



Roj: **SAN 3493/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3493**

Id Cendoj: **28079230042017100341**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **783/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3493/2017,**
ATS 1833/2018,
STS 3772/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000783 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07322/2015

Demandante: RED ELECTRICA ESPAÑA S.A.U.

Procurador: DON JACINTO GÓMEZ SIMÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a catorce de junio de dos mil diecisiete.

Se ha visto ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 783/15, el recurso contencioso-administrativo formulado a instancia de Red Eléctrica España S.A.U. representada por el procurador don Jacinto Gómez Simón, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 3 de diciembre de 2015, que desestimó la revocación de la sanción



que le había impuesto por acuerdo de 8 de octubre de 2015 por la construcción de una instalación eléctrica sin autorización.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO

PR IMERO .- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en fecha 14 de diciembre de 2015, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto de fecha 21 de enero de 2016, y con reclamación del expediente administrativo.

SE GUNDO .- La parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 13 de mayo de 2016 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: « (i) *Anule (1) la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 13 de octubre de 2015, por la que declara a REE responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 a) 9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , en relación con el artículo 60 a) 19 de la misma ley ; y le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 300.000 euros; y (ii) la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 3 de diciembre de 2015, por la que se desestima la solicitud de revocación presentada por REE. frente a la Resolución Sancionadora; o (ii) Subsidiariamente, en aplicación del artículo 63 de la LSE de 1997 , imponga a REE una sanción simbólica de un euro.*».

TE RCERO .- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CU ARTO .- Tras la práctica de la prueba propuesta y en trámite de conclusiones, instado directamente en la demanda, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 7 de junio de 2017 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don SANTOS GANDARILLAS MARTOS, quien expresa el parecer de la Sala.

FU NDAMENTOS DE DERECHO

PR IMERO .- Es objeto del presente recurso la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 3 de diciembre de 2015, que desestimó la revocación de la sanción que le había impuesto por acuerdo de 8 de octubre de 2015 por la construcción de instalación una eléctrica sin autorización.

El acuerdo sancionador de 8 de octubre de 2015 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC declaró a la empresa Red Eléctrica España S.A.U. (en lo sucesivo REE) responsable de una infracción grave, de conformidad con el artículo 61.a) 9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (BOE de 28 de noviembre), en relación con el artículo 60.a) 19, como consecuencia de las obras de construcción de la Subestación de Torrejón de Velasco (Madrid) sin autorización administrativa. La sanción impuesta ascendió a una multa de 300.000 euros.

Red Eléctrica, en su escrito de demanda, insta la nulidad del acuerdo sancionador. Considera que (i) la CNMC no es el órgano competente para resolver el expediente sancionador; (ii) la infracción prescribió en lo que respecta a los trabajos de acondicionamiento; (iii) la falta de tipicidad, ya que los trabajos realizados sobre la parcela de la Subestación no encajan en el tipo infractor de la Ley 54/1997; (iv) la ausencia de culpabilidad de REE; (v) la sanción resulta incompatible con el principio de proporcionalidad y los criterios de graduación, por lo que el importe de la sanción debería ser simbólico.

SE GUNDO .- Con carácter previo debemos abordar la inadmisibilidad invocada por el abogado del Estado, quien cuestiona que don Estanislao tenga la condición de representante y/o administrador de REE, ni la voluntad de la entidad para recurrir.

Debemos tener presente que al interponer el presente recurso REE aportó certificado de fecha 10 de noviembre de 2015, firmado por su administrador único, para poner de manifiesto su voluntad impugnatoria en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45.2.d) de la LJCA .

Lo que debemos valorar es si quien actuó en calidad de administrador y representante tenía esa condición. En conclusiones, la actora aportó documentación para acreditar la cuestionada administración y representación.

Como documento 1, incorporó la escritura de elevación a público del acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria y Universal de Accionistas de REE (celebrada por su socio único el 21 de mayo de 2014), relativo a la reelección de Red Eléctrica Corporación, S.A. (en lo sucesivo REC) como administrador único de REE, por

el plazo estatutario de seis años (hasta junio de 2020). La escritura pública fue otorgada con fecha 3 de junio de 2014 ante el notario.

Como documento 2, la escritura de fecha 3 de junio de 2014, de elevación a público del acuerdo adoptado con fecha 27 de mayo de 2014 por el Consejo de Administración de REC, en virtud del cual (i) se acepta la reelección de REC como administrador único de REE y (ii) se designa al presidente del Consejo de Administración, don Estanislao , como representante persona física de REC para desempeñar el cargo de Administrador único de REE. Dicha escritura pública fue otorgada el 3 de junio de 2014 ante notario.

