



Roj: **SAN 3345/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3345**

Id Cendoj: **28079230042016100331**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/07/2016**

Nº de Recurso: **357/2014**

Nº de Resolución: **371/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3345/2016,**
STS 3751/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000357 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04115/2014

Demandante: NUCLENOR, S.A.

Procurador: D^a ISABEL COVADONGA JULIA CORUJO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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

Madrid, a seis de julio de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. **357/2014** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a Isabel Covadonga Julia Corujo, en nombre y representación de **NUCLENOR, S.A.**, contra Resolución dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 10 de julio de 2014; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



1. La parte actora interpuso, en fecha 31 de julio de 2014, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO: Que teniendo por presentado el presente escrito, junto on sus documentos y sus copias, se digne admitirlo y, en su virtud, tenga por formalizado escrito de Demanda contra la resolución sancionadora dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 10 de julio de 2014, en el procedimiento sancionador DAJ/P. SANC 46/2013 incoado contra Nuclenor el pasado 25 de juliode 2013 por un supuesto incumplimiento de sus obligaciones como productor de energía eléctrica con motivo del cese de explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña, y en su día, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que se anule la Resolución Impugnada, y de manera subsidiaria, y en su caso, valore la cuantía de la sanción a su menor grado."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: " que tnga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por evacuado el trámite conferido y desestime la solicitud de medida cautelar de acuerdo con lo expuesto."

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 18 de febrero de 2015 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 14 de junio de 2016 se señaló para votación y fallo el día 29 de junio de 2016, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación la Resolución dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 10 de julio de 2014, en el procedimiento sancionador incoado a Nuclenor, S.A., el 25 de julio de 2013, por presunto incumplimiento de sus obligaciones como productor de energía eléctrica.

La Resolución contiene la siguiente parte dispositiva:

PRIMERO. Declarar que NUCLENOR es responsable de la comisión de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 a) 20 de la Ley 54/1997 .

SEGUNDO. Imponer a NUCLENOR una multa de 18.400.000 euros (dieciocho millones cuatrocientos mil euros), por dicha infracción muy grave, en aplicación de los criterios expuestos en el FJ Séptimo de esta Resolución.

La Sala de Supervisión Regulatoria hace suyos íntegramente los hechos probados de la propuesta de resolución, destacando, por su especial trascendencia a los efectos de calificar la conducta en cuestión, la circunstancia de que la hoy recurrente **no dirigió comunicación alguna a la Administración energética hasta el día 28 de diciembre, a pesar de que había adoptado en fecha 14 de diciembre la decisión** que figura descrita en la Resolución (*HECHOS PROBADOS*), y completado el 22 de diciembre su ejecución.

2. En efecto, en la Resolución se contiene la siguiente relación de **HECHOS PROBADOS** :

"UNO. El Consejo de Administración de Nuclenor adoptó, con fecha 14 de diciembre de 2012, acuerdo del siguiente tenor literal:

"Autorización de la adopción de las medidas necesarias para que tenga lugar la extracción definitiva del combustible nuclear irradiado en la Central y su descarga en la piscina de combustible gastado, con el consiguiente cese definitivo de la Central Nuclear de Santa María de Garoña con anterioridad al 31 de diciembre de 2012" .

En el supuesto de que o bien no se acabe promulgando la Ley, o se promulgue en unas condiciones que hicieran conveniente para el interés social continuar con la explotación de la Central Nuclear hasta el 6 de julio de 2013, fecha de cierre establecida por la Orden IDC 1785/2009, de 3 de julio, del Ministerio de Industria Turismo y Comercio, el Presidente de la Sociedad someterá a la mayor brevedad posible al Consejo de Administración la posible adopción de las decisiones necesarias para revertir el proceso de ejecución de las medidas acordadas en ejecución del acuerdo anterior" .



Así reconocido resulta en el escrito de alegaciones de la sociedad Nuclenor (folio 53 del expediente).

DOS. La ejecución de dicho acuerdo se inició por Nuclenor el mismo día 14 de diciembre, mediante comunicación dirigida por el Despacho Delegado de la Central al CECOEL informando de la parada prevista de la Central a partir del día 16 de diciembre de 2012. A las 22 horas y 57 minutos del día 16 de diciembre, se produjo la parada efectiva de la Central, y se inició la descarga del combustible desde el núcleo a la piscina de almacenamiento. Así resulta del escrito de REE dirigido a la DGPEM el 14 de enero de 2013 (folio 3 del expediente). El proceso de descarga de los elementos combustibles a la piscina de almacenamiento resultó completado el 22 de diciembre de 2012. Así resulta reconocido en la comunicación dirigida a la CNÉ por Nuclenor el 12 de abril de 2013 en el curso de las actuaciones previas (folio 20 del expediente) y así figura asimismo en el acuerdo del Consejo de Administración de Nuclenor de 28 de diciembre de 2012 (folio 90 del expediente). El proceso de descarga de combustible abarcó la totalidad de los elementos combustibles existentes en ese momento en la central nuclear. Así se afirma por Nuclenor en su comunicación de 12 de abril de 2013 (folios 20 y 22 del expediente). Así se manifiesta igualmente por el CSN en su comunicación de 19 de abril de 2013 (folio 34 del expediente)

TRES. Los actos mencionados se llevaron a cabo por Nuclenor con causa en la prevista entrada en vigor de la ley 15/2013 de Medidas fiscales para la sostenibilidad energética, a partir de enero de 2013 (según resulta expresamente admitido tanto en su comunicación de fecha 12 de abril como en su escrito de alegaciones y en los diferentes documentos jurídicos aportados con el mismo) y con el objetivo explícito de que la descarga de combustible, que constituye el hecho imponible del impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado, tuviera lugar antes de la entrada en vigor de dicha ley.

