

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 2018 (rec.1091/2016)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 724/2018

Fecha de sentencia: 03/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1091/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1091/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 724/2018

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 3 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1091/2016, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, contra la *sentencia de 9 de marzo de 2016, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 560/2014*, contra la Orden ministerial de 25 de septiembre de 2014, dictada por el ministerio de Industria, Energía y Turismo, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a Iberdrola Generación SA, Endesa Generación SA y Gas Natural SDG SA, titulares de la Central Nuclear de Almaraz, Unidades I y II. Ha sido parte recurrida Gas Natural SDG, S.A., representada por el procurador don Germán Cesareo Marina Grimau.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

«FALLAMOS.-

Que debemos **estimar y estimamos** el recurso contenciosos-administrativo núm. **560/2014**, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Germán Marina y Grimau en nombre y representación de la mercantil **GAS NATURAL SDG, S.A.**, contra la Orden del Ministro de Industria Energía y Turismo de fecha 25 de septiembre de 2014, por la que se sanciona a IBERDROLA GENERACIÓN SA, ENDESA GENERACIÓN SA y GAS NATURAL SDG SA, titulares de la Central Nuclear de ALMARAZ, UNIDADES I y II, con carácter solidario con la multa de tres millones de euros (3.000.000 €), ya referida en el encabezamiento de esta resolución. Todo ello con imposición de las costas causadas en el litigio a la Administración demandada.».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la *sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2016 (rec.*

560/2014) por la que se estimó el recurso interpuesto por la entidad "Gas Natural SDG SA" (en adelante Gas Natural) contra la Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo de 25 de septiembre de 2014 por la que se sancionó a la Iberdrola Generación SA, Endesa Generación SA y Gas Natural SDG SA, titulares de la Central Nuclear de Almaraz, Unidades I y II, con carácter solidario con la multa de tres millones de euros (3.000.000 €).

El recurso considera que la sentencia vulnera el *artículo 86.b) de la Ley de Energía Nuclear* en relación con la disposición transitoria única de la Ley 12/2011 y el *artículo 28 de la Ley de Energía Nuclear* , así como el *artículo 4 del RD 1398/1993 del Procedimiento sancionador*.

La sentencia recurrida anula la sanción impuesta a las sociedades porque la conducta sancionada consistente en no cumplir la obligación de adaptación establecida en el Disp. Transitoria Única de la Ley 12/2011, de 27 de mayo no es una infracción continuada sino el incumplimiento de una obligación de adaptación en plazo establecido, de modo que el tipo consiste en una conducta única consistente en no haber presentado el plan de adaptación en el plazo establecido, sin que dicha transgresión, tras haberse superado el plazo de adaptación, constituya una infracción permanente al haber acotado la ley el incumplimiento al plazo temporal señalado.

El recurrente entiende que, a la fecha de incoación del expediente sancionador que culmina con la Orden impugnada en la instancia, las empresas permanecían sin dar cumplimiento a la obligación de adaptación (no era posible mantener la situación de cotitularidad en la central nuclear de Almaraz ya que la *Disposición Adicional Tercera de la Ley 12/2011, de 27 de mayo* introdujo la exigencia de que la autorización de explotación solo pueden tener como titular a una persona jurídica), vencido ya el plazo señalado para la adaptación. Esta situación de hecho constituye una infracción grave del *artículo 86.b) de la Ley de Energía Nuclear* y así se sancionó conforme a Derecho, tal y como recoge el apartado 5 de la mentada disposición transitoria. Incumplir la obligación de adaptarse constituye una infracción si se excede del plazo, pero también constituye una infracción si se permanece en ese incumplimiento.

La inacción de las recurrentes que persisten en ese incumplimiento y se niegan permanentemente de forma contumaz a cumplir una obligación que les incumple constituye una infracción que puede ser sancionada porque se trata de una infracción determinada por una conducta permanente de incumplimiento amparada por el *artículo 4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador* aprobado por Real Decreto 1398/1993, tal y como afirma también la *sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (recurso 37/2005)*).

No tiene sentido, a su juicio, que las empresas puedan perseverar en el incumplimiento de una obligación legal sin respuesta coactiva porque, si así fuera, como sostiene la sentencia, se estaría premiando la impunidad ya que el cumplimiento de la obligación de adaptación dependerá de la evaluación de si los costes de la misma son superiores o inferiores a los 900.000 euros de multa. Es obvio que el incumplimiento de una obligación legal nítida no puede beneficiar al infractor.

