



Roj: **SAN 1525/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:1525**

Id Cendoj: **28079230042018100148**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/04/2018**

Nº de Recurso: **595/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000595 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03846/2016

Demandante: GM FUEL SERVICE, S.L Y GM FUEL IBÉRICA, SLU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a dieciocho de abril de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **595/2016** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido las entidades **GM FUEL SERVICE, S.L y GM FUEL IBÉRICA, S.L.U** representadas por el Procurador D. José Luis García Guardia y asistidas del Letrado D. Jaime Ignacio del Burgo, contra dos Acuerdos de fecha 31 de mayo de 2016, adoptados por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre el sistema de certificación de biocarburantes; 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 19 de julio de 2016 , contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 16 de septiembre de 2016, 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 7 de marzo de 2017 , en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) acuerde: *Primero.- Declarar la nulidad de pleno derecho de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 31 de mayo de 2016, ordenando a dicha Comisión que dicte nueva resolución por la que acuerde el traspaso al año siguiente de 731 certificados de GM FUEL SERVICE, S.L y de 71 Certificados de GM FUEL IBÉRICA, SL de 2015 al año 2016; Segundo.- subsidiariamente, proceder a la anulación de las referidas Resoluciones y ordenar a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia adopte nuevas Resoluciones en los términos señalados en el apartado anterior; Tercero.- Condenar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al pago de 389.708 euros en el caso de GM FUEL SERVICE S.L y de 36.991 euros en el de GM FUEL IBÉRICA, S.L, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, con un total de 426.699 euros*>>

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 10 de octubre de 2017, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO. - Por providencia de fecha 2 de abril de 2018, se señaló para votación y fallo el día 11 de abril de 2018, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO. - La cuantía del recurso se ha fijado en 426.699 €.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las entidades GM FUEL SERVICE, S.L y GM FUEL IBÉRICA, S.L.U interponen recurso contencioso administrativo contra dos Acuerdos de fecha 31 de mayo de 2016, adoptados por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre el sistema de certificación de biocarburantes, y por los que se determina, en relación con la solicitud de ambas entidades de expedición de certificados definitivos de biocarburantes en diésel, así como de expedición de certificados definitivos de biocarburantes en gasolina correspondientes a 2015:

1.- Expedir a favor de la entidad GM FUEL SERVICE, S.L respecto del ejercicio 2015, 721 certificados definitivos de biocarburantes en diésel y 32 certificados definitivos de biocarburantes en gasolina.

Realizar, en consecuencia, el correspondiente apunte definitivo en la Cuenta de Certificación de que es titular dicha entidad en el Sistema de Certificación de Biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte.

Sustraer de su Cuenta de Certificación, de conformidad con lo dispuesto en el apartado décimocuarto.4 de la Circular 1/2013, 83 Certificados provisionales de biocarburantes en diésel que fueron anotados provisionalmente como consecuencia de la comunicación de transferencia realizada por BETA RENEWABLE GROUP, S.A y cuya expedición definitiva ha sido denegada a dicha sociedad, basándose dicha actuación e " *El incumplimiento por parte de la información presentada en la solicitud de las validaciones y comprobaciones establecidas*" y " *La no realización de todas las cantidades de biocarburantes incluidos en sus ventas o consumos definidos en la presente Circular y en los términos indicados o de cualesquiera otros requisitos establecidos* " (apartado décimo, números 4 y 5, respectivamente, de la Circular 1/2013)

Determinar que, en base a la información acreditada por la entidad GM FUEL SERVICE, SL y sin perjuicio de posteriores actuaciones de verificación e inspección que pueda realizar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el número de Certificados de Biocarburantes que constituyen la obligación de la entidad GM FUEL SERVICE,S.L correspondientes al año 2015 son: 1.311 Certificados de Biocarburantes, 1.272 Certificados de Biocarburantes en Diésel y 37 Certificados de Biocarburantes en Gasolina.

Estipular que, por lo tanto, para el cumplimiento de las mencionadas obligaciones de la entidad GM FUEL SERVICE, S.L., faltan 0 Certificados de Biocarburantes en Diesel, 0 Certificados de Biocarburantes en Gasolina y 0 Certificados de Biocarburantes

Determinar que a la entidad GM FUEL SERVICE, S.L., le corresponde abonar la cantidad de 0 euros.

