



Roj: **SAN 4801/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4801**

Id Cendoj: **28079230042018100475**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **05/12/2018**

Nº de Recurso: **300/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000300 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04294/2016

**Demandante:** BETA RENEWABLE GROUP, S.A.

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **300/2017** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **BETA RENEWABLE GROUP, S.A.** representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Silvia González Milara y bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Marta Nevares Moro, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptada en su sesión de 25 de mayo de 2017, por la que se acuerda que la entidad aquí recurrente debe abonar la cantidad de 496.713.-€ por la falta de Certificados de Biocarburantes suficientes. Asimismo se acuerda proceder a la anotación de Certificados Definitivos de Biocarburantes correspondientes al ejercicio 2016; siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 24 de julio de 2017 , contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 25 de julio de 2017, 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 12 de junio de marzo de 2017 , en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...): *que tenga por presentado este escrito, junto con las copias y documentos que lo acompañan, por **FORMALIZADA DEMANDA** por mi patrocinada en el Procedimiento Ordinario de referencia y, se dicte en su día, tras los trámites legales, Sentencia en virtud de la cual se estime íntegramente la presente demanda contencioso-administrativa, revocando la Resolución sobre Sistema de Certificación de Biocarburantes provenientes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, acordada por la Sala de Supervisión regulatoria, en su sesión celebrada el 25 de mayo de 2017.>>*

**TERCERO.-** La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 23 de julio de 2018, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.-** Pr acticada la prueba solicitada y admitida, se continuo con el trámite de conclusiones y evacuadas por ambas partes, por providencia de fecha 8 de octubre de 2018, se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

**QUINTO.-** La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso jurisdiccional la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptada en su sesión de 25 de mayo de 2017, por la que se acuerda que BETA RENEWABLE GROUP S.A. -que aquí ostenta la posición de demandante- debe abonar la cantidad de 496.713.-€ por la falta de Certificados de Biocarburantes suficientes. Asimismo se acuerda proceder a la anotación de Certificados Definitivos de Biocarburantes correspondientes al ejercicio 2016, expidiéndose a favor de la citada entidad y respecto del ejercicio 2016 952 Certificados definitivos de Biocarburantes en Diésel y 35 Certificados definitivos de Biocarburantes en Gasolina; también se realiza el correspondiente apunte definitivo en la Cuenta de Certificación, determinándose que el número de Certificados que constituyen la obligación correspondientes al año 2016 son de 1.640, por lo que le faltan 651 Certificados de Biocarburantes, con la resultante de que tiene que abonar la cantidad señalada de 496.713 euros.

Se expresa en la citada resolución, a modo de justificación de la decisión adoptada sobre la concesión de solicitudes de Certificados definitivos y lo que se reproduce en el escrito de contestación a la demanda, lo siguiente:

*"Del análisis de validación efectuado resulta, sin perjuicio de posteriores actuaciones de verificación e inspección, la procedencia de atender las solicitudes de expedición de Certificados de biocarburantes en Gasolina y en Diésel formalizadas por todos los sujetos obligados. ...*

*Si bien se acuerda la anotación de todos los Certificados solicitados por la empresa BETA RENEWABLE GROUP S.L., se han detectado inconsistencias entre la información reportada en su solicitud anual y la información remitida con ocasión de sus solicitudes mensuales de expedición provisional de Certificados que no quedan suficientemente acreditadas.*

*En particular, dichas inconsistencias afectaban principalmente a las existencias iniciales de las que disponía BETA RENEWABLE GROUP S.L. en enero de 2016. Mientras que en un principio declaró mediante declaración responsable que a fecha 1 de enero de 2016 disponía de 349,788 m3 de biodiesel posteriormente en su solicitud de expedición de Certificados definitivos de biocarburantes ha modificado dicha declaración dejando este volumen a cero.*

*En relación a esta discrepancia entre los volúmenes de existencias iniciales de biodiesel, BETA RENEWABLE GROUP SL indica en su informe de auditoría que "En las existencias finales de Biodiesel a 31 de diciembre de 2015 reflejamos en el anual cero existencias, como consecuencia de una venta a futuro efectuada en el año 2015, y materializada en febrero de 2016 a BIONOR BERANTEVILLA S.A. por una cantidad de 435.520 M3". En el mismo informe señala que "**La razón de las existencias en cero "0" fue una venta efectuada en el año 2015 y materializada físicamente en febrero de 2016 al Agente BIONOR BERANTEVILLA S.A.**" ...*