CUATRO. Tanto la decisión de detener el funcionamiento de la central y la ejecución de las actuaciones necesarias para la descarga completa del combustible se adoptaron por Nuclenor estando plenamente vigente y operativa la autorización de explotación de la Central Nuclear, y sin que concurrieran las circunstancias de parada previamente programada, ni circunstancias imprevistas de carácter técnico o de seguridad que aconsejaran o hicieran necesaria la parada. Así resulta de la comunicación de 12 de abril de Nuclenor (folio 22 del expediente) en la que expresamente se señala que *"La parada para la transferencia de combustible no estaba inicialmente prevista sino que surgió a consecuencia de la tramitación en el Senado de la ley 15/2012..."* Así resulta también de la comunicación del CSN de 18 de abril (folios 28 a 36 de expediente) en la que, en respuesta a diferentes preguntas contenidas en el oficio de la CNE de requerimiento de información, se indica que: i) Conforme a la planificación del calendario de recargas, no se había previsto ninguna parada para recarga de la central en 2012, siendo la última parada para recarga de la Central antes de la fecha de expiración de su autorización de explotación, la efectuada en el mes de mayo de 2011; ii) La actividad correspondiente a la descarga del combustible del reactor en la piscina de almacenamiento no estaba prevista para el segundo trimestre de 2012; iii) Los trabajos de descarga del combustible a la piscina no resultan necesarios para mantener la capacidad de producción de energía eléctrica en los términos previstos en su autorización, ni para la seguridad, disponibilidad y mantenimiento de la potencia instalada.

CINCO. En fecha 28 de diciembre de 2012, y concluido ya el proceso de descarga de combustible a la piscina, Nuclenor dirigió a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria Turismo y Comercio y al Consejo de Seguridad Nuclear los escritos que figuran en los folios 76 a 92 del expediente, mediante los que comunica la decisión de Nuclenor de proceder al cese definitivo de la explotación de la Central Nuclear de Santa María de Garoña con efectos inmediatos y, en cualquier caso, con anterioridad a 31 de diciembre de 2012.

SEIS. El 10 de julio de 2013 se publicó en el BOE la Orden IET 1302/2013, de 5 de julio, cuyo apartado Uno dispone *"Declarar el cese definitivo de la explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña, que tendrá lugar el 6 de julio de 2013."*



SIETE. La Central Nuclear de Santa María de Garoña tiene una potencia neta de 455,29 MW, según resolución de la DGPEM de 11 de diciembre de 2003 (folio 162 del expediente) y con tal potencia figura inscrita en el Registro de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica del Ministerio de Industria, de acceso público.

OCHO. La potencia de la central nuclear de Santa María de Garoña no ha estado a disposición del sistema eléctrico por el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2012 y el 6 de julio de 2013. Durante tal periodo no han sido presentadas ofertas al mercado, ni la central nuclear ha estado en condiciones de producir electricidad tras haber sido extraído el combustible del reactor como consecuencia de las decisiones conscientemente adoptadas por los responsables de la sociedad Nuclenor que se describen en los anteriores apartados Uno y Dos."

Los anteriores hechos declarados probados no han sido cuestionados en ningún momento ni en ninguno de sus extremos por la hoy recurrente y tales hechos se consideran en la Resolución constitutivos de infracción muy grave, en los términos que luego analizaremos.

3. En la demanda se solicita la anulación de la resolución impugnada y, subsidiariamente, que se "*valore la cuantía de la sanción a su menor grado*".

- En pos de su pretensión principal alega la recurrente, en primer lugar, una diferente interpretación a la sostenida por la CNMC y la Abogacía del Estado cuando defienden una aplicación simultánea y complementaria de la legislación sectorial eléctrica y de la especial nuclear, con el fin de sostener que **el cese de explotación de una Central Nuclear requiere autorización administrativa previa**.

Se trata según la actora de dos bloques normativos cuya relación se rige por el principio "*lex specialis derogat legi generali*" concretado en la Disposición Adicional Décima de la LSE de 1997. Y la normativa especial nuclear regula las autorizaciones que deben obtener las Centrales Nucleares y alude al Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radioactivas, en cuyo artículo 28 regula bajo la rúbrica de "*cese de explotación*" el concreto aspecto del funcionamiento de las Centrales Nucleares sometiéndolo únicamente a la exigencia de comunicación al Ministerio de Industria, obligación que -se dice en la demanda- fue diligentemente cumplida por Nuclenor el 28 de diciembre de 2012, fecha en que remitió sendos escritos a la Dirección General de Política Energética y al Consejo de Seguridad Nuclear comunicando el cese de explotación de la Central Nuclear de Santa María de Garoña.

- En segundo lugar, discrepa de la Resolución Sancionadora cuando asumiendo, a los efectos dialecticos, que no resulta exigible autorización administrativa previa para el cese de explotación de una instalación nuclear, mantiene que Nuclenor incumplió el plazo de antelación de un año para efectuar tal comunicación. Argumenta la actora que, con arreglo al Apartado 7 del Anexo de la Orden ITC/1785/2009 referida a la Central Nuclear de Santa María de Garoña, cabe prescindir de dicho plazo cuando "*tal cese se deba a causas imprevistas*", y, según la demandante, tal fue el caso de Nuclenor.

