



Roj: **SAN 4626/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4626**

Id Cendoj: **28079230042021100492**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/10/2021**

Nº de Recurso: **704/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000704 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 10762/2019

Demandante: MAGNA OIL S.L.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **704/2019** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **MAGNA OIL, S.L.**, representada por el Procurador D. Antonio Gómez de la Serna, contra la resolución la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de mayo de 2019, por la que se fija el certificados de biocarburantes de la actora correspondientes al ejercicio 2018 en 2.199, y se establece la obligación de pago de 405.916 euros al Sistema de Certificación de Biocarburantes.

Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 26 de julio de 2019, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante Decreto de fecha 29 de julio de 2019, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 28 de octubre de 2019, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

&l t;< (...) tenga por formulada demanda en las presentes actuaciones, dé a los autos el curso señalado por la Ley y, en su día, dicte Sentencia por la que, estimando íntegramente el recurso, declare contraria a Derecho y, en consecuencia, anule la resolución administrativa impugnada. >>.

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 19 de diciembre de 2019, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación íntegra del recurso deducido.

CUARTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en 405.916 euros. tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, habiéndose fijado el día 14 de octubre de 2021, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se debate en este proceso la conformidad a Derecho de la resolución la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de mayo de 2019, por la que se fija el certificados de biocarburantes de la actora correspondientes al ejercicio 2018 en 2.199, y se establece la obligación de pago de 405.916 euros al Sistema de Certificación de Biocarburantes.

La resolución impugnada se sustenta en que, de acuerdo con la información facilitada por la entidad aquí demandante, el número de certificados de biocarburantes que constituyen la obligación de la entidad es de 2.199, expidiéndose un total de 433 Certificados definitivos de Biocarburantes en Diésel y 29 Certificados definitivos de Biocarburantes en Gasolina, sin perjuicio de ulteriores verificaciones e inspección que pudiera realizar la CNMC, razón por la cual faltan a la entidad 532 Certificados de Biocarburantes. En consecuencia, se le exige el pago de 405.916 euros al Sistema de Certificaciones de Biocarburantes.

SEGUNDO.- La Orden ITC/2877/2008, de 9 de octubre, por la que se establece un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, creó un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes basado en un sistema de certificación, con objetivos obligatorios anuales de venta o consumo de biocarburantes.

La referida Orden, en su artículo 6, designó a la extinta Comisión Nacional de Energía, actualmente la CNMC, como entidad responsable de la expedición de Certificados de biocarburantes, de la gestión del mecanismo de certificación y de la supervisión y control de la obligación de venta o consumo. Su disposición final segunda.2, la habilita expresamente para dictar las Circulares necesarias en cumplimiento de sus funciones como Entidad de Certificación de Biocarburantes.

En ejercicio de la habilitación normativa que corresponde a la CNMC, se han aprobado sucesivas Circulares de desarrollo, adaptadas al marco regulatorio vigente en cada momento desde la constitución del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes. En concreto, la Circular 1/2016, de 30 de marzo, por la que se regulaba la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, era aplicable al ejercicio 2018. Actualmente tal Circular ha sido sustituida por la 1/2019.

La Circular 1/2016 regulaba en el apartado noveno los requisitos para la expedición de certificados definitivos. En particular, el apartado noveno de la Circular 1/2016 establecía que, hasta el 1 de abril del año posterior al de referencia, todos los sujetos obligados deberán presentar ante la CNMC una solicitud de expedición que incluya, entre otra, la información correspondiente a las cantidades anuales de carburantes fósiles y biocarburantes vendidas o consumidas en territorio español en el ejercicio de referencia, así como un estado contable firmado por el representante debidamente acreditado ante la Comisión acompañado de un informe de auditoría, comprensivos de la información y documentación que en dicho apartado se detalla.

La CNMC, por su parte (apartado decimotercero, 2 de la Circular 1/2016), en base a la información y documentación recibida, (y sin perjuicio de "posteriores actuaciones de verificación e inspección") debía, antes del 1 de junio del año natural siguiente al de referencia, (en este caso, antes del 1 de junio de 2019) realizar el cálculo del número de Certificados y la obligación que corresponda a cada sujeto obligado, y acordar respecto de cada uno de ellos: el número de Certificados que se expiden a su favor, el número de Certificados que

constituye su obligación, el número de Certificados que, en su caso, faltaran para el cumplimiento de su obligación, y, cuando corresponda, el importe resultante a abonar por cada sujeto obligado.

En cuanto al objetivo exigible durante el ejercicio 2018, los sujetos obligados debían acreditar la titularidad de un número de Certificados de biocarburantes que permita el cumplimiento del objetivo obligatorio mínimo establecido.

En virtud de lo dispuesto en la citada Circular 1/2016, los sujetos obligados a vender o consumir biocarburantes debieron remitir a la CNMC las solicitudes de expedición de Certificados definitivos correspondientes a sus ventas o consumos en el ejercicio 2018, acompañadas de un estado contable firmado por el representante debidamente acreditado ante la CNMC y un informe de auditoría según el modelo incluido en las Instrucciones del Sistema de Certificación de Biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (en adelante, Instrucciones de SICBIOS), emitido por el auditor de cuentas del sujeto obligado.

