

Jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo: función transversal y necesaria fundamentación técnica de las potestades ambientales

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CARÁCTER “TRANSVERSAL” DEL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE COMO FUENTE DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE POLICÍA SOBRE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS. 3. EL ESTÁNDAR DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE CAZA. 4. LA INDEFINICIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD EN LA ZONA DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE. 5. ¿PUEDE INCUMPLIRSE MÁS DE UNA VEZ UN PLAZO DE ADAPTACIÓN ÚNICO? LA DISCUTIBLE APRECIACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN MATERIA DE ADAPTACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS GESTORES DE CENTRALES NUCLEARES.

RESUMEN: La protección ambiental tiene un carácter integral, lo que habilita a la Administración de una Comunidad Autónoma a imponer condicionantes ambientales a una actividad privada no sólo para la protección de aquellos elementos ambientales sobre los que tiene una competencia directa, sino para la protección de otros, como zonas residenciales o cursos de aguas, sobre los que las competencias más directas son de otras Administraciones públicas. Por otra parte, el ejercicio de competencias ambientales, incluidas potestades discrecionales, como la aprobación de una orden de veda, está supeditado no sólo al cumplimiento de las

obligaciones formales del procedimiento administrativo, sino que debe tener un sustrato técnico incorporado como informe al expediente administrativo, sin necesidad de que ese informe haya sido establecido como preceptivo por la normativa reguladora. En otro orden de cosas, la protección de la integridad de las costas prevalece sobre la seguridad jurídica y el Tribunal Supremo hace la interpretación más favorable posible a la no aplicación de la prescripción para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad. Finalmente, el Tribunal Supremo aplica una interpretación correctora a la tipificación de infracciones en materia de gestión de las centrales nucleares, relegando la aplicación literal del tipo de infracción y, por tanto, la aplicación más garantista del principio de legalidad.

ABSTRACT: The environmental protection has an expansive force that allows an enlarged interpretation of the competences of the Administration. In addition to the above, the public administration must provide the technical reports that guarantee the technical support of decisions such as the regulation of hunting. The powers to restore legality in relation to coasts must be interpreted in the sense less subject to limitations. The principle of legality does not prevent the wide application of the types of offenses in the field of nuclear power plants.

PALABRAS CLAVE: Autorización Ambiental Integrada. Transversalidad del medio ambiente. Control de la discrecionalidad en el ejercicio de potestades ambientales. Control de los hechos determinantes. Informes técnicos. Infracción permanente. Infracción continuada. Interpretación ampliatoria del tipo de infracción.

KEYWORDS: Integrated environmental authorization. Environmental transversality. Technical support of environmental decisions. Environmental restoration of the coast. Administrative sanctions applicable to nuclear power plants.

1. INTRODUCCIÓN

Sería difícil caracterizar la actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo en el último año en función de una única línea jurisprudencial, lo que no significa que no haya habido pronunciamientos de interés. Desde una perspectiva ambiental general, quizá lo más destacable sea una formulación muy amplia de lo ambiental como legitimador de potestades administrativas de policía sobre actividades particulares. En la Sentencia de 26 de abril de 2018, el Tribunal Supremo ha caracterizado el medio ambiente como un concepto “transversal”, lo que legitima a la Administración de una comunidad autónoma para imponer restricciones a

la actividad privada –en el caso, de explotación de recursos minerales de la “sección C” de la Ley de Minas- en lo relativo a masas arbóreas no protegidas, pero también a vías pecuarias, cursos de agua, zonas residenciales privadas (la alegación de su ilegalidad se considera irrelevante) o una infraestructura artificial de transporte de agua. Un concepto ciertamente muy amplio y se verá si susceptible de ser mantenido en el futuro.

Las demás aportaciones que se ha elegido destacar tienen un sesgo sectorial, aunque en ocasiones una considerable relevancia social.

En la Sentencia de 10 de diciembre de 2018, el Tribunal Supremo ha establecido parámetros sobre el contenido mínimo del expediente administrativo para controlar la legalidad de las órdenes de veda, aunque reconoce expresamente la discrecionalidad de la Administración en la fijación de sus determinaciones. No le bastará a la Administración con cumplir los requerimientos de procedimiento formalmente establecidos –el letrado de la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid hacía una referencia, probablemente irónica, a que se había incorporado hasta un estudio de impacto de género-, sino que la decisión debe tener un substrato técnico-científico exteriorizado mediante un informe técnico incorporado al expediente administrativo, aunque no se establezca ese informe como preceptivo en la normativa vigente. Con ser esto muy significativo, el Tribunal Supremo no va más allá en sus exigencias en cuanto a la fundamentación de la decisión, al revés de lo que ha sucedido con el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que –además en un muy publicitado auto otorgando una medida cautelar-, establece especificaciones mucho más incisivas respecto a las características y requerimientos que deben cumplir esos informes administrativos, que deberían basarse en datos específicamente recogidos por la Administración con esa finalidad. Finalmente, el caso castellano ha derivado por el momento en una modificación de la legislación autonómica, pero deja en el aire el estándar de los estudios técnicos que han de soportar las decisiones de la Administración en el ámbito de la caza y, puede decirse, también en general en la protección ambiental. La futura sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y la más que probable del Tribunal Supremo deberán aclarar esa cuestión.

En materia de costas, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de julio de 2018 ha hecho una interpretación de la legislación vigente, modificada en 2013, aclarando que los plazos de prescripción de las infracciones no se aplicarán a las medidas de restablecimiento de la legalidad y que en todo caso no hay prescripción posible respecto a la recuperación de bienes del dominio público marítimo-terrestre. Una cosa

que quizá no se aclara suficientemente es si, ahora que la legislación vigente establece un plazo de prescripción para la ejecución de las medidas de restablecimiento adoptadas –siempre que no se refieran a la recuperación de bienes de dominio público marítimo-terrestre- la adopción de esas mismas medidas, cuando no se refieran a lo que propiamente son bienes de dominio público, sigue sin estar sometida a plazo de prescripción alguno.

Finalmente, la cuestión del incumplimiento de la obligación de adaptación a una nueva regulación en materia de titularidad y estructura de gestión de las centrales nucleares ha sido objeto de varias sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destacan las dos de 3 de mayo de 2018. No se trata de normas técnicas, relativas a la seguridad nuclear, sino relativas a la titularidad jurídica –única para cada central- y a la gestión diferenciada, cuando una única entidad pueda ser titular de varias centrales. Se trata con ello de individualizar perfectamente posibles responsabilidades futuras por la gestión de las centrales. Lo que en principio el legislador no previó que pudiera ser dificultoso, limitándose al establecimiento de un plazo de un año para la adaptación, ha terminado siéndolo, dando lugar a una primera ronda de sanciones por incumplimiento y a una segunda por la permanencia en el incumplimiento. Respecto a esta “segunda ronda” el Tribunal Supremo ha hecho prevalecer el “sentido lógico” de la tipificación, sobre su “tenor literal”, entendiendo que si constituye infracción incumplir el plazo de adaptación, también debe serlo prolongar el incumplimiento. Con ello se hace una interpretación correctora de una tipificación técnicamente defectuosa, pero a costa de una cierta pérdida de certeza en la aplicación del principio de legalidad establecido en el art. 25 de la Constitución.

