

Jurisprudencia Constitucional: las competencias ejecutivas del Estado en materia ambiental

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL. 2.1. Introducción. 2.2. El discutido papel ambiental de los servicios meteorológicos de competencia estatal (STC 53/2016). 2.3. Almacenamiento geológico de CO2 (SSTC 165, 182 y 190/2016). 2.4. Cogeneración de alta eficiencia energética (STC 171/2016). 2.5. La designación de organismos de acreditación o autorización de verificadores medioambientales (STC 141/2016): respuesta incompleta a un problema nuevo. 3. FRACKING. 3.1. La Ley catalana: justa reprobación de una prohibición encubierta (STC 73/2016). 3.2. La Ley vasca: levantamiento de la suspensión (ATC 171/2016). 4. ULTERIORES PRECISIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE COSTAS. 4.1. La Sentencia matriz. 4.2. Los recursos pendientes (SSTC 6, 28, 57 y 100/2016). 4.3. Principales pronunciamientos. 5. AGUAS. 5.1. Abastecimiento de agua y autonomía local (STC 152/2016). 5.2. El eterno problema de las cuencas internas (STC 216/2016). 6. FISCALIDAD AMBIENTAL. 6.1. Impuestos sobre la energía nuclear (STC 74/2016). 6.2. El canon eólico de Castilla-La Mancha (AATC 183 y 185/2016). 7. ESPECTACULOS TAURINOS Y PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES. 7.1. La prohibición catalana de las corridas de toros (STC 177/2016). 7.2. El Toro de la Vega y la autonomía local (ATC 206/2016). 8. (DES)INCENTIVOS A LAS ENERGÍAS RENOVABLES. 8.1. Primas a las renovables. 8.2. Autoconsumo de energía eléctrica (STC 205/2016)

1. INTRODUCCION

El presente ejercicio deja un conjunto notable de resoluciones (Sentencias y Autos) en materia ambiental, de temática como de costumbre variada, y cuyo interés se ve en esta ocasión aumentado para el observador por ir frecuentemente acompañadas de sugerentes votos particulares.

Un primer grupo, que da título a este trabajo, se puede formar con una serie de Sentencias que tienen como objeto principal el no demasiado habitual examen de las competencias ejecutivas del Estado sobre temas ambientales: la STC 53/2016, en materia de control de la calidad del aire (funciones de la Agencia Estatal de Meteorología); las SSTC 165, 182 y 190/2016, sobre el otorgamiento de concesiones (y otras facultades ejecutivas) para el almacenamiento geológico de CO₂; la STC 171/2016, sobre la autorización de instalaciones de cogeneración de alta eficiencia energética; y la STC 141/2016, sobre la designación de los organismos competentes para la acreditación de verificadores medioambientales (EMAS). Esta última, favorable a los intereses autonómicos, y no acompañada esta vez de ningún voto particular, parte sin embargo, en mi opinión, de una interpretación no del todo certera de la normativa comunitaria europea subyacente.

En un segundo grupo cabría incluir una serie de Sentencias (y un Auto) que vienen a afianzar jurisprudencia constitucional muy reciente. Se trata, en primer lugar, de la STC 73/2016, sobre la legislación catalana relativa al *fracking*, y del ATC 171/2016, de medidas cautelares, sobre la Ley vasca en la materia. Y, en segundo lugar, de la serie de Sentencias (SSTC 6, 28, 57 y 100/2016) con las que se completa el análisis, en esta ocasión desde un prisma esencialmente competencial, de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas.

Los temas relativos al agua ocupan también un espacio, como suele ser costumbre, en la jurisprudencia constitucional de 2016. Así, la STC 152/2016, sobre la gestión supramunicipal del abastecimiento de agua a poblaciones y su contraste con la autonomía local (STC 152/2016); y la STC 216/2016, sobre el eterno problema de las cuencas intracomunitarias o internas del levante español, que, en mi opinión, tampoco queda definitivamente resuelto con esta decisión.

Otro visitante asiduo de la jurisprudencia constitucional, la fiscalidad autonómica con fines ambientales, aporta de nuevo en esta ocasión una serie de interesantes resoluciones: la STC 74/2016, sobre el impuesto

catalán a la producción nuclear de energía eléctrica, y los AATC 183 y 185/2016, sobre el canon eólico castellano-manchego.

Finalmente, una temática nueva, vecina de lo ambiental, merece también un espacio dentro de esta crónica: la relativa al conflicto entre cultura y protección de los animales a propósito de los espectáculos taurinos, plasmada en la STC 177/2016, sobre la prohibición catalana de las corridas de toros, y en el ATC 206/2016, sobre el festejo del Toro de la Vega de Tordesillas y la autonomía local.

Por la extensión ya alcanzada por el texto con tales contenidos, he dejado fuera de este comentario otras Sentencias igualmente interesantes pero con relevancia sólo parcial o indirecta sobre la temática ambiental, como la STC 157/2016, sobre grandes establecimientos comerciales, o la serie, a mi juicio espléndida, de Sentencias sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (SSTC 41, 111, 168 y 180/2016). No obstante, dedicaremos un breve apartado final a un capítulo de frecuente aparición en la jurisprudencia de los últimos años, el de los incentivos (o desincentivos) a la energía solar fotovoltaica.

2. LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL

2.1. INTRODUCCIÓN

Con la famosa STC 102/1995 (sobre la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres) quedó ya bien asentado el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia ambiental ciertamente presente en las normas del bloque de constitucionalidad: la legislación como tarea compartida (legislación básica estatal y desarrollo legislativo autonómico) y la ejecución del “entero bloque normativo” como responsabilidad esencialmente autonómica. Ya por supuesto desde antes, pero con mayor seguridad todavía desde entonces, la realidad ha discurrido y lo sigue haciendo por estos derroteros.

Como consecuencia de ello, y en lo que aquí importa, el desempeño por parte de la Administración General del Estado de funciones meramente ejecutivas o de gestión en materia ambiental ha tenido y tiene un carácter calificable como residual o marginal, basado esencialmente en alguno de los tres siguientes títulos reconocidos también por la jurisprudencia constitucional: (1) el excepcionalísimo de la “legislación básica” en la

materia, cuyo ejemplo más destacado es la “declaración” de parques nacionales¹; (2) el singular de la extraterritorialidad autonómica del mar, que justifica las competencias estatales de esta índole en relación con la protección del medio marino; (3) y el más potente de todos, a saber, la integración del medio ambiente en el marco de otras competencias estatales de carácter exclusivo o comprensivas al menos de funciones ejecutivas, cuyos ejemplos más destacados son, como es bien sabido, la evaluación de impacto ambiental de proyectos de competencia sustantiva del Estado (STC 13/1998) y la gestión (no sólo cuantitativa, sino también cualitativa) de las cuencas intercomunitarias. Ninguna otra justificación ha sido, en principio, admitida por la jurisprudencia constitucional como fundamento de la retención por parte del Estado de tareas de gestión en el campo ambiental: ni la ejecución del Derecho comunitario europeo, ni la titularidad del dominio público natural, ni la supraterritorialidad (sin más) de ciertos problemas ambientales.

En el presente ejercicio, cuatro grupos de Sentencias han vuelto a ocuparse de estos temas, que ya por lo general no suelen provocar excesiva conflictividad. Sin desdecirse un ápice de los criterios antes sumariamente expuestos, tres de estos grupos (la STC 53/2016, sobre calidad del aire; las SSTC 165, 182 y 190/2016, sobre el almacenamiento geológico de CO₂; y la STC 171/2016, sobre instalaciones de cogeneración de alta eficiencia energética) han venido a dar la razón al Estado en base a nuevas aplicaciones, algunas de ellas discutibles (y discutidas en Votos particulares) del mencionado principio de integración. Se trata de todos modos, en mi opinión, de asuntos muy específicos, que no ponen en

¹ La fórmula canónica respecto del posible alcance ejecutivo de la legislación básica en materia de protección del medio ambiente, acuñada por la STC 102/1995 (FJ 8), es la siguiente: “Ahora bien, el contenido normativo de lo básico en esta materia no significa la exclusión de otro tipo de actuaciones que exijan la intervención estatal, solución ciertamente *excepcional* a la cual sólo podrá llegarse cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando *además del carácter supraautonómico del fenómeno* objeto de la competencia, *no sea posible el fraccionamiento de la actividad* pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación *tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación* y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad de [integrar los] intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables, que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad. Se produce así la metamorfosis del título habilitante de tales actuaciones, cuyo asiento se encontraría en la competencia residual del Estado (art. 149.3 C.E.), mientras que en situación de normalidad las facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente corresponden a las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito espacial y no al Estado (STC 329/1993)” (las cursivas son nuestras).

cuestión la regla general. El caso que planteaba un problema teórico de mayor enjundia y que pudiera haber abierto una nueva vía de penetración estatal en el campo dominado por las Comunidades Autónomas de la gestión ambiental, el de la designación de los organismos de acreditación de “verificadores medioambientales”, ha sido resuelto, sin embargo, en favor de estas últimas (STC 141/2016), contando para ello con ciertos precedentes. Vamos a detenernos un poco en todas estas resoluciones.

2.2. EL DISCUTIDO PAPEL AMBIENTAL DE LOS SERVICIOS METEOROLÓGICOS DE COMPETENCIA ESTATAL (STC 53/2016)

A) Antecedentes

Por medio del Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire, se llevó a cabo la transposición de la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, que había sustituido a la inicial Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, y a algunas de sus Directivas derivadas.

El Real Decreto (dictado “al amparo de las competencias exclusivas que al Estado otorga el artículo 149.1.16 y 23 de la Constitución, en materia de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre protección del medio ambiente”, según la Disposición final segunda) detallaba, conforme a los designios de la Directiva, los objetivos de calidad del aire relativos a ciertos contaminantes atmosféricos, así como las actuaciones administrativas a llevar a cabo para el seguimiento de los niveles de inmisión y como reacción en caso de superación de los valores límite u objetivo o de los umbrales de alerta (planes de mejora y planes de acción a corto plazo, respectivamente), reconociendo lógicamente con carácter general la competencia autonómica o, en su caso, de los entes locales para el desempeño de estas actividades (entre otros, art. 3.3).

A la Administración General del Estado le reservaba sólo (art. 3.1 y 2) ciertas funciones de coordinación, así como la recopilación de información técnica sobre la denominada “contaminación atmosférica de fondo”, esto es, la medición de la composición química de la atmósfera a escala regional y lejos de las fuentes contaminantes (en “ubicaciones rurales de fondo alejadas de fuentes significativas de contaminación atmosférica”); tarea esta última conectada con el cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de ciertos Convenios internacionales, y

que venía siendo ejercida por la Agencia Estatal de Meteorología (Aemet) por medio de la red de estaciones EMEP/VAG/CAMP, (creada en 1983 y reunificada en 2006, e integrada por 13 estaciones en toda España)².

Pues bien, frente a algunas de estas funciones de coordinación y frente a la asignación a la Agencia Estatal de Meteorología, adscrita al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, de ciertas tareas de medición de la contaminación atmosférica de fondo previstas en la Directiva 2008/50/CE o en otras Directivas comunitarias, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña promovió conflicto positivo de competencia, por supuesta invasión de sus competencias ejecutivas en materia de protección del medio ambiente, resuelto y, como veremos, desestimado íntegramente por STC 53/2016, de 17 de marzo.

Concretamente, las disposiciones del Real Decreto impugnadas eran las siguientes:

En primer lugar, dos de las funciones de coordinación atribuidas al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino: (1) cuando “se sobrepasen los objetivos de calidad del aire fijados en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma” [art. 3.3 e)]³, y (2) para la elaboración de “planes conjuntos” cuando “las medidas de control para reducir la contaminación atmosférica que se establezcan en el plan que, en su caso, elabore cada Comunidad Autónoma, suponga[n] realizar actuaciones en actividades, instalaciones o zonas situadas en el territorio de otra Comunidad Autónoma” (art. 24.4)⁴.

² Las siglas EMEP/VAG/CAMP son el acrónimo de los siguientes programas: (1) El programa concertado de seguimiento y evaluación del transporte a gran distancia de los contaminantes atmosféricos en Europa (EMEP), puesto en marcha en 1977, y que forma parte del Convenio de Ginebra sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia de 1979 (ratificado por España en 1982); (2) El programa de Vigilancia Atmosférica Global (VAG) de la Organización Meteorológica Mundial (OMM); y (3) El programa CAMP (Programa Integral de Control Atmosférico), que es fruto del Convenio de París para la Protección del Medio Ambiente Marino del Nordeste del Atlántico de 1992 (ratificado por España en 1998). Más información al respecto en la página web de Aemet (http://www.aemet.es/es/idi/medio_ambiente/vigilancia).

³ “Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, y las entidades locales cuando corresponda (...): e) Colaborarán entre sí en el supuesto de que se sobrepasen los objetivos de calidad del aire fijados en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma, bajo la coordinación del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino”.

⁴ “En el caso de que las medidas de control para reducir la contaminación atmosférica que se establezcan en el plan que, en su caso, elabore cada Comunidad Autónoma, suponga[n] realizar actuaciones en actividades, instalaciones o zonas situadas en el territorio de otra Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo establecido en el Título I de

Y, en segundo lugar, la encomienda a la Agencia Estatal de Meteorología, previo establecimiento “en colaboración con las Comunidades Autónomas” de cierto número de “puntos de muestreo” (uno cada 100.000 km² ó 5 en toda España), de la realización de “mediciones indicativas” de (1) partículas PM_{2,5} (partículas finas), (2) metales pesados e hidrocarburos aromáticos policíclicos y (3) amoniaco, “en coordinación con la Estrategia de vigilancia continuada y medición del Programa EMEP” (arts. 3.1, último párrafo, 8, 9.2 y 12).

“Por su parte, *la Agencia Estatal de Meteorología*, adscrita al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino y responsable de la gestión de la red EMEP/VAG/CAMP de contaminación atmosférica de fondo, implantará un sistema de control y garantía de calidad que asegure la exhaustividad, coherencia, transparencia, comparabilidad y confianza de los resultados obtenidos en dicha red y *realizará las mediciones indicativas* de partículas PM_{2,5} descritas en el artículo 8; las mediciones indicativas de metales pesados e hidrocarburos aromáticos policíclicos descritas en el artículo 9 y las mediciones de amoniaco en estaciones rurales de fondo señaladas en el artículo 12” (art. 3.1, último párrafo) (la cursiva es nuestra).

“(…) *el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, en colaboración con las comunidades autónomas, establecerá puntos de muestreo* para mediciones indicativas en ubicaciones rurales de fondo alejadas de fuentes significativas de contaminación atmosférica con el objetivo de facilitar, como mínimo, información acerca de la concentración másica total y la especiación química de las concentraciones de partículas PM_{2,5}, en medias anuales, y empleando los criterios siguientes:

- a) Se instalará un punto de muestreo cada 100 000 km² (...).
- c) Cuando proceda, las actividades de vigilancia deberán coordinarse con la Estrategia de vigilancia continuada y medición del Programa de cooperación para la vigilancia continua y la evaluación del transporte a

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas que corresponda acordarán la realización de planes conjuntos de actuación para el logro de objetivos de reducción de la contaminación atmosférica establecidos en este artículo.

