



Roj: SAN 2216/2013
Id Cendoj: 28079230042013100184
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 521/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: TOMAS GARCIA GONZALO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de mayo de dos mil trece.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso administrativo número 521/11, interpuesto por **DISA GESTION LOGISTICA S.A (DISA)**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la resolución del Subsecretario de Industria, Turismo y Comercio de 22 de junio de 2011, por delegación del Titular del Departamento, por la que se desestima el recurso de reposición deducido contra la Orden de 5 de abril de 2011, en materia sancionadora; habiendo sido parte en las presentes actuaciones, como demandada, la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Interpuesto el recurso, previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para que en el término de veinte días formalizase la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 23 de octubre de 2012 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estima aplicables, recaba sentencia que *declare la nulidad o, en su caso, anulabilidad de la Resolución de 22 de junio de 2011 de la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por DISA contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 5 de abril de 2011, con la que se puso fin al expediente sancionador DAJ/p.Sanc10/2011* .

SEGUNDO El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el día 26 de noviembre de 2012 en el que, tras los hechos y fundamentos de derecho que considera aplicables, recaba se dicte sentencia por la que se inadmita el recurso por falta de acuerdo para recurrir del artículo 45.2.d) LJCA o, subsidiariamente, se desestime el recurso y se confirme la resolución impugnada.

TERCERO Por auto de 29 de noviembre de 2012 se ha fijado la cuantía del recurso en 35.000 euros y se ha acordado el recibimiento del recurso a prueba, practicándose la documental solicitada.

Abierto el trámite de conclusiones se ha evacuado por las partes, con el resultado que obra en autos.

Se ha señalado el día ocho del presente mes de mayo para votación y fallo, en cuya fecha ha tenido lugar.

Ha sido PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. D. TOMAS GARCIA GONZALO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se impugna en este contencioso la resolución del Subsecretario de Industria, Turismo y Comercio de 22 de junio de 2011, por delegación del Titular del Departamento, por la que se desestima el recurso de reposición deducido contra la Orden de 5 de abril de 2011, que impone a la hoy actora una sanción consistente en el pago de una multa de 35.000 euros como responsable de una infracción grave, tipificada en el artículo 110 f) de la Ley 24/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos .

La resolución impugnada parte de los siguientes antecedentes de hecho:

PRIMERO Con fecha 14 de enero de 2010 la Comisión Nacional de Energía levantó Acta de Inspección a la empresa **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. con objeto de comprobar e inspeccionar la Información remitida por las compañías **logísticas** para verificar el grado de cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 41 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre .

En dicha Acta se hace constar la falta de comunicación por parte de **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. a la CNE, de las actualizaciones de los precios, desde el año 2007, de los contratos suscritos con GALP COMERCIALIZACIÓN OIL ESPAÑA, S.L.U., CEPSA, **DISA RETAIL ATLÁNTICO**, S.L.U., BP OIL ESPAÑA, S.A., **DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS**, S.A., REPSOL PETRÓLEO Y CHEVRON ESPAÑA, S.A., cuyos precios están vigentes a partir del 1 de enero de cada año, si bien éstos fueron aportados durante el proceso de Inspección.

SEGUNDO Al amparo del apartado tercero, l, función undécima de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos , y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de A de agosto) y en el artículo 110 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos , el Consejo de Administración de la CNE, en su sesión de 15 de abril de 2010, acordó incoar procedimiento sancionador a **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. por el presunto incumplimiento por parte de **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. de su obligación de remisión de información a la Comisión Nacional de Energía establecida en el citado artículo 41.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre , pudiendo constituir dicha conducta una infracción grave tipificada en el artículo 110 f) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos .

TERCERO Con fecha 28 de mayo de 2010, la CNE dio traslado a la Empresa del citado Acuerdo, concediendo a **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. un plazo de quince días para realizar alegaciones y aportar cuantos documentos o informaciones estime, y en su caso, proponer prueba concretando los medios de los que pretenda valerse, advirtiendo de que en el caso que **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. no efectuara alegaciones, la Iniciación podría ser considerada propuesta de resolución, a los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora .

CUARTO Con fecha 17 de Junio de 2010, **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. presentó escrito de alegaciones en el Registro de la CNE, solicitando el recibimiento a prueba del procedimiento sancionador, a través del examen de la documentación que se aporta.

El Consejo de Administración de la CNE mediante Resolución de 22 de julio de 2010, acordó la inadmisión de la solicitud de recibimiento del procedimiento a prueba, propuesta por **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A., por resultar innecesario un trámite específico para la práctica de la misma, en la medida en que todos los documentos aportados por el interesado se integran automáticamente en el expediente sancionador en tramitación.