2. EL CARÁCTER “TRANSVERSAL” DEL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE COMO FUENTE DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE POLICÍA SOBRE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS

La cuestión de fondo en la Sentencia de 26 de abril de 2018 es el otorgamiento de la autorización de una cantera para la explotación de recursos de la sección C de la Ley de Minas, que se cuestiona por su titular debido a su condicionado y al plan de restauración impuesto.¹ El suplico

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 702/2018 de 26 de abril, recurso de casación núm. 2706/2016, ECLI:ES:TS:2018:1513, Ar. RJ 2018\1772, ponente Segundo Menéndez Pérez. Lo recurrido en casación es la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha dictó desestimatoria del recurso interpuesto contra Resolución de Consejería de Fomento de

del recurso se refiere expresamente a la anulación de «las Condiciones expuestas de la Declaración de Impacto Ambiental».

En la base de la adopción del acto administrativo y, sobre todo, en la resolución con estimación parcial del recurso de alzada parecen haber estado tres informes: del Organismo Autónomo de Espacios Naturales –en el que se basó la DIA–, del Servicio de Disciplina Urbanística en relación con la “Urbanización El Río” existente en la zona y del Servicio de Calidad e Impacto Ambiental, estos dos últimos incorporados durante la tramitación del recurso administrativo. Los argumentos de la entidad recurrente se basan en que la Comunidad Autónoma habría invadido competencias de otras Administraciones públicas: municipales en lo referido a la disciplina urbanística y clasificación del suelo; y estatales (Confederación Hidrográfica del Tajo), en lo relativo a la protección del dominio público hidráulico.

El Tribunal Supremo argumenta sobre la base de la “transversalidad de lo ambiental” dado que “el carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que éste afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico”. Esto no supone un carácter omnicomprensivo del medio ambiente:

«... la transversalidad predicada no puede justificar su "vis expansiva", ya que en esa "materia" del medio ambiente no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a esos recursos naturales, sino sólo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora».

En la sentencia se desarrolla esta idea en los siguientes términos:

«... una cosa son las disposiciones de carácter sectorial que ya en sí mismas establecen prohibiciones y protecciones para determinados bienes de dominio público o privado por razones de interés general, a modo o para definir la regulación que ha de ser de aplicación general y común; y otra, distinta, las que regulan cómo ha de ser tratada la incidencia que, por sí solo o por acumulación de actividades o circunstancias preexistentes, puede producir en el medio ambiente un concreto proyecto que en sí mismo adiciona actuaciones que, cuantitativa y cualitativamente, desbordan o singularizan las inicialmente contempladas en aquellas normas sectoriales, haciendo nacer, desde una perspectiva medioambiental, razones específicas de prohibición o de protección».

la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que estimó parcialmente el recurso de alzada contra Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas por la que se había otorgado concesión directa de explotación de recursos de la Sección C), gravas y arenas, denominada "La Cabeza", nº 4945, ubicada en los términos municipales de Casarrubios del Monte, El Viso de San Juan y Carranque (Toledo) y se había aprobado el plan de restauración.

Desde este punto de partida, el Tribunal Supremo examina las limitaciones impuestas: la imposición de unas distancias mínimas respecto a un asentamiento de edificaciones residenciales, que considera materia ambiental:

«... en tanto existan allí las edificaciones que la recurrente tacha de ilegales y subsista su calificación de zona residencial, ha de quedar prohibido por razones estrictamente medioambientales que la explotación minera de que se trata no guarde con ellas una distancia de separación racionalmente adecuada para evitar los efectos negativos de atmosfera contaminada y de incremento del ruido que son inherentes a la citada explotación». (El subrayado es nuestro).

También se cuestiona la prohibición de uso y la imposición de distancias respecto a una vía pecuaria. De acuerdo con la entidad recurrente la vía pecuaria "Vereda de la Calzadilla" no tiene atribuida la condición de interés ecológico ni cultural, siendo utilizada por innumerables vehículos, señaladamente por los propietarios de las edificaciones del asentamiento "El Río", por lo que la prohibición de que sea usada por los vehículos necesarios para la explotación de la cantera, que no la dañarían, resulta arbitraria. Sin embargo, no siendo una función propia de la vía pecuaria, la empresa no habría demostrado la compatibilidad ambiental, lo que es suficiente para mantener las restricciones impuestas por la Administración.

En cuanto a la prohibición de actividades extractivas en franjas respectivas de 110,5 y 60,5 metros respecto al cauce y vegetación de ribera de dos cursos fluviales (respectivamente, el Río Guadarrama y el Arroyo de la Cabeza), el principal argumento de la recurrente es que «el órgano medioambiental debía actuar en el marco de sus competencias, de acuerdo con el principio de lealtad institucional, por lo que no podía acordar la imposición de franjas de protección, al corresponder exclusivamente a la Administración competente en materia de protección del dominio público hidráulico». El Tribunal Supremo considera, primero, legítima la ampliación de la zona de protección establecida en la legislación hidráulica: «no es difícil comprender, por las razones ya dadas acerca de la transversalidad de lo ambiental y de la posibilidad de un lícito ejercicio por distintas Administraciones públicas de las competencias que le son propias, no es difícil comprender, repetimos, que el órgano competente para autorizar una explotación minera pueda por razones medioambientales ampliar la misma». El Tribunal Supremo en este punto transcribe y acepta el razonamiento de la sentencia del TSJ:

«... la protección afecta, en cuanto atañe a este punto, al sistema hidrológico y a la protección de vegetación y fauna, y con independencia de que la vegetación de ribera no presente características llamativas, su importancia viene dada por el propio Técnico de la Administración que

declaró en las actuaciones, que sostuvo la importancia de dicha vegetación -haya o no inventario de la misma, tenga o no un especial grado de protección- para el caso de avenidas de agua [.]».

En sentido coincidente, se justifican otras restricciones ambientales pese a la no existencia de especies protegidas o hábitat destacados, de nuevo transcribiendo el razonamiento del TSJ:

«... una masa arbolada aunque no sea muy extensa, tiene un gran valor ambiental cuando se localiza en una zona de uso predominantemente agrícola, por servir de refugio y lugar de cría de multitud de especies».

La última cuestión debatida es la imposición de protecciones para preservar la conducción de agua denominada "Conducción de emergencia Picadas-Toledo". El Tribunal Supremo expone en los siguientes términos la posición de la recurrente:

«La ejecución del proyecto para la instalación de la "Conducción de emergencia Picadas-Toledo" ya fue objeto en su día del correspondiente expediente de expropiación forzosa de los bienes y derechos afectados por dicha tubería de suministro de agua potable, determinándose la superficie que a ambos lados de la tubería era necesario expropiar como consecuencia del establecimiento de la servidumbre de acueducto y la franja de seguridad (5 metros) para garantizar la ejecución de los trabajos de conservación y mantenimiento correspondientes, abonándose la correspondiente indemnización. En consecuencia, a través de una Declaración de Impacto Ambiental no puede ser impuesta una prohibición adicional por razón de la protección a dicha conducción, cuando el propio órgano competente, esto es la Confederación Hidrográfica del Tajo, ya expropió en su día los bienes y derechos necesarios para garantizar tal protección. Las limitaciones incluidas en la DIA al respecto debían haberse acordado por la Confederación Hidrográfica del Tajo, siendo el órgano medioambiental autonómico incompetente para ello». (El subrayado es nuestro).

Ambos tribunales, Superior de Justicia y Supremo, encuentran razones para la limitación impugnada en la propia normativa minera (se cita, sin más precisiones, el Real Decreto 2857/1978, reglamento general para el régimen de la minería) y se despacha sucintamente la imputada falta de competencia de la Administración autonómica.