*En este balance se observa la existencia de una merma negativa de 426,829 m3 de biodiesel , ya que al haber descontado el volumen de dicha venta de las existencias finales de 2015 (y en consecuencia de las iniciales de 2016) no disponía en su balance del volumen necesario de producto para declarar en 2016 la venta de producto a BIONOR BERANTEVILLA, S.A. ...*

*Igualmente, se les indicó que si la entrega física del producto se había producido en febrero de 2016, efectivamente dicha venta debía reflejarse en el ejercicio 2016, independientemente del momento en que se hubiera llegado al acuerdo de compraventa entre los sujetos. Asimismo se les explicó que el hecho de que el contrato se firmase en 2015 no implicaba que deba descontarse el volumen del balance en 2015 dejando las existencias finales a cero, ya que dicha resta implicaría haber declarado también en 2015 la venta a BIONOR BERANTEVILLA, S.A., algo que no se hizo y que además no sería correcto al no haberse materializado la entrega del producto hasta 2016.*

*En consecuencia, se les indicó que no debían modificarse las existencias iniciales de 2016 descontando esta venta, sino que deben recogerse las existencias de las que efectivamente disponía el sujeto en enero de 2016 para poder posteriormente imputar la venta de dicho producto a BIONOR BERANTEVILLA, S.A. De hacerse como lo estaba planteando BETA RENEWABLE GROUP S.L., se produce el efecto pernicioso que se observaba en su balance, esto es, una merma negativa de producto.*

*A pesar de las comunicaciones de incidencias, la compañía ha enviado posteriormente 4 rectificaciones de su solicitud de expedición de Certificados definitivos en las que, sin embargo, no ha modificado el volumen de existencias iniciales ni ha aportado Justificación adicional alguna, por lo que se ha procedido de nuevo en cada una de las ocasiones a comunicársele las incidencias correspondientes.*

*Debe recordarse en este punto que en el Acuerdo por el que se procede a la anotación de certificados definitivos de biocarburantes correspondientes al ejercicio 2015 aprobado por esta Sala el 31 de mayo de 2016 ya se observaron irregularidades en los criterios empleados por BETA RENEWABLE GROUP S.L. a la hora de imputar las compraventas de producto. Debido a las serias contradicciones que se detectaron entre los datos obrantes en poder de la CNMC, todos ellos aportados por la propia sociedad, se procedió a calcular en dicha Resolución un balance para el ejercicio 2015. ... (que es el recurrido en el PO 711/2016).*

*Ante la inconsistencia e incoherencia de la información disponible en la CNMC para el ejercicio 2016 se ha procedido a cruzar los datos remitidos por BETA RENEWABLE GROUP S.L. a través de SICBOS para la certificación de biocarburantes con los enviados por la propia empresa a la CNMC en cumplimiento de la Resolución de 29 de mayo de 2007 de la Dirección General de Política Energética y Minas. ... En dicha comparativa se aprecia que los m3 informados como existencias iniciales del ejercicio 2016 en cumplimiento de la Resolución de la DGPEyM asciende a 569,346 m3, superiores incluso al volumen aceptado mediante la Resolución de la Sala de 31 de mayo de 2016 (349,788 m3) y recogido en la declaración responsable aportada por la empresa en solicitud mensual de expedición provisional de Certificados correspondientes al mes de enero de 2016.*

*Dada la inconsistencia de los datos obrantes en poder de la CNMC, se ha procedido a conciliar la información remitida por BETA RENEWABLE GROUP, S.L. de tal manera que en el balance aceptado para 2016 quedaría de la siguiente manera: existencias iniciales 349,788, importación (m.) 0,000, producción 533,372, compras a otros 731,511, ventas a otros agentes 435,520, ventas a mercado 1207,913, exportación 0,000, mermas -28,762, existencias finales 0,000.*

*En este balance se aprecia que, si bien se le reconocen el volumen de ventas a mercado, y en consecuencia se le concede el número de Certificados definitivos solicitados para el ejercicio 2016, se le corrige el volumen de existencias iniciales con los datos aprobados por la CNMC como existencias finales del ejercicio 2015, lo que permite imputar la venta de biodiésel a BIONOR BERANTEVILLA, S.A. en febrero de 2016, fecha en la que efectivamente se produce la entrega del producto. ...".*