Tras las validaciones realizadas de la información y documentación remitida por los sujetos obligados, la CNMC procedió a:

- a) La anotación de los Certificados definitivos de Biocarburantes tanto en Diésel como en Gasolina para cada sujeto obligado correspondiente al ejercicio 2018.
- b) Determinar el número de Certificados y déficit incurrido, en su caso, por cada sujeto obligado en relación a su obligación de Certificados (Anexo III de la Resolución impugnada). En el citado Anexo III se incluye, además, el cálculo del importe en euros que corresponde abonar por parte de cada sujeto obligado como consecuencia de los déficits de Certificados en que hubiera incurrido.

Por otro lado, el apartado Decimotercero, 3, contempla los supuestos de rectificación y cancelación de certificados en los siguientes términos:

"3.1 La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá rectificar los Certificados emitidos si se detectan errores o deficiencias en su expedición. Si se tratara de Certificados definitivos su rectificación se hará previa audiencia a los interesados y mediante resolución motivada."

3.2 La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia podrá cancelar los certificados, quedando sin efectos, en caso de que se detecte que la información aportada para su expedición, incluida la relativa a la acreditación de los requisitos de sostenibilidad, fue incorrecta o no se ajustó a los requisitos en vigor, previa audiencia a los interesados y mediante resolución motivada. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con el artículo 109, apartado 2 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia podrá rectificar, en cualquier momento, de oficio, o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho, o aritméticos existentes en sus actos".

Este procedimiento, en idénticos términos, aparece contemplado en la vigente Circular 1/2019 de 13 de marzo.

TERCERO.- En la demanda se aduce, en esencia, que los objetivos de venta o consumo de biocarburantes para los operadores al por mayor, son porcentajes de las ventas o consumos de biocarburantes sobre el total de gasolina y gasóleo vendidos o consumidos, con fines de transporte, en contenido energético, realizados exclusivamente en territorio español, excluyendo las ventas a otros operadores. Ello se desprende de la propia regulación del sistema, así como, de la definición de certificados de biocarburantes contenida en el apartado segundo.5 de la Circular 1/2016 y del artículo 3.a) del Real Decreto, según el cual:

"los sujetos obligados a acreditar el cumplimiento de los objetivos a los que se refiere el artículo anterior son los siguientes:

- a) Los operadores al por mayor, regulados en el artículo 42 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, por sus ventas anuales en el mercado nacional, excluidas las ventas a otros operadores al por mayor."

Sostiene que la resolución de la CNMC toma como punto de partida, según ella misma afirma, la información facilitada por la propia demandante, sin perjuicio de las ulteriores comprobaciones que pudiera realizar para contrastar la información facilitada. Sin embargo, no toma en consideración que mediante escrito presentado 12 de julio de 2019, la demandante rectificó la información facilitada y acompañó los anejos correctos, así como el correspondiente informe de auditoría que certifica la veracidad de estos.

Señala que el error cometido consistió en que en las primeras declaraciones mensuales presentadas a la CNMC por la entidad demandante se incluyeron las exportaciones tanto de combustibles fósiles como de biocarburantes dentro de las ventas realizadas en el mercado nacional. De este modo, se incrementó indebidamente el número de certificados de biocarburante que le resultaba exigible a esta compañía. Añade que, prueba de la inexistencia de mala fe en este error formal, es la existencia de un traspaso de 90 certificados

de biocarburantes a otras compañías, actuación que indudablemente no se hubiera realizado si la obligación de certificados fuera mayor de la prevista.

A partir de esta afirmación, la demandante sostiene, en esencia, que la resolución adolece de la motivación precisa, pues si, según se expresa en ella, se basa en la información facilitada por la propia compañía, no se comprende por qué se omite la facilitada en el escrito por medio del cual se rectificaban los errores padecidos al facilitar la información inicial. Al no dar respuesta a su solicitud de rectificación de la declaración se incurrió en falta de motivación que generó indefensión a la demandante. Afirma también que para la imposición de la sanción por parte de la CNMC, le incumbía la prueba del incumplimiento imputado a la demandante.

CUARTO.- Procede primeramente rechazar los reproches que se formulan a la resolución impugnada sobre la base de considerar que se trata de una resolución sancionadora, toda vez que la obligación impuesta es la consecuencia derivada del incumplimiento de obligaciones impuestas en el Sistema de certificaciones de Biocarburantes del que es sujeto obligado la demandante en este proceso. Un sistema que se orienta a la consecución de objetivos medioambientales a través de la ordenación de un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte.

Pero la obligación impuesta en el acuerdo impugnado carece del carácter represivo propio de toda sanción, siendo así que *"[P]ara determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena o sanción en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa"* (por todas STC 185/2016, de 3 de noviembre).

De manera que cualquier alegación que, con la atinente a la carga de la prueba, tome como punto de partida el carácter sancionador de la resolución impugnada ha de ser rechazada.