La cuestión fundamental, al margen de lo acertado o no de algunos de los razonamientos concretos, es el apoderamiento a la Administración ambiental actuante de competencias omnicomprensivas para limitar o condicionar las actividades particulares, entrando en el concepto de medio ambiente a estos efectos no sólo la protección del ambiente natural (cursos de agua, formaciones arbóreas o vías pecuarias) sino cuestiones más propiamente de ambiente urbano (distancias a zonas residenciales, incluso

residenciales de facto) o incluso sanitaras (protección de una instalación artificial de abastecimiento de agua). La carga de la prueba de la no afección al medio ambiente recae fundamentalmente sobre la empresa que pretende el ejercicio de la actividad económica, bastando la razonabilidad de las posiciones de la Administración pública para mantenerlas si no existe una prueba plena de no afectación ambiental. Formulada en estos términos, estas premisas son difícilmente sostenibles con carácter general, por lo que es preciso suponer que es la especificidad de la explotación económica en cuestión –la incidencia ambiental de las explotaciones mineras es difícil de desconocer- lo que lleva –implícitamente- a otorgar un gran margen de apreciación a la Administración ambiental.

3. EL ESTÁNDAR DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE CAZA

En su Sentencia de 10 de diciembre de 2018,² el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y anula una Orden de veda, ciertamente relativa a una temporada de caza ya terminada en el momento de dictarse el fallo.

Lo recurrido es la Orden 1121/2014 del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Madrid por la que se fijan las limitaciones y épocas hábiles de caza que regirán durante la temporada 2014/2015 en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, en función de la acción popular ejercida por Ecologistas en Acción de Madrid-AEDENAT, a quien se reconoció el beneficio de justicia gratuita. La demanda iba dirigida específicamente a la autorización de cazar determinadas especies de aves: la consideración de la tórtola común, la codorniz, la paloma torcaz, la paloma bravía y la perdiz roja como especies cuya caza queda autorizada en el periodo hábil de la "Media veda" (una ampliación con condiciones del periodo de caza), además de la autorización de caza en general de todas las anteriores más la grajilla, la codorniz común, la urraca, el zorzal charlo, la corneja común, la becada, el zorzal alirrojo y el zorzal real. Una cuestión particularmente discutida era la autorización de caza, con condiciones, de grajillas y cornejas (entre otras especies, como zorros o urracas) mediante medios de trampeo no homologados, con determinadas condiciones, como mecanismo para preservar la población de otras aves cinegéticas durante su período de cría.

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 1739/2018 de 10 de diciembre. Recurso de Casación núm. 1424/2016, ECLI:ES:TS:2018:4224, RJ 2018\5621, ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

La demanda se apoya en un dictamen, aportado por la parte demandante y aceptado como pericial y ratificado ante la Sala de instancia, sobre la tendencia negativa o falta de datos sobre determinadas especies de aves incluidas en la orden de veda. El Tribunal Supremo entiende que el informe aportado por la Comunidad de Madrid no alcanza a desvirtuar las aserciones del anterior (fundamento séptimo):

«Debemos subrayar, ante todo, que el informe de la Administración es posterior a la emisión de la Orden y se emite para justificarla a posteriori, lo que le resta credibilidad. Sin embargo las apreciaciones que efectúa enervan en parte la apreciación del solapamiento de los periodos de caza y los de cría de las especies concernidas, por la diferencia climática que afirma de la Comunidad de Madrid con relación a Andalucía. No hace referencia alguna, no obstante, al estado poblacional deficiente de las especies que hemos señalado, debiendo en consecuencia quedar probada dicha realidad con relación a este recurso».

El Tribunal Supremo invoca la «sana crítica» para llegar a su conclusión.

De acuerdo con la posición de la Administración, no existe ningún precepto legal que imponga formalmente la exigencia de informes biológicos como soporte de la Orden de veda y ésta se dicta por el órgano competente en el ejercicio discrecional de sus competencias. En este sentido, se alega que el contenido del expediente responde a las exigencias legales: una memoria de análisis de impacto normativo, de impacto económico y presupuestario y de impacto por razón de género, además del informe de la Secretaría General Técnica y un Informe jurídico.

«La Sala no considera que dichos antecedentes sean bastantes para una Orden como la recurrida. Debemos dar la razón a la asociación recurrente cuando aduce que no existe ningún informe técnico de carácter medioambiental, biológico o cinegético sobre la población de las especies respecto de las que se autoriza la caza ni sobre su evolución favorable o desfavorable ni, en fin, sobre sus ciclos de reproducción y cría en el territorio de la Comunidad de Madrid.

[...] las Comunidades Autónomas determinan los períodos en que las especies no podrán ser objeto de caza con el fin de asegurar la conservación de las especies cinegéticas durante las épocas de celo, reproducción y crianza. Es nuestra diversidad territorial la que determina esa atribución de potestad (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 30) por lo que es obligado que se ejerza atendiendo a los fines que la justifican.

La utilización razonable de los recursos cinegéticos, ya sea con finalidad recreativa o de aprovechamiento, exige que la competencia que la

autoriza se ejerza de acuerdo con esos fines. Y es evidente que cuando no existe en el expediente ni se invoca por la Administración demandada, la existencia de ningún informe previo que justifique que los periodos de veda que se establecen en la Orden impugnada garantizan una utilización razonable de las especies cinegéticas existe una omisión que revela un ejercicio arbitrario de la potestad. (El subrayado es nuestro).

Ciertamente, el esfuerzo desplegado por la Administración para aprobar la Orden anulada fue considerable, aunque quizá el informe jurídico o de impacto de género no fuesen tan importantes dada la materia de que se trataba. Como es improbable que la norma impugnada fuese dictada basándose un mero «ojo de buen cubero» de los funcionarios del Departamento competente, hay que suponer que el error de la Administración ha sido no formalizar e incorporar al expediente administrativo los datos empíricos en que se basaba la decisión. Debe resaltarse que el Tribunal Supremo no niega que se trate de una potestad discrecional –ni siquiera la califica como mera discrecionalidad técnica-, sino que únicamente exige una suerte de «motivación» técnica solvente y suficiente en forma de informe incorporado al expediente administrativo.

En todo caso, esta sentencia del Tribunal Supremo abre una línea en la que seguramente cabe situar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 44 de 21 de febrero de 2019, en el que a instancias del «Partido Animalista Contra El Maltrato Animal (PACMA)» suspende la caza en Castilla y León.³

En este segundo caso lo recurrido es el Decreto 10/2018, de 26 de abril por el que se modifica el Decreto 32/2015, de 30 de abril por el que se regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de su fauna silvestre. Se impugna también el Decreto 10/2018, de 26 de abril y “de forma indirecta” la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León. La modificación impugnada es en parte consecuencia de la anulación judicial de determinados preceptos del Decreto 32/2015, de 30 de abril.⁴

³ Auto núm. 44, de 21 de febrero de 2019, de la Sala de lo contencioso-administrativo, sede de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, ponente Luis Miguel Blanco Domínguez.

