

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL

- 6502** *Orden ETU/491/2018, de 11 de mayo, por la que se inhabilita para ejercer la actividad de operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos a Central de Compras DTODO, S.L.*

I

El artículo 42.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, establece que podrán actuar como operadores al por mayor de productos petrolíferos exclusivamente aquellas sociedades mercantiles que cumplan las condiciones para la realización de la actividad que se establezcan reglamentariamente.

En todo caso, dichas sociedades deberán comunicar al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (en adelante MINETAD), que lo comunicará a su vez a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (en adelante CORES), el inicio o cese de la actividad, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones exigidas.

Los operadores deberán acreditar el cumplimiento de dichas condiciones en caso de que les sea requerido por el MINETAD o por la CNMC.

Asimismo, dicho artículo dispone que la CNMC publicará en su página web un listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos que incluirá a aquellas sociedades que hayan comunicado al Ministerio el ejercicio de esta actividad.

La empresa Central de Compras DTODO, S.L. figura en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos publicado en la página web de la CNMC.

Del mismo modo se manifiesta el artículo 14 del Estatuto regulador de las actividades de distribución al por mayor y de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas de carburantes y combustibles petrolíferos, aprobado por el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, que establece que la CNMC y la Dirección General de Política Energética y Minas (en adelante DGPEM) podrán solicitar en cualquier momento la acreditación del cumplimiento de todos o de cualquiera de los requisitos necesarios para ejercer la actividad de distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos.

Por otra parte, el artículo 54 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que, con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

Por todo ello, con fecha 24 de noviembre de 2017 la Subdirección General de Hidrocarburos (en adelante SGH) perteneciente al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, requirió a la empresa Central de Compras DTODO, S.L., que en el plazo de 10 días a contar desde la recepción del citado escrito, acreditase el cumplimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, tal y como se establece en el artículo 10 del anteriormente mencionado Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre

Asimismo, se hacía saber que, en caso de no recibir comunicación alguna con la documentación exigida o si del examen de la misma se comprueba el incumplimiento de alguna de dichas condiciones, exigidas para realizar la actividad de operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, se procederá a la instrucción de expediente de inhabilitación para ejercer la actividad de operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos.

Con fecha 9 de enero de 2018, tras solicitar la empresa una ampliación de plazo la cual es concedida al amparo del artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se recibe respuesta a dicho requerimiento en la Subdirección General de Hidrocarburos, la cual es ampliada posteriormente con fecha 11 de enero de 2018.

En dicho escrito, aportan entre otros, balance de situación de la empresa para el ejercicio 2015 y 2016, con unos fondos propios de 234.853,17 euros y 273.192,97 euros respectivamente. Asimismo, reconocen no haber tenido ni en 2015 ni en 2016 una cifra anual de negocios superior al umbral establecido conforme se acredita en las cuentas anuales aportadas.

II

El artículo 10 del citado Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, establece que se considerará suficientemente acreditada la capacidad financiera cuando el operador disponga de unos recursos propios afectos a la actividad de distribución mayorista de, al menos, tres millones de euros.

Al no considerar suficientemente acreditada la capacidad financiera exigida, con fecha 20 de febrero de 2018, la DGPEM acuerda el inicio de un procedimiento de inhabilitación a la empresa Central de Compras DTODO, S.L. En el acuerdo de inicio se indicó que el procedimiento se iniciaba, en concreto, por no haber acreditado correctamente el cumplimiento de las condiciones exigidas para realizar la actividad de operador al por mayor de productos petrolíferos, en particular la suficiente capacidad financiera necesaria para el ejercicio de dicha actividad, concediéndole asimismo un plazo de 10 días para la presentación de alegaciones en los términos establecidos en la normativa vigente.

Con fecha 8 de marzo de 2018 tiene entrada en el registro del MINETAD escrito de alegaciones de Central de Compras DTODO, S.L. al acuerdo de inicio del procedimiento de inhabilitación. En dicho escrito la sociedad alega en los mismos términos que en el requerimiento de acreditación de requisitos y solicita el archivo del procedimiento de inhabilitación iniciado el 20 de febrero de 2018 alegando además que su sociedad nunca se ha visto involucrada en operaciones o tramas criminales para defraudar impuestos, sino que cumplen con todas sus obligaciones propias del sector.

