



Roj: **SAN 3227/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3227**

Id Cendoj: **28079230042019100303**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **17/07/2019**

Nº de Recurso: **345/2017**

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:** 0000345 / 2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04748/2017

**Demandante:** KUWAIT PETROLEUM ESPAÑA, S.A

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D<sup>a</sup>. CARMEN ALVAREZ THEURER D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **345/2017** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **KUWAIT PETROLEUM ESPAÑA, S.A** representada por el Procurador D. Jacobo Borja Rayón y asistida del Letrado D. Juan Rodríguez Amblés, contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 21 de febrero de 2017 solicitando la exención de la obligación de declarar el volumen de las exportaciones realizadas a los efectos del cálculo del número de Certificados de Biocarburantes; y contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 25 de mayo de 2017, por la que se procede 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 18 de agosto de 2017, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 11 de septiembre 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 1 de marzo de 2018, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) en su día dicte sentencia mediante la que: (i) Estime el recurso contencioso- administrativo (ii) Declare que la "Resolución por la que se procede a la anotación de certificados definitivos de biocarburantes correspondientes al ejercicio 2016" dictada por la Sala de supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 25 de mayo de 2017 en el expediente nº BIOS/DE/001/16 no es conforme a Derecho, y en consecuencia, la anule, condenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a dictar una nueva Resolución mediante la que se asigne a mi representada el número de certificados que le corresponden por sus ventas de biocarburantes realizadas en territorio español e acuerdo con la solicitud de certificados definitivos presentada el 31 de marzo de 2016. (iii) Declare que el acto presunto de la desestimación mediante silencio administrativo negativo de la solicitud dirigida por mi representada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 21 de febrero de 2017 solicitando la exención de la obligación de declarar el volumen de las exportaciones realizadas a los efectos del cálculo del número de Certificados de Biocarburantes no es conforme a Derecho, lo anule, declarando que la solicitud de certificados definitivos presentada el 31 de marzo de 2016 es correcta y conforme a Derecho>>

**TERCERO.-** La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 27 de marzo de 2018, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.-** Tras fijarse la cuantía del procedimiento, se dio trámite de conclusiones, y una vez cumplimentado se señaló para votación y fallo el día 10 de julio de 2019, fecha en que tuvo lugar.

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

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La entidad KUWAIT PETROLEUM ESPAÑA, S.A interpone recurso contencioso administrativo contra:

1.- La desestimación presunta de su solicitud dirigida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 21 de febrero de 2017 solicitando la exención de la obligación de declarar el volumen de las exportaciones realizadas a los efectos del cálculo del número de Certificados de Biocarburantes.

2.- La resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 25 de mayo de 2017, por la que se procede a la anotación de certificados definitivos de biocarburantes correspondientes al ejercicio 2016.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente expone en su demanda que es una operadora al por mayor de combustibles y carburantes que realiza sus ventas en territorio español, y, por lo tanto, es un sujeto obligado al cumplimiento de los objetivos de venta o consumo de biocarburantes establecidos en el Real Decreto 1085/2015, de 4 de diciembre, de Fomento de los Biocarburantes, en virtud de lo dispuesto en su artículo 3.a ).

En desarrollo de dicho Real Decreto, se dictó 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, cuyos arts. 3 y 4 se refieren a los sujetos obligados a acreditar el cumplimiento de los objetivos de venta o consumo de biocarburantes con fines de transporte y los objetivos obligatorios de biocarburantes.

Con la finalidad de fomentar el uso de biocarburantes, y en el ejercicio de la habilitación normativa que le corresponde, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aprobó 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, mediante la que se desarrolla la citada 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. De conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la esta Circular, la recurrente tiene la consideración de sujeto obligado, en su condición de operador al por mayor que realiza sus ventas en territorio español:

El cumplimiento de la obligación impuesta a los sujetos obligados se lleva a cabo por éstos mediante la remisión a la CNMC con carácter mensual, antes del último día del mes siguiente al de referencia a través de la



aplicación SICBIOS, de la información y/o documentación, definida en el apartado duodécimo.6 de la Circular 1/2016, que impugna indirectamente.

