DE/019/23 de manera obvia, al haber sido los beneficios estimados del infractor superiores al importe máximo que puede imponerse³⁸.

- (10) Es necesario pues analizar en detalle cuáles son los elementos considerados en la resolución para establecer la cuantía de la sanción y valorar su ponderación a la hora de imponer una sanción que se sea proporcionada a la infracción declarada.
- (11) Resuelve la resolución que AXPO llevo a término la alteración del mercado, de forma dolosa y premeditada. Igualmente queda acreditado que la alteración y sus posibles consecuencias fueron reiteradamente advertidas por el operador del mercado. Sin embargo, a juicio de la resolución, estos elementos no son causa suficiente para establecer una cuantía de la sanción superior a la mitad del tercio inferior de las posibles.
- (12) En la presente resolución no se incluyen entre los elementos explicitados para imponer la cuantía de la sanción ni el mantenimiento del comportamiento infractor, a pesar de las advertencias de OMIE, ni la propia gravedad de la infracción tipificada -manipulación de mercado como se explicita en el caso del sancionador análogo SNC/DE/019/23.
- (13) Sin embargo, sí que se considera como un agravante el comportamiento doloso de AXPO, pese a lo cual se considera como proporcionada una sanción dentro del tercio inferior de las sanciones posibles.
- (14) Este consejero discrepa sobre la no inclusión de la premeditación, la continuidad y la consideración de la naturaleza propia de la infracción como elementos que deberían establecer la cuantificación de la multa acorde al artículo 67 de la LSE. Discrepa igualmente de que resulte proporciona una sanción en el tercio inferior de las posibles, toda vez que se ha considerado el dolo como un elemento agravante.
- (15) Es necesario resaltar que el beneficio obtenido por AXPO se calcula como el margen sobre el precio medio de mercado que obtuvieron las transacciones casadas mediante esta operativa fraudulenta. En otras palabras, el sistema empleado por AXPO alteró sistemáticamente la operativa normal del sistema

³⁷ SNC/DE/017/23

³⁸ SNC/DE/019/23

desplazando las ofertas de otros agentes del mercado cuyas ofertas no fueron casadas. Por ello, el daño causado al conjunto de operadores también debería ser tenido en cuenta como elemento modulador de la sanción.

- (16) Debe ser tenido igualmente en consideración que la naturaleza y continuidad del comportamiento de AXPO contribuyó a alterar la operativa hasta el punto de que el operador del sistema se vio obligado a alterarla para tratar de frenar los comportamientos fraudulentos de alteración del mercado como el descrito.

Conclusiones

Sobre la cuantía económica de la sanción

- (17) Sancionar la alteración continuada del mercado dentro del término medio del arco sancionador previsto por la ley para las infracciones graves esgrimiendo la proporcionalidad de la sanción sobre la base del beneficio obtenido por el infractor supone en casos como el presente de alteración del mercado un incentivo para continuar con estas prácticas de manipulación del mercado.
- (18) La sanción económica propuesta no es proporcional a la gravedad de la infracción si se considera en su globalidad la afectación que tuvo sobre el sistema. Adicionalmente la complejidad de la acción de manipulación emprendida y por tanto el bajo riesgo de ser detectado frente al beneficio obtenido (y el potencial de la infracción cometida) resultan en la necesidad de acomodar la sanción económica para recojan la totalidad de sus implicaciones acorde al artículo 67 de la LSE.
- (19) Por todo ello, a juicio de este consejero, analizados los hechos que concurren en el comportamiento de AXPO y el razonamiento esgrimido en el sancionador análogo SNC/DE/019/23, la sanción económica que correspondería sin riesgo de poder ser considerado desproporcionada debería situarse en por encima de la mitad del arco sancionador establecido para las infracciones graves

Sobre la imposición de sanciones accesorias y otras medidas

- (20) La manipulación del mercado mediante la utilización de robots cuya actuación consiste en la introducción deliberada de ofertas no legítimas con la intención de alterar en beneficio propio el funcionamiento del algoritmo de casación refleja la sofisticación de los comportamientos que los agentes desarrollaron para obtener beneficios ignorando las reglas del mercado y las advertencias del gestor del mercado.

- (21) La infracción de las reglas del mercado no ha sido un elemento puntual ni involuntario. AXPO trata de sostener en su descargo en las alegaciones que estábamos ante una práctica generalizada para el mercado de venta del producto D+1, sugiriendo una operativa similar de muchos otros agentes.
- (22) La realidad es que amplísima casuística de comportamiento que permite la utilización de robots en la introducción de ofertas en el mercado eléctrico multiplican el tiempo y los recursos necesarios para identificar, constatar, solventar y sancionar los perjuicios causados por los agentes que contravienen voluntariamente las reglas del mercado utilizándolos fraudulentamente.
- (23) 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, en un mercado que diariamente gestiona ofertas de agentes que pueden llegar a ser ordenes de magnitud superiores a esta cantidad.
- (24) La realidad es que los ingresos, incluso sólo los beneficios, derivados de manipular el mercado pueden llegar a ser superiores a la multa máxima posible. Si bien en el caso analizado los ingresos obtenidos por la alteración provocada en el mercado fueron inferiores a la sanción máxima, ligar la sanción económica principalmente al beneficio obtenido supone para AXPO en este caso, y en general para las empresas que participan en este mercado, un perjuicio económico negligible en comparación con sus volúmenes de negocio y los beneficios potenciales.
- (25) Debe añadirse el incentivo que supone para el infractor persistir en su actuación infractora pese a los avisos recibidos para tratar de obtener con ella ingresos superiores a los 6 millones de euros, dado que la sanción impuesta será inferior en ese caso al ingreso obtenido. Las reglas de operación del operador del mercado en los casos en los que se detectan comportamientos anormales establecen el lanzamiento de advertencias al agente para informarle de su comportamiento anormal. No es hasta la reiteración de este comportamiento que se produce la inhabilitación del robot que introduce las ofertas, que no del agente. Esto supone, que comportamientos como el sancionado, pese a ser presumiblemente infractores no son bloqueados de forma inmediata, y en última instancia comportan la inhabilitación del robot con el que se lanzan las ofertas, pero en ningún caso supone la inhabilitación del agente para operar.
- (26) En consecuencia, entre la detección, advertencia, diálogo con el agente, reiteración y finalmente inhabilitación del robot del agente, transcurren periodos de tiempo largos, que posibilitan a los agentes infractores seguir operando de forma fraudulenta y consiguientemente acumular ingresos y beneficios.

(27) 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 AXPO. En casos como el presente, 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 AXPO.
- 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.

(28) Debería por ello la resolución a juicio de este Consejero declarar la obligación de AXPO de identificar e indemnizar a los agentes que se vieron desplazados en el procedimiento de casación, en aplicación del artículo 69.2 de la LSE.

(29) Debería igualmente la resolución dictada proponer la inhabilitación de AXPO para operar en el ámbito del sector eléctrico en el que ha cometido la infracción cuando menos por un tiempo igual al que persistió en su comportamiento infractor, en aplicación del artículo 68.2 de la LSE.

A tal efecto emito mi voto particular.