Sostiene la actora que la decisión del Consejo de Administración de Nuclenor se adoptó únicamente cuando los efectos asociados a la nueva tributación ante la tramitación parlamentaria de la Ley de Medidas Fiscales (que finalmente se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 28 de diciembre de 2012) y que implicaba, en los términos en que finalmente se aprobó, un pago inasumible de **153.000.000 de euros**, de ahí - sigue diciendo la demandante- la imprevisibilidad de la causa que eximiría a Nuclenor del cumplimiento del plazo de antelación de un año. Añadiéndose, que la decisión del Consejo de Administración se adoptó únicamente cuando los efectos asociados a la nueva tributación suponía la declaración de concurso de la sociedad y no desde el momento en que se tuvo conocimiento del establecimiento de un nuevo tributo que reduciría notablemente la rentabilidad de la instalación.

- En tercer lugar, discute la actora la tipicidad de la infracción que se le imputa. Sostiene que Nuclenor **no** ha reducido su capacidad de producción sino que ha cesado en la explotación de la Central Nuclear y lo ha hecho cumplimiento el procedimiento al efecto establecido. Por ello, a su juicio, la Resolución infringe de manera flagrante el principio de tipicidad consagrado en el artículo 129.4 de la Ley 30/1992, al hacer una interpretación extensiva para subsumir los hechos descritos en la infracción tipificada en el artículo 60.a).20 de la LSE.

- En cuarto lugar discrepa también la actora del fundamento último de la sanción impuesta, y en concreto de los reproches a Nuclenor: de un lado, el **impacto que en la seguridad de suministro** ha tenido el cese de explotación de la Central Nuclear, lo cual, a juicio de la Actora, estaría en contradicción con la existencia en la actualidad de un exceso de capacidad de generación eléctrica según aseveraciones tanto del propio Ministerio como del CNMC, hasta el punto de ser un hecho notorio siendo totalmente insignificante para la seguridad del suministro la decisión de cese de explotación de la Central Nuclear de Santa María de Garoña siete meses antes de su fecha de fin de explotación. Y, de otra parte, en relación con la simulación de precios, tacha de

inverosímil el impacto en el precio de mercado que dicho cese tendría coherentemente con el funcionamiento del mercado de la electricidad y el comportamiento típico de los agentes que en él intervienen.

- Por último, y de manera subsidiaria, la actora disiente de la cuantía de la sanción impuesta en su grado máximo, invocando la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la interpretación jurídica razonable de las normas aplicables que eximiría de responsabilidad.

El Abogado del Estado a la luz de la fundamentación jurídica de la resolución impugnada rebate los motivos alegados por la actora y solicita la desestimación del recurso.

4. Sobre la normativa aplicable .

La CNMC argumenta en la resolución impugnada una aplicación simultánea y complementaria de la legislación sectorial eléctrica y de la especial nuclear. Se trata en realidad, de dos bloques normativos -y en eso están de acuerdo ambas partes- diferenciados cuya relación se rige, en efecto por el **principio de especialidad** concretado en la Disposición Adicional Décima de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico , a cuyo tenor "*Las instalaciones de producción de energía eléctrica a las que sea de aplicación la Legislación Especial en materia de energía nuclear, se regirán por la misma, además de por lo dispuesto en la presente Ley*".

En realidad la recurrente parece plantear un conflicto normativo más aparente que real, desde el momento en que reconoce meridianamente que las obligaciones impuestas en la LSE (ya sea en su artículo 21.6 como en el artículo 26.2 a)) le son de aplicación, como a todas las instalaciones que estén operativas, sean del tipo que sean y, por tanto, también a las nucleares que, por tanto, deban asumir obligaciones como sujetos productores de electricidad y además de ello las exigencias de la legislación nuclear derivadas de la particular peligrosidad del combustible que utilizan. Por ello la Sala comparte plenamente el planteamiento de la Resolución de la CNMC que, sin duda, se deduce del propio tenor literal de la transcrita disposición adicional décima de la LSE , cuyo texto, al utilizar la expresión **además** , hace que decaiga la argumentación de la actora sobre la legislación nuclear, en el sentido postulado de Ley Especial y de aplicación preferente a todos los efectos, y no sólo respecto del régimen procedimental de la autorización, al que luego aludiremos, sujeto a la aplicación especial, y más rigurosa precisamente en atención a la seguridad, de la norma especial que rige las instalaciones nucleares.

En definitiva, el Título Cuarto de la LSE, y en concreto el Capítulo I del mismo, que regula la producción en régimen ordinario, es directa y plenamente aplicable a las Centrales Nucleares de producción de energía eléctrica, como a cualquier otra instalación de cualquier otra tecnología.

Y, por ello, bien traídos a colación están los artículos 21 de la LSE de 1997 (también hoy la vigente Ley 24/2013) cuando establece que "*La construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica, estará sometida al régimen de autorización administrativa previa en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo...*". Igualmente las exigencias de inscripción de las instalaciones de producción autorizadas y, en especial, la potencia de la instalación (artículo 21 apartados 4 y 5 de la Ley 54/1997 , y hoy también Ley 24/2013, apartados 2 y 3) todo ello en orden a garantizar al sistema esa potencia autorizada e inscrita de la instalación, cualquiera que sea la energía primaria que se utilice y cualquiera que sea la tecnología que se aplique en su proceso productivo y, por ello, también a las Nucleares. Y en este sentido también el artículo 21.6 (hoy artículo 21.4 de la Ley 24/2013) cuando obliga a los titulares de las autorizaciones "*a mantener la capacidad de producción prevista en las mismas*", sin que exista excepción alguna para las autorizaciones otorgadas en el marco de la Ley de Seguridad Nuclear.