2.- Expedir a favor de la entidad GM FUEL IBÉRICA, S.L, respecto del ejercicio 2015, 1.927 certificados definitivos de biocarburantes en diésel y 154 certificados definitivos de biocarburantes en gasolina.



Realizar, en consecuencia, el correspondiente apunte definitivo en la Cuenta de Certificación de que es titular dicha entidad en el Sistema de Certificación de Biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte.

Determinar que, en base a la información acreditada por la entidad GM FUEL IBÉRICA, SL y sin perjuicio de posteriores actuaciones de verificación e inspección que pueda realizar la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el número de Certificados de Biocarburantes que constituyen la obligación de la entidad GM FUEL IBÉRICA, S.L correspondientes al año 2015 son: 3.848 Certificados de Biocarburantes, 3.676 Certificados de Biocarburantes en Diésel y 163 Certificados de Biocarburantes en Gasolina.

Estipular que, por lo tanto, para el cumplimiento de las mencionadas obligaciones de la entidad GM FUEL IBÉRICA, S.L., faltan 0 Certificados de Biocarburantes en Diesel, 0 Certificados de Biocarburantes en Gasolina y 0 Certificados de Biocarburantes

Determinar que a la entidad GM FUEL IBÉRICA, S.L., le corresponde abonar la cantidad de 0 euros.

SEGUNDO. - La parte recurrente alega en su demanda que el 31 de marzo de 2016, ambas sociedades formularon su última declaración ante la CNMC mediante el envío a través de la página web de la Comisión, cumplimentando el modelo de la aplicación SICBIOS, titulado "Rectificación de la solicitud de certificados anuales de 2015". Asimismo, en el modelo cumplimentado, se dejó constancia de la solicitud, del "ajuste de fomento traspasados al año próximo para evitar el incumplimiento en el presente ejercicio". Y por último se adjuntaron los "documentos adjuntos" exigidos en el citado modelo.

Señala que, sin embargo, en las resoluciones impugnadas, la CNMC hace caso omiso de la solicitud de traspasos de certificados al año siguiente, y en los Anexos incluye un dato equivocado: que el número de Certificados traspasados al año siguiente era 0.

Manifiesta que, en conversación posterior, una funcionaria de la CNMC les indicó que no se había especificado el número de certificados que se pretendían traspasar al año siguiente.

Reconoce que el apartado Decimoquinto de la Circular 1/2013 establece el procedimiento para efectuar los traspasos de certificados al año siguiente, lo cual ha de realizarse antes del 1 de abril del año siguiente al de referencia, pero afirma que ello tiene su cauce a través del sistema SICBIOS y en el modelo de solicitud no hay posibilidad de formular el número de certificados sobrantes que se pretende traspasar al año siguiente. Y considera que, por tanto, se sobreentiende que al formular la solicitud de traspaso, las empresas recurrentes renunciaban a su participación en el fondo de pagos compensatorios en la parte correspondiente a los certificados traspasados y solicitaban el traspaso de los sobrantes al ejercicio siguiente, sin necesidad de ninguna manifestación en tal sentido.

Como motivos de impugnación esgrime:

. - La infracción de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, pues la falta de concreción del número de certificados a traspasar es un mero requisito formal, y, por tanto, debió aplicarse lo dispuesto en el art. 68.1 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, y abrir un trámite de subsanación.

. - Nulidad o, en su caso, anulabilidad de las resoluciones impugnadas, por infracción del procedimiento legalmente establecido, ya que la Comisión reconoció que las empresas recurrentes habían cumplido satisfactoriamente sus obligaciones legales, pero ignoró que ese cumplimiento arrojaba un saldo de certificados sobrantes y que habían solicitado el traspaso al ejercicio siguiente. Y la omisión de un trámite obligado de subsanación, supuso un quebrantamiento del procedimiento legalmente establecido, y produjo a las empresas recurrentes un grave perjuicio económico