Asimismo, explica que dicha mercantil no tiene obligación de realizar informe de auditoría de sus cuentas anuales, por estar exenta según dispone el artículo 263 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Por otra parte, hacen constar que su situación financiera no ha cambiado desde el año 2013 en el que se les dio de alta como operadores al por mayor de productos petrolíferos y para lo cual se aportó informe financiero de fecha 24 de septiembre de 2013 así como balance de situación de la empresa a fecha 30 de junio de 2013 en el que se justificaban sobradamente la capacidad financiera de la empresa. Indican además que con fecha 8 de enero de 2018 y en respuesta al requerimiento de la SGH de fecha 24 de noviembre de 2017, aportan informe económico de fecha 28 de abril de 2017 elaborado por Sandra Esther Macías, del Ilustre Colegio de Economistas de Málaga en el que se corrobora la capacidad financiera de la sociedad en la actualidad.

Alegan que si su situación financiera no ha cambiado desde 2013 ni tampoco la legislación del sector con respecto al patrimonio, resulta improcedente, a su entender, que la DGPEM haya iniciado el procedimiento de inhabilitación a Central de Compras DTODO, S.L. en virtud del artículo 42 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. Según su criterio debería iniciar un procedimiento para declarar la lesividad del acto de habilitación por el que Central de Compras DTODO, S.L. inició su actividad como operador al por mayor de combustibles y carburantes petrolíferos. En este sentido hace referencia al artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que indica que

serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

En contestación a dichas alegaciones, hay que tener en cuenta que en el año 2013 se procedió a trasladar la comunicación de inicio de actividad tanto a la CNMC como a CORES atendiendo a la declaración responsable presentada por el interesado y en virtud de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y del artículo 14 del Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre. Si bien es cierto que en dicho momento podía haberse solicitado y estudiado una acreditación más exhaustiva de los requisitos en ese momento no se consideró oportuno.

Posteriormente se remitió solicitud de acreditación de cumplimiento de requisitos, el 24 de noviembre de 2017, constituyendo dicha solicitud las actuaciones previas llevadas a cabo por parte de la SGH con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto con el fin de determinar la conveniencia o no de iniciar el procedimiento de inhabilitación que nos ocupa.

Por otra parte, con la citada solicitud de acreditación de cumplimiento de los requisitos realizada con fecha 24 de noviembre de 2017 por la SGH, se pretendía validar el cumplimiento de los requisitos en el momento actual para lo cual se solicitaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 depositadas en el Registro Mercantil que deben incluir, entre otras, la certificación de aprobación de dichas cuentas, el balance de situación, la cuenta anual de resultados, estado total de cambios en el patrimonio neto y memoria así como informe de gestión de cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil e informe de auditoría en el que deberá constar el código ROAC del auditor firmante y justificación de la afección a la actividad de los, al menos, tres millones en fondos propios a los que hace referencia el referido artículo 14 del Estatuto. En concreto, para justificar que dichos fondos propios están afectos a la actividad deberá acreditar el valor contable del activo neto.

Esta documentación no ha sido aportada, únicamente un balance elaborado por la propia empresa y un informe de economista sin número ROAC del año 2013.

Tras consultar la SGH la información financiera de la base de datos del Grupo Informa, observa que Central de Compras DTODO, S.L. tiene a 31/12/2016 unos fondos propios de 273.192,97 euros, cifra que coincide con la del informe económico aportado en diciembre de 2017 y no figura ningún cambio posterior en sus datos financieros. Estos fondos propios no han variado significativamente desde el 2013 tal y como indican en su escrito de alegaciones, no obstante, esta cifra es muy inferior a la requerida para ejercer dicha actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos.

En su informe económico realizado en el año 2013 indican la existencia de una ampliación de capital correspondiente a la adquisición de un fondo de comercio de sus 21 socios, propietarios de gasolineras, la cual debería estar contabilizada y aumentaría esos fondos propios, según dicen, a los 3 millones de euros. Sin embargo, no se tiene ninguna constancia de dicha operación y más allá de ello hay que tener en cuenta que las gasolineras son bienes afectos a la actividad de distribución al por menor de productos petrolíferos.