⁴ Sentencia del TSJ de Castilla y León núm. 604/2017 de 17 de mayo de 2017, recurso contencioso-administrativo núm. 615/2015, ECLI:ES:TSJCL:2017:2294, JUR 2017\177460, ponente María de la Encarnación Lucas Lucas. Esta sentencia tuvo como consecuencia que en una posterior, Sentencia núm. 229/2018 de 7 de marzo, Recurso contencioso-administrativo núm. 754/2016, ECLI:ES:TSJCL:2018:921, RJCA 2018\453, ponente Luis Miguel Blanco Domínguez, se anulase la Orden FYM/609/2016, de 28 junio, por la que se aprueba la Orden Anual de Caza, por considerar en su art. 2 como especies cazables las determinadas en el art. 13 del Decreto

La solicitud de medidas cautelares se basa en que la norma impugnada produce daños de imposible o difícil reparación, ya que se va a autorizar la actividad cinegética de determinadas especies silvestres sin contar con los estudios científicos precisos que lo avalen

La apariencia de buen derecho se apoya en sentencias ya dictadas por la propia Sala que conoce de la medida cautelar, en particular de la de 7 de marzo de 2018 por la que, como ya se ha señalado, se anuló la Orden de veda de 2016. En este sentido, en el fundamento sexto del Auto se argumenta que son especies cinegéticas las definidas reglamentariamente como tales (art. 7.1 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León) y de entre ellas serán especies cazables aquellas que figuren en las correspondientes órdenes anuales de caza. Este desarrollo reglamentario se ha producido a través del Decreto 32/2015, de 30 de abril, por el que se regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de la fauna silvestre, cuyo art. 13.1 contiene la declaración como “cinegéticas” de las especies de animales que enumera. En consecuencia, se señala, fundamento sexto *in fine*:

«Resulta de todo ello con claridad -y esto es lo que queremos destacar ahora- que este Decreto establece el marco general que va a determinar el contenido de otras disposiciones y que ha de servir de cobertura a otras actuaciones de la Administración con incidencia en la fauna silvestre, y de ahí la necesidad de que la declaración de una especie como cinegética tenga una base científica suficiente».

El núcleo de la argumentación del otorgamiento de la medida cautelar solicitada se encuentra en los fundamentos séptimo y noveno. En el séptimo, ante la afirmación del letrado de la Administración de que ninguna de las especies consideradas cinegéticas en la norma impugnada son especies protegidas, el TSJ invoca la normativa europea:

«... el artículo 1 del Decreto, que más arriba hemos transcrito, se refiere a la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres.

Dicha Directiva considera que determinadas especies enumeradas en su Anexo II, debido a su nivel de población, a su distribución geográfica y a su tasa de reproducción en el conjunto de la Comunidad Europea pueden ser objeto de caza en el marco de la legislación nacional de cada Estado miembro.

32/2015, que había sido anulado por la anterior. No obstante está recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que mediante Auto de 22 de octubre de 2018, Recurso de Casación núm. 4878/2017, ECLI:ES:TS:2018:10747, admitió el recurso.

Por otro lado, el Anexo V de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna silvestre establece las especies animales y vegetales de interés comunitario cuya recogida en la naturaleza y cuya explotación pueden ser objeto de medidas de gestión, siempre y cuando sean compatibles con el mantenimiento de tales especies en un estado de conservación favorable.

Por lo tanto, que las especies a las que se refiere el Decreto se encuentren dentro de los citados Anexos no implica que la ejecución de la norma impugnada no cause daños irreparables o de difícil reparación, porque la práctica de la actividad cinegética y las medidas de gestión que se contemplen exigen contar con información relativa al nivel de población, distribución geográfica y tasa de reproducción de las distintas especies silvestres, así como del grado de incidencia de dichas actividades en la conservación de las mismas.

Es importante recordar que la circunstancia de que una especie sea susceptible de ser cazada o ser objeto de gestión en abstracto (por no ser especie protegida en los términos que indica la Administración demandada) no significa que tales actividades puedan realizarse sin más, sino que es necesario que, además, no se vea afectada la conservación de la especie». (El subrayado es nuestro).

En el fundamento noveno se invoca como indicio de buen derecho la Sentencia de la propia Sala de 17 de mayo de 2017, por la que se anuló el anterior art. 13 del Decreto impugnado. El fundamento de esa anulación fue la carencia de estudios científicos que avalasen la concurrencia de los tres presupuestos exigidos para considerar cinegética una especie, es decir, niveles poblacionales, distribución geográfica e índice de reproductividad de las especies, al considerar insuficiente la información contenida en los elaborados por la Comisión Europea ("Documento orientativo sobre la caza de conformidad con la directiva 79/409/CEE del Consejo relativa a la conservación de las aves silvestres" de la Comisión Europea, de febrero de 2008 y "Key concepts of article 7(4) of Directive 79/409/EEC. Period of reproduction and pre-nuptial migration of annex II Bird species in the 27 EU member states", octubre de 2001 y octubre de 2009). Se consideró también insuficiente la documentación de los censos y programas de seguimiento realizados por SEO/BirdLife y del programa SACRE. La modificación del Decreto autonómico, formalmente en vigor al no ser firme la sentencia anulatoria, se hace con base en el informe de una consultora contratada por la Administración (Consultora de Recursos Naturales, S.L.). Para elaborar el informe y determinar el nivel poblacional de cada especie se consultaron las guías regionales sobre aves y mamíferos de los años 2001 y 2005 así como el "sistema de censo, seguimiento y estudio de tendencias de las especies cinegéticas en Castilla y León", compuesto por información resultante de determinadas bases de datos que recogen los

aprovechamientos cinegéticos de cada especie a lo largo de las temporadas de caza (2001 hasta el 2017), COGE, también del banco de datos de la actividad cinegética en Castilla y León, CAZDATA (temporadas 1991 a 2017) y otros programas llevados a cabo por SEO/BirdLife (programa SACRE, programa SACIN) y de seguimiento de aves acuáticas. También se utilizó como base de ese informe el sistema de seguimiento de algunos animales de fauna silvestre realizado por los Agentes Medioambientales y Celadores de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León, así como la información de la propia actividad administrativa en materia de caza. Tras la descripción anterior, el TSJ descalifica el informe:

«Pues bien, una lectura de dichas fuentes pone de manifiesto que no son actuales, ya que se toman en consideración datos de los años 2001 y 2005.

Por otro lado, no consta que se hayan utilizado estudios científicos objetivos, ya que el llamado “sistema de censo, seguimiento y estudio de tendencias de las especies cinegéticas en Castilla y León” se nutre de una información recopilada para otros fines, y no específicamente para los fines a los que ha de servir el Decreto, todo ello sin perjuicio de la valoración que de dicho informe en relación a los demás medios probatorios se realice en el momento procesal oportuno».

En cuanto a la ponderación de los intereses en presencia, se señala en el Auto (fundamento octavo) que «[...] en una ponderación de todos los intereses en conflicto, el interés más sensible, más frágil y vulnerable y, por ello, más necesitado de protección es el de la conservación de la fauna silvestre», incluso «sin desconocer la importancia económica y social de la actividad cinegética».