Argumenta que el tipo de infracción no es no adaptarse en plazo, es no adaptarse para lo que se otorga un plazo que excedido sin adaptación determina un tipo de infracción de tracto continuado en el que la infracción se produce por mientras no se cumple con la obligación de adaptación. Por tanto, se trata de una situación de

hecho característica del *artículo 4 del Reglamento 1398/1993* que permite, acorde con la doctrina en interés de ley de la *sentencia de 31 de enero de 2007*, una segunda sanción, una vez ejecutiva la primera, por persistir el incumplimiento típico.

El recurrente considera que la sentencia recurrida interpreta y aplica indebidamente la disposición transitoria única de la Ley 12/2011, al atribuir ese valor esencial al elemento temporal para definir lo que es típico de lo que no lo es.

Contrariamente ese elemento temporal define el plazo en el que no existe infracción y marca el hito a partir del cual incumplir esa obligación constituye infracción y permanecer en ese incumplimiento permite imponer una segunda sanción si se da la situación determinada en el *artículo 4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador de 1993* acorde a la doctrina en interés de ley arriba mencionada.

TERCERO.- La entidad Gas Natural se opone al recurso argumentando que el Abogado del Estado se equivoca al pretender que el tipo infringido es no adaptase a la nueva regulación, persistiendo en el incumplimiento de la obligación impuesta, pero lo cierto es que el tipo sancionador infringido era el recogido en el apartado 5 de la DT Única de la Ley 25/1964, de 29 de abril sobre Energía Nuclear que establece: «5. El incumplimiento de la obligación de adaptación en la forma y plazos establecidos en la presente disposición constituye infracción grave a los efectos de lo dispuesto en el *artículo 86 b) de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear* » .

En este sentido el epígrafe 1 de la DTU señalaba: «1. Los titulares de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares que no reúnan las condiciones establecidas en los *apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear*, deberán adaptarse a las mismas en un plazo máximo de un año» .

Es decir, que el tipo sancionador que se describía en la DTU de la Ley 25/1964, suponía la obligación, para los titulares de las centrales, i) de aportar un plan de adaptación y ii) que esta presentación se realizase dentro del período de un año desde el 19 de junio de 2011, fecha de entrada en vigor de la DTU.

CUARTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 3 de abril de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

QUINTO.- Deliberado que fue el recurso en el día señalado, el Magistrado designado Ponente no se conformó con el parecer de la mayoría, por cuya razón expresó su voluntad de emitir voto particular, procediendo el Magistrado Presidente de la Sección, a designar nuevo ponente a D. Diego Cordoba Castroverde, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la *sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2016 (rec. 560/2014)* por la que se estimó el recurso interpuesto por la entidad "Gas Natural SDG SA" contra la Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo de 25 de septiembre de 2014 por la que se sancionó a la Iberdrola Generación SA, Endesa Generación SA y Gas Natural SDG SA, titulares de

la Central Nuclear de Almaraz, Unidades I y II, con carácter solidario con la multa de tres millones de euros (3.000.000 €).

Antes de abordar la cuestión jurídica controvertida es preciso tomar en consideración los siguientes antecedentes:

- La Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos en su *Disposición Adicional Tercera modificó la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear* introduciendo una Disposición Transitoria Única en la que establecía una obligación de adaptación a las previsiones contenidas en el artículo 28 de la Ley. Se introdujo la exigencia de la titularidad única de las autorizaciones de explotación en lugar del sistema de cotitularidad que venía aplicándose, según el siguiente tenor: «El titular de la autorización de una Central Nuclear deberá ser una persona jurídica que tenga por objeto exclusivo la gestión de centrales nucleares, contando a tal efecto con los medios materiales, económico-financieros y personales necesarios para garantizar la explotación segura de la misma».

- Las sociedades IBERDROLA GENERACIÓN SA y ENDESA GENERACIÓN SA y GAS NATURAL SDG SA eran cotitulares de una autorización de explotación de la Central Nuclear de ALMARAZ, UNIDADES I y II.

