

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL

- 6713** Orden ETU/501/2018, de 17 de mayo, por la que se inhabilita para ejercer la actividad de operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos a EP Spain 2015, 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 debiendo acreditar el cumplimiento de dichas condiciones en caso de que les sea requerido por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (en adelante MINETAD) o por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante 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 EP Spain 2015, 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 que el artículo 42.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, 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 perteneciente al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, requirió a la empresa EP Spain 2015, S.L., de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del citado Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, 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. En concreto se solicitaban las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 depositadas en el Registro Mercantil debiendo 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 ese escrito, 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 las condiciones establecidas en el citado Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, 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.

En respuesta a dicho requerimiento, con fecha 21 de diciembre de 2017 tiene entrada en la Subdirección General de Hidrocarburos respuesta de la empresa EP Spain 2015, S.L. a dicho requerimiento tras una ampliación de plazo concedida tras petición del interesado y al amparo del artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Junto a la documentación presentada aportan cuentas anuales de 2016 presentadas en el Registro Mercantil, en la que se muestran unos fondos propios de 2.993.150,94 euros, inferiores a los 3 millones de euros requeridos para ejercer la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos según el artículo 14 del Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre. No aportan el informe de auditoría en el que debe constar el código ROAC del auditor firmante, indicando que no están obligados a ellos conforme la Ley de Sociedades de Capital.

En cuanto a la justificación de la afectación de los fondos propios a la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos, acompañan sendos informes aportados ante la SGH en respuesta a requerimientos anteriores al del 24 de noviembre de 2017. El primero de estos informes de fecha 31 de octubre de 2016 es elaborado por el auditor Francisco Vázquez Romero, ROAC n.º 16.891, muestra unos fondos propios de 3.827.115,47 euros correspondiente al ejercicio 2016. Dicho informe es anterior a las cuentas presentadas en el Registro Mercantil de ese año y muestran claramente unos recursos propios inferiores a los 3 millones de euros exigidos. El segundo informe presentado es de fecha 23 de mayo de 2017, elaborado por la abogada María Isabel Bedoya Morales a encargo del Administrador Único de la sociedad EP Spain, 2015, S.L. en el que también aporta un balance de situación a 31 de marzo de 2017 con unos fondos propios superiores a 3 millones de euros. Sin embargo, en dicho informe indica que no se trata de un informe de auditoría de cuentas por lo que no emite opinión sobre los documentos contables examinados y por tanto no puede considerarse un documento válido a efectos de consideración de requisitos al no considerarse una auditoría de cuentas.

II

El artículo 10 del citado Estatuto aprobado por el 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 27 de febrero de 2018, la DGPEM acuerda el inicio de un procedimiento de inhabilitación a la empresa EP Spain 2015, S.L. En el acuerdo de incoación 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, concediéndole asimismo un plazo de 10 días para la presentación de alegaciones en los términos establecidos en la normativa vigente.

Con fecha 21 de marzo de 2018, tiene entrada en la Subdirección General de Hidrocarburos a través del registro electrónico respuesta de EP Spain, 2015, S.L. a dicho Acuerdo de Inicio de inhabilitación, sin aportar nuevas pruebas ni documentación adicional.

En dicho escrito alega haber justificado el cumplimiento de la capacidad financiera a través del informe emitido por la abogada María Isabel Bedoya Morales, junto con el balance de situación a 31 de marzo de 2017 antes descrito.

En contestación a dichas alegaciones, y como ya se ha mencionado, las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil no llegan a los 3 millones de euros y no existe acreditación alguna de ese aumento de capital que indican en el balance de cuentas de 2017, al mismo tiempo que no existe justificación de la afección de dichos fondos propios a la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos.

III

La propuesta de resolución se ha notificado a la sociedad interesada con fecha 3 de abril 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, trámite que fue evacuado por el interesado mediante la presentación de escrito de alegaciones en fecha 24 de abril de 2018, sin aportar nuevas pruebas.

En contestación a las alegaciones a la propuesta de resolución efectuadas por EP Spain, 2015, S.L. en el escrito de fecha 24 de abril de 2018 deben realizarse las siguientes consideraciones:

Como ya se ha mencionado anteriormente, el primer balance al que hacen referencia aportado el 31 de octubre de 2016 es anterior a las cuentas presentadas en el Registro Mercantil en las que se muestra claramente unos recursos propios de 2.993.150,94 euros. Alegan ahora que dicha diferencia de 6.849 euros respecto a los 3 millones de euros exigidos, se debe a un error subsanable, no obstante, en ningún momento se había comunicado dicha situación ni tampoco se ha subsanado.