A estos efectos, corresponderá a la Conferencia Sectorial en materia de medio ambiente, bajo la coordinación del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, la iniciativa para acordar la realización de planes conjuntos, la aprobación de su contenido, así como el seguimiento y evaluación multilateral de su puesta en práctica”.

gran distancia de contaminantes atmosféricos en Europa (EMEP)...” (art. 8) (la cursiva es nuestra)⁵

B) La Sentencia

La STC 53/2016 (FJ 5) responde con relativa facilidad a la impugnación de las dos mencionadas funciones de coordinación atribuidas por el Real Decreto al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino. Le basta en esencia para ello con remitirse a la famosa STC 329/1993, que en un caso similar (zonas de atmósfera contaminada), al tiempo que sentaba la conocida doctrina de que la “supraterritorialidad” no constituye *per se* un título atributivo de competencias en materia ambiental, y declaraba en consecuencia la inconstitucionalidad de la reserva en favor del Estado de la declaración de esta clase de situaciones en caso de contaminación afectante a varias Comunidades Autónomas, admitía que las competencias del Estado en materia ambiental pudieran conllevar facultades de coordinación (“no cabe excluir en esta materia de medio ambiente la existencia de facultades estatales de coordinación”), suficientes justamente para afrontar “en situaciones normales” este tipo de episodios desde el respeto al ejercicio “coordinado y paralelo” por las Comunidades afectadas de sus competencias ejecutivas en la materia.

“Tal y como hemos señalado en el fundamento jurídico tercero de esta Sentencia, la coordinación, en el ámbito medioambiental, tiene una singular importancia, dado el alcance supraterritorial de muchos de los problemas que se plantean en este ámbito así como del carácter esencial de la coherencia y homogeneidad técnica de la actuación de las Administraciones Públicas en este sector, razón por la cual, este Tribunal ya ha tenido ocasión de afirmar [STC 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 3] que es legítimo que el Estado ejerza, en aquellos supuestos en los que aparezcan esas circunstancias (supraterritorialidad, necesidad de coherencia y homogeneidad técnica), facultades de coordinación” (STC 53/2016, FJ 5).

Sobre los “planes conjuntos de actuación” (art. 24.4 del Real Decreto), la Sentencia añade que no constituyen sino una especificación de la modalidad de actuación de las Conferencias Sectoriales prevista con carácter general en el art. 7 de la Ley 30/1992 (hoy, en el art. 151 de la Ley 40/2015), a la que reenvía el propio precepto, cuya eficacia vinculante se limita “a las Comunidades Autónomas participantes que lo[s] suscriban”, con lo que implícitamente la Sentencia parece proponer una interpretación (aun sin llevarla al fallo) correctora de la imperatividad que, al menos por

⁵ Los arts. 9.2 y 12 son, en lo que aquí importa, de tenor similar.

lo que respecta a la elaboración de dichos planes, acompañaba a la redacción del precepto.

“El funcionamiento de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente se basa, pues, sin lugar a dudas, en los principios de colaboración, voluntariedad y consenso. La coordinación que realiza el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino tiende a asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones autonómicas en relación con un supuesto de hecho supraterritorial que exige una reacción con la finalidad de proteger el medio ambiente y la salud pública” (STC 53/2016, FJ 5) (la cursiva es nuestra)

Muchos más problemas encuentra, en cambio, la Sentencia para resolver la impugnación de la tarea encomendada a la Agencia Estatal de Meteorología relativa a la realización de mediciones indicativas de la “contaminación atmosférica de fondo” respecto de los contaminantes antes mencionados (arts. 3.1, último párrafo, 8, 9.2 y 12 del Real Decreto)⁶.

El carácter inequívocamente ejecutivo de esta tarea, y las severas limitaciones impuestas por la jurisprudencia constitucional para la asunción por parte del Estado de funciones de esta índole en el marco de sus competencias en materia de “protección del medio ambiente” (art. 149.1.23 CE), llevan a la Sentencia (FFJJ 2 a 4) a explorar otros caminos y a interrogarse sobre el posible encaje de dicha función en otros títulos competenciales, a lo que acabará respondiendo afirmativamente, encontrando acomodo para la misma en el marco del título, sugerido por el Abogado del Estado en su escrito de contestación, que otorga al Estado competencia (exclusiva) en materia de “servicio meteorológico” (art. 149.1.20 CE).

A la vista de la amplia gama de tareas y objetivos que cumplen en la actualidad los Servicios Meteorológicos en todas partes del mundo, explicitados en algún documento de la Organización Meteorológica Mundial al que se hace mención [“la declaración de la Organización Meteorológica Mundial sobre el funcionamiento de los servicios meteorológicos nacionales”, FJ 2 c)], a la Sentencia no le cuesta excesivo

⁶ La Abogacía del Estado, en consonancia con el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña (núm. 4/2011, de 14 de abril, FJ 5, punto 3), había propuesto una interpretación conforme de estos preceptos en el sentido de limitar la competencia ejecutiva del Estado al establecimiento, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de los “puntos de muestreo”, pero sin incluir la instalación efectiva de dichos puntos ni la realización de las mediciones, que la STC 53/2016 (FJ 4), sin embargo, rechaza en base a la clara dicción del último párrafo del art. 3.1 del Real Decreto: “la Agencia Estatal de Meteorología (...) *realizará* las mediciones indicativas de...” (la cursiva es nuestra).

esfuerzo identificar dentro del indicado título, entre otras, una clara vocación “ambiental”, lo que, unido al carácter “exclusivo” de dicha competencia, permitiría dar cobertura a las cuestionadas mediciones de la “contaminación atmosférica de fondo” causada por ciertas partículas o sustancias, cuya naturaleza, además, meramente “indicativa” y no excluyente de otras mediciones autonómicas acaban, a juicio de la Sentencia, de disipar las posibles dudas acerca de su constitucionalidad.

“Así, las mediciones a las que se refieren el último párrafo del art. 3.1 y los arts. 8, 9.2 y 12 del Real Decreto 102/2011 tienen como objetivo el perfeccionamiento del conocimiento científico sobre la composición química de la atmosfera, es decir, un fin que, dada la amplia actividad investigadora instrumental que desarrollan hoy en día los servicios meteorológicos, pueden entenderse englobadas en el título competencial sobre servicio meteorológico que se recoge en el art. 149.1.20 CE. En efecto, como se ha expuesto anteriormente, los servicios meteorológicos no se limitan a realizar actividades de predicción del clima, sino que extienden su campo de acción al análisis, estudio e investigación de la composición física y química de la atmósfera realizando mediciones a nivel nacional y facilitando información y datos que pueden proporcionar apoyo a diversas políticas públicas, entre ellas la medioambiental o la sanitaria. Así, la información obtenida con tales mediciones contribuirá ulteriormente también, y en su caso, al desarrollo y ejecución de diferentes iniciativas políticas tendentes a la protección de la salud o del medio ambiente, entrando de ese modo en juego y, a partir de entonces, los títulos competenciales correspondientes sobre los que las Comunidades Autónomas han asumido competencias. Ahora bien, se trata de mediciones que el Estado, a través de su servicio meteorológico, está legitimado para realizar *ex art. 149.1.20 CE*, dado que son previas por indicativas, a las que más adelante deban ser valoradas desde diferentes perspectivas de actuación, que estarán entonces encaminadas a la protección de bienes e intereses constitucionalmente relevantes como los que se han expuesto” (FJ 4)

Pero esta conclusión (a mi juicio no irrazonable, sobre lo que volveremos después) viene acompañada en la Sentencia de una larga, y posiblemente prescindible, disquisición previa sobre el alcance de la “protección del medio ambiente” y su relación con otras materias dentro del sistema constitucional y estatutario de reparto de competencias [FJ 2 a) y b)], en particular, en relación con la materia “sanidad”, ciertamente mencionada por el Real Decreto como fundamento adicional de su contenido, pero irrelevante para la decisión del conflicto, y de la que se desprende una concepción más bien restrictiva de aquélla, lo que va a ser justamente criticado por los Votos particulares a los que nos vamos a referir a continuación.

“Sin embargo, como hemos destacado anteriormente, el Real Decreto 102/2011 establece un régimen jurídico que tiene un alcance mucho más ambicioso que el de la exclusiva protección medioambiental, no tanto ya porque abarca otros objetivos, además del citado, cuanto más porque los preceptos ahora enjuiciados regulan una actuación previa de medición y obtención de índices que servirán de presupuesto de actuación para la determinación de iniciativas que tiendan a cumplir aquellos objetivos” (STC 53/2016, FJ 4).

C) Votos particulares

La Sentencia cuenta con dos interesantes Votos particulares discrepantes, en relación únicamente con el segundo grupo de preceptos impugnados (mediciones por parte de Aemet), el primero firmado por los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, y el segundo por el Magistrado Xiol Ríos.

Ambos Votos coinciden en criticar la estrecha visión que traslada la Sentencia sobre la materia competencial “medio ambiente” y el correlativo, y a su juicio también criticable, sobredimensionamiento de la materia “servicio meteorológico”, para acabar concluyendo de consuno en la pertenencia de las funciones controvertidas a la primera de dichas materias y su consiguiente titularidad autonómica. Pero a partir de ahí cada uno de ellos discurre por distintos caminos argumentales.

El primero de los Votos critica en especial la discutible interpretación “evolutiva” efectuada por la Sentencia del título competencial “servicio meteorológico” a partir de elementos extraños a nuestro sistema jurídico, mal identificados y de muy baja jerarquía (Documento de la OMM), sin prestar en cambio atención a los materiales suministrados por nuestro propio ordenamiento (la Ley 34/2007 e incluso la 38/1972, y Reales Decretos anteriores al enjuiciado), de los que, a su entender, cabría extraer la conclusión de que el seguimiento de la calidad del aire “ha sido siempre una actividad estrictamente administrativa” (punto 3 del Voto) y por lo tanto ambiental (no meteorológica), en la que la Administración General del Estado dispone de funciones de coordinación, pero no puramente ejecutivas como son las mediciones.

El segundo de los Votos, el del Magistrado Xiol Ríos, aporta otros elementos de juicio. Afirma, en primer término, que la Generalitat de Cataluña ha sufrido en el presente caso indefensión, porque la Sentencia ha resuelto en base a un motivo (un título competencial) traído por primera vez a colación en la contestación al escrito de planteamiento del conflicto y sobre el que aquélla no ha tenido oportunidad de expresar su opinión (debiera, a su juicio, el Tribunal haber abierto el trámite de alegaciones

previsto en el art. 84 LOTC). Y, en segundo lugar y sobre todo, sostiene que los “servicios meteorológicos” no son sólo competencia del Estado, sino también de las Comunidades Autónomas (STC 31/2010, FJ 88), y que la competencia exclusiva del Estado en materia de “servicio meteorológico” (art. 149.1.20 CE), en base a una a su juicio obvia interpretación sistemática, “lo es a los únicos efectos de garantizar la seguridad aérea y no a cualquier otra finalidad”, lo que nada tiene que ver con las mediciones de contaminación aquí controvertidas (punto 2 del Voto).

D) Reflexión final: contaminación atmosférica de fondo y concurrencia competencial sobre servicios meteorológicos

En relación con la cuestión principalmente debatida en este caso, hay un aspecto que, a mi juicio, llama poderosamente la atención. La Generalitat de Cataluña impugnó la atribución a la Aemet de la tarea de llevar a cabo tres tipos concretos de mediciones valiéndose de su red de estaciones de medición de la “contaminación atmosférica de fondo”, pero no la propia existencia de esta red, que aparece prevista en otro precepto del Real Decreto no impugnado [art. 3.1 d)], así como en la propia Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera [art. 5.1 f)], y por lo tanto tampoco la realización a través de la misma de mediciones de dicha contaminación en relación con otro tipo de sustancias. Aunque es cierto que la STC 53/2016 no concede importancia a este extremo (FJ 4⁷), las mismas razones para cuestionar esas tres mediciones podrían valer tal vez para impugnar la red entera.

El problema, pues, concierne, en mi opinión, a la naturaleza de eso que se denomina “contaminación atmosférica de fondo”. Obviamente, la medición de los niveles de contaminación atmosférica (sea o no de fondo) es en principio una tarea ambiental, pero su encuadramiento competencial en el ámbito de los “servicios meteorológicos”, como hace la Sentencia, puede resultar razonable si se atiende al origen de la medición de ese

⁷ “Las estaciones de la red cumplen, por tanto, una función muy diversa y compleja, pudiendo destacarse, además, que no todas las estaciones realizan las mismas tareas de medición asumidas por la red. Ninguna competencia puede, por tanto, corresponder a la Comunidad Autónoma de Cataluña respecto a la instalación o a las operaciones materiales de montaje de estaciones pertenecientes al Estado y a través de las cuales éste desarrolla funciones de su competencia exclusiva (...). Cuestión distinta es que la atribución de alguna de las funciones de medición a la Agencia Estatal de Meteorología pueda representar una invasión competencial por asignar al Estado indebidamente competencias de gestión propias de las Comunidades Autónomas, y, en lo que ahora interesa, de Cataluña, que, de ser así, habría ésta de llevar a efecto a través de sus propias estaciones y redes, pero, en modo alguno, a hacerlo mediante estaciones del Estado que cumplen funciones que competen a éste”.

particular tipo de contaminación, es decir a su conexión con la aplicación de ciertos Convenios internacionales, en particular, el de Ginebra de 1979 (ratificado en 1982), con el que la propia Directiva reclama una coordinación, y a la atribución de estas tareas desde el principio a dichos servicios (la red española EMEP/VAG/CAMP fue creada en 1983). En nada obstaría a esta conclusión que los servicios meteorológicos aparezcan constitucionalmente enmarcados en el ámbito de la aviación (art. 149.1.20 CE), pues ello no sería sino reflejo de su inicial uso prevalente con estos fines, (pero ya largamente ampliado desde mucho tiempo atrás⁸, y de la dependencia orgánica de estos servicios al tiempo de la aprobación de la Constitución del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁹.

Ahora bien, en algo sí tiene toda la razón el Voto particular del Magistrado Xiol Ríos, y es cuando afirma que los servicios meteorológicos no son una competencia exclusiva del Estado, al menos no en sentido propio, puesto que todas las Comunidades Autónomas asumieron desde el principio competencia sobre sus propios servicios meteorológicos.

La Sentencia, que tiene justamente a gala haber profundizado en el significado de un título competencial sobre el que hasta la fecha apenas había jurisprudencia (salvo las breves líneas de la STC 31/2010, FJ 88), podría tal vez haber completado su análisis con la delimitación entre sí de estos títulos competenciales estatal y autonómicos concurrentes sobre la misma materia, pues si el correspondiente al Estado puede interiorizar un cierto componente ambiental (ésta es la conclusión de la Sentencia), lo mismo cabría decir en principio de sus homónimos autonómicos.

“Resta por examinar el alcance del último de los títulos competenciales invocados, el art. 149.1.20 CE que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre el servicio meteorológico. Este Tribunal ha tenido la ocasión de afirmar en su STC 31/2010 (FJ 88) que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en relación con servicios meteorológicos propios, siempre que ello no limite la plena competencia estatal sobre meteorología en la totalidad del territorio español, lo que incluye la adopción de cualquier medida normativa y aplicativa con apoyo físico en todo el territorio del Estado y, en consecuencia, en cada territorio autonómico.

⁸ Vid., en la página web de Aemet (www.aemet.es) los estudios “Breve historia de la meteorología” y “Breve historia de la Agencia Estatal de Meteorología, el Servicio Meteorológico español”.

⁹ Real Decreto 2229/1978, por el que se estructura orgánicamente el Instituto Nacional de Meteorología, y Orden de 24 de octubre de 1978, por la que se desarrolla la estructura del Instituto Nacional de Meteorología. Ambas disposiciones incluyen dentro de los servicios del Instituto uno de “Meteorología ambiental”.