5. Sobre la necesidad de autorización administrativa del cese de explotación de una Central Nuclear

Aclarado en el sentido que antecede el ámbito y aplicación conjunta de ambos ordenamientos o bloques normativos, debemos también aclarar, y ello resulta fundamental en la presente controversia, que el cese de explotación de una instalación nuclear, y frente a lo que en la demanda se dice, no aparece únicamente regulado en la legislación especial nuclear y sí también en la normativa sectorial eléctrica.

La actora afirma que existiendo una regulación específica de las autorizaciones que han de obtener las Centrales Nucleares en la Ley 25/1964, de Energía Nuclear y, muy particularmente, en el Reglamento de Instalaciones Nucleares y Radiactivas, aprobado por Real Decreto 1836/1999 no resulta aplicable el régimen contenido en la legislación eléctrica.

Y, consecuentemente, afirma que la normativa nuclear no somete a autorización administrativa previa el cese de explotación, para concluir que el cierre de la Central de Santa María de Garoña no puede subsumirse en la infracción sancionada.



En definitiva, la normativa específica que a juicio de la actora resulta de aplicación no somete autorización administrativa previa el cese de explotación. Este es el argumento central de su recurso y califica de sesgada la interpretación del artículo 28 RINR que hace la Resolución de la CNMC, cuyo tenor literal es el siguiente:

"El titular de una autorización de explotación comunicará al Ministerio de Industria y Energía, al menos con un año de antelación a la fecha prevista, su intención de cesar con carácter definitivo la actividad para la que fue concebida la instalación. Tanto en este supuesto, cuando en el cese de la actividad se deba a alguna de otra circunstancia, el Ministro de Industria y Energía, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear, declarará el cese definitivo de la explotación y establecerá las condiciones a las que deban ajustarse las actividades a realizar en la instalación hasta la obtención de la autorización de desmantelamiento y el plazo en que se deberá solicitar dicha autorización".

Pues bien, de nuevo la Sala ha de rechazar la forzada interpretación (*pro domo sua*) que ofrece la recurrente cuando pretende que el Ministro está obligado a declarar, sin más, el cese pues, siempre a juicio de la recurrente, la normativa nuclear tan sólo exige una mera comunicación y la Administración sin poder decisorio alguno debe limitarse a ratificar la referida comunicación.

Es cierto que el artículo 111 del RD 1955/2000 que regula los "procedimientos para el otorgamiento de autorizaciones administrativas para la construcción, modificación, explotación, transmisión y cierre de instalaciones de producción, transporte y distribución de energía eléctrica, excluye del régimen de autorización establecido en el mismo a las "instalaciones de producción de energía eléctrica de origen nuclear, que se regirán por su normativa específica"; pero una cosa es el sometimiento a un procedimiento específico, por lo que aquí importa para el cierre de instalaciones, que no para el cese de actividad, y otra bien distinta que, como pretende la actora, pueda considerarse a las Centrales Nucleares exentas de la necesidad de obtener autorización administrativa para el cese de su actividad de producción de energía eléctrica". Tal exigencia es inherente al ámbito material de obligaciones regulado en la legislación general, y no al ámbito material de las obligaciones reguladas en la legislación especial de instalaciones nucleares, porque su finalidad no está tanto vinculada a la seguridad como a la garantía de suministro eléctrico; de ahí que tal autorización de cese de actividad sea exigible en todo caso por imponerlo así la LSE, no sólo para las instalaciones productoras de electricidad con energía nuclear, sino para todas las instalaciones que utilicen otras fuentes de energía. Y así, en efecto, resulta tanto de los artículos 21 y 26 de la LSE, como en el artículo 60 a) de la Ley 54/1997 que calificaba como infracción muy grave la reducción sin autorización de la capacidad de producción de energía eléctrica en su apartado 20, siendo, como bien se dice en la Resolución impugnada, el supuesto más extremo de reducción de dicha capacidad el cese de actividad de la propia instalación, ya que, en definitiva, conlleva por definición la reducción a cero de dicha capacidad de producción.

En definitiva, el conflicto normativo que plantea la actora, y que como decimos no es tal, en todo caso se solucionaría no tanto en virtud del principio de especialidad sino, tal y como se plantea, por el principio de jerarquía normativa, esto es, la exclusión de la necesidad de autorización por vía reglamentaria invocada por la actora sería contraria a la Ley 54/1997 y, en cualquier caso, no permite concluir, como pretende la recurrente, que el cese de actividad de las instalaciones nucleares sea una decisión unilateral de su titular, sometida únicamente a la comunicación a la Administración, la cual se limitaría a certificar el cierre ya decidido.