**SEGUNDO.-** Se ejercita en el proceso una pretensión de carácter anulatorio respecto a la resolución recurrida, planteándose, lo que constituye el principal argumento, que los cálculos efectuados en el acuerdo de la Sala de Supervisión regulatoria de la CMMC en su sesión celebrada el 25 de mayo de 2017 que ahora es objeto de impugnación, en la que se determinan el número de certificados de biocarburantes que corresponden a BETA -faltándole un 651 Certificados lo que da lugar a que tenga que abonar la cantidad de 496.713 euros-, vienen en realidad arrastrados del contenido del acuerdo correspondiente al ejercicio 2015 y que se encuentra impugnado en el Procedimiento Ordinario 711/2016; donde ya tiene manifestado que esa diferencia de declaraciones entre operadores " podría traer causa" de " una interpretación divergente de las operaciones, donde BETA entiende que debe declararse la compra y venta en el momento en el que se cierra el compromiso de suministro, en virtud de la transmisión del producto tras el acuerdo". Ello, sigue argumentando la demandante, permitiría a BETA, como así lo hizo con fecha 4 de abril de 2016 -en realidad lo intentó-, transferir a través de la



plataforma SICBIOS de la CNMC al ejercicio 2016 parte de tales certificados, en concreto 883 generados como excedentes del ejercicio 2015. De ahí precisamente la vinculación con el objeto del referido procedimiento, en tanto el acogimiento de las pretensiones ejercitadas en el mismo permitiría ese traspaso de excedente, lo que no sería posible en cambio en el supuesto contrario; advirtiendo, en este sentido, que caso de ver acogidas sus pretensiones en el referido procedimiento respecto al ejercicio 2015, aún contaría en su haber con 510 certificados y podría por ello efectuar el traspaso de certificados de un ejercicio a otro. Señala también que en el uso de sus facultades BETA diseñó su estrategia operativa, financiera y comercial, siendo que cuando recibió, con fecha 31 de mayo de 2016, la notificación de la CNMC informándole sobre la no emisión de 1.969 certificados de Biocombustible diésel con un déficit de 1.456 certificados, le era ya imposible recuperar en el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2016 el volumen de biocombustible certificable dejado de introducir en el mercado durante los cinco primeros meses.

En este orden de cosas, con ocasión de referirse a la posibilidad del traspaso y con el fin de explicar el distinto criterio que mantiene respecto al momento de anotar la compra del suministro -lo que en cualquier caso sería un tema a dilucidar en el PO 711/2016-, recoge el tenor de los artículos 8 y 10 de la Orden ITC/2877/2008 que regulan la transferencia de certificados.

Así las cosas, parece que la recurrente lo fía todo al resultado del recurso anterior, cuya deliberación para votación y fallo está señalada para el mismo día que éste; planteando que su dilación ("*mora procesal*") puede conllevar efectos perjudiciales en el presente proceso, en tanto al impugnarse en aquel la resolución de la CNMC sobre los certificados del ejercicio 2015, su resultado afectará ineludiblemente a los ejercicios posteriores; invocando a este respecto el derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con las garantías debidas, dado que el lapso de tiempo hasta que recaiga el pronunciamiento judicial firme en dicho recurso puede hacer perder la finalidad legítima del presente proceso.

**TERCERO.-** Antes de abordar las cuestiones suscitadas en el presente litigio, convendrá traer el marco regulatorio de aplicación y su finalidad, ya expuestos en nuestras Sentencias (SAN, 4ª) de fechas 12 de junio de 2013 (rec. 209/2011), 30 de octubre de 2013 (rec. 3483/2012) y 27 de diciembre de 2017 (rec. 51/2013).

La Directiva 2003/30/CE para el fomento del uso de los biocombustibles u otros combustibles renovables en el transporte dentro de la estrategia comunitaria para un desarrollo sostenible, optó por fomentar el consumo de biocombustibles como "sustitutivos del gasóleo o de la gasolina a efectos de transporte" - art 1- y a tal efecto se establecía que los Estados miembros debían potenciar el uso de biocombustibles y otros combustibles renovables, fijándose determinados porcentajes como objetivo (no vinculantes) - art 3-. Los objetivos se convirtieron en vinculantes en la Directiva 2009/28/CE.

Los objetivos de la normativa europea son, esencialmente, dos: En primer lugar y como objetivo fundamental, reducir las emisiones contaminantes (fin medioambiental) y, en segundo lugar, reducir la dependencia energética (fin de seguridad en el abastecimiento energético).