En el Auto figura un voto particular, formulado por el magistrado Felipe Fresneda Plaza, que casi tiene la misma extensión que la argumentación de la posición mayoritaria. Muy sintéticamente, puede decirse que este magistrado disiente de la ponderación de intereses («la mera invocación de la necesidad de la conservación de las especies no puede prevalecer frente a la especificidad de los perjuicios que se detallan en los expresados informes, de los que se infiere que con la caza se atiende también a la conservación de la fauna»), considera inadecuado que de facto se haya entrado en el fondo del asunto, calificando de insuficiente el informe en el que la Administración ha basado la modificación impugnada del Decreto de regulación de la caza y finalmente señala que los informes

existentes e invocados por la defensa⁵ son suficientes para crear una apariencia de buen derecho en favor de la Administración:

«Se insiste en que con la mera existencia de estos informes basta a los efectos de entender que se encuentra acreditada la existencia de estudios que avalan las determinaciones sobre el estado de conservación de las especies que se declaran como cinegéticas, teniendo en cuenta la futilidad argumentativa de la parte proponente de la medida cautelar, que se limita a negar su validez, arguyendo que son mera reiteración de otros precedentes».

En el voto particular se argumenta que la crítica de las fuentes de los informes aportados por la Administración está fuera de lugar en un auto de medidas cautelares y que, por otra parte, las exigencias respecto al nivel de acreditación del estado de las especies resultan desmesuradas:

«no entendemos que estos estudios y fuentes objetivas no puedan ser válidas para justificar el estado de conservación de las especies, a no ser que se exigiera un estudio de campo “ad hoc” practicando un conteo de los animales de cada especie, lo que desbordaría ampliamente lo que ha de ser exigido, pues aun siendo una cuestión técnica, se ha de entender que ello supera los medios con que cuenta la Administración, por lo que se han de poder utilizar las fuentes y datos ya existentes, aunque fueran confeccionados para fin distinto». (El subrayado es nuestro).

Resulta indudablemente necesario que la Administración objetive su decisión, basándola en datos empíricos incorporados al expediente, pero esto es un elemento mínimo poco discutible y fácilmente integrable en la práctica administrativa. Efectivamente, lo que se está dilucidando es que nivel de certeza se exige a la Administración pública a la hora de determinar qué especies son cinegéticas y cuáles van a ser susceptibles de ser cazadas y en qué condiciones en una determinada temporada. A primera vista parece correcto el punto de vista de que el conteo *ad hoc* cada año de los animales de cada especie es una exigencia desmesurada, no siendo adecuado descartar el uso de datos ya en poder de la Administración en función del ejercicio de competencias concurrentes. El límite inherente del poder del juez contencioso-administrativo, derivado de la distribución

⁵ En el voto particular se citan dos: «Sáenz de Buruaga M. y Canales F. 2017. Especies cinegéticas en Castilla y León. Bases científico- técnicas para su declaración mediante Decreto de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León. Inédito de Consultora de Recursos Naturales para Dirección General del Medio Natural. Consejería de Fomento y Medio Ambiente, Junta de Castilla y León. 384 páginas» y «Sáenz de Buruaga M. y Canales F. 2018. Especies cinegéticas en Castilla y León. Consideraciones técnicas para la regulación de su aprovechamiento mediante Orden Anual de Caza–Temporada2018/2019. Inédito de Consultora de Recursos Naturales para Dirección General del Medio Natural. Consejería de Fomento y Medio Ambiente, Junta de Castilla y León. 230 páginas».

constitucional de competencias, es que no puede obligar a la Administración pública a redistribuir sus efectivos y repensar sus prioridades, ni adoptar «políticas jurisprudenciales» claramente incompatibles con criterios de eficiencia administrativa.

A corto plazo, el auto ha de considerarse como el origen directo de la Ley 9/2019, de 28 de marzo, de modificación de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que formalmente es una norma de alcance general, pero que viene a dejar sin efecto el auto del Tribunal Superior de Justicia al dotar de un «marco jurídico estable a las especies definidas como cinegéticas», con ello, se insiste en la exposición de motivos, se logra un «marco jurídico estable que garantice la protección de las especies cinegéticas de acuerdo con lo establecido en el marco comunitario y nacional, y asegure el control de las poblaciones cinegéticas cuando estas afectan a la seguridad y salud de las personas y sus bienes». En consecuencia, se modifica el art. 7 de la Ley, en el que ahora se dice que son «especies cazables todas las cinegéticas». Alterando el sistema anterior, no es la autorización de caza, sino su restricción, lo que se establecerá mediante medidas de carácter temporal, incorporadas al Plan General de Caza de Castilla y León (art. 42).

4. LA INDEFINICIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD EN LA ZONA DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

El régimen jurídico aplicable al restablecimiento de la legalidad en materia de costas es la cuestión abordada en la Sentencia de 11 de julio de 2018.⁶

Sucintamente, la cuestión planteada fue si, tras la reforma operada mediante la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, el plazo previsto en el vigente artículo 95.1 de la Ley de Costas es de aplicación exclusivamente a partir de la imposición de las medidas de reposición de la legalidad y si los plazos de prescripción establecidos por el artículo 92, además de resultar de aplicación a las sanciones

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) núm. 1194/2018 de 11 de julio, recurso de casación núm. 953/2017, ECLI:ES:TS:2018:2972, Ar. RJ 2018\3606, ponente Rafael Fernández Valverde.

correspondientes, se aplican también a las medidas de reposición de la legalidad.

En el vigente art. 92 se establecen los plazos de prescripción de infracciones y sanciones, mientras que en la redacción original aparecían únicamente los de las infracciones, pero se añadía un inciso final, hoy desaparecido: «No obstante, se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido». En cuanto al art. 95.1, en él se contiene la habitual cláusula de que el infractor está obligado «a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente», pero en 2013 se añadió un párrafo segundo:

«Esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley».

La referencia al art. 10.2 comporta que se exceptúa la «facultad de recuperación posesoria, de oficio y en cualquier tiempo» de los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre.

El caso arranca de una Resolución de la Agencia de Protección de Legalidad Urbanística de la Junta de Galicia por la que se impuso una multa, en la cuantía de casi 40 mil euros y se ordenó la restitución de las cosas a su estado anterior, con la advertencia de la posible ejecución forzosa mediante multas coercitivas y, en su caso, de la ejecución subsidiaria. Los hechos de los que trae causa esa resolución son las ampliaciones sucesivas de un edificio, reflejado ya en el deslinde de 1999, ampliaciones que tuvieron lugar en 2005, 2006 y 2011. El procedimiento administrativo se habría iniciado en octubre de 2012.⁷

Aunque pueda resultar muy larga la cita, el Tribunal Supremo establece las siguientes conclusiones:

«1º. Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, como consecuencia de una condena penal o una sanción administrativa, se mantienen en la LC en la misma situación que antes de la reforma de la LMC, sin que de esta se derive novedad alguna.

⁷ La reforma es relevante para el caso porque el procedimiento se resolvió cuando ya había entrado en vigor la reforma introducida por la Ley 2/2013, en cuya Disposición transitoria tercera se establece: "Los procedimientos administrativos en trámite que se encuentren pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, deberán ser resueltos conforme a la nueva normativa".