- La entidad demandante presentó de forma independiente un plan individual de adaptación el 28 de septiembre de 2011, plan que no fue tramitado por la Administración al considerar la misma que de la redacción del LEN resultaba que para cada Central Nuclear había que presentar un único plan por el conjunto de los titulares de la instalación, instándoles en consecuencia para que formularan un único plan de adaptación para cada una de las centrales nucleares que fuese suscrito por todos los cotitulares. Este plan conjunto no fue presentado por lo que se inició expediente sancionador a todos los cotitulares de la Central Nuclear de Almaraz que concluyó con la Orden de Ministro de Industria y Energía de 14 de marzo de 2013 por la que se sancionó a tales titulares, entre los que se encuentra la hoy recurrente, por «incumplir la obligación de adaptación a las condiciones establecidas en los *apartados 2 y 3 del artículo 28 LEN en la forma y plazos establecidos en la citada DTU*». Se les impuso una sanción de multa de 900.000 € como responsables de una infracción grave prevista en el apartado 5 de la DTU de la Ley de Energía Nuclear que fue recurrida ante la sala de lo contencioso-administrativo de la *Audiencia Nacional que desestimó el recurso por sentencia de 25 de junio de 2014*, sentencia que posteriormente confirmada en casación por *STS nº 204/2017, de 8 de febrero de 2017 (rec. 2663/2014)*.

- Dado que los titulares de la Central Nuclear de ALMARAZ, unidades I y II, permanecían sin dar cumplimiento a la obligación de adaptación, la Dirección General de Política Energética y Minas, con fecha 10 de abril de 2014, acordó incoar un nuevo expediente sancionador por considerar que las titulares de la instalación estaban incurriendo de forma permanente y continuada en la infracción prevista en el apartado 5 de la DTU de la LEN. Y por la Orden impugnada, de 25 de septiembre de 2014 se impone una sanción de 3.000.000 € a las titulares de la instalación con carácter solidario, como responsables de una infracción prevista en el apartado 5 de la Disposición Transitoria Única por el incumplimiento permanente de la obligación de adaptación prevista en el apartado 1 de dicha norma.

- La sentencia de instancia ahora impugnada acordó declarar la nulidad de la

sanción impuesta a las entidades IBERDROLA GENERACIÓN SA, ENDESA GENERACIÓN SA y GAS NATURAL SDG SA, titulares de la Central Nuclear de ALMARAZ, UNIDADES I y II. A tal efecto, remitiéndose a lo razonado en su anterior *sentencia de 1 de diciembre de 2015 (rec. 572/2014)*).

SEGUNDO.- En el motivo de casación se alega la vulneración del *artículo 86.b/ de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear* , puesto en relación con el *artículo 28 y la disposición transitoria única de la propia Ley 25/1964* , y el *artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto* , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Aduce el Abogado del Estado que no tiene sentido la interpretación que hace la Sala de instancia, que considera atípica la situación de incumplimiento constatada, en lugar de una infracción continuada; discrepando asimismo del parecer la Sala de instancia en cuanto ésta ciñe el tipo de infracción al plazo señalado en la disposición transitoria citada. El tipo de la infracción no es no adaptarse en plazo sino no adaptarse. El transcurso del plazo sin adaptarse constituye una infracción grave; mantenerse en esa situación sigue constituyendo infracción grave en tanto en cuanto se respete el *artículo 4 del Reglamento del Procedimiento* sancionador.

El motivo así planteado debe ser acogido.

La disposición transitoria única de la Ley de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear, establece en su apartado 1º: «1. Los titulares de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares que no reúnan las condiciones establecidas en los *apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear* , deberán adaptarse a las mismas en un plazo máximo de un año»; estableciendo la propia norma a continuación los trámites a seguir para la presentación y aprobación del correspondiente plan de adaptación. Y más adelante, el apartado 5º de la misma disposición transitoria establece: « [...] 5. El incumplimiento de la obligación de adaptación en la forma y plazos establecidos en la presente disposición constituye infracción grave a los efectos de lo dispuesto en el *artículo 86 b) de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear* ».

Por su parte, el *artículo 4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto* , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, establece en su apartado 6:

«No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión ».

La Sala de instancia considera que en el caso que nos ocupa no cabe reiterar la sanción al amparo de lo previsto en el *artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993* , pues, a su entender, la conducta que consiste en prolongar en el tiempo la falta de plan de adaptación no encaja ya en el tipo de la infracción. La sentencia recurrida lo explica así:

«[...] la lectura de la disposición transitoria única analizada revela que el apartado 5 sanciona "el incumplimiento de la obligación de adaptación en la forma y plazos establecidos", de manera que el tipo infractor se integra por un elemento material, consistente en la falta de presentación del plan de adaptación arreglado a las exigencias del propio apartado 1 de la DTU, y por un elemento temporal referido al plazo de un año previsto en el mismo apartado 1. Más allá de este término de un año, el incumplimiento de la obligación de presentar el plan de adaptación resulta antijurídico pero no típico, de manera que la Administración podrá hacer uso de sus potestades para lograr que los sujetos obligados por la norma cumplan las obligaciones que la ley les impone, pero carece de cobertura legal la imposición de una segunda sanción porque el tipo infractor, tal como aparece redactado, no es susceptible de integrar una infracción permanente al haber acotado la ley el incumplimiento que se sanciona en él por un límite temporal de un año».