Para cumplir las exigencias de la normativa europea, la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH) estableció que: "se consideran biocombustibles los productos que a continuación se relacionan y que se destinen a su uso con fines de combustión en cualquier tipo de motor, directamente o mezclados con carburantes convencionales: El bioetanol: alcohol etílico producido a partir de productos agrícolas o de origen vegetal, ya se utilice como tal o previa modificación o transformación química. El biometanol: alcohol metílico, obtenido a partir de productos de origen agrícola o vegetal, ya se utilice como tal o previa modificación o transformación química. El biodiesel: ester metílico producido a partir de aceite vegetal o animal. Los aceites vegetales y todos aquellos productos que se determine" Añadiendo que al efecto: "Se establecen los siguientes objetivos anuales de biocombustibles y otros combustibles renovables con fines de transporte, que expresan contenidos energéticos mínimos en relación al de gasolinas y gasóleos comercializados con fines de transporte: 2008 2009 2010 Contenido de biocombustibles... 1,9 % 3,4 % 5,83 %. El objetivo anual que se fija para el año 2008 tendrá carácter de indicativo, mientras que los objetivos establecidos para 2009 y 2010 serán obligatorios. El Gobierno podrá modificar los objetivos establecidos en la tabla anterior, así como establecer objetivos adicionales". Habilitándose "al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a dictar las disposiciones necesarias para regular un mecanismo de fomento de la incorporación de biocombustibles y otros combustibles renovables, destinado a lograr el cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente Disposición Adicional. En particular, este mecanismo podrá incluir la cuantificación de las obligaciones, indicando los tipos de producto con que se deberá cumplir la obligación, los sujetos obligados, un sistema de certificación que permita la supervisión y control de las obligaciones, así como mecanismos de flexibilidad que favorezcan la máxima eficiencia en el logro de los objetivos".



Esta norma fue desarrollada por 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. El art 1 de la citada norma deja claro que "constituye el objeto de la presente orden la regulación de un mecanismo de fomento de la utilización de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte".

Pues bien, en el art. 2.3 de dicha norma se regula el mecanismo de las certificaciones de biocarburantes. En concreto: "Se entenderá por certificado de biocarburantes, en adelante certificado, el documento expedido a solicitud de un sujeto que haga constar que dicho sujeto ha acreditado ventas o consumos por una tonelada equivalente de petróleo (tep) de biocarburantes en un año determinado. Se distinguirán los siguientes tipos de certificados de biocarburantes: a) Certificados de Biocarburantes en Diesel (CBD): certificados que resulten de las ventas o consumos de biodiesel y de otros biocarburantes susceptibles de ser mezclados con gasóleos. b) Certificados de Biocarburantes en Gasolina (CBG): certificados que resulten de las ventas o consumos de bioetanol y de otros biocarburantes susceptibles de ser mezclados con gasolinas".

El sistema para calcular el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Orden es, en forma resumida, el siguiente:

- **Los sujetos obligados deberán acreditar anualmente ante la entidad de certificación la titularidad de una cantidad mínima de certificados de biocarburantes que permitan cumplir con los objetivos de la siguiente tabla:** 2008, 2009, 2010 los objetivos de biocarburantes de 1,9 % 3,4 % 5,83 %, respectivamente -art 4.1-.

-La CNE (actualmente CNMC) es la 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 -art 6-.

-Los sujetos obligados deberán solicitar la expedición de certificados de biocarburantes a la CNE Debiendo disponerse de una cuenta de certificación gestionada por la CNE - art 7-.

-Corresponde a la CNE establecer las condiciones para que los titulares de cuenta de certificación puedan constituirla, así como el establecimiento del sistema de anotaciones en cuenta de los certificados de biocarburantes, distinguiendo entre los certificados de biocarburantes en gasolinas y los certificados de biocarburantes en diesel -art 8-.

- **Los titulares de cuentas podrán transferir certificados de biocarburantes de los que sean titulares a cuentas de otros sujetos -art 9-.**

-**A partir del ejercicio de 2010, hasta un 30% de la obligación anual de cada sujeto obligado podrá ser cumplida mediante el cómputo de certificados correspondientes al año natural anterior, siempre que el titular de dichos certificados hubiera tramitado su traspaso al año siguiente, renunciado a su participación en el fondo de pagos compensatorios en la parte correspondiente a los certificados traspasados -art 10-.**

-**Si el sujeto obligado, al practicarse la liquidación anual, no dispone de certificados suficientes para acreditar que ha cumplido con los objetivos de la norma deberá efectuar pagos compensatorios -arts. 11 y 12-.**

-El incumplimiento de las obligaciones previstas dará lugar a la aplicación del régimen sancionador establecido en el Título VI de la LSH. Es el art 11.3 de la Orden el que determina a partir de que niveles de incumplimiento juega el régimen sancionador.