Considera que el mecanismo de certificación aprobado por esta Circular produce un efecto distorsionador en el cálculo del número de certificados de biocarburantes que le corresponde, derivado de la obligación que se establece en su apartado octavo d) de declarar a través del sistema SICBIOS el volumen de las exportaciones incluyéndolo dentro del "Balance de carburantes fósiles y biocarburantes": Aduce que ello implica, no solamente una contradicción intrínseca con la propia finalidad de la norma expresada en su apartado primero ("el fomento de los biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte "en territorio nacional) sino además una obligación que excede del ámbito de aplicación subjetivo de la norma, que en su caso, se produce en su doble condición de operadora al por mayor que realiza ventas anuales en el mercado nacional, pero en ningún caso por sus ventas fuera del territorio nacional, es decir, por las exportaciones de carburantes y biocarburantes que realiza. Por tanto, entiende que carece de sentido la obligación de incluir las exportaciones realizadas en el balance de carburantes fósiles y biocarburantes, y que en consecuencia acaben teniendo un impacto muy negativo en la asignación de los Certificados de Biocarburantes, pues evidentemente que las exportaciones no constituyen, por definición, ni ventas ni consumos en territorio nacional.

Además, denuncia que el "método de determinación volumétrica exacta", establecido para determinar los volúmenes de biocarburante exportado es distinto al utilizado para la determinación de las ventas o consumos en territorio español (denominado "método de imputación contable"), cuando - a su juicio-, nada hay en la Circular que disponga que el método a emplear para determinar el volumen de biocarburante de las exportaciones deba ser diferente del utilizado para determinar el volumen de biocarburante vendido dentro del territorio nacional, pues tanto en un caso como en el otro, estamos en el supuesto previsto en el último inciso del apartado Octavo.1.a) de la Circular en el que se dispone que: "*cuando las cantidades introducidas en instalaciones de almacenamiento formen parte de una mezcla con carburante fósil o la mezcla se realice en la fábrica o instalación de almacenamiento para su posterior almacenamiento indiferenciado .../... se empleará un método de imputación contable...*".

Concluye, pues, que la obligación para los sujetos obligados de incluir en el Balance de carburantes fósiles y biocarburantes el volumen de sus exportaciones de biocarburantes, además de suponer ya de por sí, una contradicción con la finalidad perseguida por la propia Circular y de generar per se una distorsión en el resultado final de los Certificados de Biocarburantes que van a obtener, genera a mayor abundamiento, en los sujetos obligados, una gran inseguridad jurídica, por cuanto que, al calcularse dicho volumen siguiendo el método de determinación volumétrica exacta, el volumen de biocarburante vendido en territorio nacional, que es el hecho generador de Certificados de Biocarburante, sufre, una drástica y totalmente imprevisible disminución del número de Certificados que legítimamente deberían corresponderles. Añade que, con el sistema de contabilización establecido en la Circular, las ventas realizadas fuera del mercado nacional computan negativamente cuando deberían ser totalmente neutrales

**TERCERO.-** Lo s reproches que efectúa la parte recurrente se dirigen, no a las resoluciones directamente impugnadas, sino a la Circular 1/2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se regula la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, la cual se impugna indirectamente en la demanda de manera expresa, con invocación al artículo 26 LJCA (Fundamento Jurídico Procesal Octavo).

En la demanda se alega que dicha Circular produce un efecto distorsionador en lo sujetos obligados por dos razones:

- Obliga a declarar las exportaciones en el balance de carburantes fósiles y biocarburantes.
- El método de determinación volumétrica cálculo utilizado para exportaciones es distinto del método de imputación contable utilizado para la comercialización en territorio nacional.

Los argumentos esgrimidos, sin embargo, no ponen de manifiesto en qué medida los citados aspectos de la Circular vulneran del ordenamiento jurídico o infringen disposiciones de rango superior. Lo único que se alega es que producen un efecto distorsionador para los sujetos obligados en cuanto el número de certificados que pueden obtener es menor.

La Circular fue dictada por la CNMC en el ejercicio de la habilitación otorgada por la disposición final segunda de la Orden ITC/2877/2008, de 9 de octubre, que habilita a la citada Comisión para dictar las circulares necesarias en cumplimiento de sus funciones como entidad de certificación y, en particular, para "Determinar el procedimiento detallado para la certificación".

El Tribunal Supremo, en jurisprudencia reiterada, ha fijado los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria y el control judicial de la misma, declarando (por todas, STS de 17 de julio de 2018 -rec. 400/2017 -) que "*El ejercicio de la potestad reglamentaria, para ser legítimo, debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los Tribunales.*

*Así, además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley ( arts. 9.3 , 97 y 103 CE ), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno ; la inderogabilidad singular de los reglamentos ( art. 52.2 de la Ley 30/1992 ); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 LRJ y PAC. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE , la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento.*

En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE . Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la "naturaleza de las cosas" o la esencia de las instituciones"

Y añade que: "(...) nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción ( arts. 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (Cfr. SSTS 26 de febrero y 17 de mayo de 1999 , 13 de noviembre , 29 de mayo y 9 de julio de 2001 , entre otras)".