Si bien es cierto que dicho Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, no define lo que ha de entenderse por «recursos propios afectos a la actividad de distribución mayorista», lo que está claro es que atendiendo al artículo 58 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se exige que las aportaciones al capital social tengan necesariamente carácter dinerario, admitiendo que puedan ser objeto de tal aportación cualesquiera bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Por tanto, también resulta esencial la valoración que se haga de las aportaciones no dinerarias. También hay que tener en cuenta que el cumplimiento del requisito financiero exigido, no sólo incluye el tener unos recursos propios de al menos 3 millones de euros, sino que estos deben estar afectos a la actividad de distribución al por mayor de

combustibles y carburantes petrolíferos. Esta afección de los recursos propios a la actividad que nos ocupa, viene a decir que la utilización de dichos recursos debe estar directamente ligada a la misma con el fin de obtener rendimientos y por tanto con un uso exclusivo para los fines de la misma no pudiendo utilizarse para otros fines. Estos recursos deben ser por tanto bienes que son necesarios para el desarrollo de la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos.

III

La propuesta de resolución se ha notificado a la sociedad interesada con fecha 21 de marzo de 2018 y se la ha conferido trámite de audiencia según lo establecido en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin presentar el interesado nuevas pruebas.

En contestación a las alegaciones a la propuesta de resolución efectuadas por Central de Compras DTODO S.L. en el escrito de fecha 6 de abril de 2018 deben realizarse las siguientes consideraciones:

No existe, tal y como se sugiere de contrario, cambio de criterio por parte de la Subdirección General de Hidrocarburos pues no es acertado afirmar que «la Subdirección General tuvo expresamente por acreditada la capacidad financiera» de Central de Compras DTODO S.L. En este sentido, debe recordarse que el artículo 42 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, prevé, para que las sociedades mercantiles que cumplan las condiciones reglamentariamente establecidas puedan actuar como operadores al por mayor de productos petrolíferos, un régimen de mera comunicación al Ministerio de inicio de actividad, comunicación a la que deberá acompañarse una declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones reglamentariamente exigidas. Por tanto, el Ministerio se limita a recibir dicha comunicación sin que exista ningún reconocimiento expreso o confirmación de la capacidad financiera de la entidad.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad prevista en el mismo artículo 42 de que el Ministerio, en cualquier momento, pueda requerir a los operadores al por mayor que acrediten el cumplimiento de estas condiciones, tal y como ha sucedido en el caso que nos ocupa. Este requerimiento puede efectuarse en cualquier momento, y en tanto no se haya efectuado no puede presumirse que el Ministerio y en concreto la Subdirección General de Hidrocarburos haya examinado, ni mucho menos haya tenido por acreditado, el cumplimiento de los requisitos por parte del operador al por mayor.

En cualquier caso y aun cuando a los meros efectos dialécticos se entendiera que la sola recepción de la comunicación supone una manifestación de criterio por parte de la Administración, ello en modo alguno impediría la inhabilitación posterior del operador pues, acreditado como ha quedado que el operador no cumple los requisitos de capacidad financiera, no cabría invocar la doctrina de los actos propios en relación con un acto que no resulta ajustado al ordenamiento jurídico.

En este punto no puede olvidarse que la eficacia de dicho principio no es ilimitada y viene constreñida por el respeto a la legalidad. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 mayo de 2002 (RJ 2002/7895), citando a su vez la precedente de 1 de febrero de 1999 [RJ 1999/1633], «es reiterada la doctrina jurisprudencial que recuerda que no se pueden crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si

se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta».

De igual modo, es bien notorio que la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado claro que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley está necesariamente subordinado al de legalidad. Tal y como expresa, entre otras muchas, la STC 34/2002, «es doctrina constitucional constante la de que no existe un derecho a la igualdad en la ilegalidad», por lo que su aplicación sólo es admisible dentro de la legalidad

Tampoco puede pretenderse que se acuda a la vía de revisión de oficio para, como señala el escrito de alegaciones, «declarar la lesividad del acto de habilitación» pues, en primer lugar, no existe ningún acto susceptible de ser revisado ya que como hemos señalado, el ejercicio de la actividad de operador al por mayor está sujeta a un régimen de mera comunicación y no de autorización por lo que no existe el pretendido «acto de habilitación». En cualquier caso, y aun cuando se estimará que el régimen de comunicación resulta asimilable al de las autorizaciones y permisos, debe recordarse que la figura de revisión de oficio no resulta de aplicación en estos casos pues en ellos se acude a la figura de la revocación por incumplimiento de condiciones que, en el caso que nos ocupa, se traduce en la extinción de la habilitación para el ejercicio de la actividad prevista en el artículo 42.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

IV

El artículo 42 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en su apartado 3 establece que: En caso de que un operador al por mayor de productos petrolíferos incumpla alguno de los requisitos exigidos para el ejercicio de su actividad, el Ministro de Industria, Energía y Turismo (hoy Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital) podrá, previa la tramitación de un procedimiento en el que se garantice la audiencia del interesado, declarar la extinción de la habilitación para actuar como operador al por mayor de productos petrolíferos.

