

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL

- 7119** Orden ETU/542/2018, de 21 de mayo, por la que se inhabilita para ejercer la actividad de operador al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos a la empresa Perseoil, SA.

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, entre las que se incluirá la suficiente capacidad técnica del solicitante y encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, 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, añade dicho artículo que, cualquier hecho que suponga modificación de alguno de los datos incluidos en la declaración originaria deberá ser comunicado por el interesado, en el plazo máximo de un mes a partir del momento en que se produzca.

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 Perseoil, S.A., figura en el listado de operadores al por mayor de productos petrolíferos publicado en la página web de la CNMC como inhabilitada temporalmente.

Con fecha 1 de diciembre de 2017 la Subdirección General de Hidrocarburos (en adelante SGH) de la Dirección General de Política Energética y Minas (en adelante DGPEM) perteneciente al MINETAD, requirió a la empresa Perseoil, S.A., de acuerdo con lo establecido en 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 en el plazo de 10 días a contar desde la recepción del citado escrito, enviase 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 concreto, para justificar que dichos fondos propios están afectos a la actividad debía acreditar el valor contable del activo neto en virtud del artículo 10 del citado Estatuto aprobado por el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, anteriormente mencionado.

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.

En respuesta a dicha solicitud, la empresa Perseoil, S.A., aporta las cuentas anuales depositadas en el registro mercantil que incluye balance, cuenta de resultados, memoria y certificación. En el mismo escrito, indica que, según la normativa de presentación en el Registro Mercantil, Perseoil, SL cumple las condiciones para presentar el modelo pymes,

con lo cual no tiene obligación de formular Estado de Cambios de Patrimonio Neto, ni obligación de presentar el Informe de Gestión, ni se encuentra obligada a someterse a Auditoría de cuentas.

Asimismo, indica que con fecha 2 de junio de 2017, en contestación a un requerimiento anterior de la SGH, envió informe de experto independiente emitido por la entidad AOB Auditores con número de ROAC S1058 en el que queda demostrada la afección de fondos propios a la actividad de mayorista.

Según artículo 366.1.2 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, la certificación de aprobación de las cuentas presentadas debe venir con las firmas legitimadas notarialmente que contenga el acuerdo de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado. En el certificado enviado no figura la huella digital de dicha firma. Asimismo, ese certificado indica que la sociedad cumple las condiciones para formular las cuentas anuales según el plan contable abreviado. No obstante, las cuentas presentadas por Perseoil, S.A., a esta SGH corresponden con las cuentas del plan contable de pymes sin aportar el certificado de la huella digital de las mismas.

Por otra parte, en dicho balance de pymes presentado por la mercantil figuran unos fondos propios de 3.019.803,06 euros de los cuales 3 millones son aportaciones de otros socios. En la memoria anual que acompaña a dicho balance, en la Nota 21, en la cual se indican hechos posteriores al cierre, figura entre otros un aumento de capital social de fecha 25 de mayo de 2017 por la cantidad de 3 millones de euros mediante la emisión de 3 millones de acciones de 1€ de nominal. Esas acciones fueron suscritas en su totalidad por Mirari Oil, SLU, Sin embargo, en la Nota 22 de esa misma memoria en la que se detallan y cuantifican las operaciones con las partes vinculadas figura información alguna más allá de que Perseoil, S.A., pertenece a un grupo de sociedades cuya sociedad dominante directa es Mirari Oil, S.L.U. (CIF: B95850921). En las escrituras notariales se indica que las acciones han sido suscritas y desembolsadas en un 33.33% de su valor nominal mediante aportación dineraria, es decir una cifra considerablemente menor a los 3 millones de euros exigidos.

Ante todas estas circunstancias, se solicita al Registro Mercantil las cuentas depositadas por Perseoil, SA en el ejercicio 2016. Recibidas las mismas se observa que estas no coinciden con las presentadas ante la SGH, figurando en las registradas en el Registro Mercantil y por tanto las reales para ese ejercicio, unos fondos propios de 19.803,06 euros, muy lejos de los 3 millones de euros exigidos para ejercer la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos.