De ello se extrae la conclusión de que el efecto distorsionador en los sujetos obligados, que invoca la parte recurrente, no determina la anulación de la Circular si ello no constituye alguna infracción el ordenamiento jurídico, en los términos expuestos, sin que sea suficiente a estos efectos sostener un criterio diferente por ser más beneficioso a los intereses de la parte recurrente, que es en definitiva lo que ocurre en el presente caso.

**CUARTO.-** Pero además, los razonamientos de la demanda no tienen amparo en la normativa de aplicación, ni se corresponden con la finalidad y ámbito del mecanismo de fomento de biocarburantes.

Ambas partes están de acuerdo y así resulta de las normas de aplicación, en que el Sistema de Certificación gestionado por la CNMC únicamente puede tomar en consideración las ventas anuales que realice cada sujeto obligado en el mercado nacional, tanto para el cómputo anual de las obligaciones que le pertenecen como para la acreditación de sus correspondientes certificados de biocarburantes. Ello exige, frente a lo que se sostiene en la demanda, excluir las exportaciones, las cuales no pueden tenerse en cuenta para la expedición de certificados a los sujetos obligados. Por ello es necesario que la entidad de certificación conozca el volumen de tales exportaciones, y el mecanismo que se arbitra para transmitir esa información es su inclusión en el balance de carburantes fósiles y biocarburantes, junto con el resto de los conceptos necesarios para expedir los certificados, a saber: existencias iniciales, abastecimiento exterior, abastecimiento interior (producción neta y/o compras), ventas y consumos en territorio español, ventas a otros sujetos, mermas y existencias finales.

Como se pone de manifiesto en la contestación a la demanda, la aportación del balance es necesario para poder determinar el volumen de producto (fósil y biocarburante) final anual, que es el que determina la obligación de cada sujeto y los certificados expedidos, teniendo en cuenta la siguiente sucesión:

Existencia finales certificables Existencias iniciales + Importaciones+ producción + compras - ventas a mercado español- ventas a otros agentes -exportaciones - mermas técnicas.

Precisamente la exclusión de las exportaciones (y para ello es necesario declararlas en el balance) responde al ámbito objetivo y subjetivo de cumplimiento de los objetivos de venta o consumo de biocarburantes, que comprende las ventas anuales en el mercado nacional.



**QUINTO.-** Y en cuanto al diferente método de cálculo para la de determinación volumétrica utilizado para exportaciones y el utilizado para la comercialización en territorio nacional, como se pone de relieve en la contestación a la demanda, esta afirmación no es correcta.

La regla general es la determinación volumétrica en todos los casos, como se desprende de los apartados Octavo d) y Noveno f) de la Circular que determinan que las cantidades declaradas en el Balance, sin diferenciación de conceptos, "se expresarán en m<sup>3</sup> a 15°C, desglosadas por tipo de carburante fósil y tipo de biocarburante y, cuando proceda, la planta de producción de biodiesel".

El método de imputación contable de las cantidades vendidas en territorio español solo tiene lugar cuando no sea posible la determinación volumétrica exacta del biocarburante expedido. Así se establece en el apartado Octavo 1 a) la Circular, al señalar que:

"Cuando las cantidades introducidas en instalaciones de almacenamiento formen parte de una mezcla con carburante fósil o la mezcla se realice en la fábrica o instalación de almacenamiento para su posterior almacenamiento indiferenciado y, en general, *cuando no sea posible la determinación volumétrica exacta del biocarburante expedido*, se empleará un método de imputación contable basado en las siguientes reglas. (...)";

De acuerdo con lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado

**SEXTO.** - Se imponen las costas a la parte recurrente, 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 **345/2017** interpuesto por la representación procesal de la entidad **KUWAIT PETROLEUM ESPAÑA, S.A** contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 21 de febrero de 2017 solicitando la exención de la obligación de declarar el volumen de las exportaciones realizadas a los efectos del cálculo del número de Certificados de Biocarburantes; y contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 25 de mayo de 2017, por la que se procede a la anotación de certificados definitivos de biocarburantes correspondientes al ejercicio 2016.

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