QUINTO.- Ciertamente, de conformidad con la Orden ITC/2877/2008 y la Circular 1/2016 -en los mismos términos que la Circular 1/2019-, en concreto, el apartado Octavo.1.a) de la Circular, se tendrán en cuenta las ventas o consumos de biocombustibles en territorio español, debiendo por tanto descontarse las cantidades destinadas a la exportación a efectos de la expedición de certificados.

De manera que, si la demandante incidió en un error al declarar como comercializado en territorio nacional el que destinó a la exportación y lo puso de manifiesto a la CNMC en tiempo hábil, tal alegación merecería, desde luego, ser tomada en consideración al dictar la resolución impugnada.

Ahora bien, por más que lo deseable hubiera sido que la respuesta a la solicitud de rectificación se hubiera incorporado o acompasado de uno u otro modo a la resolución aquí impugnada, lo cierto es que, según afirma el Abogado del Estado sin oposición de la demandante al respecto, la solicitud de rectificación ha sido rechazada mediante resolución de la CNMC de 28 de noviembre de 2019.

Pues bien, a la vista del motivo de impugnación, la estimación del recuso no podría conducir más que a hacer efectiva la obligación de resolver tomando en consideración la solicitud de rectificación, la cual ya ha sido respondida en resolución independiente. Desconocemos si la actora ha impugnado o no la resolución de 28 de noviembre de 2019, pero desde luego no ha ampliado el objeto de este recurso a esta última resolución, manteniendo así el debate procesal en torno a la pretendida falta de motivación que no tomar en cuenta la solicitud de rectificación llevaría consigo, pero sin aportar prueba alguna relativa a un supuesto cómputo incorrecto de combustible tenido en cuenta al dictar el acuerdo de la CNMC que aquí se impugna.

Se revela así que el recurso carece de la utilidad pertinente en la medida en que se pretende la anulación de la resolución impugnada porque para dictar la resolución de 23 de mayo de 2019 no se habría tomado en cuenta la solicitud de rectificación, pero no se abordan las cuestiones materiales relativas a la supuesta incorrección del cálculo del déficit de certificados que la resolución impugnada declara. De este modo, la queja principalmente esgrimida, esto es, la falta de motivación concretada en la falta de toma en consideración de la solicitud de rectificación habría sido ya satisfecha mediante una resolución independiente -la de 28 de noviembre de 2019- que no se combate en sus aspectos sustantivos.

Sobre la necesaria utilidad de la resolución que pone fin al proceso se ha pronunciado, con respecto al proceso de amparo, el Tribunal Constitucional en resoluciones como las SSTC 71/2008, de 23 de junio, FJ 6, y 66/2007, de 27 de marzo, descartando todo pronunciamiento anulatorio con efectos puramente formales.

SEXTO.- Por lo demás, la queja del demandante parte de un presupuesto erróneo, cual es que la CNMC emite su resolución atendiendo única y exclusivamente a la información facilitada por la empresa obligada.

Sin embargo, tal como aduce el Abogado del Estado, consta en la resolución impugnada, que, para validar la información suministrada en las solicitudes de expedición de certificados definitivos, se procedió por parte de la CNMC, al análisis de la información remitida con el objetivo de comprobar si dicha información era completa y si existía concordancia entre la información remitida a través de los formularios SICBIOS y el estado contable proporcionado por la entidad, comunicándose a cada sujeto obligado las posibles incidencias existentes y requiriendo, en su caso, subsanación. La CNMC coteja la información aportada por los sujetos obligados con los datos del almacenista correspondiente, que es quien acredita en última instancia el porcentaje de biocombustible y de combustible fósil que corresponde a cada sujeto. La CNMC requiere que la información de este balance sea aportada debidamente auditada por tercero y además efectúa el cruce de datos con la misma información que también remiten los sujetos no obligados (respecto de sus plantas de producción o almacenamiento). Corresponde a la Comisión analizar esta documentación, así como su congruencia para expedir o denegar los certificados solicitados por los sujetos obligados.

Por otra parte, se comprobó la ausencia de discrepancias entre la información mensual y la anual aportada por las sociedades para la solicitud de certificados provisionales y definitivos, respectivamente, analizando, en caso de existir discrepancias, las preceptivas justificaciones que deben incluirse en los citados estados contables e informes de auditoría. Y, por último, se valoró por parte de la CNMC el contenido de los informes de los auditores de cuentas, atendiendo a los criterios recogidos en la Circular 1/2016 y en las Instrucciones SICBIOS.

SÉPTIMO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede su imposición a la demandante.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. **704/2019**, interpuesto por el Procurador don Antonio Gómez de la Serna, en nombre **de MAGNA OIL, S.L.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 28 de mayo de 2019, por la que se fija en 2.199 certificados el déficit de certificados de biocarburantes correspondientes al ejercicio 2018 y se establece la obligación de pago de 405.916 euros al Sistema de Certificación de Biocarburantes.

CONDENAMOS a la demandante al pago de las **COSTAS**.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.