Buena prueba de lo anterior son las sucesivas autorizaciones administrativas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a que se refiere la Resolución impugnada (página 25 y 26), citándose como más relevante la contenida en la Orden ITC 1785/2009, de 3 de julio, que determinó como fecha de cierre el **6 de julio de 2013**, siendo así que hasta la citada fecha, el sector eléctrico según consta en el referido título autorizatorio, debía contar con la potencia de 455.29 MW que garantizaba la instalación al sistema y, que en consecuencia debía ser mantenida por la recurrente, sin que fuera posible su reducción a cero, como se hizo, sin contar con la autorización correspondiente modificando la anteriormente señalada. También se hace referencia a la Orden 1313/2013, de 5 de julio, por la que se declaró el cese de la instalación, a solicitud de la propia recurrente en su escrito de 28 de diciembre de 2012, no declarando el cese de la instalación a fecha 31 de diciembre de 2012 como se pretendía por la solicitante, sino a la de **6 de julio de 2013**, decidida por la Administración.

Por último a idéntica conclusión se llega desde la óptica de la regulación de las autorizaciones en la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear y en el Reglamento invocado por la recurrente cuando establece que:

"1. El titular de una autorización de explotación comunicará al Ministerio de Industria y Energía, al menos con un año de antelación a la fecha prevista, su intención de cesar con carácter definitivo la actividad para la que fue concebida la instalación. Tanto en este supuesto, como cuando el cese de la actividad se deba a alguna otra circunstancia, el Ministro..., previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear, declara el cese definitivo de la explotación, y establecerá las condiciones a las que deban ajustarse las actividades a realizar en la



instalación hasta la obtención de la autorización de desmantelamiento y el plazo en que se deberá solicitar dicha autorización.

2. El titular de la autorización de explotación, antes de la concesión de la autorización de desmantelamiento, deberá:

a) Haber descargado el combustible del reactor y de las piscinas de almacenamiento o, en defecto de esto último que se disponga de un plan de gestión del combustible gastado aprobado por el Ministerio de Industria y Energía, previo Informe del Consejo de Seguridad Nuclear.

b) Haber acondicionado los residuos generados durante la explotación".

De donde se desprende, sin género de dudas, que el titular ha de comunicar con al menos un año de antelación su intención de cesar con carácter definitivo la actividad, siendo al Ministro al que corresponde adoptar, previo Informe del Consejo de Seguridad Nuclear el acuerdo correspondiente que de un lado declare el cese y, de otro, imponga las condiciones a las que debe ajustarse la actividad en el tiempo que medie entre el cierre hasta que se obtenga la autorización de desmantelamiento, así como el plazo en que ésta última deba ser solicitada.

Por lo demás ese fue el contenido de la Orden del 5 de julio de 2013 por la que se declaró el cierre definitivo de la Central de Santa María de Garoña y que tuvo lugar el 6 de julio de 2013, acordando así una fecha distinta de la pretendida por su titular y, además, estableciendo las condiciones de la actividad a desarrollar y fijando el plazo para la solicitud de desmantelamiento, entre otros particulares, y que, por cierto, y en abierta contradicción con las tesis mantenidas en la demanda, no consta siquiera fuese recurrida por la demandante.

6. Contexto histórico de los hechos

Antes de abordar los elementos propiamente dichos de la infracción y correlativa sanción, traemos a colación el contexto en que se produjeron los hechos en el marco de la autorización de explotación de la Central Nuclear, contexto que se describe en la Resolución impugnada (Fundamento Jurídico Tercero) en los siguientes términos:

.La Central Nuclear de Santa María de Garoña, obtuvo un permiso provisional de explotación el 30 de octubre de 1970, y fue acoplada a la red eléctrica el 2 de marzo de 1971, funcionando con permisos de explotación y prórrogas anuales de la autorización de explotación hasta el año 1999, en que, por Orden de 5 de julio de 1999, fue otorgada la renovación del permiso de explotación por diez años más, con la posibilidad de renovación por otros diez, a solicitud de su titular.

Formulada dicha solicitud con la antelación de tres años prevista en la Orden de 5 de julio de 1999, y previos informes del Consejo de Seguridad Nuclear de fechas 5 de junio de 2009 y 24 de junio de 2009, se publicó la **Orden ITC1785/2009, de 3 de julio**, por la que se dispone. "*Uno. Acordar como fecha de cese definitivo de explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña el 6 de julio de 2013. Dos. Otorgar a la empresa NUCLENOR S.A. la renovación de la autorización de explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña, hasta el 6 de julio de 2013. Tres...*"

La Orden ITC/1785/2009 contemplaba además en su parte dispositiva otra serie de disposiciones tendentes a asegurar el cumplimiento de la fecha de cese. En concreto, la obligación de Nuclenor de presentar antes de 31 de diciembre de 2011 un programa preliminar de las actuaciones a llevar a cabo para el desmantelamiento de la instalación (apartado Tres) y la prohibición expresa de realizar modificaciones y propuestas de actuación que impidieran o dificultaran el cese definitivo de la explotación en la fecha establecida, así como la obligación de planificar el calendario de recargas teniendo en cuenta la fecha de cese definitivo de la explotación (apartado Cinco).

Asimismo, la Orden ITC 1785/2009 establecía en su apartado Cuatro, y en el Anexo al que éste se remite, los límites y condiciones para la explotación de la Central.

Con fecha 3 de julio de 2012 se publicó en el BOE la **Orden IET/1453/2012, de 29 de junio**, por la que

- 1) revocándose parcialmente la Orden ITC 1785/2009, se dejan sin efecto los puntos Uno, Tres y Cinco de su parte dispositiva;
- 2) se revalidan los límites y condiciones establecidos en el Anexo a la Orden ITC 1785/ 2009, con las modificaciones que se contemplan en el nuevo Anexo;
- 3) sé establece la posibilidad de que, con anterioridad al 6 de septiembre de 2012, el titular pueda solicitar una renovación de la autorización de explotación por un nuevo periodo no superior a seis años, estableciéndose determinados requisitos



que debería cumplir tal solicitud relativos a la actualización y garantía del cumplimiento de las condiciones de seguridad de la central.