Por último, como documento 3, se aportó la escritura de elevación a público del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de REC el 26 de abril de 2016, revocando la designación de don Estanislao como representante persona física del Administrador único de REE. Esta escritura pública fue otorgada el 4 de mayo de 2016 ante notario.

Todos los documentos fueron inscritos en el Registro Mercantil de Madrid, conforme a los certificados insertos en la última página de cada uno de ellos.

Pocas dudas caben para rechazar la causa de inadmisibilidad del abogado del Estado, que una vez más y con el mismo escaso éxito ha reiterado, en lo que ya se ha convertido una reiterada y sistemática costumbre, en ese representante de la Administración.

TE RCERO .- Despejados los obstáculos procesales, abordemos los motivos de fondo que se recogen en el escrito de demanda, no sin antes recordar los hechos que dieron lugar a la sanción impugnada.

1.- El 27 de febrero de 2014 se recibió en la CNMC un oficio procedente de la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM) por el que se solicitaba la apertura de un expediente informativo para esclarecer la responsabilidad de REE en relación con la construcción de una subestación, sin la debida autorización, en el término municipal de Torrejón de Velasco (Madrid).

2.- En la DGPEM se recibió un escrito el 12 de febrero de 2014, de la Dirección General de Calidad y Evaluación de Ambiente y Medio Natural, en el que se informaba de la denuncia formulada por la Asociación de Vida Silvestre Ibérica formulada el 20 de julio de 2011, sobre la construcción de la subestación, al parecer, sin la correspondiente autorización administrativa.

3.- A través del Director de Instrucción de Energía de la CNMC, se acordó el 7 de marzo de 2014, con notificación a REE el 18 de marzo, el inicio de las actuaciones de inspección con el objeto de verificar el estado de las actuaciones, la obtención de las autorizaciones administrativas, el cumplimiento de las condiciones establecidas por la eventuales autorizaciones, y en general, cualquier otra circunstancia relacionada con el objeto de la visita.

4.- El 29 de abril de 2014, se levantó acta de inspección de la subestación a 400/220 kv de Torrejón de Velasco (Madrid) y líneas a 400 y 220 kv de entrada y salida, T.M. Torrejón de Velasco pródidas por REE. En el acta se hace constar que: (i) REE no constaba con las autorizaciones administrativas exigidas en el Real Decreto 1955/2000 de 1 de diciembre, proceso de solicitud que se encontraba en tramitación, sin que se hubieran obtenido las resoluciones administrativas; (ii) se habían realizado obras de construcción en la subestación entre el 7 de octubre de 2009 y el 5 de marzo de 2011, consistentes en acondicionamiento de la parcela con movimiento de tierras y obra civil, y la instalación de un vallado perimetral de seguridad; (iii) que no se habían acometido obras consistentes en el montaje electromecánico o equipamiento eléctrico; (iv) durante la ejecución de la obra se adoptaron medidas para evitar el riesgo para la garantía de suministro, cualquier peligro o daño para personas, bienes o medio ambiente.

5.- El 26 de septiembre de 2014 por el Director de instrucción se dictó acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, que le fue notificado a REE el 29 de septiembre, por la comisión de una infracción grave establecida en el artículo 61.a) 9 de la Ley 54/1997 .

6.- El 15 de octubre de 2014, se formularon alegaciones por REE, invocando motivos análogos a los recogidos posteriormente en el escrito de demanda.

7.- El 27 de octubre de 2014, se solicitó a la DGPEM información complementaria sobre el estado de las autorizaciones. Mediante oficio de 5 de diciembre de 2014, se informaba que la subestación carecía de declaración de impacto ambiental, lo que haría imposible la obtención de las autorizaciones administrativas.

8.- El 14 de julio de 2015 se formuló propuesta de resolución, notificada a REE el 15 de julio. La propuesta fue remitida por el Director de instrucción a la Secretaria del Consejo de la CNMC, a la que presentó alegaciones REE el 29 de julio de 2015, reproduciendo sustancialmente lo dicho frente a la propuesta.



9.- El 8 de octubre de 2015, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC declaró a la empresa Red Eléctrica responsable de una infracción grave, de conformidad con el artículo 61.a) 9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en relación con el artículo 60.a) 19 de la misma Ley, como consecuencia de las obras de construcción de la Subestación de Torrejón de Velasco (Madrid) sin autorización administrativa. Como consecuencia de lo anterior, la Resolución impuso a la empresa la sanción consistente en el pago de una multa de 300.000 euros.

10.- Por REE se instó la revocación de la sanción que fue desestimada por acuerdo de la CNMC de 3 de diciembre de 2015.