2º. *Que, en consecuencia [...], no resultan de aplicación a las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, los plazos de prescripción previstos (antes y después de la LMC) para las infracciones (en artículo 92.1 LC), por lo que, se insiste, las mismas no se somete a los plazos de prescripción establecidos para declaración de prescripción de las infracciones y sanciones.*

3º. *Que, impuestas, por el Tribunal penal o por la Administración de Costas, las citadas obligaciones, la LC, tras su reforma por la LMC de 2013, sí establece (artículo 95.1.2 º) un plazo máximo de prescripción de quince años para la ejecución y el cumplimiento de tales obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción. Y, decimos máximo porque habrá de estarse, con carácter previo, al plazo que, en cada caso, se establezca en la resolución (penal o administrativa) que imponga las citadas obligaciones, con dicho límite legal. Respondemos, con ello, a la primera de las cuestiones suscitadas).*

4º. *Que, no obstante lo anterior, y como excepción, dicho plazo de prescripción de la obligación impuesta, con el máximo de quince años, la LC deja a salvo, y no es por tanto de aplicación a los mismos, a los supuestos de recuperación de oficio de los bienes y derechos integrantes del dominio público marítimo terrestre –potestad distinta de las obligaciones que nos ocupan, que derivan del ejercicio de la potestad sancionadora– de conformidad con la remisión que el inciso final del nuevo párrafo segundo del artículo 95.1 realiza al artículo 10.2 de la misma LC.*

Si bien se observa, la LC conecta esta facultad de recuperación de oficio del artículo 10.2 con los bienes integrantes del dominio público marítimo terrestre; concreción territorial que no se produce –a dicho ámbito de protección constitucional– cuando lo que se regulan son las tan citadas obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, pues, no se olvide, que el ámbito "territorial" de las infracciones es más amplio que el del dominio público marítimo terrestre, como se deduce de la simple lectura de algunas de las infracciones que se tipifican en los artículos 90 y 91 de la LC que, territorialmente, no se concretan –sólo– al dominio público marítimo terrestre, sino que también se extienden –algunas de ellas– a las zonas de servidumbre colindantes con el dominio público». (Los subrayados son nuestros).

En consecuencia, el Tribunal al Supremo hace una interpretación que resuelve buena parte de las dudas planteadas, pero deja una cuestión sin resolver: ¿cuál es el plazo de prescripción para acordar las medidas de restablecimiento de la legalidad, fuera de lo que es estrictamente la zona de dominio público? El TSJ de Galicia venía a señalar en su sentencia que no es lógico que, acordada la medida, ésta prescriba –aún en un plazo muy amplio, de quince años-, pero que la posibilidad de acordarla no esté sujeta a prescripción. El Tribunal Supremo aclara que en tales casos no se aplica

el plazo de prescripción de las infracciones, que es únicamente a efectos sancionadores. Entonces, ¿cuál se aplica? Porque como se señala en la propia sentencia, las potestades administrativas sancionadora, pero también de restablecimiento, se extienden a un ámbito geográfico más amplio que el propio dominio público. De hecho, ese era el caso de fondo, en que las infracciones se habían cometido en la zona de protección, no directamente sobre un bien integrado en el dominio público.

5. ¿PUEDE INCUMPLIRSE MÁS DE UNA VEZ UN PLAZO DE ADAPTACIÓN ÚNICO? LA DISCUTIBLE APRECIACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN MATERIA DE ADAPTACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS GESTORES DE CENTRALES NUCLEARES

Los mecanismos de transparencia en la gestión de las centrales nucleares han supuesto una inesperada fuente de conflictividad. La presentación preceptiva de un plan de adaptación de las centrales nucleares viene exigido por la disposición transitoria única de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, precepto incorporado al texto legal por medio de la Ley 12/2011, 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

En el art. 28 de la Ley 25/1964, en la redacción vigente, resultado de la Ley 12/2011, se sujeta las instalaciones nucleares y radiactivas, a autorización por el Ministerio de Industria, previo procedimiento en el que informará el Consejo de Seguridad Nuclear y se dará audiencia a las Comunidades Autónomas cuyo territorio se vea afectado. Se sujeta a autorización preceptiva la selección del emplazamiento, la construcción, la puesta en marcha y el desmantelamiento y clausura. En particular, por medio de la Ley 12/2011 se introdujeron determinadas exigencias en cuando a la configuración de la persona jurídica que sea titular de una instalación nuclear, en el art. 28.2 de la Ley 25/1964:

«El titular de la autorización de explotación 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, económicos-financieros y personales necesarios para garantizar la explotación segura de la misma».

Estas exigencias alcanzan también a la necesidad de contabilidades separadas para cada central nuclear:

«Una misma persona jurídica podrá ser titular simultáneamente de la autorización de explotación de varias centrales nucleares. En este

supuesto, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de contabilidad correspondientes, deberá llevar en su contabilidad cuentas separadas para cada central nuclear de la que sea titular, diferenciando entre los ingresos y los costes imputables a cada una de ellas».

La adecuación a estas nuevas exigencias (en el original art. 28 únicamente se establecía la autorización preceptiva, previo informe de la Junta de Energía Nuclear, mientras que a partir de 2005 se había actualizado la referencia al Consejo de Energía Nuclear e incorporado al procedimiento la audiencia de las comunidades autónomas), son el objeto de la Disposición transitoria única, que establece la adaptación en un plazo máximo de un año, aunque con una etapa intermedia, la aprobación del plan de adaptación (dt única, 1, párrafo segundo):

«A estos efectos, deberán remitir a la Dirección General de Política Energética y Minas, en un plazo máximo de cuatro meses, el correspondiente plan de adaptación, a los efectos de comprobación de su adecuación a las condiciones establecidas en dicho artículo. La Dirección General de Política Energética y Minas, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear, dictará resolución motivada, en un plazo máximo de dos meses, aprobando el plan de adaptación, si se cumplen dichas condiciones, o solicitando las modificaciones que estime pertinentes. En este caso el titular de la autorización remitirá el nuevo plan de adaptación en un plazo de dos meses a la Dirección General de Política Energética y Minas, que deberá resolver en el plazo de un mes».
(El subrayado es nuestro).

Los títulos administrativos (autorizaciones administrativas, licencias y concesiones) se entenderán transferidos a la nueva titular de la autorización de explotación de la central nuclear (dt única, 2), que se entenderá también subrogada en los contratos, los derechos y las obligaciones de los anteriores titulares (dt única, 3). A aportaciones no dinerarias o escisiones realizadas para cumplir con la exigencia de adaptación se les aplica un régimen tributario especial (dt única, 4).⁸ La

⁸ De acuerdo con la disposición transitoria única, 4, a las aportaciones no dinerarias y a las escisiones que se efectúen con la finalidad de dar cumplimiento a lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, se les aplicará el régimen previsto para las aportaciones y escisiones de ramas de actividad en el Capítulo VIII del Título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Lo contenido en el citado capítulo era el «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea». Es decir, un régimen fiscal favorable, en la medida en que no se prevé que con el cambio societario se afloren rentas o nuevas valoraciones de bienes, entre otros beneficios. El texto refundido ha sido derogado por Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades y la regulación referida ha pasado al

disposición transitoria contiene también una habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario del art. 28 (dt única, 6) y, además, un elemento muy relevante como es la tipificación del incumplimiento de la obligación de adaptación:

«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».

Esto supone, de acuerdo con el art. 89.1, párrafo segundo, que cabe imponer una multa «su grado mínimo desde 300.001 euros hasta 1.500.000 euros, en su grado medio desde 1.500.001 euros hasta 4.500.000 euros y en su grado máximo desde 4.500.001 hasta 9.000.000 de euros». La determinación de la cuantía –entre 300 mil euros y 9 millones- se hará en función de un conjunto de circunstancias recogidas en el art. 88.2, muchas de las cuales no serán aplicables a una infracción como la tipificada en la disposición transitoria, puesto que se refieren a infracciones de la seguridad, no de formalidades legales.