Sin embargo, hasta el momento este Tribunal no ha determinado el contenido y alcance de esta concreta competencia, ni ha tenido ocasión de deslindarla de otras materias afines como el medio ambiente...” [STC 53/2016, FJ 2 c)]

Parece claro que el fraccionamiento de la Red no resultaría operativo, pues la división de 5 estaciones (una por cada 100.000 Km²) entre 17 sólo arroja decimales. Pero, ¿no cabría repartir esas cinco estaciones mediante técnicas de colaboración y coordinación?. ¿O se ha de interpretar la relación entre esos títulos competenciales al modo como la que existe en materia de obras públicas (carreteras, por ejemplo), distinguiendo entre unos servicios (una red) de interés general, que incluirían la medición de la contaminación de fondo, y otros de interés autonómico?.

Algo más ha avanzado el Tribunal en la delimitación entre sí de estos títulos competenciales a través de la Sentencia, dictada en este mismo ejercicio, 128/2016, de 7 de julio, en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a ciertas disposiciones de la Ley catalana 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, y concretamente, por lo que aquí importa, frente a la modificación (a través de su art. 69) de la Ley 15/2001, del Servicio Meteorológico de Cataluña, para incluir dentro de las funciones de dicho Servicio la de “prestar servicios de abastecimiento de información meteorológica de apoyo a la navegación aérea”.

Partiendo de la STC 31/2010, la STC 128/2016 (FJ 2) reconoce que, en principio, las competencias estatal y autonómicas sobre servicios meteorológicos tienen un carácter concurrente, lo cual no justifica, sin embargo, la invasión a través de las autonómicas de otras competencias reservadas en exclusiva al Estado, como son las relativas a la navegación aérea (art. 149.1.20 CE), razón por la cual declara la inconstitucionalidad del precepto impugnado.

“De este pasaje jurisprudencial [STC 31/2010, FJ 88] se podría deducir que el servicio meteorológico es, para las Comunidades Autónomas que lo que tengan atribuido en sus Estatutos, una competencia concurrente con la que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1.20 CE. Semejante conclusión solo tendría una validez de principio, acotada a la posible institución por las Comunidades Autónomas de organismos con responsabilidades en este ámbito, pues la meteorología puede incidir sobre una pluralidad de sectores de actividad y no hay que excluir que ello imponga la identificación, con efectos jurídico-constitucionales, de subsectores determinados dentro de ese ámbito meteorológico cuyo

régimen competencial deba tener en cuenta títulos distintos del que tiene por objeto la meteorología [STC 53/2016, de 17 de marzo, FJ 2 c)].

Así habría de afirmarse, por ejemplo, para la meteorología al servicio de la defensa y de las Fuerzas Armadas (art. 149.1.4 CE) y así hemos de advertirlo ahora en lo que afecta a su aplicación en apoyo de la navegación aérea, que constituye un sector material inescindible del régimen jurídico, en general, de esa misma navegación y, de manera singular, de las competencias exclusivas que al Estado corresponden para el control del espacio aéreo y en orden al tránsito y el transporte aéreos (art. 149.1.20 CE y STC 68/1984, de 11 de junio, FJ 6)” (STC 128/2016, FJ 2)

2.3. ALMACENAMIENTO GEOLÓGICO DE CO2 (SSTC 165, 182 Y 190/2016)

A) Antecedentes

La captura y almacenamiento geológico de CO₂ (CAC) es un sistema (conjunto de técnicas) propuesto para ayudar a combatir el problema del cambio climático, que consiste en la recogida de las emisiones de CO₂ procedentes de fuentes fijas, como por ejemplo grandes instalaciones de combustión (centrales térmicas), antes de su liberación a la atmósfera, su compresión y transporte hasta el lugar de almacenamiento (por medio de gaseoductos o barcos) y su inyección final en el subsuelo, en formaciones geológicas adecuadas. A pesar de que las distintas técnicas que componen el proceso son bien conocidas, el sistema no ha alcanzado hasta la fecha (en particular, en la Europa comunitaria) el grado de implantación esperado debido al parecer sobre todo a sus elevados costes. En España, y al calor de las regulaciones de las que ahora hablaremos, se emprendieron en su momento, por iniciativa del Gobierno, todo un conjunto de estudios, actuaciones y proyectos piloto, que sin embargo se encuentran a día de hoy más bien en una situación de *impasse*¹⁰.

La Unión Europea tomó en su día partido a favor del empleo de esta técnica, y respetando, como no podía ser de otra forma por carecer de las competencias pertinentes, la decisión de cada Estado miembro sobre la admisión de esta clase de almacenamientos, decidió impulsarla mediante la aprobación de una normativa común (la Directiva 2009/31/CE, de 23 de abril, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono), fundada en sus competencias en materia ambiental, y destinada a garantizar unas condiciones elevadas de protección del medio ambiente y de

¹⁰ Más información en la página web de la “Fundación Ciudad de la Energía” (Ciuden), creada en 2006, con sede en la comarca de El Bierzo (León) y dependiente del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (www.ciuden.es).

seguridad para las personas, así como las exigencias de la unidad de mercado en la autorización de este tipo de instalaciones y en el acceso final a los almacenes autorizados¹¹.

El Estado español no demoró en esta ocasión la transposición de la Directiva, que llevó a cabo, con carácter de legislación básica, por medio de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, con fundamento, diferenciado según se tratara de unos u otros de sus preceptos, en las competencias sobre “protección del medio ambiente”, “bases de régimen minero y energético” y “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.23, 25 y 13 CE, respectivamente).

No obstante lo anterior, la propia Ley enmarcaba “la investigación o explotación de estructuras subterráneas para su utilización como almacenamiento geológico de dióxido de carbono” en el ámbito de la legislación minera, como subsector objeto de una regulación especial, incluyendo a estos efectos en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (nuevo apartado 4 del art. 1) la pertinente remisión a su “legislación específica” (Disposición final primera); que comienza en la propia Ley 40/2010, pero susceptible de ulteriores desarrollos reglamentarios, hasta cuya aprobación (todavía no realizada) se declara supletoriamente aplicable el Reglamento General de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto (Disposiciones finales 13ª y 14ª).

A través de esta Ley, el legislador ejerció, con carácter básico, algunas de las opciones previstas en la Directiva, como sobre todo la de permitir en suelo español el almacenamiento geológico de CO₂ previo examen casuístico de los posibles emplazamientos (art. 10 de la Ley, en relación con el art. 4 de la Directiva). Y en el apartado más polémico, el que motivará principalmente los recursos de inconstitucionalidad a los que ahora nos referiremos y al que el Preámbulo de la Ley dedica largas consideraciones (“poniendo la venda antes de la herida”, como dirá el Voto particular a la primera de las Sentencias), esto es, el de la *asignación de competencias ejecutivas*, la Ley 40/2010 (art. 5), imitando el modelo de distribución de competencias de la legislación de hidrocarburos (a lo que, sin embargo, no se hace referencia), procede de la manera siguiente: (1) la

¹¹ Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono y por la que se modifican la Directiva 85/337/CEE del Consejo, las Directivas 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE, 2008/1/CE y el Reglamento (CE) nº 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo. Vid, al respecto, SANZ RUBIALES, I., “El almacenamiento geológico de dióxido de carbono en la Directiva 2009/31, de 23 de abril”, Revista Aranzadi de Derecho ambiental, núm. 19, 2011, págs. 75 y sigs.

competencia para otorgar los “permisos de investigación” (“con el fin de determinar la capacidad de almacenamiento o la idoneidad de un lugar de almacenamiento determinado”) se reparte entre la Administración General del Estado (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) y las Comunidades Autónomas con un criterio territorial, correspondiendo a la primera “cuando afecten al ámbito territorial de más de una comunidad autónoma o al subsuelo marino” y a las segundas “cuando no excedan del ámbito territorial de una comunidad autónoma”; y (2) la competencia para otorgar las “concesiones de almacenamiento” se atribuye en todo caso al Ministerio.

Pues bien, frente a numerosos preceptos de la Ley, pero con el énfasis puesto en el indicado reparto de funciones ejecutivas, y muy singularmente en la asignación a la Administración General del Estado de la competencia para otorgar las mencionadas “concesiones de almacenamiento”, los Gobiernos de tres Comunidades Autónomas (Aragón, Galicia y Cataluña), que no eran precisamente, salvo la primera, las de mayores expectativas geológicas para albergar esta clase de depósitos, interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad por posible vulneración de sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución tanto en materia de protección del medio ambiente como sobre todo de régimen minero y energético, resueltos, y como veremos destinados, por SSTC 165/2016, de 6 de octubre, 182/2016, de 3 de noviembre y 190/2016, de 15 de noviembre, respectivamente.

Al ser la primera de la serie, la STC 165/2016 es la que contiene lógicamente el grueso de la argumentación, al que luego se remitirán las otras dos. La STC 182/2016 incluye, no obstante, la fundamentación referida a alguna impugnación o motivo nuevo invocado por la Xunta de Galicia (subsuelo marino), no discutido previamente con ocasión del recurso aragonés.

B) La Sentencia

En mi opinión, la STC 165/2016, en la que como decimos se ha de centrar nuestra atención, es una Sentencia formalmente espléndida, cuyas conclusiones puede ser lógicamente discutibles, pero que se desarrolla a través de un discurso claro, bien ordenado y con referencias precisas y oportunas a la jurisprudencia constitucional relevante.

La Sentencia (FFJJ 4 a 8) comienza, como es lógico, discerniendo, de entre las tres materias competenciales invocadas por la Ley y discutidas en el proceso, la que, a su juicio, ha de guiar la solución de la controversia competencial, por constituir el marco de referencia principal de la Ley y,

sobre todo, de aquellos de sus preceptos que centran la impugnación, y que, como ya hemos dicho, son los relativos al reparto de competencias (ejecutivas) para el otorgamiento de los títulos habilitantes y, en particular, de las concesiones de almacenamiento.

Muy razonablemente, la selección se decanta del lado del “régimen minero” (FJ 5), en detrimento, a este respecto, de la “protección del medio ambiente”, que, con ser la finalidad última del almacenamiento de CO₂, no puede ser determinante a estos efectos en relación con una regulación relativa a títulos habilitantes mineros, que obviamente puede y debe interiorizar las preocupaciones ambientales (principio de integración) (FJ 7); y en detrimento también y sobre todo de las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” [que era el título esgrimido por la propia Ley (Disposición final undécima) como fundamento de la atribución al Estado de la competencia para otorgar las concesiones de almacenamiento], por el uso moderado y no expansivo que, conforme a la jurisprudencia constitucional, debe hacerse de ese título competencial en presencia de otros más específicos (FJ 12).

Llegados al punto crucial del debate, esto es, el del porqué en relación con el almacenamiento geológico de CO₂ (que no deja de ser un supuesto específico de utilización de “estructuras subterráneas”, recursos de la Sección B de la Ley de Minas) el legislador establece una excepción al régimen general de la minería, en el cual el otorgamiento de títulos habilitantes, incluidas concesiones, compete a las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios, es decir, el de la constitucionalidad o no de la reserva en favor del Estado de funciones ejecutivas en una materia (“régimen minero”) en la que sólo ostenta competencias “básicas”, la Sentencia hace buenos los argumentos invocados por el legislador estatal en el Preámbulo de la Ley, aunque trasladando su ubicación al ámbito de las bases del régimen minero (FJ 10).

El otorgamiento estatal de este tipo de concesiones estaría, en definitiva, justificado por la singularidad del caso, evidenciada por un conjunto de circunstancias, de entre las cuales la Sentencia parece conceder especial importancia a dos (FJ 10). La primera, la responsabilidad que, conforme a la propia Directiva, asume el Estado sobre los almacenamientos al término de las concesiones. Y la segunda, la repercusión de la actividad de almacenamiento sobre las otras fases del ciclo integral de la “captura y almacenamiento de CO₂”, en el que entrarían en juego otras competencias estatales, como la autorización de instalaciones de transporte o incluso de ciertas instalaciones productoras (como centrales térmicas).

“La normativa básica estatal ha optado por un modelo de gestión centralizada de las concesiones de almacenamiento y no por un modelo de gestión autonómica. Este modelo se justifica en el hecho de que las concesiones de almacenamiento, que confieren a sus titulares el derecho en exclusiva a almacenar CO₂ en un concreto lugar, no constituyen sino la última fase de un proceso más complejo que se pretende promover a través de la implantación de la nueva tecnología regulada, pues, si bien es cierto que la ley impugnada se limita a regular la actividad de almacenamiento geológico de dióxido de carbono y sólo contiene previsiones puntuales en relación con la captura y el transporte de aquel, también lo es que, para tener una visión completa de la nueva tecnología que se pretende desarrollar, es indispensable tomar en consideración la interconexión que se debe producir entre los lugares de almacenamiento, las redes de transporte y las instalaciones de captura. Redes de transporte e instalaciones de captura que pueden tener una clara dimensión supraterritorial, e incluso supranacional, pues recordemos que la Directiva 2009/31 de la Unión Europea reconoce a los Estados miembros el derecho a no permitir almacenamiento alguno en partes de su territorio o en la totalidad del mismo (art. 4.1 de la Directiva 2009/31), no quedando, sin embargo, por ello excluidos tales Estados de la posibilidad de utilizar los lugares de almacenamiento de otro Estado que sí los permita” (STC 165/2016, FJ 10).

Superado el escollo principal, los demás temas controvertidos reciben por parte de la Sentencia (o de la STC 182/2016) una respuesta más sencilla. Así, y sólo a título de ejemplo, para justificar la reserva en favor del Estado del otorgamiento de los permisos de investigación de alcance supraterritorial, la Sentencia, siguiendo el parecer del Abogado del Estado, ofrece (por primera vez) una justificación basada en el carácter no fragmentable de esta actividad. Y en relación con la queja gallega de reserva de competencias en el subsuelo marino, la Sentencia todavía más fácilmente se remite a la conocida jurisprudencia constitucional sobre su extraterritorialidad autonómica (STC 182/2016, FJ 3).

“En particular, para dar respuesta a la impugnación del Gobierno de Aragón, conviene subrayar que la competencia del Estado sobre los permisos de investigación que tengan ámbito territorial supracomunitario (arts. 5, 8 y 9 de la Ley 40/2010) se justifica en el hecho de que excede el territorio de una comunidad autónoma y se trata de una actividad pública no susceptible de fraccionamiento, en cuanto que se ejerce sobre una estructura geológica que se extiende por el territorio de varias Comunidades Autónomas y que exige un estudio de conjunto. Así, tal como alega el Abogado del Estado, la actuación no puede llevarse a efecto mediante mecanismos de cooperación y coordinación, pues requiere un grado de homogeneidad que sólo puede garantizar su atribución al Estado” (STC 165/2016, FJ 12).

C) El Voto particular

La STC 165/2016 cuenta con un Voto particular firmado por la Magistrada Asua Batarrita y al que se adhiere el Magistrado Xiol Ríos, que se reitera por remisión en las otras dos Sentencias.

El Voto aplaude el encuadramiento de la controversia en el marco del “régimen minero”, pero discrepa de la aplicación que lleva a cabo la Sentencia del, a su juicio, claro reparto competencial que trazan la Constitución y los Estatutos de Autonomía en esta materia. Entra a discutir el Voto los supuestos en los que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el Estado puede reservarse funciones ejecutivas en materias sobre las que ostenta competencias básicas, a su entender muy estrictos, salvo por lo que respecta al Banco de España. Y considera insuficientes todos y cada uno de los argumentos esgrimidos en este caso como justificación: las Comunidades Autónomas también podrían asumir la responsabilidad sobre los almacenamientos [“pues las Comunidades Autónomas son también, a todos los efectos, Estado”, punto 2 b)]; el otorgamiento de los permisos de investigación sería susceptible de fragmentación [“El objeto del permiso, la investigación, es una actividad perfectamente fraccionable y también ha de serlo la actividad de otorgamiento de los correspondientes permisos”, punto 2 e)]; el alcance “supraterritorial” de las concesiones por su incidencia en fases anteriores del método de “captura y almacenamiento de CO₂” sería también discutible y, en cualquier caso, no alcanzaría a todos los supuestos imaginables de aplicación del sistema [“Las redes de transporte podrán tener dimensión supracomunitaria o no”, punto 2 d)], etc.