QUINTO En consecuencia, y en virtud del artículo 13.2. del Real Decreto 1398/1993 , de 4 da agosto, el Consejo de Administración de la CNE, procedió a formular ...la correspondiente propuesta de resolución (...).

SEXTO Con fecha 9 de marzo de 2011, **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. presentó escrito de alegaciones en el Registro de la CNE, en el que en resumen, la empresa alega, en primer lugar la inexistencia a su juicio de infracción administrativa en base a los siguientes puntos:

a) El Acta de Inspección de la CNE calificó la conducta de **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. como una mera incidencia,

b) El Acta de Inspección de la CNE confirmó el comportamiento colaborador de **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A.

c) Las variaciones de precios han sido debidamente informadas a las compañías que usan las instalaciones de **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A.

d) No ha existido provecho económico en la conducta de **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A.

e) Una vez detectada la incidencia, se han corregido los procedimientos internos de la Compañía.

f) No se ha impedido el acceso de terceros a las instalaciones de **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A.

En segundo lugar alega vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima por parte de la CNE en el acuerdo de inicio de expediente sancionador-.

Finalmente, **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A. alega la vulneración del principio de proporcionalidad en la sanción impuesta a la misma.

SEPTIMO Con fecha 5 de abril de 2011 se aprobó la Orden del Ministerio de Industria Turismo y Comercio por la que se resuelve el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional de Energía a la empresa, **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A., por incumplimiento de la obligación de Información a la Comisión Nacional de Energía establecida en el artículo 41 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, en su redacción dada por La Ley 12/2007, de 2 de Julio, con la imposición de sanción, por una cuantía de diecisiete mil novecientos veinte euros (17.920 #). Dicha Orden dispuso:

"Primero.- Declarar que la empresa, **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S-A., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 f) y s) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia de su incumplimiento de la obligación de comunicar a la Comisión Nacional de Energía la relación de precios por la utilización de las instalaciones, así como las modificaciones que se produzcan en los mismos en un plazo máximo de tres meses, en los términos establecidos en el artículo 41.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre .

Segundo.- Imponer una sanción consistente en el pago de una multa de treinta y cinco mil euros (35.000#) que deberá ser ingresada en los plazos establecidos en el artículo 62 de la Ley 58/2003, de 27 de diciembre, General Tributaria, debiendo presentar el resguardo acreditativo del ingreso en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (...)"

Con fecha 15 de abril de 2011 se notificó a DISA **GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A., dicha resolución.

OCTAVO. Con fecha 13 de mayo de 2011, tuvo entrada en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Recurso Potestativo de Reposición contra la expresada Orden Ministerial de 5 de abril de 2011, interpuesto por **DISA GESTIÓN LOGÍSTICA**, S.A., de acuerdo con lo establecido en el artículo 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, alegando cuanto considera oportuno para la defensa de sus intereses.

En sus **fundamentos jurídicos** la resolución impugnada da respuesta a las cuestiones suscitadas por la recurrente y desestima el recurso cuya impugnación constituye objeto de este contencioso administrativo.

SEGUNDO La parte actora en los **Hechos de su escrito de demanda** formula un relato compatible con lo recogido en la resolución impugnada. Detalla las actuaciones inspectoras llevadas a cabo, su finalización, el Acta levantada, su contenido, cuyo apartado D) Conclusiones de la Inspección, recoge:

>> *Ante todo lo expuesto anteriormente se concluye las actuaciones inspectoras con las siguientes conclusiones:*

.La empresa no había remitido a la CNE las actualizaciones de los precios desde el año 2007, si bien estos fueron aportados durante el proceso de inspección.

*Salvo la incidencia reseñada anteriormente, la inspección no plantea corrección alguna en relación con las verificaciones practicadas a **DISA GESTION LOGISTICA**, S.A.*

La empresa inspeccionada podrá, en su caso, presentar las alegaciones que estime oportunas en un plazo de quince días <<.

Prosigue con la aprobación del acta por Acuerdo del 11 de marzo de 2010 del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía; nuevo acuerdo de 15 de abril de 2010 de inicio del procedimiento sancionador; alegaciones formuladas en su descargo, propuesta de resolución del procedimiento sancionador, su resolución y formulación del recurso potestativo de reposición frente a la orden de 5 de abril de 2011, que se basa en los siguientes argumentos:

-Nulidad de pleno derecho de la Orden Ministerial por incurrir en incongruencia omisiva, al no resolver la cuestión planteada frente a la Propuesta de Resolución de que la CNE vulneraba los principios de confianza legítima y de buena fe.

-Inexistencia de infracción administrativa.

-Vulneración del principio de proporcionalidad.

En los **Fundamentos de derecho** opone los siguientes motivos:

-Vulneración del principio de tipicidad.

-Vulneración del derecho a la presunción de inocencia; ausencia de actividad probatoria suficiente.