. - La declaración de nulidad o anulabilidad de las resoluciones impugnadas conduce a la adopción por parte del Consejo de la CNMC de sendos acuerdos que reconozcan a GM FUEL SERVICE, S.L y GM FUEL IBÉRICA, S.L el derecho a traspasar al año siguiente (2016) los certificados sobrantes en el ejercicio 2015. Ahora bien, como ello sería imposible de cumplir en el momento actual, pues el ejercicio al que podrían traspasarse los certificados excedentes ya está cerrado, el pleno restablecimiento de su situación jurídica individualizada, conllevaría el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos que fija en 311.060 €

TERCERO.- En primer lugar, y en cuanto a la causa por la que en las resoluciones impugnadas consignan como Certificados traspasados al ejercicio siguiente 0, hay que hacer una precisión previa, pues no se desprende de manera expresa de las resoluciones impugnadas.

Señala la parte recurrente que tuvo conocimiento de este proceder de la CNMC, porque una funcionaria de dicho organismo le comunicó verbalmente que, aunque fuera cierto que GM FUEL SERVICE, S.L había solicitado



el ajuste de certificados, no había expresado el número de los que se debían traspasar. Y añade que, al ser una conversación telefónica no tiene justificación documental de la misma.

Esta simple afirmación no permite considerar de manera indubitada que esa fuera la causa concreta por la que no aparece ningún certificado traspasado al ejercicio siguiente. Por tanto, lo que hemos de verificar es si consta acreditado que las recurrentes siguieron el procedimiento establecido y reunían las condiciones para el traspaso de certificados

CUARTO.- El análisis de la cuestión objeto de litigio hace conveniente recordar 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 biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte dentro de la estrategia comunitaria para un desarrollo sostenible, optó por fomentar el consumo de biocarburantes 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 biocarburantes 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 biocarburantes 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 biocarburantes 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 biocarburantes... 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 biocarburantes 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.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- La cuestión que se plantea en el presente litigio se refiere a la posibilidad de que un porcentaje (hasta un 30%) de la obligación anual de cada sujeto obligado pueda ser cumplida mediante el cómputo de certificados correspondientes al año natural anterior. Para ello es necesario 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 Orden ITC/2877/2008).

En el caso de autos el traspaso viene referido a los certificados correspondientes al ejercicio 2015.

La tramitación de ese traspaso ha de hacerse por el procedimiento establecido en el apartado Decimoquinto de la Circular 1/2013, de 9 de mayo de la Comisión Nacional de la Energía, por la que se regula la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, a tenor del cual:

" Decimoquinto. Traspasos de Certificados al año siguiente.

1. Los sujetos obligados podrán traspasar al año natural siguiente Certificados provisionales de biocarburantes, renunciando a su participación en el fondo de pagos compensatorios en la parte correspondiente a los Certificados traspasados.

2. Las comunicaciones relativas a los traspasos podrán realizarse a la Comisión Nacional de Energía hasta el 1 de abril del año siguiente al de referencia. En dicha comunicación deberá indicarse el número de Certificados traspasados distinguiendo entre Certificados en Diésel y Certificados en Gasolina, no pudiéndose traspasar cantidades superiores al saldo disponible.

3. En caso de existir traspasos de Certificados, el sujeto obligado podrá solicitar que la CNE ajuste el número de Certificados traspasados con el fin de no incurrir en un incumplimiento en el año de referencia.

Hasta un treinta por ciento de la obligación anual de cada sujeto obligado podrá ser cumplida mediante el cómputo de Certificados correspondientes al año anterior "

Pues bien, de la regulación expuesta se desprende que el traspaso de certificados al ejercicio siguiente ha de realizarse siguiendo este procedimiento, de modo que dicho traspaso, ni opera automáticamente ni puede entenderse tácitamente realizado por el hecho de que en un ejercicio determinado el sujeto obligado disponga de un exceso de certificados.

SÉPTIMO. - En este caso, no consta en el expediente administrativo, ni ha sido acreditado por la parte actora, que las entidades recurrentes tramitaran el traspaso de certificados conforme el procedimiento que se acaba de exponer.