Asimismo, prevé que en «el marco del citado procedimiento y en atención a las circunstancias que en cada caso concurren, se podrán adoptar las medidas provisionales que sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución, incluyendo la inhabilitación temporal de la capacidad para actuar como operador al por mayor de productos petrolíferos».

Por su parte, el artículo 14 bis del Estatuto regulador de las actividades de distribución al por mayor y de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas de carburantes y combustibles petrolíferos, aprobado por el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, establece que procede la inhabilitación para ejercer la actividad de operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, previa instrucción de expediente, con audiencia del interesado, en los siguientes casos:

- a) «Apertura de la fase de liquidación o extinción de la personalidad jurídica del operador.
- b) El incumplimiento probado de las condiciones exigidas para realizar la actividad de operador al por mayor.
- c) La inexistencia de la autorización o certificaciones de idoneidad de las instalaciones necesarias para la actividad o su obtención mediante simulación, fraude o engaño, así como la variación, una vez otorgada aquélla, de las condiciones o requisitos esenciales que dieron lugar a su otorgamiento.
- d) En su caso, la sanción por comisión de infracción grave o muy grave».

Por cuanto la empresa Central de Compras DTOD, S.L. no ha acreditado ante la Subdirección General de Hidrocarburos, del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital el cumplimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, en particular la capacidad financiera,

al no disponer de unos recursos propios afectos a la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos de al menos 3 millones de euros, se procede a continuar con el procedimiento de inhabilitación de Central de Compras DTODO, S.L. en los términos establecidos en la normativa vigente.

Atendiendo a lo anterior, concurren, por tanto, la causa prevista en el artículo 14 bis del Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, en su apartado b) «El incumplimiento probado de las condiciones exigidas para realizar la actividad de operador al por mayor», así como en el artículo 42.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, que determinan la inhabilitación de la referida empresa.

Ha emitido informe favorable la Abogacía del Estado con fecha 19 de abril de 2018.

V

Teniendo en cuenta lo expuesto, en uso de la potestad que el artículo 42.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, confiere al titular del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, resuelvo:

Primero.

Declarar la inhabilitación para ejercer la actividad de operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos de la empresa Central de Compras DTODO, S.L.

Segundo.

Comunicar la presente orden a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que, una vez surta efectos, proceda a dar de baja a la empresa en el listado de comercializadores.

Tercero.

Disponer la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», de conformidad con el artículo 45.1 a) y 46 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Cuarto.

Durante el plazo de seis meses a contar desde que gane eficacia, no surtirán efecto las comunicaciones y declaraciones responsables que fuesen presentadas por Central de Compras DTODO, S.L. para el ejercicio de la actividad como operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, así como las que fueran presentadas por empresas del mismo grupo empresarial o por otras empresas vinculadas a la entidad inhabilitada y que hubieran sido creadas en los seis meses anteriores o posteriores a dicha inhabilitación.

A estos efectos, se entenderán vinculadas las empresas que cumplan, entre otras, la condición de formar parte de un grupo de sociedades en los términos definidos en el artículo 42 del Código de Comercio, o aquellas cuyo representante sea común a ambas sociedades.

La presente orden pone fin a la vía administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la notificación de la presente orden, de conformidad con el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. También podrá interponerse potestativamente recurso de reposición ante el titular del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente al de la notificación de la presente orden, significándose que, en caso de presentar

recurso de reposición, no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que se resuelva expresamente el recurso de reposición o se produzca la desestimación presunta del mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 123.2 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. El plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación/publicación o silencio administrativo en el mes de vencimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.4 de dicha Ley.

Asimismo, se le comunica que al ser el interesado un sujeto obligado a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en el artículo 14.2 y 3 de la citada ley, deberá presentar, en su caso, el recurso de reposición a través de medios electrónicos.

Madrid, 11 de mayo de 2018.—El Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital,
Álvaro Nadal Belda.