Concluye el Voto con una advertencia sobre el peligroso rumbo recentralizador emprendido, a su juicio, entre otras con esta Sentencia, capaz de vaciar bloques enteros de competencias autonómicas (“una drástica ablación de casi la totalidad de las facultades ejecutivas de las Comunidades Autónomas relativas al almacenamiento geológico de dióxido de carbono”, punto 3).

D) Opinión personal: el modelo de la legislación de hidrocarburos

La jurisprudencia constitucional sobre asuntos competenciales tiene, como es sabido, en muchas ocasiones un fuerte componente decisonal o de impredecibilidad. Un claro ejemplo de ello es precisamente la jurisprudencia sobre el posible alcance ejecutivo de las competencias básicas (incluso en temas económicos), que se mueve dentro de un marco, justamente recordado por esta Sentencia, bastante abierto o flexible, con un ancho halo de incertidumbre, el que señala que la noción de bases puede

tener distinto alcance o profundidad según materias o submaterias (“lo básico puede tener mayor o menor intensidad dependiendo del ámbito material sobre el que recaiga”, “este Tribunal ha empleado un concepto de bases que en modo alguno se concreta en el empleo de una técnica uniforme en todos los sectores del ordenamiento, sino que presupone fórmulas de intensidad y extensión variables en función de las características del ámbito concretamente afectado”, STC 165/2016, FJ 11, con cita de otras).

Así las cosas, una conclusión y la contraria pueden ser muchas veces razonablemente bien defendidas y argumentadas, como creo que ocurre justamente en el caso presente. Bien es cierto que, como previene el Voto particular, la decisión de nuevos casos en un sentido u otro va creando precedentes, con la relativa vinculatoriedad que les es característica.

Lo que me llama la atención del planteamiento y resolución de la presente controversia es que en ningún momento (ni en el Preámbulo de la Ley, ni por la Sentencia o el Voto particular) se haya advertido sobre la manifiesta analogía del tratamiento brindado por la Ley 40/2010 a la cuestión conflictiva con el tradicional, y hasta ahora no discutido, de la legislación de hidrocarburos. Me parece claro que, aun ubicando sistemáticamente el almacenamiento geológico del CO₂ en el campo de la legislación de minas, el legislador estatal le ha querido conceder la misma relevancia jurídica y económica que al aprovechamiento de estructuras subterráneas con fines de almacenamiento de gas natural (véase, por ejemplo, el caso Castor), reservando en ambos casos al Ministerio sectorial competente el mismo tipo de decisiones (art. 3.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos).

Lo habrá hecho con o sin razón, pero la analogía es demasiado evidente como para pasar desapercibida y no merecer ningún comentario. Por otro lado, y dicho sea de paso, los argumentos esgrimidos en el Voto particular en contra del reparto de competencias trazado por la Ley 40/2016 servirían, en principio, igualmente para cuestionar el formulado por la Ley del Sector de Hidrocarburos, materia que se rige por los mismos criterios de distribución competencial.

Discrepo no obstante del tono alarmista del Voto particular, al menos por lo que se refiere al ámbito minero, porque la Sentencia no pone en cuestión el *statu quo* del reparto de competencias en el régimen general de la minería, limitándose a resolver un caso “específico” y por lo que sabemos hoy por hoy todavía inoperativo.

2.4. COGENERACIÓN DE ALTA EFICIENCIA ENERGÉTICA (STC 171/2016)

A) Antecedentes

La Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, estableció todo un conjunto de medidas encaminadas a la consecución del objetivo expresado en algunas reuniones del Consejo Europeo de lograr una reducción del 20% del consumo de energía en la Unión Europea en relación con las previsiones de consumo para 2020 efectuadas en 2007.

Algunas de estas medidas fueron incorporadas al ordenamiento español, con carácter básico, por medio de un Real Decreto de título suficientemente expresivo de las medidas en cuestión, el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía; dictado con fundamento (indistinto) en las competencias del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, legislación básica sobre protección del medio ambiente y bases del régimen minero y energético *ex art.* 149.1. 13, 23 y 25 CE, respectivamente (Disposición final cuarta).

El Gobierno de la Generalitat de Cataluña planteó conflicto positivo de competencia frente a dos actuaciones de carácter ejecutivo reservadas por dicho Real Decreto a la Administración General del Estado, por entender vulneradas sus competencias de este orden en materia de energía *ex art.* 133 del Estatuto de Autonomía, impugnando además la referida Disposición final cuarta.

Las dos clases de actuaciones impugnadas eran las siguientes:

(1) La previsión de la realización cada cinco años por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de una “evaluación completa del potencial de uso de la cogeneración de alta eficiencia y de los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración eficientes” en todo el territorio español (art. 13 del Real Decreto).

(2) La ampliación de la competencia estatal para la autorización de instalaciones térmicas de generación de electricidad (desde los tradicionales 50 MW de potencia eléctrica) a las instalaciones cuya potencia térmica total sea superior a 20 MW, efectuada con motivo de la

incorporación de la exigencia contenida en la Directiva de condicionar la autorización de dichas instalaciones (nuevas o renovaciones sustanciales de las existentes) a la realización de un “análisis de [los] costes y beneficios de adaptar el funcionamiento de la instalación proyectada a la cogeneración de alta eficiencia” y denegarla si dicho análisis “resultara favorable a su incorporación” (Disposición final primera del Real Decreto, que introduce un nuevo art. 121 bis en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica).

B) La Sentencia

En el caso presente la controversia no giraba en torno al encuadramiento de las referidas actuaciones en una u otra materia competencial, pues pese a la finalidad última de carácter ambiental de todas las medidas contenidas en la Directiva y en el Real Decreto (eficiencia energética, reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y lucha contra el cambio climático), las partes en conflicto aceptaban la “integración” de las antes señaladas en las materias de carácter energético; sino que versaba realmente sobre el alcance de las competencias ejecutivas del Estado en estas últimas (y por ende, en cuanto integrada en ellas, en materia ambiental).

Así pues, la Sentencia (FJ 4), de forma digamos pacífica, procede al encuadramiento de la disputa en el ámbito de las “bases del régimen energético” (art. 149.1.25 CE), como título “más específico”, por lo que respecta a la primera, y de la “autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad Autónoma o el transporte de energía salga de su ámbito territorial” (art. 149.1.22 CE), título no invocado en el Real Decreto, pero sugerido por el Abogado del Estado, por lo que se refiere a la segunda, y sus concordantes estatutarios (en este caso, el art. 133 del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Respecto de la primera de dichas actuaciones (“evaluación completa del potencial de uso de la cogeneración de alta eficiencia y de los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración eficientes”), el Gobierno de la Generalitat entendía que el Estado debía limitarse a “incorporar o agregar los datos que al efecto le sean facilitados por las Comunidades Autónomas en ejercicio de las citadas funciones materiales de evaluación y análisis en su respectivo territorio”, sin llevar a cabo un estudio propio. La Sentencia, sin embargo, aprovechando el potencial ejecutivo de la noción de “bases” en el ámbito energético y específicamente en el sector eléctrico, reconocido por reiterada jurisprudencia [“el concepto de bases [en el sector eléctrico]

comprende (...) también, de manera excepcional (...) normas de carácter reglamentario y actos de naturaleza ejecutiva, especialmente, pero no sólo, con respecto al régimen económico del sector”, FJ 4], considera en el caso presente justificada la realización de esa “evaluación y análisis global” estatal por su dimensión supraterritorial, no fragmentable ni resoluble con mecanismos de simple colaboración y coordinación, sin perjuicio lógicamente de que, a través de estos mismos mecanismos, se puedan integrar en aquella las realizadas por las Comunidades Autónomas (FJ 5).

Por lo que respecta a la segunda (autorización de instalaciones térmicas de generación de electricidad cuya potencia térmica total sea superior a 20 MW), cuyo apartamiento de los criterios hasta ahora utilizados por la legislación del sector para la delimitación de las instalaciones de producción eléctrica de alcance supracomunitario denunciaba el Gobierno catalán [los 50 MW de potencia eléctrica a los que se refieren el art. 111 del Real Decreto 1955/2000, en relación con el art. 23 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico; y el art. 3.13 a) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico], la Sentencia (FJ 6) se remite al examen de estos mismos preceptos desde la óptica constitucional efectuado por las SSTC 181/2013, de 23 de octubre (FJ 7) y 32/2016, de 18 de febrero (FJ 5), no sin antes advertir de la especificidad de las “plantas de cogeneración” respecto de las “centrales eléctricas convencionales”, y de la diversidad de los parámetros técnicos “potencia eléctrica”, por un lado, y “potencia térmica”, por otro (“La potencia térmica de una instalación, medida en megavatios térmicos, que es el factor limitativo de cogeneración de energía introducido por el Real Decreto 56/2016 y la potencia eléctrica de las instalaciones a las que hace referencia la Ley del sector eléctrico (LSE) son dos referentes técnicos de distinta naturaleza”).

Como en aquellos otros casos, el Tribunal también advierte en esta ocasión de que no le corresponde juzgar acerca de la bondad los criterios técnicos utilizados para discriminar el alcance intra- o supracomunitario de las instalaciones, sino sólo supeditar su constitucionalidad a que en, en efecto, respeten el criterio constitucional y estatutario (territorial) de reparto de competencias en este ámbito (art. 149.1.22 CE y concordantes estatutarios). Así pues, somete la Disposición final primera del Real Decreto a una interpretación conforme, que lleva al fallo, en el sentido de que “no vulnera la distribución competencial, en la medida en que la aplicación de los criterios técnicos de potencia térmica total allí previstos para las instalaciones térmicas de generación de electricidad que apliquen la cogeneración de alta eficiencia, coincidan materialmente con los criterios constitucionales del aprovechamiento y del transporte intra- o extracomunitario contemplados en el art. 149.1.22 CE” (FJ 6).

2.5. LA DESIGNACIÓN DE ORGANISMOS DE ACREDITACIÓN O AUTORIZACIÓN DE VERIFICADORES MEDIOAMBIENTALES (STC 141/2016): RESPUESTA INCOMPLETA A UN PROBLEMA NUEVO

A) Antecedentes

El caso resuelto por la STC 141/2016, de 21 de julio, en el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos del Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, sobre el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)¹², es revelador, a mi juicio, del valor atribuido por la jurisprudencia constitucional a sus precedentes, que en este caso, aun siendo la planteada una cuestión parcialmente novedosa, han jugado en favor de la competencia autonómica y consiguiente estimación del conflicto. Para la mejor comprensión del caso y la Sentencia conviene, pues, empezar haciendo referencia a esos antecedentes:

(1) La primera regulación del “sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales” (EMAS), un sistema de adhesión voluntaria por parte de las empresas “para la evaluación y mejora de los resultados de [sus actividades] en relación con el medio ambiente y la facilitación de la correspondiente información al público”, fue la llevada a cabo por el Reglamento (CEE) núm. 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993¹³, que, en lo que ahora importa, contemplaba un dispositivo de “acreditación” de los “verificadores medioambientales”, esto es, de las personas u organizaciones independientes encargadas de comprobar el cumplimiento por las empresas adheridas al sistema de los compromisos inherentes al mismo, para el cual los Estados miembros podían valerse, a su elección, “de las instituciones existentes en materia de acreditación, de los organismos competentes [esto es, de las propias autoridades administrativas competentes, con funciones, entre otras, de registro y publicidad de las empresas adheridas al sistema], o bien designar o crear otros organismos con un estatuto apropiado” (art. 6).

¹² Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, por el que se establecen las normas para la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1221/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) y por el que se derogan el Reglamento (CE) núm. 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE, de la Comisión.

¹³ Reglamento (CEE) núm. 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.

Dicho Reglamento fue desarrollado en el plano interno (estatal) por medio del Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, que establecía los requisitos que deberían cumplir los verificadores medioambientales y las entidades de acreditación de dichos verificadores; y del Real Decreto 85/1996, de 26 de enero¹⁴, por medio del cual, en lo que aquí interesa, se procedía a la designación de una institución ya existente en materia de acreditación, la asociación “Entidad Nacional de Acreditación” (ENAC), como organismo acreditador a escala nacional de los “verificadores medioambientales”, sin perjuicio de los que también pudieran designar las Comunidades Autónomas.

Frente a esta designación, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña promovió conflicto positivo de competencia, que fue estimado por STC 33/2005, de 17 de febrero, que vino a declarar la exclusividad de la competencia autonómica para designar organismos de acreditación en este ámbito, por su incardinación en la materia “protección del medio ambiente” y el carácter inequívocamente ejecutivo de dicha función (“son las Comunidades Autónomas, y no el Estado, quienes pueden designar, con independencia de su posterior proyección en el ámbito comunitario, estas entidades cuya función es acreditar a los verificadores medioambientales”, FJ 11).

(2) El Reglamento comunitario de 1993 fue luego sustituido por otro en 2001, el Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001¹⁵, que, entre otras cosas, ampliaba el ámbito de aplicación del sistema permitiendo la adhesión al mismo de toda clase de “organizaciones” públicas o privadas, no sólo de empresas del sector industrial. Por lo demás, en cuanto a la cuestión que ahora nos importa, la de los sistemas de acreditación de verificadores, el nuevo Reglamento no contenía ninguna novedad de relieve, ni dio lugar a ninguna nueva disposición (estatal) de desarrollo.

(3) Por fin, el Reglamento de 2001 fue sustituido por otro en 2009, el Reglamento (CE) nº 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de

¹⁴ Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se establece normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/93, del consejo, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.

¹⁵ Reglamento (CE) nº 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS).

25 de noviembre de 2009¹⁶, actualmente vigente, que introdujo relevantes novedades en el sistema de “acreditación o autorización” de los verificadores medioambientales, que ahora comentaremos.

Pero antes conviene señalar que el origen último de estos cambios se encontraba en otro Reglamento comunitario del año anterior, el Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008¹⁷, que en un contexto más amplio, el del control (obligatorio o voluntario) de la comercialización de toda clase de productos, imponía a los Estados miembros la limitación de poder designar “un único organismo nacional de acreditación” de las entidades encargadas de la “evaluación de la conformidad” de los productos (art. 4.1), dentro obviamente del respeto, para llevar a cabo dicha designación, “del reparto de funciones en el seno de los Estados miembros” (cdo. 11 del Reglamento); y respetando también otras opciones: la de no designar ninguno o no ofrecer determinados servicios de acreditación, y valerse a estos efectos de los organismos nacionales de acreditación de otros Estados miembros (art. 4.2), así como la de sustituir el sistema de acreditación por otros mecanismos de verificación de la competencia de las entidades de evaluación de la conformidad (art. 5.2).