Lo único que alegan, y que consta en el expediente administrativo, es que en la solicitud de expedición de certificados definitivos correspondientes al ejercicio 2015 marcaron la casilla " *Ajuste de certificados traspasados al año próximo para evitar el incumplimiento en el presente ejercicio* "; y consideran que con ello la CNMC debió sobrentender que estaban solicitando el traspaso de los certificados sobrantes al ejercicio siguiente y renunciando a su participación en el fondo de pagos compensatorios, sin necesidad de ninguna manifestación en tal sentido por su parte, puesto que en el modelo SICBIOS de solicitud no era posible incluir el número de certificados sobrantes que se pretende traspasar.

Esta alegación no puede ser aceptada puesto que realiza una interpretación errónea del mecanismo de traspaso de certificados. Como se acaba de exponer, el traspaso ha de tramitarse de manera expresa por el procedimiento establecido en el apartado Decimoquinto de la Circular 1/2013, y en caso de haberse realizado y existir traspasos, entonces el sujeto obligado puede solicitar que la CNMC ajuste el número de Certificados traspasados con el fin de no incurrir en un incumplimiento en el año de referencia (punto 3º del apartado Decimoquinto). Esta solicitud se tramita con ocasión de la formalización de la solicitud de expedición de certificados definitivos de biocarburantes en la casilla "solicitud ajuste de certificados traspasados al año próximo para evitar el incumplimiento en el presente ejercicio".

Es decir, el ajuste que las recurrentes solicitaron al formular la solicitud de expedición de certificados definitivos sólo era operativo si existieran certificados traspasados de acuerdo con lo dispuesto en el apartado Decimoquinto Circular 1/2013.

Y así resulta también, como aparece recogido en SAN 4º de 30 de octubre de 2013 (rec. 3483/2012), de las Instrucciones del Sistema SICBIOS cuyo apartado 8 establece el modo de cumplimentar la solicitud de



traspaso (que es previa y distinta a la solicitud anual de expedición de certificados definitivos), y señala que "Una vez realizado el traspaso no existirá la posibilidad de recuperar los certificados traspasados para el año corriente. Sin embargo, el sujeto obligado podrá solicitar, marcando la casilla correspondiente, el ajuste de certificados al realizar el envío anual. En este caso, la CNE podría ajustar el número de certificados traspasados con el fin de que el sujeto obligado no incurra en incumplimiento en el año de referencia".

Esta misma interpretación se desprende de la STS de 9 de febrero de 2016 (rec. 3812/2013), cuando afirma, en relación con lo dispuesto en el artículo 11 Orden ITC/2877/2008, que <<De la simple lectura de este precepto se desprende que el traspaso entre dos ejercicios solo es posible entre dos ejercicios consecutivos hasta un límite del 30% de los certificados exigidos como obligación anual y solo respecto de los certificados que sobrepasen el límite en el año anterior, **siempre que se hubiese tramitado previamente la solicitud de traspaso** >>.

No se trata, pues, de la omisión de un mero requisito formal en la solicitud, a la que pueda ser de aplicación la posibilidad de subsanación establecido en el artículo 68 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículo 71 Ley 30/1992), pues lo que se ha producido es una omisión total del procedimiento establecido para efectuar el traspaso de certificados por parte de las entidades recurrentes, que constituía una obligación material de las mismas para que pudiera operar el traspaso, y como tal, no subsanable a posteriori.

Es decir, la razón de que en las resoluciones impugnadas conste 0 certificados a traspasar al ejercicio siguiente, no es que las recurrentes no hubieran especificado el número de certificados a traspasar, sino de que no habían efectuado el traspaso y, en consecuencia, no era posible efectuar ajuste alguno en tal sentido.

En consecuencia, ha de ser desestimada la pretensión de nulidad formulada en la demanda, y con ello también la de indemnización de daños y perjuicios derivada de la misma, que se solicita como restablecimiento de la situación jurídica individualizada.

OCTAVO. - Se imponen las costas a la parte recurrente cuyas pretensiones son desestimadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJCA .

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **595/2016** interpuesto por la representación procesal de las entidades **GM FUEL SERVICE, S.L y GM FUEL IBÉRICA, S.L.U** contra dos Acuerdos de fecha 31 de mayo de 2016, adoptados por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre el sistema de certificación de biocarburantes

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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