



Roj: **SAN 4489/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4489**

Id Cendoj: **28079230042021100459**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/10/2021**

Nº de Recurso: **181/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000181 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03653/2019

Demandante: GM FUEL SERVICE S.L.,

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. CARMEN ALVAREZ THEURER

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil veintiuno.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado con el **número 181/2019**, interpuesto por la entidad **GM FUEL SERVICE S.L.**, representada por el Procurador D. Jose Luis García Guardia, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) por la que se aprueba la liquidación de intereses de demora a la entidad demandante, por el retraso en los pagos compensatorios derivados de sus obligaciones anuales de venta o consumo de biocarburantes correspondientes a 2011.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



1. Por la entidad recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 26 de marzo de 2019 contra la orden antes mencionada, que fue admitido a trámite por decreto de fecha 28 de marzo de 2019, con reclamación del expediente administrativo.

2. En el momento procesal oportuno la parte recurrente presentó escrito de demanda en fecha 17 de julio de 2019, en el que tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho, terminó suplicado:

&l t;< ...y, previos los trámites legales, por el Tribunal se dicte en su día Sentencia por la que, de conformidad con las alegaciones de esta parte y en relación con la Resolución recurrida de 21 de febrero de 2019 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se aprueba la liquidación de intereses de demora a la empresa GM FUEL SERVICE SL, por el retraso en los pagos compensatorios derivados de sus obligaciones anuales de venta o consumo de biocarburantes correspondientes a 2011:

1. Declare la nulidad de la Resolución recurrida, por estar prescrita la liquidación de intereses al tener que computarse hasta el 21 de noviembre de 2013.

2. Subsidiariamente, corrija la fecha de devengo de los intereses de demora, fijándola desde 1 de julio de 2012 hasta el 9 de febrero de 2016, resultando por tanto la cantidad en concepto de intereses de demora de 73.864,58 euros.

3. Se impongan las costas a la CNMC. >>

3. Dado traslado al Abogado del Estado, éste contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 16 de octubre de 2019, en el cual, tras exponer los hechos y refutar cada uno de los argumentos de derecho de la actora, terminó suplicando dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

4. Seguidamente se fijó la cuantía del presente procedimiento en 96.322,93 euros y, la Sala dictó auto, acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual se presentaron por las partes escritos de conclusiones y quedaron los autos pendientes de señalamiento de votación y fallo, para lo cual fue fijado el día 14 de octubre de 2021, fecha en que tuvo lugar.

Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es objeto de recurso la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) por la que se aprueba la liquidación de intereses de demora a la empresa GM FUEL SERVICE S.L., por el retraso en los pagos compensatorios derivados de sus obligaciones anuales de venta o consumo de biocarburantes correspondientes a 2011.

La resolución impugnada se dicta al amparo 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, crea un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes basado en un sistema de certificación, con objetivos obligatorios anuales de venta o consumo de carburantes.

El artículo 11 de la citada Orden regula la obligación de realizar pagos compensatorios por parte de aquellos sujetos que no dispusieran de certificados suficientes para el cumplimiento de sus obligaciones anuales respectivas, la constitución de un fondo con los ingresos generados por tal concepto y el reparto de dicho fondo entre los sujetos que contaran con exceso de certificados en relación con sus obligaciones.

2. Para una mejor comprensión del debate planteado dejaremos reseñados los siguientes antecedentes:

- Con fecha 31 de mayo de 2012 la extinta Comisión Nacional de Energía adoptó resolución relativa a la anotación de certificados definitivos a cuenta de biocarburantes correspondiente al ejercicio 2011 para GM FUEL SERVICE determinando que ésta debía abonar antes de 1 de julio de 2012 la cantidad de 533.750 euros en concepto de pago compensatorio por no disponer de certificados suficientes para el cumplimiento de sus obligaciones anuales en dicho ejercicio.

- GM FUEL SERVICE interpuso recurso de reposición contra la referida resolución de 31 de mayo de 2012, que fue desestimado con fecha 19 de julio de 2012.

- Contra la citada resolución de la CNE de 19 de julio de 2012 se interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta misma Sala y Sección, acordándose mediante Auto de 31 de octubre de 2012, suspender la ejecución de la resolución administrativa impugnada, condicionando la suspensión a que el recurrente prestara garantía en la cantidad correspondiente al importe de lo liquidado, más los intereses de demora que se originaran.