La finalidad de este mecanismo de certificación de biocarburantes se recoge en la STS de 9 de febrero de 2016 (rec. 3812/2013), la cual explica que la Orden ITC/2877/2008, establece un mecanismo de certificación de la comercialización y uso de la proporción de biocarburantes utilizados. **Tales certificados se expiden previa acreditación de las cantidades de biocarburantes incluidas en sus ventas por los distribuidores de productos o en los consumos, lo cual permite ejercer un control sobre el porcentaje de biocarburante que se utiliza en el mercado en el año correspondiente.**

Al mismo tiempo, **introduce mecanismos de flexibilización, arbitrando la posibilidad de negociar o traspasar a otro ejercicio los certificados que exceden del cupo marcado. La norma trata de primar a la empresa que utilice o comercialice una mayor cantidad de biocarburantes**, cumpliendo así el objetivo último, consistente en fomentar el uso de estos combustibles menos contaminantes. De modo que los sujetos obligados que sobrepasen el objetivo marcado puedan obtener una compensación mediante la venta del exceso, la retribución por el fondo de compensación o, si lo prefieren, transfiriendo ese exceso, con ciertos límites, al cumplimiento de los objetivos fijados para el año siguiente. **Por el contrario, quienes no alcancen los objetivos anuales marcados son "penalizados" al obligarles a adquirir en el mercado en el número de certificados precisos para cubrir su "cuota" anual o a pagar la liquidación por la diferencia.**

La existencia de un sistema de transacción de cupos en el cumplimiento de objetivos medio ambientales no es exclusivo de este mercado de biocarburantes, sino que está muy extendido en otros ámbitos como es el caso



de la venta de cupos de emisiones contaminantes. Sirva como ejemplo la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, cuyo artículo 12 permite la transferencia de los derechos de emisión, traspuesta en España mediante el Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión, 2005-2007.

La idea que subyace a esta clase de instrumentos es que, por la vía de un incentivo económico indirecto, como lo es la posibilidad de disponer en un mercado de emisiones, los remanentes de emisión permitidos, que una actividad no utilice o libere, puedan significar para el titular un beneficio económico y, a la larga, una reducción en la cantidad total de emisiones de un determinado contaminante. En virtud de ella, se materializa además el principio de igualdad desde una perspectiva económica, en cuanto las actividades y empresas que reduzcan su tasa de emisión, podrán obtener un beneficio económico de su esfuerzo descontaminador, equiparando así la falta de internalización de los costos ambientales que puede suponer el ejercicio de una actividad que no ha asumido dicho esfuerzo. Estos sistemas se basan en un mecanismo de mercado que permita cumplir las metas medio ambientales de manera flexible y global. Este sistema se funda en la premisa de cualquier incremento en el nivel de emisiones debe ser compensado por una disminución equivalente de otro emisor. En el caso del mercado de biocarburantes habiéndose fijado un objetivo a alcanzar la puesta en el mercado por una empresa de un menor combustible asignado a la misma se debe compensar con la mayor emisión del emitido por otra, compensándose con la venta en el mercado o alternativamente, si prefieren no negociarlos, mediante las correspondientes liquidaciones del ente regulador, ya sean positivas o negativas.

**CUARTO.-** En las alegaciones esgrimidas en el escrito rector en realidad no se cuestiona de manera directa el contenido de la resolución aquí recurrida referida al ejercicio 2016 - o por lo menos no se hace de una manera consistente-, sino que lo que se plantea es que la existencia de un exceso en el ejercicio 2015 hubiera permitido a la recurrente trasladarlo al año siguiente; así como también se advierte que en la impugnación formulada en el PO 711/2016 ya ha manifestado que la diferencia de declaraciones entre operadores puede traer causa de "una interpretación divergente de las operaciones, donde BETA entiende que debe declararse la compra y venta en el momento en el que se cierra el compromiso de suministro, en virtud de la transmisión del producto tras el acuerdo"; y siendo que la determinación en cuanto al número de certificados viene a la postre arrastrada del acuerdo correspondiente al ejercicio 2015 impugnado en ese proceso.

Va de suyo, pues, que la suerte de este recurso está en buena medida ligada al resultado del mencionado recurso 711/2016, donde correspondería dilucidar, en su caso, sobre la determinación de las existencias finales correspondientes al ejercicio 2015, aunque ciertamente tal dato se haya arrastrado al año 2016 cuya resolución es aquí impugnada. Mas interesa ya advertir que aquel recurso, que ha sido objeto de deliberación en el mismo día, ha dado lugar a un fallo desestimatorio, razón por la cual procederá, sólo por ello, desestimar también la pretensión deducida en el presente proceso.