Tomando nota de este nuevo “marco global para la acreditación” e intentando adaptarlo a las “características especiales” del EMAS (cdo. 20), el nuevo Reglamento de 2009 configuró un sistema alternativo de “acreditación o autorización” de los “verificadores mediambientales”, concediendo a los Estados miembros, en lo que aquí importa, la posibilidad de optar para el ejercicio de estas funciones entre la designación de “un organismo de acreditación”, conforme a las previsiones del art. 4 del Reglamento (CE) nº 765/2008, o de “un organismo de autorización”, de conformidad con el art. 5.2 del mismo Reglamento (art. 28 del Reglamento EMAS de 2009). Si respecto de los “organismos competentes”, es decir, de las autoridades administrativas encargadas, entre otras cosas, del registro de las entidades adheridas al sistema, el Reglamento precisa con claridad que pueden ser “nacionales, regionales o locales” (art. 11.2), no se contiene una

¹⁶ Reglamento (CE) nº 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión.

¹⁷ Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 339/93.

previsión similar para los organismos de autorización (los de acreditación han de ser claramente únicos).

(4) En cumplimiento de las previsiones del Reglamento (CE) nº 765/2008, por Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, se procedió a la designación de la “Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)” como único “organismo nacional de acreditación” en el campo de la comercialización de productos (art. único)¹⁸, con fundamento (disposición final primera) en las competencias del Estado para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y para dictar la legislación básica en materia de medio ambiente (art. 149.1.13 y 23 CE), y advirtiendo expresamente en el Preámbulo de dicha disposición que la obligación de designación de un único organismo nacional de acreditación “se extiende [también] a los verificadores medioambientales, tal y como se desprende del artículo 28.1 del Reglamento nº 1221/2009”.

Más tarde se llevó a cabo el desarrollo del nuevo Reglamento EMAS de 2009, por medio del Real Decreto 239/2013, de 5 de abril¹⁹. En este Real Decreto se concede que la designación de los “organismos competentes” para el registro de las organizaciones adheridas al sistema EMAS compete a las Comunidades Autónomas (art. 2), precisando que su participación en el Foro comunitario europeo de estos organismos se producirá a través de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente (art. 4). Pero en el extremo aquí relevante, la acreditación o autorización de los verificadores medioambientales, el Real Decreto, invocando lo ya dispuesto en el Real Decreto 1715/2010, se limita a reiterar la designación de la “Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)” como único “organismo nacional de acreditación” de dichos verificadores [art. 11: “Los verificadores medioambientales deberán obtener acreditación de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), organismo nacional de acreditación designado por Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre”], apoyando este precepto (como excepción al fundamento competencial general de la

¹⁸ Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 339/93.

¹⁹ Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, por el que se establecen las normas para la aplicación del Reglamento (CE) nº 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) nº 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión.

disposición *ex art.* 149.1.23 CE) en la competencia estatal para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica *ex art.* 149.1.13 CE (Disposición final tercera).

(5) Sin esperar al desarrollo estatal del nuevo Reglamento EMAS, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña promovió conflicto positivo de competencia frente al Real Decreto 1715/2010, por su designación de la ENAC como “organismo nacional de acreditación” en lo relativo a la acreditación de los verificadores medioambientales, por vulneración de las competencias ejecutivas de la Generalitat en materia de protección del medio ambiente, como resultaría de la jurisprudencia establecida por la STC 33/2005, que fue resuelto por la STC 20/2014, de 10 de febrero.

Para cuando se dictó esta Sentencia, ya se había aprobado el Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, que, como acabamos de ver, confirmaba la impresión resultante del Real Decreto 1715/2010 de que la indicada designación se hacía también a los efectos de la acreditación de verificadores medioambientales, y frente al cual el Gobierno de Cataluña había vuelto a plantear, por supuesto, un nuevo conflicto positivo de competencia.

Pero la STC 20/2014 no quiere adelantar su juicio sobre esta segunda disposición (la que será objeto de la STC 141/2016, que luego comentaremos) y, aceptando el planteamiento de la Abogada del Estado en su escrito de contestación (anterior lógicamente al nuevo Real Decreto), desestima en lo esencial el conflicto que se decidía en ese momento, por entender que, efectivamente, el Real Decreto 1715/2010 no prejuzga por sí mismo la solución correspondiente al sistema EMAS, que cuenta con una regulación especial en la normativa comunitaria europea, precisada también de una respuesta *ad hoc* en el ámbito interno.

No obstante, la STC 20/2014 va acompañada de todo un conjunto de indicios premonitorios de la respuesta que iba a merecer (y que inmediatamente abordaremos) el ulterior y postrer conflicto: (a) Para empezar, el fallo en relación con el precepto principalmente impugnado (el art. único, relativo a la designación de la ENAC como organismo nacional de acreditación) no es de simple desestimación, sino de interpretación conforme, en los términos antes comentados; (b) La Sentencia comienza con una llamada de atención a las partes contendientes por no haber llegado a una solución extrajudicial del conflicto en los claros términos resultantes de la STC 33/2005; (c) La Disposición final primera (Título competencial) se declara inconstitucional por incluir como fundamento competencial el art. 149.1.23 CE, en contra del criterio de dicha Sentencia (el único legítimo, el que ampara la intervención estatal en el ámbito de la seguridad

industrial, sería el art. 149.1.13 CE); Y (d) finalmente, y aun sin declararlo inconstitucional por su falta de fuerza normativa directa, se priva expresamente de valor interpretativo al párrafo del Preámbulo del Real Decreto que, como antes vimos, anticipaba el criterio estatal en el campo de los verificadores medioambientales.

B) La Sentencia

El respeto al precedente y una discutible interpretación de la normativa comunitaria relevante, han llevado al Tribunal a dictar en esta ocasión una Sentencia (esta vez sin discrepancias), a mi juicio, no del todo acertada.

En efecto, como señalé al comentar en el Observatorio de hace dos años la STC 20/2014, el caso ahora resuelto por la STC 141/2016, de 21 de julio, planteaba una cuestión nueva o al menos parcialmente novedosa. El tradicional principio comunitario de neutralidad en lo relativo a las cuestiones institucionales internas y la correlativa jurisprudencia constitucional según la cual la ejecución del Derecho comunitario europeo no constituye un título atributivo de competencias ni predetermina la instancia competente para llevarla a cabo, que se debe decidir de acuerdo con las reglas constitucionales y estatutarias pertinentes, se habían llevado en esta ocasión a una situación límite.

Tanto el Reglamento marco de 2008 sobre la comercialización de productos como el específico relativo al EMAS de 2009 habían optado por reducir el número de organismos nacionales de acreditación (de las entidades encargadas de la verificación de la conformidad de los productos; en el caso del EMAS, de los verificadores medioambientales), con el fin de fortalecer la confianza recíproca de los Estados miembros en la actuación de los mismos y con ello la efectividad del sistema [cdo. 13 del Preámbulo del Reglamento (CE) nº 765/2008], imponiendo a los Estados miembros con claridad la limitación de no poder designar cada uno de ellos más de un “organismo nacional de acreditación”, haciendo extensiva esta limitación numérica al caso de aquellos Estados miembros que optasen por la alternativa de la autorización (como máximo, “un organismo de autorización” por Estado).

Sin embargo, sorprendentemente, la STC 141/2016 (FJ 7) comienza negando la mayor, esto es, que de dichos Reglamentos comunitarios (en concreto, por lo que aquí importa, del Reglamento EMAS) se desprenda en el plano interno la exigencia de designar alternativamente, como máximo, uno solo de estos organismos, que sólo acepta en términos hipotéticos. Si en relación con los “organismos de autorización” la cuestión podría ser más

discutible, aunque en mi opinión la respuesta es igualmente clara [lo confirma la contestación a una consulta que el Ministerio de Medio Ambiente dirigió a la Comisión Europea, y que el Abogado del Estado mencionaba en su escrito, antecedente 5 c) de la Sentencia], en relación con los “organismos de acreditación” el Reglamento no podía expresarse en términos más diáfanos, y las dudas que al respecto muestra la Sentencia son inexplicables.

“A la vista del art. 4.9 del Reglamento (CE) núm. 765/2008 («Cada Estado miembro garantizará que sus organismos nacionales de acreditación tengan los recursos financieros y humanos adecuados para cumplir bien sus funciones, incluida la realización de tareas especiales, como actividades en el ámbito de la cooperación europea e internacional en materia de acreditación y actividades que sean requeridas para respaldar políticas públicas y que no se auto financien»), *no resulta prima facie descartable la interpretación de que son posibles varios organismos de acreditación dentro de un mismo Estado miembro*. Si bien, otras previsiones podrían dar a entender lo contrario (art. 4.1: «Cada Estado miembro designará a un único organismo nacional de acreditación»), no puede perderse de vista que el Reglamento (CE) núm. 1221/2009 prevé un sistema alternativo a la acreditación. *Este sistema de autorización, como argumenta la Generalitat de Cataluña, permitiría una pluralidad de Administraciones públicas autorizadas y, por tanto, que en España sean las Comunidades Autónomas quienes –en cuanto titulares, como regla, de las competencias de gestión en materia medioambiental– autoricen a las entidades de verificación*. A su vez, aunque se diese por bueno que el mencionado Reglamento europeo exige un único órgano de acreditación o autorización en materia de verificadores medioambientales, es evidente que el Derecho de la Unión Europea no ha impuesto que tal órgano sea designado necesariamente por el poder central. Cabe contemplar pues una variedad de mecanismos de cooperación con que conciliar aquella –*hipotética*– exigencia del Reglamento (CE) núm. 1221/2009 con el sistema interno de distribución de competencias” (STC 141/2016, FJ 7) (las cursivas son nuestras).

Planteadas así las cosas, es decir, a partir de una interpretación cuando menos discutible del Derecho comunitario derivado, se comprende que la Sentencia pueda considerar irrelevante la producción o no de un cambio normativo, y resolver, en consecuencia, el presente conflicto en los mismos términos en los que decidió el que dio lugar a la STC 33/2005, sin variar ni adaptar un ápice su doctrina (“A este Tribunal –dice la STC 141/2016, FJ 7- no le corresponde establecer cuál sea la interpretación correcta del Reglamento (CE) núm. 1221/2009, sino resolver el conflicto de competencias que ha suscitado el Real Decreto 239/2013 entre el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y el del Estado”).

Se declara, pues, inconstitucional la designación por parte del Estado de la ENAC como organismo nacional de acreditación en el campo de los verificadores medioambientales (FJ 7), así como la invocación del art. 149.1.13 CE como fundamento competencial de la misma (FJ 5). Como se dijo en la STC 33/2005 y ahora se repite, el EMAS es materia estrictamente ambiental, y la designación de organismos de acreditación (o autorización) en este campo, tarea estrictamente ejecutiva, corresponde a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.23 CE y concordantes estatutarios, en este caso el catalán).

Con una interpretación a mi juicio más correcta de la normativa comunitaria subyacente (del “cambio normativo” habido), el Abogado del Estado intentó justificar la designación de la ENAC como “único organismo nacional de acreditación” en este campo a partir de la doctrina constitucional relativa al posible alcance ejecutivo de las competencias estatales de carácter básico (actividad supraterritorial no fragmentable ni resoluble a partir de simples mecanismos de colaboración y coordinación), aunque sin especificar claramente si se refería a las ambientales (art. 149.1.23 CE) o a las económicas (art. 149.1.13 CE) [antecedente 5 b) de la Sentencia].

La respuesta que a este respecto ofrece la Sentencia (FJ 7) es también, a mi juicio, insuficiente: aceptando, como mera hipótesis, que la designación hubiera de recaer en un solo organismo, ello no significa que haya de ser efectuada por el Estado ni le compete al Tribunal señalar las fórmulas de colaboración y coordinación a través de las que proceder a su designación.

“A este Tribunal no le corresponde establecer cuál sea la interpretación correcta del Reglamento (CE) núm. 1221/2009, sino resolver el conflicto de competencias que ha suscitado el Real Decreto 239/2013 entre el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y el del Estado. Teniendo en cuenta la regulación del mencionado Reglamento europeo es claro que el Real Decreto controvertido no ha atendido a la obligación de «conciliar, en la mayor medida posible, el orden interno de distribución de poderes, por un lado, y el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión, por otro»; por otra parte «el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento interno debe realizarse desde el pleno respeto de la estructura territorial del Estado» (...). *Resulta pues indiscutible que el Reglamento (CE) núm. 1221/2009 no obliga a que el poder central de cada Estado miembro designe una única autoridad de acreditación o autorización; habrá de ser el legislador quien, a la vista del Reglamento europeo, explore la forma de hacer compatible el cumplimiento de las exigencias que éste impone con el régimen de distribución competencial, teniendo en cuenta el*

principio constitucional de colaboración, implícito en el sistema de las autonomías (...). El correcto funcionamiento del sistema autonómico depende en buena medida de que el Estado y las Comunidades Autónomas desarrollen fórmulas racionales de cooperación, acuerdo o concertación” (STC 141/2016, FJ 7) (la cursiva es nuestra)

C) Reflexión final: el difícil cumplimiento de las exigencias comunitarias

La Sentencia pone, a mi juicio, en un brete al Estado. Aunque no se reconozca, la coexistencia de múltiples organismos autonómicos de acreditación (o autorización) en este campo supondría una infracción del Derecho comunitario y podría dar lugar justificadamente a una condena por incumplimiento. Para evitar este desenlace, habrá que tomar medidas, a lo que sí invita desde luego la Sentencia, pero sin facilitar esta labor.

Cabe pensar, en primer lugar, en que se llegue a un acuerdo al respecto en el seno de la Conferencia Sectorial correspondiente. Ciertamente, la designación no tendría por qué recaer necesariamente en la ENAC, aunque resulta difícilmente imaginable que se pueda alcanzar un acuerdo en favor de otro tipo de entidad. Si no hay acuerdo, alguna instancia (a saber, el Estado) tendrá que tomar la decisión, para lo cual no hubiera estado de más que la Sentencia le hubiera reconocido expresamente a estos efectos facultades de coordinación y de imposición de una solución, lo que dista mucho de hacer. Antes al contrario, el hallazgo de una solución compatible con la normativa comunitaria podría venir dificultado por la doctrina establecida en esta Sentencia, que en lugar de afrontar con claridad el problema, parece haberlo orillado²⁰.

En la República Federal de Alemania, la sociedad de responsabilidad limitada “Sociedad Alemana de Acreditación y Autorización de Verificadores Medioambientales” (*Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter GmbH – DAU*) opera desde 1995 como “organismo nacional de acreditación” en este campo, en virtud de una designación (habilitación) efectuada por el Ministerio de Medio

²⁰ De momento, y a raíz de esta Sentencia, la Generalitat de Cataluña ha confirmado la competencia de la “Oficina de Acreditación de Entidades Colaboradoras” (servicio del Departamento de Territorio y Sostenibilidad) para habilitar (autorizar) verificadores medioambientales, según se desprende de la guía (PE_V-EMAS, edición 3, de 12.09.2016, pág. 2) publicada al respecto en la página web de este organismo (www.oficinacreditacio.cat). Sobre el sistema catalán en la materia, vid., con detalle, MASOLIVER I JORDANA, D. y CASADO CASADO, L., “Las entidades colaboradoras de medio ambiente en Cataluña: las garantías de un modelo de externalización”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 34, 2016, págs. 19 y sigs.

Ambiente (*Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*)²¹.

3. FRACKING

Siguiendo la senda de decisiones anteriores sobre la legislación autonómica en la materia (SSTC 106, 134 y 208/2014, que declararon inconstitucionales las leyes de Cantabria, La Rioja y la Ley foral navarra, respectivamente; y ATC 63/2015, de levantamiento de la suspensión de la ley catalana), durante el presente ejercicio el Tribunal se ha pronunciado ya sobre el fondo del asunto en relación con la Ley catalana (STC 73/2016), y de momento sólo de manera cautelar sobre la Ley vasca (ATC 171/2016).

