

ACUERDO POR EL QUE SE INADMITE LA SOLICITUD DE DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A. DE REVISIÓN DE OFICIO DE LAS RESOLUCIONES DE 10 DE DICIEMBRE DE 2020 Y 16 DE DICIEMBRE DE 2021 DE RELACIÓN DE OPERADORES PRINCIPALES EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS

OPD/DE/001/21

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D.^a María Ortiz Aguilar

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 22 de junio de 2023

La Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado este Acuerdo de inadmisión de la solicitud de revisión de oficio de las resoluciones de 10 de diciembre de 2020 y 16 de diciembre de 2021 de relación de operadores principales en los sectores energéticos, recaídas en los expedientes OPD/DE/001/20 y OPD/DE/001/21.

I. ANTECEDENTES

El 10 de diciembre de 2020 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución por la que se establecían y hacían públicas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, las

relaciones de operadores principales en los sectores energéticos. En el fundamento cuarto de dicha Resolución se determinaban los operadores principales en los diversos sectores, figurando DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A. (en adelante DISA), como operador principal en los sectores de carburantes y gases licuados del petróleo. La relación de operadores fue publicada en el BOE número 332 de 22 de diciembre de 2020.

En la Resolución de 16 de diciembre de 2021, DISA figuraba como operador principal exclusivamente en el sector de gases licuados del petróleo. La relación de operadores fue publicada en el BOE número 310 de 27 de diciembre de 2021.

El 28 de febrero de 2023, DISA presentó un escrito ante la CNMC por el que solicitaba la revisión de oficio de ambas resoluciones, y su declaración de nulidad. Subsidiariamente solicitaba la revocación de las resoluciones, a los solos efectos, en ambos casos, de excluir a DISA del censo de operadores principales.

DISA solicita la revisión de oficio con base en tres causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), concretamente el contenido imposible —47.1.c) LPAC—, la omisión total del procedimiento —47.1.e) LPAC— y la adquisición de facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello —47.1.f) LPAC—.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Objeto del acuerdo y habilitación competencial

El escrito presentado por DISA se dirige contra las Resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de 10 de diciembre de 2020 y 16 de diciembre de 2021.

Las Resoluciones recurridas fueron dictadas por la CNMC de conformidad con lo previsto en el artículo 7.21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, correspondiendo a la Sala de Supervisión Regulatoria su aprobación de acuerdo con el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, así como con el artículo 14.1.b) del Estatuto de la CNMC. Por tanto, la Sala de Supervisión Regulatoria es competente para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso.

II.2. Inadmisión de la solicitud de revisión

Según el artículo 106.1 de la LPAC:

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

Respecto de la posibilidad de inadmitir las solicitudes de revisión se pronuncia expresamente el apartado 3 del mismo artículo:

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Pues bien, en este supuesto nos encontramos ante una manifiesta carencia de fundamento, tal y como pasamos a exponer someramente en el examen de los motivos de nulidad invocados.

a) Sobre la presunta «imposibilidad» de la resolución [47.1.c) LPAC]

DISA considera en su solicitud que las resoluciones impugnadas son *imposibles* de conformidad con lo previsto en el artículo 47.1.c) de la LPAC por atribuirle la condición de operador principal en un mercado en el que «no opera».

Sin embargo, esta pretendida imposibilidad no resulta admisible, como resulta patente simplemente de la literalidad de la STS de 19 de mayo de 2000, citada por la propia DISA en su solicitud:

La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad

Es evidente que no nos encontramos ante una imposibilidad material o física, sino ante una mera discrepancia sobre los fundamentos de las resoluciones — los cuales, por cierto, no son novedosos (vid. por ejemplo la Resolución de 16 de octubre de 2015 de la Sala de Supervisión Regulatoria (OPD/DE/001/15)—, por lo que el motivo no puede ser objeto de amparo.

b) Sobre la presunta omisión del trámite de audiencia de la resolución [47.1.e) LPAC]

En el párrafo 78 de su escrito, DISA afirma lo siguiente:

Pues bien, estando relacionada DISA CORPORACION entre los operadores principales de ambas resoluciones, nunca se le ha requerido de información. Nunca se le ha dado traslado para formular alegación alguna. No ha tenido ocasión de exponer cuanto a su derecho conviniera. [...].

Y más adelante, en el párrafo 82:

Es un hecho que no admite discusión la falta de toda audiencia a DISA CORPORACION en el procedimiento administrativo que determino su calificación como operador principal en los sectores energéticos de carburantes y gases licuados del petróleo mediante las resoluciones de la CNMC de 10 de diciembre de 2020 y 16 de diciembre de 2021. [...]