En concreto en la sentencia que pone fin a dicho recurso, de esta misma fecha, se expresa lo siguiente en sus fundamentos 6 y 7:

*"Debemos dar respuesta a los argumentos que se deslizan en la demanda en pos de la anulación de la resolución administrativa impugnada.*

*Y en tal función debemos dejar sentado, de una parte, que el hecho de haberse expedido con anterioridad los certificados provisionales no vinculada a la CNMC para la emisión de los certificados definitivos que son los que aquí se cuestionan y para cuya obtención debe analizarse la documentación pertinente en aplicación de la Circular 1/2016.*

*En segundo término, que nada impide que las labores de Inspección de la CNMC puedan llevarse a cabo con posterioridad a la expedición de certificados definitivos, máxime cuando, tal y como deriva del expediente, se han desarrollado también labores de verificación periódica previamente que se le han ido poniendo de manifiesto a la recurrente. Entre las competencias específicas encomendadas a la Entidad de Certificación de Biocarburantes en la Orden ITC/2877/2008, destaca la contemplada en su artículo 14, la cual establece que "la entidad de certificación efectuará las comprobaciones e inspecciones que considere necesarias en el ejercicio de sus competencias". Y en el presente caso cobra pleno sentido la posterior inspección ordenada dadas las diferencias entre los m3 admitidos por la CNMC de biodiesel y las cantidades reportadas por BETA RENEWABLES para determinar los volúmenes de biodiesel vendidos o consumidos en territorio español por la recurrente durante el ejercicio controvertido (2015).*

*Por último, La Circular 1/2013, a propósito de la discrepancia manifestada por la actora, define los siguientes conceptos:*



"Ventas en territorio español": Todas las ventas de carburante fósil y/o biocarburante en territorio español realizadas por un operador al por mayor a distribuidores al por menor y/o consumidores y las ventas de carburante fósil y/o biocarburante realizadas en territorio español por un distribuir al por menor en la parte no suministrada por un operador al por mayor.

"Consumo en territorio español": Consumos de carburante fósil y/o biocarburante en territorio español en la parte no suministrada por operadores al por mayor o por empresas que desarrollen la actividad de distribución al por menor.

"Puesta a mercado de producto": Suministro de producto para su consumo o venta en instalaciones de suministro a vehículos, distribuidores de carburante de automoción y consumidores finales. Para la determinación del lugar de cómputo de las cantidades de biocarburantes vendidas o consumidas, se aplicarán las siguientes reglas:

*i) Las cantidades de biocarburante vendidas o consumidas se imputarán al sujeto obligado propietario del producto a la salida de la última fábrica o instalación de almacenamiento desde la que el producto se ponga en el mercado para su venta o consumo en territorio español.*

*ii) En consecuencia, se tendrán en cuenta los movimientos entre fábricas o instalaciones de almacenamiento, de forma que la información reportada por los sujetos obligados corresponde efectivamente a las cantidades de biocarburantes retiradas desde la última fábrica o instalación de almacenamiento desde la que el producto se ponga a mercado, con independencia de que ésta sea titularidad de un sujeto obligado o de una de sus sociedades filiales. Para ello, los titulares de las instalaciones de origen deberán aportar la información y documentación necesaria para permitir a los titulares de las instalaciones de destino realizar la imputación".*

*7. Pues bien, a la vista de la propia documentación aportada por la demandante a esta Sala y de la que proporcionó en su día a la Inspección de la CNMC la Sala ha de corroborar que no puede determinarse con exactitud cuándo han sido retiradas físicamente las cantidades de biocarburantes de la última instalación de almacenamiento desde la que el producto se puso a mercado dada la operativa mercantil de la empresa de almacenar en sus instalaciones productos de los clientes que ya han sido vendidos y de los cuales se les ha expedido factura de venta. Esto precisamente es lo que llevó a la Inspección de la CNMC a concluir que, según los datos obtenidos de las facturas de venta proporcionadas por la interesada, las ventas en territorio español de biocarburantes en el año 2015 son las que acreditan dichas facturas si bien y dada la incertidumbre producida por no poder determinar la fecha exacta de retirada de las cantidades de biocarburantes, no se puede concluir que dichas ventas hayan sido puestas a mercado en dicho año.*