CUARTO .- Toca en primer lugar resolver la invocada falta de competencia de la CNMC para conocer del expediente sancionador.

Como se desprende de los anteriores antecedentes, la infracción por la que fue sancionada la actora fue por infracción grave del artículo 61.a) 9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, norma vigente cuando ocurrieron los hechos « a) Son infracciones graves las conductas tipificadas en el artículo anterior cuando, por las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves y, en particular: (...) 9. Los incumplimientos tipificados en los números 16 y 19 del artículo anterior cuando no concurren las circunstancias de riesgo de garantía del suministro o peligro o daño grave para las personas, bienes o medio ambiente .».

Es decir, que cuando estemos ante un incumplimiento de los contemplados en el artículo 60. 16 o 19 donde se tipifican las infracciones muy graves, consistentes esencialmente en la realización actividades tales como la construcción, ampliación, explotación, modificación, transmisión o cierre de instalaciones afectas a las mismas sin la necesaria concesión, autorización administrativa, cuando el incumplimiento no ponga en riesgo la garantía de suministro o en peligro manifiesto a las personas, los bienes o al medio ambiente, se consideran graves.

Esta fue la infracción sancionada, sin embargo, cuando se instruyó el expediente sancionador ya estaba en vigor la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE de 27 de diciembre) que en su artículo 73.3 . establece que « 3 La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito de sus competencias, podrá imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas siguientes:

a) Las tipificadas como muy graves en los párrafos 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 45, y 46 del artículo 64.

b) Las tipificadas como graves a que se hace referencia en el párrafo anterior cuando, por las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves y, en particular, las tipificadas en los párrafos 1, 4, 5, 6, 13, 14, 15, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33 y 34 del artículo 65.

c) Las tipificadas como leves en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 66 .» .

No hay problema alguno de retroactividad en la aplicación de la norma sancionadora puesto que se ha tipificado con arreglo al régimen jurídico vigente cuando ocurrieron los hechos.

Tampoco hay tacha de retroactividad en el hecho de que sea la CNMC quien instruya y sancione, pues era el órgano a quien le había sido atribuida en ese momento procesal. No puede confundirse a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución ni del artículo 128.1 de la Ley 30/1992, la norma sancionadora con la procesal o de atribución de competencias.

Lo que viene a invocar REE es que la sanción se impuso por una infracción de la Ley 54/1997 cuya homologación con la redacción de la Ley 24/2013 se encontraría en el apartado 8 del artículo 65, apartado que no se encuentra en la relación del artículo 73.3.b) de la Ley 24/2013 .

Con carácter general, la nueva Ley atribuye a la CNMC la competencia sancionadora para infracciones graves. La conducta por la que se sancionó a la actora, en la actualidad está recogida en el artículo 64.15 de la Ley 24/2013, con la variante de que en función del daño causado sea tipificada como muy grave o grave. En estos casos, la competencia para la imposición de la sanción, como se desprende de una ordenada lectura de los apartados a) y b) del artículo 73.3, le corresponde a la CNMC.

QUINTO .- En lo que se refiere a la prescripción para la fijación de los plazos, no han cambiado los límites temporales. Son los mismos en el artículo 67 de la Ley de 1997 y el artículo 74 de la Ley 24/2013 .

Establece el citado precepto que « 1. Las infracciones administrativas previstas en la presente ley prescribirán en el plazo de cuatro años, las muy graves, en el de tres años, las graves y en el de dos años las leves.

2. Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las impuestas por graves a los tres años y las impuestas por leves lo harán a los dos años.



3. Para el cómputo de los plazos de prescripción de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el artículo 132.2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .». De conformidad con el artículo 132 de la Ley 30/1992 señala que « 2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

In terrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable .».

Por lo tanto, para valorar si prescribió o no la potestad sancionadora de la Administración debemos remontarlos a los hechos que hemos descrito en el antecedente tercero.

Los hechos sancionados por las obras de construcción en la subestación tuvieron lugar entre el 7 de octubre de 2009 y el 5 de marzo de 2011, consistentes en acondicionamiento de la parcela con movimiento de tierras y obra civil, y la instalación de un vallado perimetral de seguridad. La primera vez que la Administración tiene conocimiento de los hechos que dieron lugar al inicio del procedimiento sancionador fue con la denuncia formulada por Asociación de Vida Silvestre Ibérica formulada el 20 de julio de 2011; sin embargo, el expediente sancionador con conocimiento del interesado se produjo el 29 de septiembre de 2014.