- Mediante sentencia de 30 de octubre de 2013, el recurso fue desestimado.
- Contra dicha sentencia desestimatoria, la hoy recurrente preparó, con fecha 21 de noviembre de 2013, recurso de casación, que se tuvo por preparado el 22 de noviembre de 2013 emplazando las partes a comparecer e interponer el recurso ante el Tribunal Supremo.
- Mediante sentencia de 9 de febrero de 2016, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto.
- Recibidas las actuaciones en esta Sala, mediante diligencia de 18 de marzo de 2016 se hizo saber esta circunstancia a las partes y se acordó la devolución del expediente administrativo.
- A la vista de la desestimación del recurso y la firmeza de la sentencia que confirmaba la actuación administrativa originariamente impugnada, con fecha 16 de enero de 2017, se tramitó en la CNMC un nuevo expediente de reclamación de cantidad por incumplimiento de la obligación de ingresar en plazo los referidos pagos compensatorios del ejercicio 2011.
- Mediante escrito de 17 de febrero de 2017, el recurrente interesó que la Sala levantase la inmovilización de la cantidad depositada en el Banco de España para asegurar el pago de la sanción. La Abogacía del Estado formuló alegaciones y cumplimentado el trámite, mediante providencia de 16 de marzo de 2017 se levantó la inmovilización de la garantía prestada en forma de Deuda Pública (constan los certificados emitidos por IBERCLEAR en el expediente), acordando que, una vez firme la providencia, se librarán los oportunos despachos a los efectos solicitados.
- Transcurrido el plazo de impugnación de la anterior Providencia, sin que conste la presentación de recurso alguno, por Diligencia de 10 de abril de 2017 se acuerda librar los despachos mencionados (Documento nº 9).
- Mediante escrito de 8 de mayo de 2017, IBERCLEAR remite oficio a la Sala a la que nos dirigimos en la que manifiesta que no puede proceder al levantamiento de la inmovilización solicitada, ya que los valores fueron amortizados en su fecha de vencimiento (16 de mayo de 2014); figurando su importe en la cuenta de tesorería del Banco de España, a quien IBERCLEAR remite a su vez el requerimiento que recibió en su momento (Documento nº 10). A su vez, mediante Diligencia de 12 de mayo de 2017, se acuerda tener por hechas las anteriores manifestaciones y esperar al resultado de la remisión directa del requerimiento por IBERCLEAR al Banco de España (Documento nº 11).
- Por Diligencia de 16 de junio de 2017, y a la vista del tiempo transcurrido, se acuerda requerir directamente al Banco de España - División de Servicios de Pagos Centralizados para que, en el plazo de cinco días, informe al Tribunal del estado de cumplimiento de lo acordado con fecha 10 de abril de 2017 (Documento nº 12).
- Mediante escrito de 21 de junio de 2017, el Banco de España refiere que, a los efectos de proceder a la ejecución, resultaría necesario que la Sala ordene de forma expresa que se proceda a la ejecución, indicando la cuenta en la que habría de efectuarse el abono. A este respecto, señala que en el oficio remitido por IBERCLEAR se indica que la parte demandada es la Comisión Nacional de la Energía y, sin embargo, al facilitar el número de cuenta, en el que habría que abonar los saldos, figura que la misma es titularidad de la CNMC; por lo que sería preciso aclarar este extremo (Documento nº 13).
- Y, por último, mediante providencia de 6 de junio de 2017 se acordó dirigir oficio al Banco de España a fin de que procedería al levantamiento de la inmovilización de la deuda pública anotada en los correspondientes certificados y a la ejecución de sus saldos, procediéndose por el Banco de España, con fecha 25 de julio de 2017, a efectuar las correspondientes transferencias, siendo así que, finalmente, el 27 de julio de 2017 la CNMC recibió la cantidad total de 534.650 euros, procediendo a continuación la CNMC a exigir la liquidación de los intereses de demora por el importe ingresado fuera del plazo establecido por la hoy recurrente.