*A lo que añadimos ahora que la actora nada alega en este proceso, menos aún justifica, que pudiera enervar lo resuelto al respecto por la CNMC. Ítem más, es la propia documentación aportada por ambas partes con sus respectivos escritos de conclusiones la que ha venido a ratificar las causas que motivaron el reintegro acordado, sin que, frente a ello, insistimos, la recurrente haya opuesto motivo alguno a fin de poder desvirtuar su ajuste jurídico."*

**QUINTO.-** No obstante todo lo anterior, haciendo un esfuerzo en aras de agotar el análisis de todas las cuestiones planteadas en la demanda rectora de estos autos, y aun a riesgo de ser reiterativos, nos queda aludir siquiera de forma breve a los siguientes aspectos: 1º) el tema de la determinación de excedentes en el año 2015; 2º) los efectos temporales de una compraventa celebrada en el año 2015 pero cuya entrega se efectúa en 2016; 3º) la relevancia que puede tener, en orden a la estimación de las pretensiones deducidas, la frustración del ejercicio de la estrategia operativa, financiera y comercial de la empresa, que pudiera derivarse del hecho de que cuando se recibió con fecha 31 de mayo de 2016 la notificación de la CNMC informando sobre los certificados, pudiera no ser ya posible recuperar en el periodo restante del año el volumen de biocombustible certificable dejado de introducir; y 4º) y por último, el aspecto de la duración derivada de la tramitación del PO 711/2016, en tanto la resolución de la impugnación de la resolución de la CNMC sobre los certificados correspondiente al ejercicio 2015 en cierta manera afecta a los ejercicios posteriores como el que ahora nos ocupa.

**SEXTO.-** En lo que hace a la primera cuestión señalada, dado que la misma requeriría la determinación de los excedentes correspondiente al ejercicio año 2015, se reitera que la misma afecta propiamente a dicho ejercicio que se dilucida en el PO 711/2016. En cualquier caso apuntaremos que la emisión de unos certificados provisionales, en lo que parece sostenerse la existencia de los excedentes, no determina el número de certificados definitivos, para cuya obtención se requiere la observancia de los presupuestos de la Circular 1/2016.

No obstante, y amén de todo ello, se advierte que la recurrente no explica de manera concreta y cumplida que hubiera satisfecho los requisitos previstos en el artículo 10 de la Orden ITC/2877/2008 para el traspaso de



Certificados al año siguiente, precepto en el que, como veremos a continuación, se exige la tramitación del correspondiente procedimiento para efectuar dicho traspaso y la renuncia a la participación en el fondo de pagos compensatorios en la parte correspondiente a los certificados traspasados.

**SÉPTIMO.-** El tema de la compraventa de combustible celebrada en el año 2015 pero cuya entrega se efectúa en el año 2016 al Agente BIONOR BERANTEVILLA S.A., aunque se arrastraría de aquel, es también abordado en la resolución impugnada en el proceso. Nótese en concreto que se practicó una corrección del volumen de existencias iniciales en base a los datos aprobados por la CNMC como existencias finales del ejercicio 2015, imputándose la venta de biodiésel a BIONOR BERANTEVILLA, S.A. en el mes de febrero de 2016.

Y sobre este problema comenzaremos recordando que el artículo 9 de 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, regula la " *Transferencia de certificados*" estableciendo: " *Los titulares de cuentas de certificación, podrán transferir certificados de biocarburantes de los que sean titulares a cuentas de otros sujetos, manteniendo en todo caso la distinción entre certificados de biocarburantes en gasolinas y en diésel. La transferencia de certificados será tramitada previa comunicación a la entidad de certificación.*"

En cuanto al " *Traspaso de Certificados al año siguiente*" se contempla en el artículo 10, que dice: " *A partir del ejercicio 2010, hasta un 30 por ciento de la obligación anual de cada sujeto obligado podrá ser cumplida mediante el cómputo de certificados correspondientes al año natural anterior, siempre que el titular de dichos certificados hubiera tramitado su traspaso al año siguiente, renunciando a su participación en el fondo de pagos compensatorios en la parte correspondiente a los certificados traspasados. En el traspaso de certificados al año siguiente se mantendrá la distinción entre certificados de biocarburantes en diésel y en gasolina.*"

Pues bien, respecto a este tema la Sala no puede sino mantener la postura administrativa una vez que la recurrente no justifica de manera mínimamente suficiente el sustento de la tesis que propugna, pues tan sólo manifiesta que existe una " *una interpretación divergente de las operaciones*", sin llegar a explicar el contenido del compromiso de compraventa de combustible que tenía asumido con la mercantil BIONOR BERANTEVILLA S.A. -por ejemplo en qué momento estaba previsto en el compromiso la obligación de realizar la entrega que, en su caso, podría determinar la aplicación del criterio del devengo-, así como cuales serían sus efectos concretos en función de la aplicación de las operaciones matemáticas correspondientes.