Curiosamente, una buena parte de las centrales nucleares españolas son copropiedad de empresas eléctricas, competidoras entre sí, por lo que modificar los acuerdos de gestión puede haber sido complicado.⁹

Título VII, «Regímenes tributarios especiales», cuyo capítulo VII se ocupa del «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea».

⁹ De acuerdo con el documento [«Gestión de los activos nucleares de ENDESA»](#), accesible en internet:

«Endesa participa en la propiedad de las siguientes centrales nucleares españolas: Ascó I (100%), Ascó II (85%), Vandellós (72%), Almaraz 1 & 2 (36,021%), Garoña (50%), y Trillo (1%, a través de Nuclenor). Los cinco primeros son rectores de agua a presión (PWR) de diseño Westinghouse, Garoña es un reactor de agua en ebullición (BWR) de diseño General Electric y Trillo es un PWR de diseño KWU. La capacidad nuclear instalada de Endesa es 3.686 MWe, lo que representa el 47,1% del total de la potencia nuclear instalada en España.

Las mencionadas centrales son operadas por las siguientes organizaciones: Asociación Nuclear Ascó Vandellós II ([ANAV](#)), Centrales Nucleares Almaraz Trillo ([CNAT](#)) y [Nuclenor](#), que son también titulares de las licencias de explotación de las centrales respectivas».

Más adelante se añade:

La adaptación parece haber resultado más problemática de lo que en principio podría parecer, pudiendo agruparse las sentencias en dos grupos: las relativas al plan de adaptación y las relativas a la adaptación. Entre las del primer grupo las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 25 de enero de 2016, a propósito del requerimiento a Gas Natural Fenosa para la presentación de planes de adaptación para las centrales nucleares de las que es titular; de 8 de febrero de 2017, relativa a las centrales de Ascó I y Ascó II; y la de 3 de mayo de 2017, sobre los requerimientos de subsanación de defectos detectados en varios planes de adaptación a las empresas titulares (Iberdrola, Endesa, Hidroeléctrica del Cantábrico y Gas Natural).¹⁰ Entre las segundas, las dos sentencias de la misma Sala y sección de 3 de mayo de 2018, ambas con un voto particular.¹¹

La Sentencia núm. 724/2018 de 3 de mayo de 2018 se refiere al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se había estimado el recurso interpuesto por

«Endesa ejerce la gobernanza de estos activos a través de su papel como administrador de las respectivas organizaciones operativas: ANAV, Almaraz-Trillo y Nuclenor, incorporando además, en el caso de Ascó y Vandellós, una estructura de Supervisión Independiente de la Seguridad como instancia de verificación, dependiente de la Dirección General Nuclear de Endesa».

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 25 enero 2016. Recurso de Casación núm. 2970/2013, ECLI:ES:TS:2016:156, RJ 2016\434, ponente Isabel Perelló Domenech, requerimiento a Gas Natural Fenosa para la presentación de planes de adaptación para las centrales nucleares de las que es titular; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 204/2017 de 8 de febrero. Recurso de Casación núm. 2663/2014, RJ 2017\2657, ponente Ángel Arozamena Laso, relativa a las centrales de Ascó I y Ascó II; y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 737/2017 de 3 de mayo, Recurso de Casación núm. 3886/2014, ECLI:ES:TS:2017:1639, Ar. RJ 2017\1847, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, sobre los requerimientos de subsanación de defectos detectados en varios planes de adaptación a las empresas titulares (Iberdrola Generación, S.A., Endesa Generación, S.A. Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y Gas Natural SDG, S.A.).

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 724/2018 de 3 de mayo, recurso de casación núm. 1091/2016, ECLI:ES:TS:2018:1559, Ar. RJ 2018\2084, ponente Diego Córdoba Castroverde, sobre la Central de Almaraz, con voto particular del magistrado Fernando Román García; y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 725/2018 de 3 de mayo, recurso de casación núm. 2696/2016, ECLI:ES:TS:2018:1569, Ar. RJ 2018\1944, ponente Diego Córdoba Castroverde, también sobre la Central de Almaraz, por la que se confirmaba la sanción de tres millones de euros contra los titulares, casando la sentencia de la Audiencia Nacional, con voto particular del magistrado Fernando Román García.

Gas Natural contra la sanción de 3 millones de euros impuesta de forma solidaria a Iberdrola Generación SA, Endesa Generación SA y Gas Natural SDG SA, como titulares de la Central Nuclear de Almaraz, Unidades I y II, por la no adaptación a las nuevas exigencias del art. 28.

La Audiencia Nacional había anulado la sanción por considerar que la conducta típica consistente en no cumplir la obligación de adaptación establecida en el disp. transitoria única introducida por la Ley 12/2011, de 27 de mayo, consiste en el *incumplimiento de una obligación de adaptación en el plazo establecido, 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. Por el contrario, el Abogado del Estado sostiene que incumplir la obligación de adaptarse constituye una infracción si se excede del plazo, pero también constituye una infracción si ese incumplimiento permanece y se prolonga en el tiempo.

Gas Natural había presentado de forma independiente un plan individual de adaptación el 28 de septiembre de 2011, que no fue tramitado al considerar el Ministerio de Industria que para cada central nuclear había que presentar un único plan por el conjunto de los titulares de la instalación. El plan conjunto no fue presentado y por Orden de Ministro de Industria y Energía de 14 de marzo de 2013 se sancionó por infracción grave a todos los cotitulares de la Central de Almaraz, entre ellos Gas Natural, con una multa de 900 mil euros. La sanción fue recurrida ante la Audiencia Nacional que desestimó el recurso por Sentencia de 25 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014, 182853), confirmada en casación la ya citada Sentencia 204/2017, de 8 de febrero de 2017. Como los titulares de la central siguieron sin dar cumplimiento a la obligación de adaptación, se inició un nuevo procedimiento sancionador al considerar que las titulares de la instalación estaban incurriendo de forma permanente y continuada en la misma infracción y por Orden de 25 de septiembre de 2014 se impuso con carácter solidario una sanción de 3 millones de euros a las titulares de la instalación.

En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo invoca el ya derogado 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:¹²

¹² Formalmente derogado el reglamento citado, las dos reglas del art. 4.6 siguen en vigor, aunque divididas, no ya en dos artículos, sino en dos leyes diferentes. En el art. 63.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se dispone:

«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 Audiencia Nacional había entendido que la conducta que consiste en prolongar en el tiempo la falta de un plan de adaptación no encaja en el tipo de la infracción. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que ello llevaría a una situación inasumible:

«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». (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, el Tribunal Supremo reinterpreta la literalidad de la norma: «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». Es decir, que «la consiguiente obligación de adaptarse permanece en el tiempo hasta tanto dicha adaptación se produzca, pues se trata de una *infracción permanente*». En consecuencia, la clave del asunto, de acuerdo con el Tribunal Supremo, es la distinción entre la infracción continuada contemplada en el régimen sancionador y una categoría diferente, la infracción permanente, a la que no se aplicarían las reglas anteriores (fundamento segundo):

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

Por otra parte, en el art. 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se establece que:

«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».

«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». (El subrayado es nuestro).

El Tribunal Supremo reafirma su posición más adelante (fundamento tercero):

«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».

Un tanto contradictoriamente, esa distinción sirve para aplicar al caso –calificado como infracción permanente– las reglas de la infracción continuada y, en consecuencia, una vez que la primera sanción es firme, puede iniciarse un nuevo procedimiento sancionador.