3.1. LA LEY CATALANA: JUSTA REPROBACIÓN DE UNA PROHIBICIÓN ENCUBIERTA (STC 73/2016)

A) La Sentencia

Sin especial motivación, la ley catalana de acompañamiento a los Presupuestos de la Generalitat para 2014 (la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público) introdujo (mediante su art. 167) un nuevo apartado 10 en el art. 47 del Texto Refundido de la Ley de urbanismo (aprobado por Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto), relativo al régimen del suelo no urbanizable, con el siguiente tenor literal:

“En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad”.

Este precepto, junto con algunos otros de la misma ley que ahora no vienen al caso, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno con invocación del art. 161.2 CE, lo que dio lugar a la apertura del correspondiente incidente, resuelto con el levantamiento cautelar de la suspensión por medio del ATC 63/2015, de 17

²¹ El Reglamento (*Verordnung*) de 18 de diciembre de 1995 por el que se lleva a cabo esta designación/habilitación (*Beleihung*) se encuentra publicado en BGBl. de 28 de diciembre de 1995. Vid., más detalles al respecto en la página web de esta Sociedad (www.dau-bonn-gmbh.de).

de marzo, que ya fue objeto de comentario en el Observatorio del año pasado.

Llegado el momento de decidir el fondo del asunto, el Tribunal ha declarado inconstitucional, a mi juicio con acierto, el precepto catalán impugnado, por entender, *grosso modo*, que ese nuevo apartado 10 del art. 47 del Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña encerraba una especie de prohibición “encubierta” del *fracking* en todo el territorio de Cataluña, contraria a la legislación básica estatal en la materia, y no merecedora, pues, de mejor suerte que las prohibiciones expresas (e igualmente absolutas) de las tres leyes autonómicas que previamente habían sido declaradas ya inconstitucionales por la serie de Sentencias que comenzó con la STC 106/2014, de 24 de junio.

La Sentencia comienza su tratamiento del asunto (que se desarrolla en los FFJJ 7 a 10) justamente recordando los márgenes legítimos de desarrollo autonómico en esta materia que ya había apuntado la STC 106/2014 [FJ 8 a)]: “las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en materia medioambiental, pueden imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético”, y siempre que (como añadía la STC 235/2015, FJ 6²²) tales exigencias sean “razonables y proporcionadas al fin propuesto” (STC 73/2016, FFJJ 8 y 9).

Para la Sentencia, la disposición catalana desborda claramente dichos márgenes, por dos motivos principales (FJ 9). En primer lugar, por invertir el planteamiento básico de la legislación estatal en la materia, convirtiendo la admisibilidad de principio que ésta contempla en una prohibición inicial sólo excepcionalmente dispensable (“En realidad, el precepto no desarrolla ni complementa las bases estatales; las reformula bajo una perspectiva radicalmente distinta: la legislación básica contempla la fracturación hidráulica como tecnología que debe autorizarse siempre que el proyecto cumpla determinados requisitos de carácter técnico y medioambiental; en cambio, la previsión controvertida la contempla en sentido inverso como tecnología que debe prohibirse por sus posibles efectos perjudiciales ante cualquiera de las múltiples circunstancias enunciadas”).

Y, en segundo lugar y sobre todo, por la extrema indeterminación de los supuestos que permitirían otorgar esa dispensa, en especial de algunos

²² SSTC 235/2015, de 5 de noviembre, y 260/2015, de 3 de diciembre, que declararon inconstitucionales los preceptos de dos leyes de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que venían a prohibir en todo el territorio autonómico la investigación y explotación de recursos mineros de las Secciones C y D de la Ley estatal de minas.

de ellos (“alguno de los criterios enunciados y su indeterminación, si no son directamente incompatibles con la legislación básica estatal, desde luego reducen, dificultan o impiden su eficacia. Así, en particular, la prohibición de esta tecnología en relación con cualesquiera <<ámbitos competenciales de la Generalitat>> o ante <<efectos negativos>> sobre las características <<socioeconómicas de la zona>>”), e incluso acerca de las autoridades a quienes competería su apreciación (“el tenor de la disposición puede dar lugar también a que se entienda que el competente para pronunciarse sobre la utilización del *fracking* es el órgano urbanístico correspondiente; lo que, tal como razona el recurso, contradice la Ley del sector de hidrocarburos, que atribuye la función al Estado o a la Comunidad Autónoma según el ámbito territorial afectado, previa declaración favorable de impacto ambiental”).

Por fin, la Sentencia también descarta la propuesta de interpretación conforme con la legislación básica, tanto en lo relativo a los supuestos de dispensa como a su vinculatoriedad, efectuada por los Letrados del Parlamento de Cataluña, de nuevo con un doble argumento (FJ 10). En primer lugar, porque una interpretación conforme forzaría en este caso los límites de lo admisible, haciendo decir al precepto lo que éste no dice (“tal interpretación no es ya que altere el significado del precepto; le hurta contenido propio para transformarlo en una norma muda que -según se afirma- remite implícitamente a otras leyes en contra de su tenor literal y de su cabal sentido”). Y, en segundo lugar, porque, aun admitiendo como hipótesis que el precepto impugnado fuera un mero reflejo de la legislación básica, la pura y simple reiteración de ésta por la legislación autonómica, sin motivos que lo justifiquen y en términos tan opacos, tampoco es constitucionalmente admisible (“En el presente caso, es evidente que el art. 47.10 del Decreto legislativo 1/2010 no es una reproducción o reiteración fiel de las bases que pretenda facilitar la comprensión de un desarrollo autonómico por lo que vulnera las competencias constitucionales del Estado aún interpretado en el sentido propuesto por los Letrados autonómicos”).

B) Votos particulares

La Sentencia cuenta con dos Votos particulares formulados por los tres mismos Magistrados que ya expresaron su voto discrepante (sólo entonces con la argumentación, no con el fallo) con la STC 106/2014. El primero de ellos, breve, firmado por los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, se limita a reivindicar el enfoque deseable para esta clase de asuntos defendido en el Voto a la STC 106/2014, y a subrayar la diferencia entre el caso presente, que no supondría, a su juicio, una prohibición general e incondicionada del *fracking* en todo un territorio

autonómico, y el examinado entonces, expresando, por tanto, su disenso en este caso también con el fallo, con remisión a los argumentos del otro Voto particular.

El segundo Voto, firmado por el Magistrado Xiol Ríos, es más elaborado. Para empezar, expresa en él su autor sus reticencias, no limitadas a este caso, hacia la deriva centralista de la jurisprudencia constitucional en la interpretación del sistema autonómico, que vendría produciéndose, a su entender, en los últimos tiempos. Y, por lo que respecta al caso, comparte la posibilidad de interpretación conforme del precepto impugnado defendida, como dijimos, por los servicios jurídicos del Parlamento catalán, aduciendo a este respecto un amplio y analítico conjunto de razones, entre ellas que los (posibles) defectos de técnica legislativa no pueden elevarse a la categoría de vicios de inconstitucionalidad. Contiene, a este respecto, el Voto, como dicho sea de paso también la decisión de la mayoría, algunas apreciaciones, a mi juicio, discutibles sobre la naturaleza jurídica de la evaluación de impacto ambiental: si la Sentencia le atribuye, con exceso, un carácter vinculante sobre la decisión final relativa a la realización del proyecto²³, el Voto le asigna, de manera igualmente inapropiada, una naturaleza discrecional²⁴. Con todo, el quicio de su argumentación se mueve (como en el caso del otro Voto particular) alrededor del enfoque deseable para la resolución de esta clase de asuntos, el de la concurrencia de competencias sobre el mismo espacio físico, preterido de nuevo por esta Sentencia, como ya hiciera la STC 106/2014, y que, en este caso, por la diferente redacción del precepto impugnado, debiera haber conducido, a su entender, a un fallo desestimatorio del recurso.

C) Opinión personal

Tras este contraste de pareceres, en apariencia puramente metodológico, hay, sin embargo, en mi opinión, un trasfondo más sustantivo, que tampoco esconde el Voto particular (“lamento la reiteración de esta posición mayoritaria, la cual se añade a otros pronunciamientos anteriores en los que, a mi juicio, se infravaloran los postulados del Estado

²³ La Sentencia alude incidentalmente al supuesto carácter necesariamente “favorable” de la declaración de impacto ambiental “como condición de aprobación de los proyectos que implican fractura hidráulica” (STC 73/2016, FJ 9), como ya hiciera la STC 106/2014 [FJ 8 a)], y criticara tempranamente y con razón BETANCOR, A., “*Fracking* constitucional”, en su blog del diario Expansión, el 2 de julio de 2014.

²⁴ “los elementos introducidos por el precepto impugnado no establecen en el ejercicio de las competencias autonómicas afectadas unas cuotas de discrecionalidad superiores a las que son inherentes a la propia técnica de sometimiento a declaración de impacto ambiental” (apartado 7 de su Voto).

social proclamado en la Constitución Española y se sobrevalora la competencia del Estado para sentar las bases del régimen energético”, apartado 3), que paradójicamente, creo, sirve de refuerzo a la decisión de la mayoría. Porque la virtud que tiene, a mi juicio, la Sentencia es la de la claridad. Si aceptamos que en el sistema constitucional español la decisión básica sobre la admisibilidad o no del *fracking* (sea cual sea) compete al Estado (tal cosa se deriva de las Sentencias del Tribunal y no es puesto abiertamente en cuestión por los Votos particulares), no pueden haber medidas autonómicas que frontal o subrepticamente la cuestionen. Hay otro principio inspirador de nuestro sistema autonómico, según también jurisprudencia reiterada, que es el de “lealtad institucional”, que permite distinguir entre fórmulas de colaboración (aquí, de desarrollo autonómico) leales y desleales, y reprobamos estas últimas, como justamente ha hecho, a mi juicio, en esta ocasión, la STC 73/2016.

3.2. LA LEY VASCA: LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN (ATC 171/2016)

Siguiendo la serie de posicionamientos de algunas Comunidades Autónomas en relación con el *fracking*, el Parlamento Vasco aprobó la Ley 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o “fracking”. Una ley no de franca prohibición, pero sí cuando menos discutible a la vista de la legislación básica estatal en la materia, frente a la cual (a buena parte de sus preceptos) el Presidente del Gobierno interpuso, en efecto, recurso de inconstitucionalidad por posible vulneración de dicha legislación básica en materia de economía y régimen minero (arts. 149.1.13 y 25 CE, respectivamente), con invocación del art. 161.2 CE, suspensión automática de su vigencia y consiguiente apertura del correspondiente incidente²⁵.

En el referido incidente cautelar, el Tribunal, por ATC 171/2016, de 6 de octubre, ha decidido, muy razonablemente, el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados, rechazando todos los argumentos esgrimidos por la Abogacía del Estado para su mantenimiento.

Ni concurren las razones especiales admitidas por la jurisprudencia constitucional en este campo, a saber: (1) el *fumus boni iuris*, porque la Ley vasca no es idéntica a las ya declaradas inconstitucionales por las SSTC 106/2014, 134/2014 y 208/2014, ni siquiera a la catalana igualmente

²⁵ En “*Fracking: propuesta de una regulación ambientalmente sostenible*”, en: G. Valencia Martín y J. Rosa Moreno, *Derecho y fracking*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 122 y sigs., sostengo la dudosa constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley vasca 6/2015.

considerada inconstitucional por la STC 73/2016; y (2) la capacidad de bloqueo de competencias estatales, porque “ni la competencia estatal es incontrovertida, pues la Ley recurrida se ampara en la competencia autonómica para dictar normas <<adicionales>> de protección del medio ambiente; ni existe evidencia alguna de que la Ley se haya dictado con el propósito de bloquear el ejercicio de las competencias del Estado”.

Ni cabe tampoco acordar el mantenimiento de la suspensión en base al criterio general de la acreditación (por quien tiene la carga de hacerlo, esto es, el Estado) de perjuicios de difícil o imposible reparación. No lo serían, en efecto, (1) los relativos a la economía general, pues, según reconoce el propio Abogado del Estado, el *fracking* dista mucho de ser todavía una realidad en nuestro país (“todos los permisos [de investigación] se encuentran en una fase preliminar y no parece factible la perforación de ningún sondeo con fractura hidráulica antes de dos años”); ni, por supuesto, lo serían tampoco (2) los derivados para los operadores afectados, en todo caso resarcibles.

4. ULTERIORES PRECISIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE COSTAS

4.1. LA SENTENCIA MATRIZ

La STC 233/2015, de 5 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso frente a un buen número de preceptos de 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, por posible vulneración, según los casos, de los artículos 132.2 (delimitación del dominio público marítimo-terrestre) y 45 CE (mandato de protección del medio ambiente, que, a juicio de los recurrentes, incorporaría de manera implícita un “principio de no regresión”), de los principios de seguridad jurídica, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), o de los arts. 24 y 117.3 CE (leyes singulares).

La Sentencia, importante por distintos motivos y que fue objeto de atención en el Observatorio del año pasado, desestimó, a mi juicio con razón, la mayor parte de las impugnaciones. Tres preceptos fueron, no obstante, declarados inconstitucionales: (1) El nuevo apartado 5 de la Disposición transitoria primera de la Ley de Costas (régimen transitorio especial para los terrenos destinados a actividades de cultivo marino o a

salinas marítimas), por vulneración frontal del art. 132.2 CE, al consentir la permanencia de propiedades privadas sobre terrenos “naturalmente inundables”, que por imperativo constitucional han de formar parte del dominio público. (2) La Disposición adicional cuarta de la Ley 2/2013 (deslinde de la isla de Formentera), por vulneración también del art. 132.2 CE, al romper la uniformidad en el régimen de delimitación del dominio público marítimo-terrestre sin justificación suficiente. Y (3) la Disposición adicional novena de la Ley 2/2013 (garantía del funcionamiento temporal de determinadas instalaciones de depuración), por vulneración de los arts. 117.3 y 118 y 24.1 CE (monopolio judicial de la ejecución de las Sentencias y derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos), en su calidad de ley singular desproporcionada en atención a los fines perseguidos. Y sometió, además, a interpretación conforme, llevada al fallo, un precepto: la Disposición adicional séptima de la Ley 2/2013 (exclusión de determinados núcleos de población del dominio público marítimo-terrestre), impugnada también en su condición de ley singular, y cuya virtualidad restringe en el sentido de no excluir completamente el eventual control judicial ordinario de los distintos supuestos (FJ 14).

4.2. LOS RECURSOS PENDIENTES (SSTC 6, 28, 57 Y 100/2016)

Restaban, no obstante, por resolver otros cuatro recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a un número mayor o menor de preceptos de la Ley 2/2013 por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Canarias y del Principado de Asturias, que son los decididos en este ejercicio por las SSTC 6/2016, de 21 de enero, 28/2016, de 18 de febrero, 57/2016, de 17 de marzo, y 100/2016, de 25 de mayo, respectivamente.

Si el recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista tenía un contenido esencialmente sustantivo, los presentados por las indicadas Comunidades Autónomas presentaban un carácter mixto, con predominio de las impugnaciones de tipo competencial y, en relación con uno de los preceptos de la Ley 2/2013, por supuesta vulneración de la autonomía local.

Cuando en estos nuevos recursos se impugnaban disposiciones ya declaradas inconstitucionales por la STC 233/2015, las Sentencias que aquí nos ocupan se limitan lógicamente a declarar la pérdida sobrevenida de objeto de los mismos en tales extremos. Si se impugnaban preceptos ya examinados por aquélla en sentido desestimatorio, se analizan, en su caso, los nuevos argumentos o, si eran coincidentes con los aducidos en aquel otro recurso, se reiteran sucintamente las respuestas ofrecidas entonces.