**OCTAVO.-** En cuanto a la causación por la resolución recurrida de la frustración del ejercicio de la estrategia operativa, financiera y comercial de la empresa, que derivaría del hecho que se le notificó el día 31 de mayo de 2016 la resolución de la CNMC sobre la no emisión de 1.969 certificados de Biocarburante, lo que no permitió recuperar en el periodo restante del año el volumen de biocombustible certificable dejado de introducir, decir que tal argumento tampoco podrá ser acogido toda vez que esa mecánica procedimental deriva de la propia operativa del instrumento de fomento que nos ocupa, regulado en 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, así como en las Circulares de desarrollo, a cuyas determinaciones se someten en cualquier caso quienes participan en el mecanismo mencionado.

Más en particular, la referida Orden en su artículo 6 designó a la extinta Comisión Nacional de la Energía -hoy CMMCA- como entidad responsable de la expedición de Certificados de biocarburantes, habilitándola en su disposición final segunda.2 para dictar las Circulares necesarias en cumplimiento de sus funciones. Entre las circulares de desarrollo que se han ido dictando merecen destacarse la Circular 1/2016, de 30 de marzo, por la que se regula la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, así como la Circular 2/2017, de 8 de febrero, por la que se regulan los procedimientos de constitución, gestión y reparto del fondo de pagos compensatorios del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes.

En lo que ahora interesa, en la Circular 1/2016 se contemplan los distintos momentos que acontecen en el ejercicio posterior al de referencia: en el apartado noveno se establece que hasta el 1 de abril del año posterior al de referencia todos los sujetos obligados deberán presentar 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; en el apartado duodécimo.9 se indica que hasta el 1 de abril del año posterior al de referencia, los titulares de plantas de producción ubicadas en territorio español y los titulares de plantas de producción que, con independencia de su ubicación, tengan una cantidad de biodiésel asignada que no sean sujetos obligados, deberán presentar la información detallada en dicho apartado correspondiente al ejercicio de referencia; en el apartado decimotercero.2 se prevé que la CNMC, en base a la información y documentación recibida, debe, antes del 1 de junio del año natural siguiente al de referencia, 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.

Recogemos ahora esas determinaciones normativas para poner de manifiesto que los momentos en los que se producen los distintos actos están regulados en la manera indicada, sin que se aprecie en el caso que nos ocupa que no hayan sido observados.

**NOVENO.-** Por último, en lo que hace a la relevancia de que la duración del PO 711/2016 pudiera tener en el presente proceso, el argumento decae sólo con constatar, no sólo ya que dicho recurso ha tenido respuesta en tiempo prudencial en función del orden de señalamientos de esta Sala, sino y sobre todo que la recurrente no ha tenido en el mismo como se ha visto éxito en sus pretensiones, con lo que el argumento necesariamente decae.

En cualquier caso significar que es errónea la tesis de partida de la entidad recurrente cuando considera que la duración del citado recurso pudiera hacer que el presente perdiera su finalidad legítima, pues, y amén que ambos procedimientos han sido señalados para el mismo día, la eventual sentencia estimatoria que en aquel pudiera recaer daría lugar, lógicamente, a la anulación no sólo de la resolución impugnada en el mencionado proceso sino también de aquellas otras que se derivaran de la misma, con la consecuencia de que, en su caso, habrían de practicarse las oportunas correcciones. Y todo ello no sin recordar que para evitar ese efecto de la pérdida de la finalidad legítima del recurso existe el instrumento de las medidas cautelares reguladas en los artículos 129 y siguientes de la LJCA.

**DÉCIMO.-** La consecuencia de todo cuanto se ha razonado en los precedentes fundamentos jurídicos, en fin, es que procede desestimar la pretensión anulatoria ejercitada en la demanda.

En lo que hace al pronunciamiento sobre las costas procesales, y de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJCA, procede su imposición a la parte recurrente cuyas pretensiones han sido desestimadas.

**Vistos** los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el presente recurso contencioso administrativo nº **300/2017**, interpuesto por la representación procesal de la mercantil **BETA RENEWABLE GROUP S.A.** contra la resolución dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acordada en su sesión de 25 de mayo de 2017, sobre el sistema de certificación de biocarburantes y por la que se acuerda que debe la misma abonar el importe de 496.713.-€ por la falta de certificados suficientes. Ello imponiéndole las costas causadas en dicho recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el 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 esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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