-Vulneración del principio de confianza legítima y de la doctrina de los actos propios.

-Falta de motivación e incongruencia omisiva. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución .

- Vulneración del principio de proporcionalidad y falta de motivación de la fijación de la cuantía de la sanción impuesta.

La Sra. Abogada del Estado en su **escrito de contestación a la demanda** opone en primer lugar el incumplimiento de la exigencia del artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , y en cuanto al fondo se opone a la pretensión con una argumentación sustancialmente compartida por la Sala. Recaba en el suplico que se inadmita el recurso por falta del acuerdo para recurrir o subsidiariamente que se desestime, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

TERCERO La causa de inadmisión invocada por la Abogacía del Estado no puede prosperar ya que obra en autos además de los Estatutos sociales de la Compañía actora, el Certificado expedido por el Consejero Secretario del Consejo de Administración de la misma, con el Vº. Bº. del Presidente, con las firmas legitimadas notarialmente, en el que se acredita la adopción por dicho órgano del acuerdo de interponer el presente contencioso-administrativo, cumpliéndose con ello lo establecido en el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción .

CUARTO Pasamos a examinar los motivos de oposición sustentados por la recurrente, comenzando por la denunciada vulneración del principio de tipicidad.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, establece en su artículo 110 el catálogo de infracciones graves, concretando en su apartado f) d: " *El incumplimiento de cuantas obligaciones de remisión de información se deriven de aplicación de la normativa vigente o resulten del previo requerimiento por parte de la Administración, incluida la CNE o del Gestor Técnico del Sistema. Asimismo, se considerará infracción grave el incumplimiento por parte de los sujetos del sistema de sus obligaciones de información o comunicación a otros sujetos del sistema. También se considerará infracción grave la no remisión de la información en la forma y plazo que resulte exigible* ".

El artículo 41.1, párrafo segundo, del mismo texto legal ordena: " *Los titulares de instalaciones fijas de almacenamiento y transporte de productos petrolíferos que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior, deban permitir el acceso de terceros, habrán de comunicar a la Comisión Nacional de Energía los contratos que suscriban, la relación de precios por la utilización de las referidas instalaciones, así como las modificaciones que se produzcan en los mismos en un plazo máximo de tres meses. La Comisión Nacional de Energía hará pública esta información en los términos previstos en la disposición adicional undécima, apartado tercero, número 4, de esta Ley* ".

Si bien el principio de tipicidad no presenta el mismo contenido en materia sancionadora que en Derecho penal, sí resulta siempre exigible que el acto u omisión sancionables se hallen claramente definidos como transgresiones, y que exista una perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la licitud y la imputabilidad, al objeto de configurar con exactitud la conducta del sujeto con el tipo definido por la norma que se estima conculcada, debiendo estarse en cada caso concreto a la estimación del grado razonable de certeza que los preceptos proporcionan y al nivel de discrecionalidad que otorguen a la Administración, debiendo significarse que, en todo caso, es un requisito que debe ser objeto de interpretación restrictiva, teniendo su complemento en la interdicción de la analogía.

La conculcación de los principios lo basa la actora en que el concepto "modificación" es distinto del de "actualización", de modo que el hecho de que no se comunicara el resultado de las actuaciones queda extra muros del tipo sancionador.

No compartimos la interpretación de la actora, el contenido de la exigencia legal de comunicar la modificación de los precios, es claro y aparece establecido con carácter general, de modo que comprende la variación de los mismos cualquiera que sea la razón, claridad del precepto que explica que la parte haya demorado la instrumentalización de este motivo de oposición dentro del procedimiento administrativo. Se trata de una información relevante como pone de manifiesto el fundamento segundo del escrito de contestación a la demanda, con argumento sustentado en el Preámbulo de la Ley 12/2007.

QUINTO El segundo motivo acogido por la actora es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia; ausencia de actividad probatoria suficiente.

Argumenta la actora que en el expediente no se ha desvirtuado la presunción de inocencia de la Sociedad sancionada, ya que se apoya única y exclusivamente en el Acta de Inspección, que dice que **DISA**

ha cumplido con sus obligaciones de remisión de la información, siendo el hecho "que la empresa no había remitido a la CNE las actuaciones de los precios desde el año 2007, si bien dichos precios actualizados sí fueron aportados durante el proceso de inspección", calificándolo de "incidencia", luego no ha probado la comisión del hecho previsto en el artículo 110 f) de la LSH, presentando el procedimiento sancionador una clara ausencia de actividad probatoria suficiente.

No cabe apreciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando la comisión del hecho aparece clara y es admitida por la parte, que no comunicó la modificación de los precios, si bien la defensa se sustenta en que no era exigible tal comunicación en este caso por no constituir una modificación, sino una actualización, cuestión a la que se ha dado respuesta en el fundamento precedente, y este hecho es el recogido en el Acta de Inspección, y el que será posteriormente origen del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, procedimiento que ha sido impugnado.