No podemos compartir esa interpretación que hace la sentencia recurrida que conduce, por lo demás, a un resultado que nos parece inasumible como sería que, una vez impuesta una primera sanción por no haberse presentado el plan de adaptación en el plazo de un año señalado en la norma, las entidades titulares de la instalación podrían persistir en su incumplimiento de manera indefinida, sin temor ya a recibir ningún otro reproche sancionador.

Frente a esa interpretación de la Sala de instancia, entendemos acertado el planteamiento de la Administración recurrente, que, utilizando la formulación del propio Abogado del Estado, se resume así: el tipo de la infracción no es no adaptarse en plazo sino no adaptarse; de manera que el transcurso del plazo sin adaptarse constituye una infracción grave y mantenerse en esa situación sigue constituyendo infracción grave que puede ser sancionada de nuevo siempre que se respete lo dispuesto en el *artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993*.

El tipo infractor es la obligación de adaptarse a dicha normativa, para lo que se otorga un plazo superado el mismo se comete la infracción, pero dicho incumplimiento y la consiguiente obligación de adaptarse permanece en el tiempo hasta tanto dicha adaptación se produzca, pues se trata de una infracción permanente. A diferencia de la infracción continuada que exige pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, y por ello constituye un concurso real de ilícitos, la infracción permanente no requiere un concurso de ilícitos, sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta. *STS, de 4 de noviembre de 2013 (rec. 251/2011)*. Como acertadamente señala el Abogado del Estado, si la persistencia en el incumplimiento no pudiera ser sancionada se estaría premiando la impunidad, pues el cumplimiento de la obligación dependería de la ponderación entre el coste del cumplimiento y el importe de la multa, y una vez impuesta la sanción el cumplimiento de la obligación solo dependería de la voluntad del infractor sin posibilidad de ser sancionado por ello.

Por todo ello, procede estimar este motivo de casación al entender que la segunda sanción impuesta es conforme con el principio de tipicidad.

TERCERO.- Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, procede que entremos a resolver en los términos en que viene planteado el debate (*artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*).

Pues bien, las mismas razones que hemos expuesto al examinar el motivo de

casación son las que nos llevan a desestimar las alegaciones que se formulan en la demanda sobre la falta de tipicidad de la conducta y sobre una supuesta vulneración del principio *non bis in idem*. No es cierto que el tipo infractor exija la falta de adaptación en un plazo concreto, de manera que sancionado el titular por falta de adaptación en ese plazo no podría ya volver a ser sancionado. Mientras persista la falta de adaptación subsistirá la conducta infractora y nos encontraremos ante una infracción permanente que la Administración podrá sancionar nuevamente, sin incurrir por ello en vulneración del principio *non bis in idem*, siempre que se cumpla la exigencia del *artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993* que antes hemos reseñado, esto es, esto es, que el nuevo procedimiento sancionador no se inicie antes de que la anterior sanción tuviese carácter ejecutivo; requisito cuyo cumplimiento no se cuestiona en el caso presente, siguiendo en este punto la doctrina ya fijada en la *STS de 31 de enero de 2007 (recurso 37/2005)*, reiterada en la *STS de 25 de mayo de 2012 (rec. 339/2011)*.

En fin, tampoco puede ser acogido el alegato que se formula en la demanda sobre la supuesta vulneración del principio de culpabilidad. El hecho de que Gas Natural hubiese intentado presentar a título individual un plan de adaptación, no concertado con las demás entidades titulares de la instalación, no significa que no pueda dirigirse contra la recurrente, lo mismo que contra aquellas otras entidades, el reproche por la falta de presentación de un plan de adaptación único y suscrito por todas las cotitulares de la instalación. Como ya dijimos en nuestra *STS nº 204/2017 de 8 de febrero de 2017 (2663/2014)* :

«[...] lo que no puede pretenderse es eludir el cumplimiento de una obligación legal sobre la base de la imposibilidad de un acuerdo entre las mercantiles titulares de autorizaciones concurrentes sobre una misma central nuclear. Pues si, en efecto, dicho acuerdo entra de lleno en la esfera del Derecho privado, en éste han de quedar las consecuencias de la falta de consenso, sin que sea admisible que éstas trasciendan a la esfera pública y sean acogidas por la Administración como excusa para la falta de observancia de un deber legal en un ámbito, además, tan delicado como el concerniente a la seguridad nuclear.