3. En la demanda se alega, como argumento principal, que los intereses de demora que se han reclamado por parte de la CNMC traen causa de una actuación negligente por parte de la Administración en el cobro del principal objeto del procedimiento. Entiende la recurrente que, una vez que la Audiencia Nacional dictó la sentencia desestimatoria, la CNMC pudo haber solicitado la ejecución provisional de la misma, con independencia del recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo, lo que no hizo y dilató con ello seis años el cobro del principal. Con dicha actuación considera la parte actora que se generaron unos intereses de demora desproporcionados respecto de los cuales no tiene ninguna responsabilidad, pues obedece a una dilación en el procedimiento que le es ajena.

A continuación, y como consecuencia de tal razonamiento, se alega la prescripción de la acción para exigir el pago del interés de demora reclamado. La tesis de la demandante consiste en que el haber renunciado la Administración a haber cobrado el principal mediante la solicitud de la ejecución provisional a finales de 2013, y haber esperado a cobrar el principal después de haber recaído sentencia firme, no es posible



liquidar los intereses de demora al estar prescritos, según se dice, "*al haber transcurrido más de cuatro años desde su cómputo (2013)*", citándose al efecto el artículo 25 de la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria.

Y, como pretensión subsidiaria, se alega dilación en el cobro del principal desde la sentencia del recurso de casación. Considera la demandante que debería únicamente devengarse interés de demora desde la fecha de finalización del período voluntario de pago, 1 de julio de 2012, hasta la sentencia desestimando el recurso de casación y, por esa razón, solicita con carácter subsidiario que en lugar del devengo de intereses hasta el 27 de julio de 2017 (importe de 96.322,93 euros liquidado por la CNMC), se calcule desde el 1 de julio de 2012 hasta el 9 de febrero de 2016, resultado un importe de 73.864,58 euros.

4. El Abogado del Estado se opone a la demanda negando que pueda entenderse prescrita la obligación de pagar intereses de demora, si no ha prescrito la obligación principal, lo que ni siquiera se alega en la demanda. Además invoca jurisprudencia sobre cómo debe computarse la prescripción de la deuda en los casos de interposición de recurso de casación contra la sentencia de instancia desestimatoria, cuando como es el caso ha sido acordada la suspensión cautelar.

En definitiva, sostiene que el cálculo de los intereses practicado es correcto y se ha producido dentro del plazo de prescripción, que debe computarse a partir de la satisfacción efectiva del principal, lo que tuvo lugar en julio de 2017, no en 2013 y, por tanto, el cómputo de los intereses se ajustó a lo previsto en la Circular 5/2012 y artículo 15 de la LGP, al extenderse desde el vencimiento del plazo establecido originariamente para el pago compensatorio (1 de julio de 2012) hasta el pago efectivo (27 de julio de 2017).

5. La cuestión, pues, a resolver se circunscribe a determinar si la liquidación de los intereses de demora por el retraso en los pagos compensatorios derivados de las obligaciones de venta de biocarburantes del ejercicio 2011, es ajustada a Derecho.

La Sala anticipa que el recurso debe ser desestimado.

Por lo pronto en la demanda no se discute ni la normativa aplicable, ni la procedencia del abono de intereses (sin perjuicio de lo alegado respecto de la prescripción), ni el cálculo efectuado por la CNMC (sin perjuicio también del período cuya exclusión se interesa con carácter subsidiario en la demanda).

Consideramos que la tesis de la demanda es incompatible con el carácter accesorio de la obligación de pagar intereses respecto a la obligación principal y de su verdadera naturaleza compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda principal.

A la vista del concreto tenor de las alegaciones de la recurrente hemos de traer a colación la reiterada jurisprudencia sobre el particular. La STS de 21 de diciembre de 2016 (R.C. 3485/2015) recoge una síntesis de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre el alcance de la tutela cautelar, como derecho ejercitable, modificable o renunciable y su relación con el sistema de ejecución provisional. Así en su FJ CUARTO declara:

"CUARTO.- Como señalamos en nuestra sentencia resolutoria del recurso de casación 2965/2015, seguido entre las mismas partes, para decidir sobre la referida cuestión, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala que se sintetiza en los siguientes puntos.