Entre la documentación aportada por la mercantil, también figura informe de experto independiente realizado por Fisa Auditores, en particular el perito Javier Marín Jiménez sobre ampliación de capital de Perseoil, S.L., realizada en mayo de 2017 sin constar el código ROAC. En dicho informe se indica la ampliación de capital expuesta anteriormente, indicando que dicha ampliación fue suscrita en su totalidad en el momento de su emisión y que actualmente se encuentra totalmente desembolsada en efectivo. Sin embargo, no existe documentación acreditativa, cuenta bancaria o similar que indique la presencia de ese dinero en efectivo en la empresa Perseoil, S.A. Asimismo, dicho informe no constituye ni una auditoría hecha de acuerdo con Normas Técnicas de Auditoría, ni una revisión realizada de acuerdo con normas profesionales de general aceptación tal y como se expone en dicho informe.

Si una empresa forma parte de un grupo de empresas, para la cuantificación de los importes se tendrá en cuenta la suma del activo, del importe neto de la cifra de negocios y el número medio de trabajadores del conjunto de las entidades que conforman el grupo, teniendo en cuenta las eliminaciones e incorporaciones reguladas en las normas de consolidación aprobadas en desarrollo de los principios contenidos en el Código de Comercio. Dicha información referente a la empresa Mirari Oil, S.L.U. no ha sido aportada.

Por otra parte, tampoco envían información de la empresa Mirari Oil, S.L.U., que acredite la presencia de ese capital en el momento de la ampliación ni la forma de realizarse el desembolso. Sin embargo, y tras los hechos expuestos anteriormente, la SGH

tras consultar la información financiera de la base de datos del Grupo Informa, observó que Mirari Oil, S.L., cuyo administrador único es Juan Carlos Viloria Guillén, el mismo que Perseoil, S.A., tiene a 31/12/2016 unos fondos propios de 1.003.000 euros, no figurando ningún cambio posterior en sus datos financieros.

La suscripción de acciones, el desembolso de las mismas y la obligación de hacer frente a los dividendos pasivos, corresponde a la sociedad matriz del grupo Mirari Oil, S.L., cuyo capital social es tan sólo de 1.003.000 euros.

II

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».

Por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas (en adelante DGPEM) de fecha 9 de marzo de 2018, se inhabilita temporalmente a la empresa Perseoil, S.A., a ejercer la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos. En dicha resolución se indica la necesidad de confirmar dicha medida provisional de inhabilitación temporal en el acuerdo de iniciación del procedimiento.

Dicha medida provisional se toma en virtud del artículo 42.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, así como del artículo 56.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El artículo 10.2 del citado Estatuto aprobado por el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, establece que estará 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.

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 todo ello, la Dirección General de Política Energética y Minas acordó en fecha 15 de marzo de 2018 la incoación de procedimiento de inhabilitación a la empresa Perseoil, S.A., concediéndose un plazo de 10 días al interesado para la presentación de alegaciones al mismo, las cuales presentó la empresa ante esta Dirección General de Política Energética y Minas con fecha 5 de abril de 2018.

En el acuerdo de incoación se indicó que el procedimiento se iniciaba, en concreto, por incumplir la empresa el requisito relativo a la capacidad económica de la empresa, exigido en el artículo 10.2 del Estatuto aprobado por Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, al no disponer de los recursos propios afectos a la actividad exigibles de acuerdo con la normativa vigente. En este aspecto hay que resaltar que el 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, es exigente en lo que respecta a la capacidad económica al fijar unos «recursos propios afectos a la actividad de distribución mayorista de al menos tres millones de euros».

Asimismo, en dicho acuerdo se confirma la medida provisional de inhabilitación temporal adoptada por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de fecha 9 de marzo de 2018 en virtud del artículo 56.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En el escrito de alegaciones presentado por Perseoil S.A., en el trámite de audiencia concedido tras la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento de inhabilitación, se aducen los mismos hechos, alegaciones y pruebas que en la contestación al requerimiento de fecha 1 de diciembre de 2017. A todas estas cuestiones se da oportuna respuesta en la presente Orden. Teniendo en cuenta lo anterior y resultando que en la presente Orden no se toman en consideración otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por Perseoil en sus diferentes escritos, se prescinde del trámite de audiencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.

Atendiendo a lo anterior, concurre 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 27 de abril de 2018.

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 Perseoil, S.A.

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 petrolíferos al por mayor.

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 Perseoil, S.A., 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, 21 de mayo de 2018.—El Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, Álvaro Nadal Belda.