Como señala la sentencia recurrida, las empresas libremente se "agruparon" y solicitaron de forma conjunta una autorización, que la Administración concedió al considerar suficientemente garantizado el interés general. Y son las mismas empresas, las que deben adaptarse a los nuevos límites establecidos en la ley, para una mejor defensa del interés general.

La ley exige adaptación. Cómo se haga internamente por las empresas es algo que queda sujeto al ámbito del Derecho privado».

Por lo demás, en lo que se refiere a la pretendida falta de culpabilidad Gas Natural nada aporta la invocación que se hace en la demanda de lo dispuesto en el Real Decreto- ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares. La *disposición adicional segunda del citado Real Decreto-ley 13/2014* establece:

«Sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria única de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, en el caso de que a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, la titularidad de la autorización de explotación de una central nuclear no se hubiera adaptado a las condiciones establecidas en los *apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 25/1964, de 29 de abril*, dicha titularidad se entenderá

transferida a la entidad que a esa fecha tenga encomendada la explotación de la central nuclear por parte de los titulares de la autorización de explotación. Quedarán con ello sin efecto los planes de adaptación que, en su caso, se encuentren en tramitación».

Pues bien, esa transferencia de titularidad que la norma dispone en favor de la entidad que en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley tenga encomendada la explotación de la central nuclear no alberga ni presupone un juicio exculpatario de cara a un procedimiento sancionador como el que aquí estamos examinando.

Tampoco se aprecia infracción del principio de proporcionalidad, invocado al amparo del *art. 131 de la Ley 30/1992*, por entender que la sanción impuesta no guarda la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción impuesta. La sanción se impone en su grado medio y respecto de una conducta infractora que se ha prolongado en el tiempo, sin que en la graduación de la sanción al infractor pueda tomarse en consideración la paralela actuación de la Administración elaborando una modificación de la Ley de Seguridad Nuclear para evitar la persistencia del incumplimiento, pues tal y como hemos señalado esta previsión legal no tiene influencia alguna en la culpabilidad y en la gravedad de la infracción en relación con la conducta del infractor.

Por todo ello, el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuestos en el *artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción*, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

F A L L O

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

1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la *sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2016 (rec. 560/2014)*.

2.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de la entidad "Gas Natural SDG SA" contra la Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo de 25 de septiembre de 2014 por la que se sancionó a la Iberdrola Generación SA, Endesa Generación SA y Gas Natural SDG SA, titulares de la Central Nuclear de Almaraz, Unidades I y II, con carácter solidario con la multa de tres millones de euros (3.000.000 €).

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso D. Fernando Roman Garcia

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto particular

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Fernando Roman Garcia A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 1091/2016.

Desde el máximo respeto a la decisión de la mayoría, manifiesto mi discrepancia con la sentencia dictada por las razones que expondré a continuación, en forma de sentencia, tal como prescribe el *artículo 260.1 de la LOPJ*.

ANTECEDENTES

PRIMERO a CUARTO.- Acepto, por remisión, los antecedentes de hecho primero a cuarto de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- Objeto del recurso.

Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado la *sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 9 de marzo de 2016, en el recurso 560/2014*.

Dicha sentencia estimó el recurso que había interpuesto GAS NATURAL SDG, S.A. contra la Orden de 25 de septiembre de 2014 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por la que se acordó imponer con carácter solidario una sanción de 3 millones de euros a IBERDROLA GENERACIÓN, S.A., ENDESA GENERACIÓN, S.A. Y GAS NATURAL SDG, S.A., como titulares de la Central Nuclear de Almaraz, Unidades I y II, por la infracción grave de la Ley 25/1964, de Energía Nuclear, consistente en el incumplimiento de forma permanente de la obligación de adaptación prevista en la Disposición Transitoria Única de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, que al efecto establecía:

«Disposición transitoria única. Adaptación a lo previsto en el artículo 28:

La adaptación a lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, se llevará a cabo según se dispone a continuación:

1. Los titulares de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares que no reúnan las condiciones establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, deberán adaptarse a las mismas en un plazo máximo de un año.

(...)

5. *El incumplimiento de la obligación de adaptación en la forma y plazos establecidos en la presente disposición constituye infracción grave a los efectos de lo dispuesto en el artículo 86 b) de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear* .