A.- La prescripción del derecho a liquidar por parte de la Administración y la del derecho a exigir el pago de la deuda tributaria ya liquidada son dos modalidades de la prescripción conceptualmente distintas, pero que, de una parte tienen elementos comunes, y, de otra, tienen una especial relación entre ellas.

a) Como elemento común figura el plazo de prescripción, que en ambos casos es el de cuatro años, y el fundamento, que en una y otra modalidad es el de la necesidad de dar estabilidad a las relaciones jurídicas, aplicando el principio de seguridad jurídica, ante la presunción de abandono que supone que el titular del derecho subjetivo que no ejercita el mismo durante un plazo determinado. Por lo tanto, el fundamento de la prescripción en Derecho Tributario es el mismo que el que inspira la regulación de esta institución en el Derecho Privado (artículos 1930 y 1961 del Código Civil).

b) Como muestra de la especial relación entre la prescripción del derecho a liquidar y la prescripción del derecho a exigir el pago de la deuda tributaria liquidada, el Tribunal Supremo ha resaltado que si prescribiera la acción para exigir el pago (acción recaudatoria), por no haberse iniciado la vía de apremio o por haberse paralizado ésta, también se produciría la extinción del derecho a determinar la deuda tributaria (derecho a liquidar), por carencia de objeto, y, viceversa, la prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria dejaría sin sentido a la acción recaudatoria, aunque ésta no hubiera prescrito. En este sentido, Sentencia de 18 de junio de 2004 (recurso de casación 6809/99), cuya doctrina ha sido reiterada en otras posteriores, como las de 19 de junio 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 265/04); 5 de julio de 2010 (recurso de casación 725/05) y 27 de enero de 2011 (recurso de casación 3333/06).



c) Se han de tener en cuenta la distinta eficacia de los distintos actos interruptivos de la prescripción, según se trate de la relativa a la determinación de la deuda tributaria o de su exigencia, extremo éste sobre el que se han pronunciado las Sentencias de esta Sala de 18 de junio de 2004 (recurso de casación 6809/1999), invocada por la parte recurrente y la de 19 de junio de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 265/2004).

B.- La solicitud de suspensión de ejecución de la liquidación supone que la misma se considere preventivamente otorgada, según criterio de la jurisprudencia de esta Sala recogido, entre otras, en las Sentencias de 19 de junio de 2008 (recurso de casación 265/04, F.-J. 3º) y 12 de marzo de 2009 (recurso de casación 266/04, F.J. 4º), en las que se dijo que *"la suspensión se entiende preventivamente concedida desde que se solicita, aunque sea sin garantía; lo que viene exigido por el artículo 24 de la Constitución y resulta perfectamente coherente con el hecho mismo de que la interposición del recurso deja en suspenso la presunción de validez del acto impugnado en que se fundamenta el carácter inmediato de la ejecución. No se trata de que una vez concedida la suspensión los efectos de ésta se retrotraigan al momento en que se presentó la correspondiente solicitud, sino de que la ejecución no puede iniciarse si hay pendiente una solicitud de suspensión, con o sin garantía"*.

Abundando en esta idea, resulta preciso señalar que esta Sala y Sección dijo en la Sentencia de 16 de marzo de 2006 (casación 7705/2000) *"que la Administración no puede iniciar la vía ejecutiva en tanto la decisión sobre la suspensión penda de los órganos económico-administrativos. Lo mismo cabe decir en los supuestos en que la solicitud de suspensión se produzca en vía judicial"* (Cfr. STS 20 de marzo de 2015, rec. de cas. 3911/2013).

C.- Concedida la suspensión de la liquidación, y mientras permanezca la medida cautelar la Administración se ve, lógicamente, impedida para ejecutar el acto liquidatorio impugnado.

D.- El art. 132, 1 de la Ley de la Jurisdicción establece que las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado. Este mandato legal determina el mantenimiento de las medidas cautelares acordadas en la instancia durante la tramitación del recurso de casación.

Es cierto, que esta Sala, en reiteradas resoluciones, ha declarado que aunque la sentencia no sea firme, una vez dictada carece de significación o contenido lo acordado en las medidas cautelares que queda desplazado por el propio incidente de ejecución provisional de la sentencia.