Sin embargo, la realidad contradice las afirmaciones de DISA. En el expediente OPD/DE/001/21 —que dio lugar a la Resolución de 16 de diciembre de 2021, cuya revocación se solicita— esta Comisión requirió información a DISA, que contestó el 9 de agosto de 2021 con el siguiente tenor literal (folio 419 del expediente):

A LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Dirección de Energía
Ref: OPD/DE/001/21
OPD/DE/002/21

DISA CORPORACION PETROLIFERA,S.A., con CIF A38445839, con domicilio en Calle Álvaro Rodríguez López nº 1, 38003, Santa Cruz de Tenerife y con dirección electrónica a efecto de notificaciones [REDACTED] y en su nombre y representación, en su condición de Representante Legal, [REDACTED] tal y como consta en esa Administración, como mejor proceda en Derecho comparece y

EXPONE

I.- Que con fecha 26 de julio de 2021 se ha notificado un Requerimiento solicitando remisión de información que la Dirección de Energía ha solicitado en los expedientes con referencia OPD/DE/001/21 y OPD/DE/002/21, otorgando un plazo de diez días hábiles para responder.

II.- Que dentro del plazo conferido para ello, se procede a dar respuesta al requerimiento de información.

En virtud de lo expuesto,

SOLICITO a la Dirección de Energía que, teniendo por presentado este escrito, se sirva en admitirlo a trámite junto con la documentación que lo acompaña, teniendo por verificado en tiempo y forma el requerimiento de referencia.

La claridad de los hechos desmiente las afirmaciones de DISA, por lo que esta pretendida causa de nulidad tampoco puede ser acogida.

A pesar de que el criterio se estableció en el marco del sector de las telecomunicaciones, al que hacía referencia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala III de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de enero de 2008, la CNE lo adoptó ya en su Resolución de 10 de febrero de 2011 (BOE número 100 de 27 de abril), **manteniéndose inalterable desde entonces**. En dicha Resolución, por cierto, ya figuraba DISA como operador principal en el sector de gases licuados del petróleo. **La explicación al respecto ha sido invariable a lo largo de los años:**

Para hacer compatibles ambos pronunciamientos del Alto Tribunal, el primero en materia de individualidad y personalidad jurídica autónoma de los operadores y el segundo en materia de cálculo de la cuota de grupo, esta Sala considera que el método para la elaboración de las relaciones de operadores principales debe atender al criterio consistente en definir como tales a las personas jurídicas que sean las sociedades matrices de los grupos de sociedades cuya cuota de grupo se encuentre entre las cinco más importantes del sector energético de que se trate, sin realizar definiciones adicionales de otras sociedades de tales grupos que no sean las sociedades matrices

A pesar de la claridad y de la consistencia de los pronunciamientos —de la CNE entonces y de la CNMC ahora—, no ha existido recurso ni objeción frente a ninguna de las resoluciones anuales por parte de DISA que, en sus respuestas a requerimientos de información sobre el volumen de actividades, tampoco ha hecho reserva ni salvedad alguna.

c) Sobre la presunta ausencia de requisitos esenciales para la adquisición de facultades o derechos [47.1.f) LPAC]

Tampoco la última causa de nulidad invocada por DISA puede compartirse por esta Sala, ya que la consideración como operador principal está prevista en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, bajo el título de «*Limitación a la participación en más de un operador principal*».

Es decir, resulta indiscutible que no nos encontramos ante la obtención de manera injustificada de un derecho o una facultad sin concurrir los requisitos para ello, sino que la consideración de operador principal conlleva una serie de obligaciones para la destinataria. La propia DISA reconoce el carácter gravoso de la consideración como operador principal en el párrafo 122 de su escrito:

En definitiva, las resoluciones de la CNMC de continua cita son contrarias al ordenamiento jurídico y por ello anulables y en el momento actual llevan aparejadas consecuencias del todo punto gravosas para mi representada que hacen del acto desfavorable, todo lo cual, justifica su revocación por la CNMC a fin de excluir de la relación de operadores principales en el sector energético a mi representada.

Es más, la propia DISA se contradice al exponer esta causa de nulidad y, a la vez, solicitar la revocación prevista en el 109 LPAC, prevista exclusivamente para

«actos de gravamen o desfavorables». Por tanto, esta última causa de nulidad debe decaer, ya que es evidente que la consideración como operador principal no constituye, en sí misma, un derecho o una facultad.

d) Sobre la subsidiaria solicitud de revocación

Alternativamente a la revisión, DISA solicita que la CNMC proceda a revocar de oficio las resoluciones de 10 de diciembre de 2020 y 16 de diciembre de 2021.

La solicitud tampoco es admisible, siendo competencia exclusiva del Consejo de la CNMC revocar sus posibles actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

Como se ha explicado en los tres apartados anteriores, la solicitud realizada por DISA carece manifiestamente de fundamento, sin que a estos efectos sea tampoco pertinente valorar el gravamen temporal energético, cuestión por completo ajena al presente procedimiento.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

III. ACUERDA

Único. — Inadmitir la solicitud de revisión de oficio y subsidiaria revocación frente a las resoluciones de la CNMC de 10 de diciembre de 2020 y 16 de diciembre de 2021 en los términos expresados en el Fundamento de Derecho segundo del presente Acuerdo.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese a DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A. haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.