6. (...)»

SEGUNDO .- Motivo de casación único.

El Abogado del Estado formula un único motivo de casación al amparo del *artículo 88.1.d) de la LJCA* , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Expone el Abogado del Estado en su escrito que los hechos sobre los que se pronunció la sentencia impugnada traen causa del incumplimiento por GAS NATURAL SDG, S.A. (junto con las otras dos empresas) de la obligación de presentación del plan de adaptación en la forma y plazo establecidos en la normativa vigente sobre energía nuclear, lo que dio lugar a la imposición de una sanción de 900.000 €; por infracción grave.

Sin embargo, pese a la imposición de esa sanción, las recurrentes permanecieron en esa situación de incumplimiento, lo que justificó la imposición (previa la tramitación legal correspondiente) de una nueva sanción -esta vez de 3.000.000 €;- por Orden del Ministro de Industria y Energía, que fue recurrida ante la Audiencia Nacional y anulada por la sentencia que ahora se impugna.

Sostiene el Abogado del Estado -en esencia- que la cuestión a resolver es si esa persistente conducta de incumplimiento de una obligación legal constituye una infracción permanente que puede ser sancionada de nuevo, como se hizo en este caso, o si, por el contrario, constituye un comportamiento antijurídico, pero atípico, tal como establece la sentencia impugnada, al no estar prevista en la Ley un tipo de infracción apropiado que la configure como infracción continuada.

Señala la Abogacía del Estado que carece de sentido que las empresas puedan perseverar en el incumplimiento de una obligación legal sin respuesta coactiva porque, si así fuera -como sostiene la sentencia- se estaría premiando la impunidad, dado que el cumplimiento de la obligación de adaptación dependería de la evaluación de los costes, según fueran o no superiores a la multa, siendo obvio que el incumplimiento de una obligación legal no puede beneficiar al infractor.

Por el contrario, añade, la mencionada conducta puede ser sancionada con base en el *artículo 4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador* aprobado por Real Decreto 1398/1993, conforme se establece en la STS dictada en interés de ley en fecha 31 de enero de 2007 (en el recurso 37/2005).

En consecuencia, la conducta es típica y no es preciso realizar interpretación extensiva alguna: se trata de un tipo de infracción de tracto continuado en el que la infracción se produce mientras no se cumple con la obligación de adaptación.

Por tanto, la sentencia recurrida ha interpretado y aplicado indebidamente la

Disposición Transitoria Única de la Ley 12/2011 al atribuir valor esencial al elemento temporal para definir y diferenciar lo que es típico de lo que no lo es, vulnerando así los *artículos 86.b) de la Ley de Energía Nuclear* en relación con lo previsto en la Disposición Transitoria Única, apartados 1 y 5 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo y el *artículo 28 de la Ley de Energía Nuclear* (en redacción de la citada Ley 12/2011), y, asimismo, infringiendo el *artículo 4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador* aprobado por Real Decreto 1398/2003.

Por todo ello, solicita que sea casada la sentencia de instancia y se dicte otra por la que se confirme la sanción impuesta a GAS NATURAL SDG, S.A.

TERCERO.- Oposición al recurso de casación.

GAS NATURAL SDG, S.A. se opone al recurso de casación y alega, en esencia, que la sentencia impugnada apreció correctamente la falta de tipicidad de la infracción consistente en la permanencia en el incumplimiento de la obligación legal tras haber sido impuesta la primera sanción por la falta de presentación en el plazo legal del plan de adaptación (hecho que, además cuestiona y matiza).

Niega, asimismo, que sea aplicable al caso la doctrina establecida en la *STS de 31 de enero de 2007* (RC en interés de *ley nº 37/2005*) a propósito del artículo 4.6 del REPS, por ser aquélla sólo aplicable a los supuestos en que los tipos infractores expresamente prevén la posibilidad de sancionar por la persistencia en el incumplimiento.

Señala, además, que la infracción definida en el tipo que nos ocupa es una infracción de estado, es decir, una infracción instantánea de efectos permanentes, citando al efecto la *STS de 7 de abril de 1989*.

Y, con base en lo expuesto, solicita la desestimación del recurso de casación.

CUARTO.- Fundamentación de la sentencia recurrida en relación con la cuestión controvertida.

A juicio de la Sala de instancia, la infracción por la que se ha impuesto sanción a la recurrente en virtud de la Orden que ahora se impugna no está tipificada en la Ley.