Ahora bien, debe advertirse:

a) Esta doctrina aparece establecida en recursos de casación que se interponen contra las decisiones adoptadas por la Sala de instancia en las piezas de medidas cautelares, considerando que una vez dictada sentencia en los autos principales carece de objeto revisar aquellas decisiones, dado que el fin de la medida es asegurar la ejecutividad de la resolución judicial que puede recaer en el proceso principal, por lo que una vez que ha sido dictada, no puede ser impedimento a la ejecución de la sentencia la resolución recaída en la pieza. De este forma, se rechaza una interpretación literal del art. 132 de la Ley Jurisdiccional, porque al ser la medida cautelar instrumental del proceso principal debe seguir su suerte, perdiendo, una vez que se dicta la sentencia, su razón de ser, al ser entonces el sistema de ejecución de las resoluciones judiciales, el que, como norma especial, deba aplicarse, el de ejecución ordinaria si la resolución es ya firme, o, caso de tratarse de resoluciones aún no firmes, el sistema de ejecución provisional que posibilita el art. 97.

b) La doctrina expuesta no puede llevar a entender, que la Administración, en el caso de sentencias desestimatorias que confirman los actos de liquidación, aunque no sean firmes, por haberse preparado recurso de casación por el obligado tributario, viene obligada a ejecutar la correspondiente decisión judicial, aunque haya mediado la suspensión de la liquidación impugnada, ya que constituye una exigencia del art. 24 de la Constitución el no proceder en estos casos a la ejecución, siendo distinto el caso cuando la suspensión no es solicitada en vía jurisdiccional, o cuando solicitada es denegada, y está debidamente notificada, al ser posible y procedente la ejecución pendiente (Cfr. STS 5 de febrero de 2015, rec. de cas. 753/2014).

E.- Estando acordada, en vía judicial, la suspensión de una liquidación, para que pueda la Administración proceder a su ejecución, es necesario bien un pronunciamiento expreso de la Sala acordando el levantamiento de la medida cautelar o bien que recaiga resolución judicial firme, esto es, de esta Sala del Tribunal Supremo, si se interpuso recurso de casación, que confirme la liquidación impugnada (Cfr. SSTS de 20 de julio de 2016, rec. de casación para la unificación de doctrina 3358/2015, y de 5 de julio de 2016, rec. de cas. 2559/2015)."

6. La jurisprudencia que acabamos de exponer nos lleva a rechazar la tesis propuesta en la demanda sobre la prescripción de la acción administrativa en este caso para exigir el pago de los intereses de demora cuestionados, ya que la recurrente tenía concedida la suspensión del pago de la deuda principal que en este caso no se hizo efectivo, según más arriba quedó reseñado, sino un vez recaída sentencia firme, después de la desestimación por el Tribunal Supremo del recurso de casación en su día interpuesto.



Ninguna demora o falta de diligencia cabe imputar en este caso a la Administración en la reclamación del principal como tampoco ninguna obligación tenía de solicitar, al amparo del artículo 91 de la LJCA, la ejecución provisional de la sentencia de instancia. Pero es que, además, en ningún caso puede entender prescrita la obligación de pagar intereses de demora si no ha prescrito la obligación principal, ya que en cuanto obligación accesoria sólo pueden concretarse una vez ha sido satisfecho el principal, pues sólo entonces se puede determinar el día final del cómputo de aquellos, a contar, como fecha inicial, desde el día en que debió haber sido efectuado el pago de la obligación principal.

En el presente caso, en fin, el cómputo de los intereses se ajustó a lo previsto en la Circular 5/2012 (para los pagos compensatorios) y en el artículo 15 de la Ley General Presupuestaria, al extenderse desde el vencimiento del plazo para satisfacer el pago compensatorio (1 de julio de 2012) hasta su pago efectivo (27 de julio de 2017). Y, de ahí la procedencia de desestimar el recurso.

7. Las costas, con arreglo al artículo 139.1 de la LJCA, se impondrán a la parte actora.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **181/2019** interpuesto por la representación procesal de la mercantil **GM FUEL SERVICE S.L.**, contra la resolución reseñada en el fundamento jurídico primero de esta Sentencia que confirmamos por su conformidad a Derecho.

Con imposición de costas a la parte actora.

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

Así por 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.