Si estamos ante un hecho admitido por las partes no se comprende en que modo puede conculcar la presunción de inocencia.

De otra parte no concreta que pruebas le han sido negadas, ni tampoco las que resultaban necesarias practicar antes de dictar la resolución administrativa sancionadora. A mayor abundamiento, vemos como en este contencioso se ha acordado el recibimiento, limitándose su práctica a tener por reproducida la documentación ya obrante, acogiendo en su totalidad la solicitud de la parte actora.

Queda despejado cualquier atisbo de indefensión, procediendo el rechazo del motivo.

SEXTO Tampoco puede prosperar el motivo sustentado en la vulneración del principio de confianza legítima y de la doctrina de los actos propios, motivo, este último que aparece ligado al de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución).

Que el hecho que aparece claramente recogido en el Acta, de no remisión de la actualización de los precios, sea denominado por la Inspección como incidencia, no conlleva quebranto de la confianza legítima, pues es la existencia del hecho, por otra parte no controvertido, lo que ha conducido a la incoación del procedimiento sancionador. No se advierte que la calificación de incidencia haya representado un menoscabo para la actora en la defensa de sus derechos, ni tampoco que el que no hubiera presentado alegaciones contra el acta por la valoración de este término, suponga consecuencia alguna. Es con posterioridad al acta y a la vista de los hechos acaecidos cuando el órgano que ostenta la potestad sancionadora los valora y decide, en su caso, la incoación del procedimiento sancionador, que podrá ser combatido con plenitud de medios y así se ha hecho en este caso. El argumento de que fuera la calificación de "incidencia" lo que llevó a la parte a no formular alegaciones contra el Acta, se presenta inocuo, pues en todo caso el hecho aparecía recogido y la ulterior apreciación del órgano competente bajo el prisma sancionador no ofrece dudas, teniendo la posibilidad de adoptar el acuerdo que estime procedente, de modo que no nos hallamos ante un acto propio.

SEPTIMO El siguiente motivo es la falta de motivación e incongruencia omisiva. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución .

Como señala la propia parte en su escrito de demanda, cuando la actuación de la Administración en procedimiento sancionador incurre en dicho defecto provocando indefensión al expedientado, no es determinante de un vicio de simple anulabilidad, sino de nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 . Ahora bien, la pretensión no puede prosperar ya que en modo alguno cabe establecer que por el hecho de que la resolución sancionadora no contestara a la posible vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, se haya derivado indefensión, incumpliendo de este modo esta exigencia necesaria, admitida por la propia demandante.

Añadir que con anterioridad a la incoación del contencioso la Administración había dado respuesta a la cuestión en el fundamento séptimo de la resolución impugnada, desestimatoria del recurso de reposición, y en el fundamento precedente de esta sentencia se ha rechazado la oposición basado en el repetido principio de confianza legítima.

OCTAVO Resta examinar el último motivo, la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad y falta de motivación de la fijación de la cuantía de la sanción impuesta.

Estamos ante una infracción cometida por la actora calificada por la Ley 34/1998 como infracción grave, para cuyas infracciones establece la imposición de una sanción por importe máximo de 6.000.000 de euros. De otra parte, como señala el fundamento octavo de la resolución impugnada, a cuyo texto nos remitimos, la resolución sancionadora exponía que no se había producido circunstancia alguna de las recogidas en el

artículo 112, de modo que son estos factores, magnitud de la multa establecida, y ponderación del hecho de no concurrir tales circunstancias, los que establecen el marco para su cuantificación, y la cantidad de 35.000 euros que ha impuesto la Administración no cabe tacharla de desproporcionada, al haberla situado en el umbral inferior, y dentro de este en cuantía mínima. No se aprecian razones para que esta Sala modifique el criterio que considera lógico, de modo que establecer una cantidad inferior no constituiría sino un ejercicio de voluntarismo.

NOVENO Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso; sin que en la actuación de las partes se aprecie temeridad o mala fe a los efectos del pronunciamiento sobre costas.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

Que rechazamos la causa de inadmisibilidad formulada por la Administración y entrando en el fondo debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo número 521/11, interpuesto por **DISA GESTION LOGISTICA S.A (DISA)**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la resolución del Subsecretario de Industria, Turismo y Comercio de 22 de junio de 2011, por delegación del Titular del Departamento, por la que se desestima el recurso de reposición deducido contra la Orden de 5 de abril de 2011, en materia sancionadora, resolución que confirmamos; sin condena en costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de que contra la misma, atendida su cuantía, no cabe recurso ordinario de casación.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/ a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.