La sentencia recurrida establece -en síntesis- que la Ley sólo prevé la infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de presentación del plan de adaptación en el plazo previsto por la DTU (un año), de manera que, una vez transcurrido ese plazo, la persistencia en el incumplimiento sería una conducta antijurídica, pero no típica y, por tanto, la imposición de sanción constituiría una consecuencia imprevisible atendido el tenor de la norma tipificadora.

A tal efecto, la Sala de instancia reproduce la fundamentación empleada en su *SAN de 1 de diciembre de 2015, dictada en el recurso 572/2014*, en un supuesto sustancialmente asimilable al presente.

QUINTO.- Sobre la falta de tipicidad de la conducta sancionada.

Vistas la fundamentación de la sentencia recurrida y las respectivas posiciones de las partes, la cuestión a resolver se centra en determinar si la sanción impuesta a

GAS NATURAL SDG, S.A. por persistir en el incumplimiento de su obligación de adaptación fue o no correctamente anulada por la sentencia impugnada.

La respuesta a esa cuestión debe ser, sin duda, afirmativa: la Sala de instancia apreció correctamente la falta de tipicidad de la conducta sancionada, conclusión a la que conducen las consideraciones que a continuación se exponen.

El legislador ha construido el hecho típico mediante la incorporación de un elemento material y otro temporal, de manera que la infracción solo surge si el incumplimiento tiene lugar dentro del plazo establecido en la DTU, que es de un año.

El legislador podía elegir entre no sancionar (acudiendo, en su caso, a otro tipo de medidas para evitar la prolongación del incumplimiento, como por ejemplo la denegación de las autorizaciones a que se refieren los *artículos 12 y siguientes del RD 1836/1999, de 3 de diciembre*, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas) o sancionar; y, en este último caso, podía optar entre definir el tipo contemplando solo el elemento material -en este caso, el incumplimiento de la obligación de adaptación- como hizo en otras infracciones previstas en el propio *artículo 86 de la Ley de Energía Nuclear*, o añadir en el tipo, junto a éste y también con carácter esencial, un elemento temporal (el plazo de comisión de la infracción).

Esta última posibilidad ha sido la elegida por el legislador y su decisión de incluir el tipo en la DTU resulta reveladora del carácter esencial que el legislador ha querido asignar en este supuesto al elemento temporal de la infracción.

En todo caso, aunque tal decisión pudiera entenderse como desacertada, debe ser respetada. Esto es, aunque se pudiera apreciar la concurrencia de una defectuosa técnica legislativa en el régimen sancionador establecido por el legislador (sea por la insuficiencia de la normativa aprobada, por la elección de un criterio inadecuado o, simplemente, por la defectuosa redacción del precepto normativo), la decisión del legislador no puede ser suplida jurisdiccionalmente [véanse en este sentido las **SSTS de 15 y 17 de noviembre de 1999**, **15 de febrero de 1999** y **28 de abril de 1998** (**RC 2861/1992**, **RC 4884/1992**, **RC 8848/1991** y **RC 6240/1990**, respectivamente)].

Por tanto, aunque pudiera calificarse como reprobable la persistencia en el incumplimiento después de haberse impuesto una primera sanción por no haber cumplido la obligación de adaptación en el plazo establecido, tal conducta no constituye un hecho típico y, por ello, no puede ser sancionada.

Precisamente esta circunstancia impide que entre en juego y sea de aplicación la doctrina legal establecida en la **STS de 31 de enero de 2007 (recurso en interés de ley 37/2005)**, porque ésta se refiere a supuestos en que un mismo hecho típico se repite en el tiempo, de manera que la conducta infractora tipificada en la ley se realiza reiteradamente, incluso después de haber sido sancionada en firme una primera vez. En tales casos, para evitar dejar sin reproche sancionador esa conducta reincidente, esta Sala exigió que el segundo procedimiento sancionador se incoara después de haber alcanzado firmeza en vía administrativa la primera sanción, requisito que es equivalente al de "ruptura jurídica" exigido por la doctrina jurisprudencial en materia penal (por todas, véase la **STS, Sala Segunda nº 141/2018, de 22 de marzo**) para admitir la iniciación de un nuevo delito en situaciones que, aun siendo propias del orden penal, son asimilables conceptualmente

a la aquí enjuiciada. Y, a tal efecto, esta Sala fijó la siguiente doctrina legal en relación con la aplicación del *artículo 4.6 del RD 1398/1993*, dictado en desarrollo del *artículo 133 de la Ley 30/1992*: "Es posible para la Administración sancionar conductas reincidentes, cuando la resolución sancionadora anterior, haya adquirido carácter ejecutivo, al ser firme en vía administrativa".