Si bien es cierto que la diferencia es tan solo de 6.849 euros hay que ser escrupuloso en este aspecto y tener en cuenta que el límite está establecido en 3 millones de euros no pudiendo salirse en ningún momento de esta cantidad que conlleva el incumplimiento de la normativa actual.

El segundo balance al que hacen referencia, es el realizado por la abogada M.^a Isabel Bedoya Morales y presenta un balance a 31 de marzo de 2017 con unos fondos propios superiores a 3 millones de euros. Alegan que este informe, si bien no es una auditoría de cuentas, es realizado por un experto independiente tal y como solicitó la SGH. Alegan que si se hubiera solicitado una auditoría la habrían encargado y aportado, pero que basándose en el literal del requerimiento al que dio respuesta ese informe no lo hicieron. Hay que decir que ese requerimiento al que hacen referencia es de fecha 29 de marzo de 2017, y por tanto anterior al que da inicio a este procedimiento de inhabilitación.

La solicitud de requisitos de fecha 24 de noviembre de 2017, constituye las actuaciones previas llevadas a cabo por parte de la Subdirección General de Hidrocarburos 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.

En el punto 2) de dicho requerimiento se pide textualmente «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.» Ante lo cual respondieron que no estaban obligados a presentar informe de auditoría conforme a la Ley de Sociedades de Capital.

Por tanto, el alegar ahora que si se hubiera solicitado una auditoría la hubieran presentado no corresponde con la realidad, ya que dicho requerimiento fue solicitado en virtud del artículo 42.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y del artículo 14 del Estatuto regulador aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, por el que los operadores al por mayor deberán acreditar el cumplimiento de estas condiciones en caso de que les sea requerido por el actual MINETAD o por la CNMC, no habiendo cumplimentado dicho requerimiento en el momento en el que se les

pidió en fecha 24 de noviembre de 2017, ni en el periodo de alegaciones a la incoación del procedimiento de inhabilitación, ni en el trámite de audiencia de la propuesta de resolución de dicho procedimiento.

Y más allá de todo ello, el informe al que hacen referencia elaborado por la abogada M.^a Isabel Bedoya Morales, no puede considerarse elaborado por un experto independiente ya que dicha abogada no figura en el registro oficial de auditores de cuentas y por tanto no puede considerarse que tenga la capacidad técnica suficiente para la elaboración de dicho informe. Asimismo, dicho informe se limita a dar un balance con las cifras y a indicar que «de la documentación examinada llega a la conclusión de que dichos fondos propios son afectos a la actividad de distribución mayorista», si bien no especifica qué actividad mayorista. Tampoco especifica la composición de los fondos propios y cuáles son las aportaciones de la empresa para considerar que dichos fondos propios son afectos a la actividad mayorista a la que se refiere.

Alegan también que una hipotética inhabilitación como operador al por mayor de productos petrolíferos implicaría una situación de muy difícil o imposible reparación, suponiendo además una limitación al acceso y el ejercicio de una actividad económica, debiendo estar a los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en especial al principio de necesidad y proporcionalidad recogido en su artículo 5.

No obstante, este procedimiento de inhabilitación no pretende limitar una actividad económica sino conseguir que dicha actividad se realice en igualdad de condiciones entre todos los sujetos que en ella participan y con el fin de proteger los intereses de todos los miembros que forman parte de esta actividad económica, debiendo ser prioritario el interés de los terceros.

El interés general es prioritario en el buen funcionamiento del sector de esta actividad y el rigor en el cumplimiento de las condiciones al que está sujeta la actividad, debe mantenerse tanto con la empresa particularmente concernida como en relación al resto del sector que percibe la recta aplicación de unas condiciones igualitarias, tal y como señala el Auto n.º 37/2018, de 16 de febrero, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario 12/2018, al respecto de esta actividad.

El desarrollo de la actividad de distribución al por mayor careciendo de la capacidad financiera necesaria ha demostrado suponer un gran perjuicio económico para el sector, como así se ha puesto de manifiesto a través de los numerosos procesos de inhabilitación llevados a cabo en los últimos años, así como en la desarticulación por parte de la Agencia Tributaria y de la Guardia Civil de distintas tramas de fraude en el IVA de empresas que operan en este sector.

IV

El artículo 42 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, 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».

De igual forma, 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 EP SPAIN 2015, 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, se procede a continuar con el procedimiento de inhabilitación de EP SPAIN 2015, S.L. en los términos establecidos en la normativa vigente.

Atendiendo a lo anterior, concurren por tanto, las causas previstas en el artículo 14 bis del Estatuto aprobado por el 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 11 de mayo 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 EP SPAIN 2015, S.L. con efectos desde la notificación de la misma al interesado.

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 operadores al por mayor de productos petrolíferos.

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 EP Spain 2015, 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, 17 de mayo de 2018.—El Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, Álvaro Nadal Belda.