Para el enjuiciamiento de las impugnaciones de perfil competencial, como decimos mayoritarias y basadas en la posible lesión de las competencias autonómicas, según los casos, en materia de ordenación del territorio y urbanismo, puertos y protección del medio ambiente, la STC 233/2015 no podía servir ya lógicamente de referencia, y la mirada se vuelve entonces fundamentalmente hacia la Sentencia cabecera de todas, la STC 149/1991, de 4 de julio, la que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en su redacción originaria, que entre otras cosas sentó las claves del reparto de competencias en la materia entre Estado y Comunidades Autónomas, aunque ninguna de las cuatro nuevas resoluciones (ni siquiera la primera de la serie, la STC 6/2016) considera necesario hacer con carácter previo un resumen de la doctrina constitucional establecida al respecto por dicha Sentencia, limitándose a utilizarla en lo procedente al hilo del examen de las concretas impugnaciones.

Cabe, no obstante, recordar que la STC 149/1991 concedió una importancia capital a la legislación básica en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), junto con la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149.1.1 CE) y en algunos extremos con la propia titularidad estatal del demanio marítimo-terrestre (art. 132.2 CE), como fundamento competencial de la entera legislación estatal de costas, capaz de condicionar legítimamente las competencias, en principio exclusivas, de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio (incluida la ordenación del litoral) y urbanismo.

El resultado de este conjunto de recursos es la desestimación completa por las Sentencias ahora consideradas de todas las nuevas impugnaciones de Ley 2/2013, de 29 de mayo, o de todos los nuevos argumentos aducidos para cuestionar la constitucionalidad de preceptos ya enjuiciados y salvados por la STC 233/2015. Dos preceptos se someten, no obstante, a una interpretación conforme llevada a los fallos: (1) El apartado segundo de la Disposición adicional octava de la Ley 2/2013 (informe sobre las posibles incidencias del cambio climático en el dominio público marítimo-terrestre), por las SSTC 28 y 57/2016; y (2) La Disposición adicional séptima (exclusión de determinados núcleos de población del dominio público marítimo-terrestre) y, por conexión, el anexo de la Ley 2/2013, por la STC 57/2016, en base a los nuevos argumentos aducidos para cuestionarla. En este concreto extremo, la referida Sentencia cuenta con un Voto particular discrepante firmado por el Magistrado Xiol Ríos.

4.3. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS

En adelante, vamos a hacer una síntesis de las principales cuestiones abordadas por estas Sentencias, ordenadas por materias, aunque haciendo referencia en cada caso al recurso y Sentencia en el que aparecen tratadas.

A) Ordenación del territorio y urbanismo

El recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía impugnaba la regulación contenida en la Ley 2/2013 en relación con ciertos extremos (1) del régimen de la servidumbre de protección [(a) excepciones a la prohibición general de publicidad (nuevo apartado 4 del art. 25 de la Ley de Costas) y (b) reducción a 20 metros del alcance de la servidumbre en relación con núcleos “materialmente” urbanos a la entrada en vigor de la Ley 22/1988 (Disposición transitoria primera de la Ley 2/2013)] y (2) del régimen de utilización del dominio público marítimo-terrestre [(a) régimen de ocupación y uso de las playas (nuevo apartado 6 del art. 33 de la Ley de Costas) y (b) revocación unilateral de autorizaciones por incompatibilidad con la normativa aprobada con posterioridad (nueva redacción del art. 55.1 de la Ley de Costas)] por supuesta vulneración de la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Sin necesidad de entrar ahora en mayores detalles, la STC 6/2016 (FJ 4) desestima tales impugnaciones remitiéndose sustancialmente a la doctrina establecida por la STC 149/1991 en relación con la redacción originaria de tales preceptos, que consideró amparables los relativos al régimen de la servidumbre de protección en la legislación básica en materia de protección del medio ambiente, y los referidos al uso del dominio público marítimo-terrestre, adicionalmente, en “la facultad para regular la utilización del dominio público que va aneja con su titularidad” (art. 132.2 CE). También se basa en la propia STC 149/1991, cuya concepción del grado de detalle que podía alcanzar la legislación básica en materia ambiental era, como es sabido, más amplia que la impuso luego la STC 102/1995, para descartar que las remisiones reglamentarias contenidas en alguno de esos preceptos (publicidad y ocupación y uso de las playas) resulten *per se* inconstitucionales por incumplir las exigencias formales y desbordar el alcance de lo básico.

El recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña impugnaba también, y por el mismo motivo, el régimen de ocupación y uso de las playas previsto en el nuevo apartado 6 del art. 33 de la Ley de Costas (distinción entre tramos urbanos y naturales), pero con una argumentación más elaborada, que obliga a la STC 28/2016 (FJ 3) a añadir algunas

precisiones adicionales. Descarta la Sentencia la vulneración alegada de la competencia autonómica porque, al permitir el mencionado precepto la celebración en los tramos urbanos de “eventos de interés general con repercusión turística”, no está imponiendo un uso (“podrá autorizarse”), sino simplemente enmarcando las decisiones autonómicas y municipales sobre el uso de tales tramos de playa; y porque la “delimitación de los tramos urbanos y naturales de las playas”, que el precepto parece reservar en principio al Estado, no forma parte de la competencia en materia de ordenación territorial y urbanística, que se circunscribe a los terrenos colindantes [añadiendo también que el nuevo desarrollo reglamentario de la Ley de Costas (art. 67 del Reglamento general de costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre) ha optado por un criterio de catalogación de los tramos naturales y urbanos de las playas a realizar por la Administración competente en materia de ordenación del territorio, que coincide con la pretensión del recurrente].

B) Puertos

El recurso catalán impugnó el párrafo segundo del nuevo apartado 4 del art. 49 de la Ley Costas, relativo a usos posibles en la zona de servicio portuaria de los bienes de dominio público marítimo-terrestre adscritos, por supuesta vulneración esta vez de la competencia autonómica en materia de puertos que no sean de interés general. Se trataba de la remisión reglamentaria para fijar “los criterios de asignación de superficie máxima para los usos previstos en el párrafo anterior”, no impugnado, y que contemplaba, entre otros, “usos comerciales y de restauración”, “siempre que no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre”.

La STC 28/2016 (FJ 4) descarta la invasión competencial denunciada por entender que se trata de una norma amparable, de nuevo, en la competencia estatal derivada del art. 149.1.23, en relación con el art. 132.2 CE, cuyo ejercicio consiente la colaboración reglamentaria, y que tampoco impone determinados usos, limitándose a permitir que “el legislador competente en materia portuaria pueda contemplarlos, si lo tiene por conveniente”, dentro del respeto de ciertos “contenidos máximos, que pueden, en su caso, ser modulados por la Comunidad Autónoma”.

Por el mismo motivo, supuesta lesión de la competencia autonómica en materia de puertos, el recurso del Gobierno catalán impugnó además el apartado 4 de la nueva Disposición adicional décima de la Ley de Costas, introducida por la Ley 2/2013 y relativa a las urbanizaciones marítimo-terrestres, que atribuye a los propietarios de las viviendas contiguas a los canales navegables un “derecho de uso de los amarres situados frente a las viviendas”, vinculado a la propiedad de la vivienda y sólo transmisible

junto a ella. La STC 28/2016 (FJ 6) descarta también la alegada lesión, porque, aun suponiendo que se trate de “un espacio en el que la gestión del demanio es autonómica” (los canales navegables forman parte del dominio público marítimo-terrestre, de acuerdo con el art. 4 de la Ley de Costas), la regulación del uso de ese dominio público compete al Estado en cuanto titular del mismo (art. 132.2 CE).

C) Protección del medio ambiente

Al hilo del recurso catalán (y luego también del canario, dando la misma respuesta), el Tribunal examinó la posible extralimitación del legislador estatal en el ejercicio de su competencia sobre la legislación básica en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE) y consiguiente vulneración, entre otras, de las correlativas autonómicas en la misma materia, cometida por la Disposición adicional octava de la Ley 2/2013 (informe sobre las posibles incidencias del cambio climático en el dominio público marítimo-terrestre) en su apartado segundo, al imponer a las Comunidades Autónomas con terrenos de dominio público marítimo-terrestre adscritos la elaboración de un “Plan de adaptación de dichos terrenos y de las estructuras construidas sobre ellos para hacer frente a los posibles efectos del cambio climático” y atribuir al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente la competencia para su aprobación definitiva.

La STC 28/2016 (FJ 7) comienza recordando, con cita de la STC 149/1991, que los terrenos del dominio público marítimo-terrestre adscritos a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de sus propias competencias (puertos, entre otras) no pierden por ese motivo su condición de tales ni, en consecuencia, el Estado puede dejar de ejercer sobre ellos sus obligaciones “a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos”. Considera, por tanto, justificada la exigencia de elaboración de un tipo de Planes que “persigue sin duda velar por la integridad física del demanio marítimo-terrestre, protegiéndolo frente a los efectos del cambio climático” y que “no supone en ningún caso una intromisión en la gestión o explotación de los servicios portuarios o viarios establecidos sobre esos bienes, que se realizarán por las Comunidades Autónomas”. Pero somete a interpretación conforme, llevada al fallo, la competencia del Ministerio para su aprobación definitiva que (en línea con la tradición del alcance de la aprobación definitiva, primero estatal y luego autonómica, de los planes generales de ordenación urbana) restringe a los aspectos implicados de competencia estatal, esto es, “a los efectos de asegurar que el mencionado plan de adaptación cumpla la finalidad de garantizar la protección y defensa de las condiciones medioambientales del demanio frente al cambio

climático”, “sin que en ningún caso pueda extenderse al modo de disponer y configurar las infraestructuras autonómicas”.

La fijación de un concreto mecanismo (declaración responsable) para la acreditación ante la Administración autonómica de las nuevas condiciones de eficiencia energética y ahorro en el consumo de agua exigidas, en ciertos casos, para las obras autorizables dentro de la servidumbre de protección (párrafo final del apartado 3 del nuevo art. 13 bis de la Ley de Costas), fue objeto de impugnación en el recurso canario por posible vulneración de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y protección del medio ambiente. La STC 57/2016 (FJ 4) avala, no obstante, su constitucionalidad *ex art.* 149.1.18 y 23 CE, con cita de la respuesta ante un problema similar en materia de aprovechamientos forestales (STC 49/2013, de 28 de febrero, FJ 11).

D) Autonomía local

Todos los recursos (a excepción del asturiano) impugnaron el nuevo apartado 2 del art. 119 de la Ley Costas, introducido por la Ley 2/2013 y conocido habitualmente como “cláusula anti-Algarrobico”, que habilita al Delegado del Gobierno, a instancia del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, y de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 67 de la Ley de bases del régimen local, para “suspender los actos y acuerdos adoptados por las entidades locales que afecten a la integridad del dominio público marítimo terrestre o de la servidumbre de protección o que supongan una infracción manifiesta de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Ley [régimen de dicha servidumbre]”, por supuesta vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada (art. 137 CE) y de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

La STC 6/2016 (FJ 4), la primera que se ocupa del asunto y a la que luego se remiten las demás, rechaza ambos motivos de impugnación con argumentos contundentes, que se pueden resumir como sigue. El relativo a la autonomía local, porque la facultad atribuida al Delegado del Gobierno por el mencionado precepto cumple con todas las exigencias impuestas por la doctrina constitucional (desde la STC 4/1981, de 2 de febrero) para garantizar el respeto a dicha autonomía, “al estar prevista la suspensión en norma con rango de ley, acotado su objeto con precisión suficiente e incidir claramente en intereses supralocales, como son los relativos a la protección y defensa de la integridad del dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal”.

Y el referente a las competencias autonómicas, recordando de nuevo, con cita de la STC 149/1991, el contenido competencial (incluso ejecutivo), que, pese a la afirmación inicial de que la titularidad del demanio no constituye un título atributivo de competencias, se deriva inevitablemente de la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre (art. 132.2 CE):

“sin menoscabo de las competencias que *ratione materiae* corresponden a las Comunidades Autónomas, el Estado retiene un amplio haz de facultades ejecutivas derivadas de su condición de *dominus* de las costas, y en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público: en esencia, asegurar la protección de la integridad del demanio, la preservación de sus características naturales y la libre utilización pública y gratuita”.

Y subrayando, a modo de justificación adicional en este particular supuesto, el carácter extraordinario y simplemente cautelar de la facultad en cuestión:

“Estamos en definitiva ante una potestad, con la connotación de excepcionalidad que deriva del art. 67 LBRL, que no cuestiona, sustituye o altera las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas sobre el litoral, sino que responde, como las que ya fueron objeto de enjuiciamiento en la STC 149/1991, no tanto a la facultad como a la obligación estatal de impedir que la naturaleza de estos bienes y sus características sean destruidas o alteradas”.

E) Principio de igualdad

La Disposición adicional séptima de la Ley 2/2013 (exclusión de determinados núcleos de población del dominio público marítimo-terrestre) ya había sido objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, por su carácter de ley singular limitativa, en cuanto tal, del control judicial ordinario de la decisión a través de ella adoptada (art. 24.1 CE), y no justificable a partir de los cánones establecidos por la jurisprudencia constitucional en la materia. La STC 233/2015 (FJ 14) salvó entonces la constitucionalidad del precepto a partir de una interpretación conforme, llevada al fallo, consistente en limitar su virtualidad a la determinación *ope legis* de una serie de núcleos de población que habrían perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre, sin que ello implicara su salida automática del dominio público, la cual dependía de toda una serie de actuaciones administrativas previstas en el propio precepto y en los arts. 17 a 19 de la Ley de Costas, y susceptibles de control judicial por parte de los tribunales ordinarios.

El recurso del Gobierno canario introdujo un nuevo motivo de impugnación de la Disposición adicional séptima, consistente en la posible vulneración del principio de igualdad en la ley (art. 14 CE) por la desigualdad de trato, a su entender injustificada, entre los núcleos de población beneficiarios de dicha Disposición y otros en situación análoga presentes en el litoral canario, de los que se llegaban a relacionar hasta doce.

La STC 57/2016 (FJ 9) salva por segunda vez la constitucionalidad del precepto (y por conexión del anexo de la Ley 2/2013) en base a una nueva interpretación conforme, llevada también al fallo, según la cual la referida Disposición no sería obstáculo para el reconocimiento del mismo régimen en favor de todos aquellos núcleos de población distintos de los mencionados en ella que se encuentren en una situación análoga.

En relación con este extremo, la STC 57/2016 cuenta con un interesante Voto particular formulado por el Magistrado Xiol Ríos. Para el Magistrado discrepante, esta segunda interpretación conforme desbordaría claramente los límites de esta técnica, al extender el privilegio concedido por la Ley más allá de los límites previstos, haciendo decir al precepto lo que éste no dice, y asumiendo así indebidamente el Tribunal el papel de legislador positivo. De aceptar la analogía de los supuestos, la única salida razonable hubiera sido, a su juicio, la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición adicional séptima, con revisión expresa de la doctrina establecida por la STC 233/2015.

Creo, sin embargo, que resulta tal vez excesivo decir que con esta nueva interpretación conforme el Tribunal esté asumiendo un papel de legislador positivo, porque dicha interpretación no supone una equiparación completa del régimen de los núcleos no incluidos en el anexo de la Ley con el de los incluidos, ya que los primeros todavía han de obtener, en primer lugar, el reconocimiento en vía administrativa de la pérdida de sus características naturales (al amparo del art. 18, en relación con el art. 4.5, ambos de la Ley de Costas) que los segundos reciben ya *ope legis*. En realidad, con su doble reinterpretación del significado de la Disposición adicional séptima, el Tribunal no ha hecho desaparecer por completo el privilegio otorgado por la Ley a ciertos núcleos de población, si como parece no son los únicos en los que concurre la mencionada circunstancia, pero lo ha relativizado ingeniosamente hasta el punto de hacerlo seguramente soportable.