Conforme alega Nuclenor en su escrito de 28 de agosto de 2013, dicha sociedad no formuló la solicitud de renovación de la autorización de explotación por otros seis años, dentro del plazo máximo previsto que concluía el 6 de septiembre de 2012, según la opción conferida por el apartado 3 de la Orden IET/1453/2012, aunque sí solicitó por dos veces, antes de dicha fecha, que tal plazo fuese ampliado o suspendido hasta que resultaran despejadas una serie de incertidumbres sobre el marco regulatorio, tanto sectorial, como de carácter económico general y de carácter fiscal, que pudieran afectar a la futura rentabilidad económica de la central nuclear, a cuyo efecto solicitaba del Ministerio información acerca de las medidas que el Gobierno tuviera previsto adoptar.

Así pues, el marco autorizatorio en el que se producen los hechos que aquí se enjuician es el determinado por el contenido de la Orden IET/1453/2012, de 29 de junio, y por la Orden ITC/1785//2009, de 3 de julio, en la parte de ésta que no ha sido revocada expresamente por la Orden IET/1453/2012, con la salvedad relativa al apartado tres de ésta última, por cuanto que, cumplida la fecha 6 de septiembre de 2012 sin que la sociedad Nuclenor hubiera solicitado la renovación de la autorización de explotación, tal apartado perdió toda virtualidad.

En dicho marco se mantiene, por tanto, como fecha prevista de cese de la explotación, la de **6 de julio de 2013**, por ser ésta la fecha de expiración de la renovación autorizada por el apartado dos de la Orden ITC/1785/2009, y se mantiene el bloque de obligaciones y cautelas, establecido en el Anexo de ésta, más las obligaciones y exigencias de actualización de los estudios de seguridad que el Anexo de la Orden IET/1453/2012 incorpora. En consecuencia, hasta la citada fecha -tal y como figura en el título autorizatorio el sistema eléctrico español debía de contar con la disponibilidad y mantenimiento por su titular de la potencia de la central que figura inscrita en el Registro Administrativo (455.29 MW).

Antes de proceder a analizar la conducta de Nuclenor, y para evaluar el impacto sobre la garantía de suministro de dicha conducta, importa dejar constancia del complejo escenario energético en el que se aprobó la Orden IET/1453/2012, de 29 de junio, ampliamente descrito en su parte expositiva, ya que pone de relieve la trascendencia que por parte del Ministerio se otorga al mantenimiento en ese momento de la central nuclear de Santa María de Garoña dentro del sistema eléctrico español.

Así, entre las consideraciones que constituyen la motivación de la Orden, se destaca (Segunda) el elevado nivel de dependencia energética que tiene España del exterior, la contribución significativa de la energía nuclear a la diversificación de las fuentes de abastecimiento y a la reducción de gases de efecto invernadero, recordando que, durante 2011 la electricidad de origen nuclear cubrió el 20% de la demanda eléctrica en España. Concluye la consideración segunda: *"La necesidad de garantizar este suministro se ve acentuada en los últimos tiempos, como consecuencia de las incertidumbres derivadas de los conflictos surgidos en algunos países, cuya evolución tiene una incidencia relevante en el mercado internacional de combustibles fósiles"*.

La consideración Tercera destaca que las centrales nucleares y, entre ellas, la central nuclear de Santa María de Garoña, producen una energía eléctrica denominada de base que, al igual que la procedente de las centrales térmicas, y de las grandes centrales hidráulicas, contribuye a la estabilidad de la red eléctrica". Prosigue este apartado señalando que tal estabilidad resulta particularmente necesaria en el caso de los sistemas eléctricos aislados o con nivel de interconexión reducido, como es el caso del sistema peninsular español. Y recuerda, por último, que la generación de energía eléctrica de base mediante energía nuclear contribuye a reducir el déficit de la balanza comercial energética española, al evitarse la importación de combustibles alternativos y la adquisición de derechos de emisión de CO₂.

La consideración Cuarta hace referencia al déficit acumulado del sector eléctrico, que hace necesaria la adopción de medidas definitivas para resolverlo, algunas ya adoptadas mediante los RDL 1/2012 y 13/2012, pero no suficientes aún, para concluir en estos términos: *"En este complejo escenario, resultan de suma importancia las decisiones que contribuyan a contener, los costes de la electricidad para los consumidores, por lo que es necesario tener en cuenta que, dado el sistema de fijación del precio de la electricidad en el mercado de producción, el cese de la explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña supondría un desplazamiento de la curva de oferta hacia otras fuentes de suministro de mayor precio, lo que tendría un efecto negativo en el mismo, y por tanto, en la factura eléctrica a pagar por todos los consumidores de energía eléctrica."*

La consideración Séptima, por último recuerda que *"La prolongación de la explotación de la central nuclear de Santa María de Garoña tiene un efecto favorable sobre la actividad económica, el empleo y la recaudación impositiva en la zona de influencia de la planta, así como en la industria nuclear y otros sectores económicos que suministran bienes y servicios a la central, lo que merece particular consideración dada la actual coyuntura económica."*