En contra de lo inicialmente afirmado por REE, todas las obras realizadas, vallado perimetral incluido, estaban sujetas a la previa autorización administrativa. Concretamente, el vallado, según información facilitada por la propia recurrente durante la instrucción del expediente sancionador, concluyó en octubre de 2011.

Aunque por un escaso margen de tiempo, cuando se le notificó la incoación del expediente sancionador no habían transcurrido más de tres años desde la fecha de finalización de las obras por las que finalmente resultó sancionada. Con ello descartamos la prescripción invocada.

SE XTO .- En cuanto a los otros tres motivos, reitera en su escrito de demanda lo mismo que planteó ante la Administración sin mayores matices.

En lo que atañe a la tipicidad de la conducta sancionada lo fue al amparo del artículo 61.a).9 de la Ley 54/1997, en relación al artículo 60.19. Recordemos que ese texto legal, en su artículo 36.1 y 2, sujeta a autorización administrativa previa las instalaciones necesarias para la prestación de los diferentes servicios, y, entre otros supuestos, las que conforman "la red de transporte de energía eléctrica", como indicaba su artículo 35.

La actora cuestiona la tipicidad de su conducta puesto que las obras se limitaron a ciertas labores preparatorias, al sostener que no se referían propiamente a la construcción de la subestación y que no tenían virtualidad para ocasionar daño alguno al sistema.

No tiene sentido establecer una distinción de los diferentes estadios o momento en los que se llevaron a cabo las obras, cuando todos los actos de ejecución obedecían a una única finalidad y objeto: la construcción de una subestación. La autorización no obtenida lo debía ser para todas y cada una de las fases y etapas de la construcción. No se sometía la actividad desplegada a sucesivas o diferentes autorizaciones administrativas, sino a un único y solo proyecto y a una sola autorización.

No es necesario que la construcción haya sido finalizada para que se dé el tipo infractor. Por otro lado, el carácter leve vino dado, precisamente, porque no se causó «riesgo de garantía del suministro».

SÉPTIMO .- En cuanto a la culpabilidad, ninguna duda tenía la actora sobre la exigencia de la previa autorización administrativa, de hecho había solicitado la tramitación de los necesarios permisos administrativos y medioambientales en octubre de 2007, y en diciembre de 2008 solicitó de forma conjunta la autorización administrativa y aprobación del proyecto de ejecución de la Subestación ante la DGPEM del MINETUR. También era conocedora de la falta de autorización expresa, y participó en una prolija tramitación en la que formuló múltiples escritos de alegaciones tratando de dar respuesta a las objeciones que le planteaban diferentes instancias. Aun así acometió e inició las obras.

Discutir a estas alturas este elemento subjetivo parece más una inercia de la defensa que un argumento razonable. Por otro lado, la resolución sancionadora no tiene ninguna falla en cuanto a la motivación de la culpabilidad de REE, cumpliendo con suficiencia la exigencia que sobre este extremo exige el artículo 54 de la Ley 30/1992 .

OC TAVO .- Resta por analizar la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción.

La sanción impuesta por la infracción grave ascendió a 300.000 euros, a pesar de que el artículo 64. 1 de la Ley de 1997, establecía que « Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas:

La s infracciones muy graves, con multa de hasta 30.000.000 de euros.



La s infracciones graves, con multa de hasta 6.000.000 de euros.

La s infracciones leves, con multa de hasta 600.000 euros .» .

Advertimos que la sanción final por la infracción leve tuvo una multa efectiva por debajo del importe mínimo previsto por el legislador para tales contravenciones. Como ha dicho el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de febrero de 2017 (casación 3676/2014), reiterada por la de 9 de marzo de 2017 (casación 4115/2014 , FJ 5º) « [E]sta Sala descarta que la sentencia recurrida haya vulnerado el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , en relación con lo dispuesto en el artículo 64.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre , al considerar que la sanción es respetuosa con el principio de proporcionalidad, porque se ha impuesto en su grado mínimo (600.000.01 euros), correspondiente a las infracciones graves .».

Tampoco podemos olvidar que el acuerdo sancionador lleva a cabo un detallada exposición y motivación de cómo y por qué ha graduación e impuesto la sanción en ese importe, valorando especialmente la actuación llevada a cabo por REE y el elemento intencional.

NO VENO .- Todo lo expuesto nos conduce a la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas a la actora por aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA .

FA LLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Red Electrica España S.A.U. contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 3 de diciembre de 2015, que desestimó la revocación de la sanción que le había impuesto por acuerdo de 8 de octubre de 2015 por la construcción de una instalación eléctrica sin autorización; con expreso pronunciamiento en costas a la actora.

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

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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