Pero, es relevante precisar que esa doctrina legal se fijó en un caso en el que el tipo había sido construido por el legislador contemplando sólo el elemento material, sin incluir ninguna referencia al plazo de realización de la conducta antijurídica (en aquel caso se sancionaban las molestias ocasionadas a los vecinos por los ladridos de perros, que se repitieron después de que el dueño de éstos hubiera sido sancionado en firme por los mismos hechos), exactamente igual que en los casos posteriores en que el propio Tribunal Supremo aplicó dicha doctrina [véanse las **SSTS, Sección Quinta, de 4 de noviembre de 2011 (RC 248/2009)** y **25 de mayo de 2012 (RC 339/2011)**], referidas a la reiteración de vertidos sin autorización]. Es decir, en todos los casos se trataba de supuestos en los que el hecho típico (que incluía sólo la referencia al elemento material), previsto en la ley como infracción, se reiteraba en el tiempo, una y otra vez, después de haberse sancionado en firme en una primera ocasión.

En cambio, aquí nos encontramos ante una primera conducta típica (el incumplimiento de la obligación de adaptación en el plazo de un año) y una segunda conducta reprobable, pero atípica (la persistencia en el incumplimiento una vez transcurrido ese año).

Por ello, si confirmáramos la sanción impuesta a GAS NATURAL SDG, S.A. por la persistencia en el incumplimiento después de haber alcanzado firmeza la primera sanción, estaríamos validando una actuación administrativa no respetuosa con el principio de legalidad, que exige que la conducta infractora esté tipificada en una norma con rango de ley.

Y no cabe argüir frente a ello la eficacia limitada o relativa que el principio de legalidad tiene en el ámbito del derecho administrativo sancionador. La modulación o matización del principio de legalidad en este ámbito ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional y, con base en ella, se permite la colaboración reglamentaria en esta materia, pero sólo es posible acudir a la regulación reglamentaria como complemento o desarrollo de la establecida en la ley, con carácter subordinado o dependiente de ésta y siempre que los elementos esenciales de la infracción y de la sanción estén previstos en la ley (así se establece, entre otras, en la **STC 144/2011**).

Por ello, desde la perspectiva de la doctrina constitucional (establecida, entre otras, en las **SSTC 138/2004**, **229/2007**, **146/2015** y **146/2017**) cabe constatar que no es respetuosa con el principio de legalidad, ni es conforme a las exigencias constitucionales relativas a la tipicidad y taxatividad de las infracciones y sanciones, la actuación de la Administración que impone una sanción por el incumplimiento de una obligación sin que, al menos, la determinación de los elementos esenciales de la infracción y de la sanción estén previstos en la ley. Esta doctrina constitucional es de necesaria observancia y ha sido aplicada por este Tribunal en diversas ocasiones, pudiendo consultarse a este respecto, entre otras, la **STS de 23 de octubre de 2015 (RC 384/2013)** y las que en ella se citan.

Por tanto, ni siquiera el loable objetivo de evitar la persistencia en el incumplimiento de la obligación de adaptación en un sector tan sensible y de tanta

trascendencia como el de la energía nuclear puede justificar la imposición de la sanción examinada, no siendo constitucionalmente admisible en el ámbito sancionador que, por vía de interpretación, pueda ser alterado o ignorado el contenido sustancial de un precepto legal configurado de forma expresa y clara en sus elementos esenciales por el legislador.

En consecuencia, cabe afirmar que la sentencia recurrida ha efectuado una impecable interpretación y aplicación de la legislación aplicable al caso, así como de la doctrina jurisprudencial y constitucional relativas a los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, por lo que debe ser confirmada.

SEXTO.- Conclusión y costas.

A la vista de lo expuesto, procede declarar no haber lugar al recurso de casación y conforme a lo previsto en el *artículo 139 de la LJCA*, las costas deben ser impuestas a la parte recurrente, al haber sido desestimadas totalmente sus pretensiones, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 4.000 €, el importe máximo a reclamar por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, en su caso.

De acuerdo con la fundamentación expuesta, la sentencia debería haber incluido el siguiente:

FALLO

Primero.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la *sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 9 de marzo de 2016, en el recurso contencioso-administrativo nº 560/2014*.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, con la limitación establecida en el último Fundamento de esta sentencia.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que disiento.

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.