Tales consideraciones llevaron, según prosigue la parte expositiva de la Orden, a que el Ministro se dirigiera al Consejo de Seguridad Nuclear requiriendo informe acerca de si, desde el punto de vista de las competencias de dicho Organismo, existía algún impedimento para llevar a cabo la modificación de la Orden ITC/1758/2009 *al objeto de que quede abierta la posibilidad de renovar la autorización de explotación vigente, a partir de su fecha de expiración, por un nuevo periodo de seis años.*

Parece incuestionable, pues, que la aportación de la Central de Garoña a la garantía de suministro y a los objetivos más amplios de reducción del déficit del sector eléctrico y de equilibrio de la balanza energética española en un momento de particular inestabilidad del contexto internacional, se consideró de singular importancia, determinando la iniciativa del Ministerio para posibilitar la continuidad de la explotación de la planta, iniciativa que, tras los pertinentes informes y recomendaciones del Consejo de Seguridad Nuclear, concluyó con la publicación de la Orden IET/1453/2012 de 29 de julio.

No pueden oponerse a los anteriores, los argumentos esgrimidos por Nuclenor extraídos de la Exposición de Motivos de la Orden ITC/1785/2009, de 3 de julio, de los que pretende concluir la irrelevancia de la aportación de la central nuclear de Santa María de Garoña a la garantía de suministro. Tal Exposición de Motivos de 2009, anterior en dos años y medio a los hechos que aquí se analizan, refleja una coyuntura energética nacional e internacional indiscutiblemente más favorable que la sobrevenida posteriormente y que determinó como se ha reflejado en los párrafos anteriores, la iniciativa del Ministerio para facilitar la continuidad de la explotación de la Central de Santa María de Garoña.

Tal es el contexto en el que, antes de concluir el año 2012 y solo unos meses después de publicada la Orden IET/1453/2012, Nuclenor adopta y ejecuta las decisiones que dieron lugar al expediente sancionador en cuestión.

7. Sobre los hechos sancionados.

Pues bien, la decisión de cese de la explotación de la Central se adoptó el 14 de diciembre de 2012 en los siguientes términos:

Pues bien, la decisión de NUCLENOR de cesar la explotación se adoptó el 14 de diciembre de 2012 en los siguientes términos: *"Autorización de la adopción de las medidas necesarias para que tenga lugar la extracción definitiva del combustible nuclear irradiado en la central y su descarga en la piscina de combustible, con el consiguiente cese definitivo de la Central Nuclear de Santa María de Garoña con anterioridad al 31 de diciembre de 2012.*

En el supuesto de que (i) o bien no se acabe promulgando la ley, o (ii) se promulgue en unas condiciones que hicieran conveniente para el interés social continuar con la explotación de la Central Nuclear hasta el 6 de julio de 2013, fecha de cierre establecida por la Orden ITC 1785/2009, de 3 de julio, del Ministerio de Industria Turismo y Comercio, el Presidente de la sociedad someterá al mayor brevedad posible al Consejo de Administración la posible adopción de las decisiones necesarias para revertir el proceso de ejecución de las medidas acordadas en ejecución del acuerdo (a) anterior."

La comunicación de dicho acuerdo, sin embargo, no se produjo hasta transcurridos 14 días, una vez concluido el proceso de descarga del combustible desde el 22 de diciembre, de forma que la indisponibilidad de la potencia de la Central Nuclear era ya un hecho irreversible.

De ello se desprende que, en efecto, la recurrente siguió una política de hechos consumados, limitándose a comunicar al Ministerio su decisión unilateral de cese, comunicación que, además, no tuvo lugar hasta el 28 de diciembre de 2012, catorce días después de adoptarse el acuerdo, con ocasión de la publicación de la Ley de Medidas Fiscales y, lo que se subraya en la Resolución sancionadora, cuando el proceso de descarga del combustible estaba ya concluido desde el anterior 22 de diciembre, de forma de que la indisponibilidad de la potencia de Santa María de Garoña era ya un hecho irreversible en el año 2012. Es decir, la recurrente puso en conocimiento del Ministerio unos hechos ya consumados, tanto respecto al cese de la actividad de la planta, como respecto al objetivo perseguido de que la descarga del combustible nuclear gastado (hecho imponible del nuevo impuesto sobre la producción del combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la producción nucleoelectrónica) tuviera lugar antes del **31 de diciembre de 2012**.

No obstante lo anterior, de aún admitirse dialécticamente la tesis de la demandante sobre la necesidad únicamente de comunicar a la Administración, es de todo punto evidente que la comunicación debería hacerse efectuado con la antelación suficiente para que por la Administración pudieran ser adoptadas las decisiones y previsiones correspondientes hasta la autorización de desmantelamiento de la Central; siendo así que dicha comunicación no se produjo sino dos semanas después de tomada la decisión y cuando ya la misma tenía carácter irreversible.