Como ya se ha señalado, existe un voto particular, del que es autor el magistrado Fernando Román. El núcleo de su argumentación está en el fundamento cuarto del voto particular, del que pueden destacarse los siguientes párrafos (cursivas añadidas):

«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 (RJ 1998, 3330) (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». (Los subrayados son nuestros).

Lo cierto es que la lectura de la sentencia lleva a la clara impresión de que la Administración ha realizado y el Tribunal Supremo ratificado una interpretación extensiva o, incluso, una aplicación analógica del tipo de infracción. El legislador no previó dificultades en una adaptación jurídica, que afecta a la titularidad de las instalaciones o, en última instancia, a la necesidad de una gestión diferenciada, percibiendo como único problema posible la demora en la adaptación, no la adaptación en sí misma. El Tribunal Supremo ha suplido la falta de previsión del legislador con criterios de justicia material, lo que hace previsible la estimación del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional si éste se llega a plantear.

Por su parte, Iberdrola Generación S.A. había también interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la misma sanción, igualmente estimado por la Audiencia Nacional en sentencia igualmente impugnada por el Abogado del Estado en casación, dando lugar a una sentencia del Tribunal Supremo –725/2018- coincidente con la anterior, lo que no es sorprendente si se tiene en cuenta que coinciden fecha y ponente y que la misma es expresamente citada. Iberdrola parece haber presentado también un plan individual de adaptación, de acuerdo con los antecedentes de la sentencia citada, que no fue tramitado por la Administración. Un elemento destacable que aporta esta segunda sentencia es el hecho curioso de que la anulación judicial de la sanción de la tercera empresa implicada, Endesa Generación S.A., no fuera recurrida por el Abogado del Estado, convirtiéndose en firme, aunque el Tribunal Supremo niega relevancia jurídica a esta circunstancia:

«El hecho de que otra de aquellas sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional -la dictada con fecha 13 de septiembre de 2017 (JUR 2017, 237980) en el recurso contencioso-administrativo 529/2014)- haya devenido firme no determina que el presente recurso de casación haya quedado privado de objeto. La sentencia que se invoca anuló la resolución sancionadora respecto de la entidad allí recurrente (Endesa Generación); pero no por ello queda sin objeto el recurso de casación que aquí nos ocupa, en el que se dilucida la conformidad a derecho de una sentencia distinta, que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad diferente aunque referido a la misma resolución sancionadora».

No obstante, el dato es más curioso si se tiene en cuenta que la sanción fue impuesta de forma solidaria, por lo que su anulación parcial – únicamente para Endesa- comportará que la cuantía haya de repartirse entre las otras dos empresas concernidas.

Por otra parte, sí se examina aquí, muy sucintamente, el alegato de falta de culpabilidad presentado por la recurrente –aunque extrañamente parece no distinguirse por el Tribunal Supremo de la presunción de inocencia, lo que probablemente no es sino un error de redacción-, ya que Iberdrola sí presentó un plan individual (al igual que Gas Natural), que fue rechazado por la Administración:

«En fin, tampoco puede ser acogido el alegato que se formula en la demanda sobre la supuesta vulneración del principio de culpabilidad o presunción de inocencia. El hecho de que Iberdrola 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».

En este sentido, se trae a colación por el Tribunal Supremo su sentencia –a la que se ha hecho referencia entre las relativas a la primera ronda de sanciones- núm. 204/2017 de 8 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 2663/2014, Ar. RJ 2017, 2657):

«[...] 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».

También se niega virtualidad al cambio normativo introducido por medio del 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. En la disposición adicional segunda del citado Real Decreto-ley se 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». (Los subrayados son nuestros).

De acuerdo con el Tribunal Supremo esa transferencia de titularidad *ex lege*, «no alberga ni presupone un juicio exculpatario de cara a un procedimiento sancionador como el que aquí estamos examinando ni el proceso de tramitación dispensaba a las entidades afectadas a persistir en el incumplimiento de las obligaciones que les habían sido impuestas». Lo que puede ser cierto, pero habría requerido una elaboración de la argumentación considerablemente mayor: desaparecida la obligación de adaptación, desaparece el ilícito y las normas sancionadoras favorables son de aplicación retroactiva. De acuerdo con el Tribunal Supremo, la infracción no era no adaptarse en plazo, sino no adaptarse, pero la adaptación ha sido hecha directamente *ope legis* y por tanto la obligación ha desaparecido. En este sentido, debe recordarse que las disposiciones sancionadoras favorables se aplican incluso a las sanciones ya impuestas, de acuerdo con el art. 26.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas:

«Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus

plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición».

Ciertamente puede argumentarse que las previsiones contenidas 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, no tienen naturaleza sancionadora. Pero sería preciso argumentarlo. En lo que se refiere a las centrales nucleares –el grueso del Real Decreto-Ley está dedicado a los problemas surgidos con el almacenamiento subterráneo de gas natural «Castor»-, la problemática a resolver se resume en el punto V de la exposición de motivos, que hace referencia a que «no se ha podido llevar a cabo la adaptación establecida por la ley en aquellas centrales nucleares en las que existen varios titulares», lo que motiva el cambio normativo:

«Mediante esta modificación, se pretende no interferir, en la medida de lo posible, en el modelo de explotación implantado desde hace años en las centrales nucleares afectadas, y respetar el contexto de competencia en materia de generación nucleoelectrónica que actualmente existe en el mercado eléctrico.

Hay que tener en cuenta que la operación de estas centrales se lleva a cabo por medio de Agrupaciones de Interés Económico (AIE) constituidas por sus copropietarios que cuentan con los recursos personales que son exigidos en el apartado 2 del artículo 28. Mediante esta modificación legal se exige también que se les dote con los demás medios necesarios.

Además, dado que una misma entidad puede ser titular de la explotación de varias centrales nucleares con diferentes propietarios, con la modificación contemplada en este real decreto-ley se pretende exonerar de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la explotación de una central nuclear a aquellas compañías que siendo partícipes de dicha entidad titular no sean copropietarios de la misma».

Con ello desaparece el deber de adaptación y el incumplimiento de ese deber, lógicamente, se ha convertido en atípico. Ciertamente, al contrario de lo que sucede con la irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable, que es una regla claramente contenida en el art. 25.1 de la Constitución, la retroactividad de la norma favorable es una mera cuestión de legalidad ordinaria, pero resulta extraordinario que el Tribunal Supremo despache con tan poco cuidado una regla de garantía sustantiva de los justiciables que parecía tan asentada en nuestro sistema jurídico.

Esta sentencia cuenta también con su voto particular, formulado igualmente por el magistrado Fernando Román. El magistrado disidente recoge en su voto la posición de Iberdrola Generación, que considera que

«la infracción definida en el tipo que nos ocupa es una infracción de estado, es decir, una infracción instantánea de efectos permanentes». Por lo demás, el magistrado disidente reitera su posición en términos similares a los empleados en el otro voto particular reseñado.

El balance de ambas sentencias es un tanto desalentador, en tanto que estamos ante un claro retroceso en la construcción jurisprudencial del Derecho administrativo sancionador. Una legislación poco meditada o una deficiente técnica legislativa que intentan ser suplidas por el Tribunal Supremo en aras a la justicia material con interpretaciones que, en el ámbito del Derecho sancionador, van más allá de lo admisible. Por otra parte, tampoco se alcanza a ver cuál pueda ser la extrema gravedad de los hechos.