Tampoco podemos aceptar la alegada concurrencia de una causa imprevista para la pretendida exoneración del cumplimiento del plazo de antelación. Alega la actora como causa imprevista la tramitación del proyecto de Ley de Medidas Fiscales. En efecto, no es ya sólo lo que cuando la norma se refiere a causas imprevistas se está refiriendo a causas propiamente de la explotación (diríase causas propiamente técnicas) y no, por tanto, a la promulgación de una Ley que, tras un largo período de tramitación, se publicó definitivamente en el Boletín Oficial del Estado el 28 de diciembre de 2012 y cuyo texto incluía, entre otros, el citado Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y que entraría en vigor el 1 de enero de 2013; sino es que, además, la propia actora manifiesta haber estado al tanto, como es natural, de la detallada sucesión de enmiendas y cambios sobre el hecho imponible y las consecuencias del nuevo Proyecto a lo largo de todo el proceso de aprobación de la Ley de Medidas Fiscales y que, contrariamente a lo que se dice en la demanda, constatan de manera clara su previsibilidad y desde luego la previsión por la recurrente, según se desprende de la documentación por la misma aportada, y muy particularmente de los diversos informes recabados a distintos profesionales, todos ellos obrantes en el expediente administrativo, mediante los cuales pudo conocer y evaluar los riesgos de las distintas alternativas posibles, incluso llegándose a cuantificar las consecuencias pecuniarias de una posible sanción administrativa en caso de cierre de la Central antes de finalizar el año, lo que efectivamente hizo, tras sopesar de que le fuera impuesta una sanción pecuniaria de hasta 30.000.000 de euros y del coste fiscal que evitaba de mantener la Central abierta hasta su fecha prevista de cierre, que evaluó en más de 150.000.000 de euros optando, como decimos, por el cierre de la Central para, en definitiva, evitar los previsibles efectos del nuevo tributo.

8. Sobre la tipicidad.-

Alega la actora que los hechos descritos no pueden subsumirse en la infracción tipificada en el artículo 60 LSE. El precepto califica como infracción muy grave "*La reducción sin autorización de la capacidad de producción o de suministro de energía eléctrica*".

Y en los mismos términos el vigente artículo 64, apartado 37 de la Ley 24/2013.

La Resolución sancionadora aplica correctamente el tipo previsto en el artículo 60.a) 20 de la LSE de 1997 con pleno respeto al artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, Procedimiento Administrativo Común, que exige que entre los hechos imputados y la conducta infractora descrita en la norma exista una plena concordancia y quedando, por lo tanto, descartada cualquier tipo de aplicación extensiva o analógica del concreto precepto aplicado.

La subsunción en el tipo descrito deviene correcta porque, como resultado directo de la decisión de la recurrente y de la ejecución de la misma, la capacidad de producción del sistema eléctrico se vio reducida en 455,9 MW, por el período de tiempo comprendido entre el 16 de diciembre de 2012 y el 6 de julio de 2013, sin que mediara para tal reducción ni comunicación previa a la Administración, ni la autorización exigible, adelantando así la fecha de cese de la Central, que era el 6 de julio de 2013 con arreglo a la Orden ITC 1785/2009, de 3 de julio, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

9. Sobre la culpabilidad.-

Tampoco la Sala puede aceptar la invocación de la reiterada doctrina jurisprudencial para sostener que en este caso no existe responsabilidad administrativa porque la conducta del infractor se encuentra amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables (por todas SSAN de 15 de octubre de 2012 y de 6 de marzo de 2013). No parece que en este caso fueran las dudas interpretativas de la norma sancionadora, que ni siquiera se concretan, las que propiciarán el actuar de la recurrente; antes bien al contrario, y como la propia parte ha puesto de manifiesto, ésta era plenamente conocedora del alcance y consecuencias del posible cierre anticipado de la Central Nuclear, y para ello recabó incluso toda una serie de informes de expertos profesionales que le procuraron consejo y advertencia para hacer frente al posible expediente sancionador que habría finalmente de afrontar.

10. Sobre la proporcionalidad de la sanción.-

Por último la Sala ha de descartar la infracción del principio de proporcionalidad que se alega para fundamentar la pretensión subsidiaria.

En efecto la Resolución sancionadora se atiene al artículo 63 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, a la sazón vigente y que prevé las siguientes circunstancias para determinar la sanción correspondiente:

"El peligro resultante de la infracción para la vida y la salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.

La importancia del daño o deterioro causado.



Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro a usuarios.

El grado de participación y el beneficio obtenido.

La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción.

La reiteración por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por Resolución firme".

En particular se tiene en cuenta por la Administración el beneficio obtenido, según la cifra que la propia recurrente ofrece, sería un importe de 152,8 millones de euros que ha dejado de ingresar a la Hacienda Pública como resultado de su decisión, importe que resulta ser más de cinco veces superior al límite máximo de la multa por infracción muy grave establecido en la Ley 54/1997 (30.000.000 de euros).

Ello unido a la toma en consideración de las circunstancias para evaluar el impacto de la conducta enjuiciada sobre la garantía de suministro y el mercado de producción de electricidad (página 43 y 44 de la Resolución de la CNMC) nos llevan a confirmar también la Resolución en cuanto a este último extremo se refiere, máxima teniendo en cuenta que ha sido aplicado retroactivamente la Ley 24/2013 por resultar más favorable en tanto en cuanto la cuantía de la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor y, por ello, tomando como cifra neta de negocios 184.000.000 de euros para el ejercicio 2011 (último ejercicio económico completo antes del cese de la actividad productiva) ha de considerarse proporcionada y con la consiguiente desestimación también del último motivo de recurso.

11. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución administrativa impugnada por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **NUCLE NO R, S.A.**, contra Resolución dictada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 10 de julio de 2014, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la Resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe preparar ante esta Sala, para ante el Tribunal Supremo, **recurso de casación ordinario**, en el plazo de diez días, a partir del siguiente al de la notificación de esta resolución. Art. 89 LJCA), y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.