5. AGUAS

Casi nunca faltan decisiones en materia de aguas, de mayor o menor relevancia, y este ejercicio no iba a ser una excepción con dos nuevas Sentencias. La primera en un conflicto en defensa de la autonomía local por el abastecimiento de agua a poblaciones (STC 152/2016, de 22 de septiembre), y la segunda sobre el eterno problema de las cuencas internas en la Comunidad Valenciana (STC 216/2016, de 15 de diciembre).

5.1. ABASTECIMIENTO DE AGUA Y AUTONOMÍA LOCAL (STC 152/2016)

De acuerdo con la legislación básica de régimen local, el “abastecimiento domiciliario de agua potable” constituye, como es sabido, un servicio mínimo de competencia municipal, obligatorio en todos los municipios con independencia de su población, y que sus respectivos gobiernos pueden prestar “por sí o asociados”, esto es, solos o mediante fórmulas mancomunadas o consorciales, con la asistencia de las Diputaciones provinciales, o reclamar la dispensa de su prestación, en caso de resultar de “imposible o muy difícil cumplimiento” [art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), en su redacción originaria].

La última reforma de la LBRL, llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, otorga a las Diputaciones provinciales (o entidades equivalentes) competencia para coordinar la prestación, entre otros, del referido servicio público en relación con los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, pudiendo optar por “la prestación directa [del servicio] o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras”, salvo que el municipio acredite que puede prestar el servicio a un “coste efectivo menor”; y quedando eliminadas las referencias a la elección por parte de los municipios de la prestación “por sí o asociados” y de la posibilidad de dispensa [art. 26 LBRL, en su nueva redacción, declarada constitucional por la STC 111/2016, salvo en el extremo relativo a la necesidad de aprobación por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas de la fórmula elegida por la Diputación, que por ello hemos omitido].

En esta misma línea de fomento de la gestión eficiente del servicio de abastecimiento, la Ley andaluza de aguas (Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía) incluyó unos años antes un precepto por el cual se habilitaba a los órganos competentes en materia de aguas de la Junta de Andalucía para imponer casuísticamente la gestión supramunicipal del servicio, “por razones técnicas, económicas o ambientales”, bajo fórmulas

asociativas o a través de las Diputaciones, penalizando a los municipios que no se adhirieran a la modalidad escogida de gestión supramunicipal con la pérdida de ciertas ayudas (art. 32.4)

“Será obligatoria la gestión de los servicios del agua por los municipios dentro del sistema de gestión supramunicipal del agua de uso urbano, cuando resulte necesario por razones técnicas, económicas o ambientales y así se establezca mediante resolución motivada de la persona titular de la consejería competente en materia de agua, previa audiencia a los municipios interesados (...)

La falta de integración de los entes locales en los sistemas supramunicipales de gestión del agua de uso urbano, de acuerdo con lo establecido en este apartado, conllevará la imposibilidad para dichos entes de acceder a las medidas de fomento y auxilio económico para infraestructuras del agua, su mantenimiento y explotación, que se establezcan por la Administración Autónoma”.

Y otro por el cual se penalizaba también con la pérdida de cierta clase de incentivos a las entidades locales (y sus entidades instrumentales de titularidad íntegramente públicas, así como las sociedades de economía mixta participadas mayoritariamente por las citadas entidades) titulares o gestoras de las redes de abastecimiento cuyo rendimiento fuera “inferior al que se determine reglamentariamente” (art. 33.1)

Frente a estos dos preceptos, fundamentalmente, se interpuso conflicto en defensa de la autonomía local por un cierto número de municipios andaluces (110, justamente una séptima parte del total, representativos de más de un sexto de la población andaluza), cumpliendo los requisitos de legitimación legalmente exigidos [art. 75 ter, apartado 1 b) LOTC], desestimado sin excesivas complicaciones por la Sentencia que aquí comentamos, la STC 152/2016, de 22 de septiembre.

La Sentencia (FJ 4) comienza recordando la jurisprudencia consolidada del Tribunal acerca de la garantía institucional de la autonomía local, único parámetro de control en este tipo de conflictos, entendida como un derecho de participación de las entidades locales en los asuntos de su interés (como indudablemente es el presente), pero graduable por el legislador competente (aquí, el legislador autonómico) en función de distintas circunstancias, y contando para ello con un amplio margen de configuración.

Con estos criterios (que la Sentencia explicita lógicamente de manera más pormenorizada), la Sentencia (FFJ 6 y 7) descarta la vulneración de la autonomía local en relación con el primero de los preceptos impugnados,

por entender: (1) En primer lugar, justificable a priori la imposición, siquiera sea indirecta (por la vía de incentivos negativos), de la gestión supramunicipal del servicio por las razones mencionadas en el precepto, correspondiendo, en su caso, a los tribunales ordinarios el control de la legalidad de cada una de las decisiones singulares que a este respecto adopte la Administración de la Junta de Andalucía. Y (2) en segundo lugar, que la participación municipal en la gestión del servicio queda en todo caso garantizada por ser las previstas fórmulas de gestión a cargo de entidades locales, bien asociativas o a través de las Diputaciones provinciales.

Tampoco el segundo de los preceptos impugnados plantea para la Sentencia mayores problemas desde la óptica de la autonomía local, al contar de nuevo la medida prevista con una justificación objetiva y ser revisables igualmente por la jurisdicción contencioso-administrativa los estándares de rendimiento que se fijen reglamentariamente (FJ 8).

5.2. EL ETERNO PROBLEMA DE LAS CUENCAS INTERNAS (STC 216/2016)

A) Antecedentes

Todas las Comunidades Autónomas litorales cuentan, por la propia naturaleza de las cosas, con cuencas internas o intracomunitarias de mayor o menor importancia. Y todas ellas han asumido en sus Estatutos de Autonomía competencia en principio exclusiva sobre las aguas que discurran íntegramente por sus respectivos territorios, lo que (ya definitivamente tras las SSTC 30 y 32/2011) significa inequívocamente sobre sus cuencas internas. Pero no todas ellas han asumido hasta la fecha el ejercicio efectivo de tales competencias. No lo ha hecho desde luego la Comunidad Valenciana, pero si no me equivoco tampoco el Principado de Asturias, Cantabria ni la Región de Murcia. Es el Estado, a través de las Confederaciones Hidrográficas correspondientes, el que continúa encargándose de la gestión de dichas cuencas.

Este estado de cosas no generó especiales problemas hasta que una entidad privada (la Fundación para el Progreso de Albacete), y con el telón de fondo de los inevitables conflictos de intereses presentes en la planificación y gestión de las aguas administradas por la Confederación Hidrográfica del Júcar, decidió impugnar el por entonces recientemente aprobado Plan Hidrológico del Júcar por incluir, a su juicio indebidamente, los recursos y necesidades de los territorios comprendidos dentro del

ámbito de cuencas internas de la Comunidad Valenciana²⁶. La finalidad última de la impugnación era evidente, pues al venir establecida (de acuerdo con la legislación de aguas) la representación de las Comunidades Autónomas en los órganos de gobierno y planificación de las Confederaciones Hidrográficas (Junta de Gobierno y Consejo del Agua, respectivamente) en proporción a su participación en superficie y población respecto de los totales del ámbito territorial del Organismo, se esperaba que la detracción de no pequeñas ni poco pobladas partes de la geografía valenciana supusiera un importante incremento en términos relativos de la representación de la Comunidad de Castilla-La Mancha en tales órganos.

La STS de 20 de octubre de 2004 vino a dar la razón a la entidad recurrente, anulando todos los contenidos del Plan hidrológico de cuenca del Júcar relativos a cuencas internas valencianas, por el sencillo, pero sólido motivo de que las competencias son indisponibles, de manera tal que la planificación hidrológica de dichas cuencas, hasta entonces integradas en el ámbito del Plan del Júcar, debía ser elaborada de manera independiente por la Administración hidráulica valenciana (por entonces y aun ahora inexistente), como prevé la Ley de Aguas (art. 41) y ocurre en las Comunidades Autónomas que sí ejercen efectivamente sus competencias.

Sin que llegaran nunca a extraerse todas las consecuencias derivadas de esta Sentencia, el asunto daría un giro inesperado pocos años después con motivo de la transposición de la Directiva marco de aguas (Directiva 2000/60/CE), que, como es bien sabido y por lo que aquí importa, creaba (en principio, para los aspectos –cualitativos– de su interés) un nuevo ámbito de planificación y gestión de los recursos hídricos, las “demarcaciones hidrográficas”, que, como también se sabe, incluyen las aguas costeras (aguas interiores y del mar territorial hasta una milla náutica) y de transición.

En efecto, el Estado llevó a cabo inicialmente la delimitación de los nuevos ámbitos territoriales de planificación, en relación con las demarcaciones de su competencia (esto es, las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias), por medio del Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero²⁷, manteniendo en esencia el *statu quo* anterior (por constituir,

²⁶ Aprobado por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de cuenca, cuyas determinaciones de contenido normativo fueron objeto de publicación por Orden de 13 de agosto de 1999.

²⁷ Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, aprobado en cumplimiento del apartado 5 del art. 16 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas

en efecto, el concepto de demarcación una novedad sólo relativa entre nosotros), pero aprovechando la ocasión para tomar nota de la referida Sentencia del Tribunal Supremo. Contenía, pues, el Real Decreto una transitoria (Disposición transitoria única. Adscripción provisional de las cuencas no traspasadas) relativa a la inclusión sólo interina de las cuencas internas todavía no traspasadas dentro de los ámbitos correspondientes de planificación y gestión de competencia estatal, y para el caso que específicamente había sido objeto de dicha Sentencia (Plan del Júcar), añadía además una exclusión expresa de las cuencas internas valencianas del ámbito territorial de la nueva demarcación (art. 2.3)²⁸. El recto entendimiento de la suma de ambos preceptos implicaba, en mi opinión, considerar también aplicable la Disposición transitoria al caso del Júcar, pues de no ser así, y habida cuenta de que por entonces tampoco se había producido el traspaso de tales cuencas internas a la Comunidad Valenciana, quedarían en tierra de nadie, lo que obviamente era un sinsentido. No está claro, sin embargo, que la jurisprudencia que inmediatamente vamos a mencionar fuera de este parecer.

La, en cualquier caso, no suficientemente clara regulación del tema por medio del indicado Real Decreto dio lugar a dos nuevos recursos con pretensiones bien distintas, y a dos nuevas Sentencias del Tribunal Supremo en 2011, también diferentes entre sí y ambas con la anterior de 2004, que irremediablemente acabaron de complicar las cosas. Brevemente, puesto que ya me he ocupado con más detalle del asunto en un trabajo anterior²⁹, desaparecida ya la Fundación antes mencionada, el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha impugnó el Real Decreto por no dispensar a las cuencas internas integradas en la demarcación del Segura el mismo trato que a las del Júcar, es decir, por no excluirlas también expresamente del ámbito territorial de dicha demarcación, de lo que esperaba obtener el mismo rédito en cuanto a representación en los órganos de gobierno y planificación de la Confederación Hidrográfica del Segura. Sin embargo, la STS de 22 de septiembre de 2011 desestimó el recurso por entender justificada (en este caso) la regulación transitoria ofrecida por el Real Decreto, a fin de no crear vacíos en la gestión de dichas cuencas contrarios

fiscales, administrativas y del orden social (art. 129), mediante la que se había llevado a cabo previamente la transposición, a nivel legal, de la Directiva.

²⁸ Art. 2.3. Demarcación Hidrográfica del Júcar: “Comprende el territorio de las cuencas hidrográficas que vierten al mar Mediterráneo entre la margen izquierda de la Gola del Segura en su desembocadura y la desembocadura del río Cenia, incluida su cuenca, junto con sus aguas de transición. *Quedan excluidas* las cuencas intracomunitarias de la Comunidad Valenciana, así como las aguas de transición a ellas asociadas...” (la cursiva es nuestra).

²⁹ “El problema de la cuencas internas”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 21, 2012, págs. 13 y sigs.

al interés general, y pretextando el “nuevo contexto normativo” para no tener que seguir ni rectificar expresamente la doctrina sentada por la Sentencia de 2004.

El Gobierno valenciano también impugnó el Real Decreto, pero por razones diametralmente opuestas, es decir, por haber excluido expresamente las cuencas internas en el caso de la demarcación del Júcar, en lugar de someterlas al mismo régimen de interinidad previsto en la Disposición transitoria para las restantes cuencas internas todavía no transferidas, demostrando una vez más el escaso interés de la Generalitat valenciana en asumir el ejercicio efectivo de sus competencias en la materia. Aquí se produjo el sorprendente giro argumentativo al que antes nos referíamos, pues la STS de 27 de septiembre de 2011, escasos cinco días después de la anterior, orillando el problema competencial siempre en la base de todas estas impugnaciones, estimó el recurso y anuló en consecuencia la referida exclusión por un motivo bien distinto, reprochando al Real Decreto haber llevado a cabo (en este caso) una delimitación del ámbito territorial de la demarcación del Júcar sólo atenta a consideraciones de tipo competencial, y no justificada (ni intentada justificar) conforme a los criterios de tipo técnico (hidrológicos) exigidos por la Directiva marco de aguas.

A raíz de esta última Sentencia se procedió a la modificación parcial del Real Decreto 125/2007, por Real Decreto 255/2013, de 12 de abril³⁰, revisando el ámbito territorial de la demarcación del Júcar, incluso ahora de manera provisional de las problemáticas cuencas internas, es decir, en los mismos términos previstos ya desde el principio con carácter general por la Disposición transitoria, pero con una reiterativa referencia al carácter interino de dicha inclusión en el caso del Júcar³¹.

³⁰ Real Decreto 255/2013, de 12 de abril, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Júcar y por el que se modifican diversas normas relativas al ámbito y constitución de dicha demarcación hidrográfica y de la Confederación Hidrográfica del Júcar.

³¹ Art. 2.3 (Demarcación Hidrográfica del Júcar), en su nueva redacción: “Comprende el territorio de las cuencas hidrográficas intercomunitarias y, *provisionalmente*, en tanto se efectúa el correspondiente traspaso de funciones y servicios en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos, el territorio de las cuencas hidrográficas intracomunitarias comprendido entre la margen izquierda de la Gola del Segura en su desembocadura y la desembocadura del río Cenja, incluido su cuenca; y además la cuenca endorreica de Pozohondo, junto con las aguas de transición...” (la cursiva es nuestra). Por si no quedara suficientemente claro, se añade todavía una nueva Disposición transitoria (la Disposición transitoria segunda. Adscripción provisional de las cuencas no traspasadas de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, renumerando la

De conformidad con tales previsiones, y puesto que ninguna transferencia de funciones y servicios en materia de aguas se ha producido hasta el momento en favor de la Comunidad Valenciana (ni de las demás Comunidades Autónomas en las que seguían pendientes), los ulteriores Planes hidrológicos de cuenca de la demarcación del Júcar se siguieron elaborando con arreglo al mismo procedimiento de siempre y con inclusión por supuesto de las controvertidas cuencas internas valencianas. Primero, el Plan de 2014, aprobado por Real Decreto 595/2014, de 11 de julio³², y luego, el vigente de 2016, aprobado por Real Decreto 1/2016, de 8 de enero³³.

Frente al segundo, el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por las mismas razones de siempre, esto es, por la inclusión a su juicio indebida de las cuencas internas valencianas, y recelando tal vez de la respuesta que pudiera ofrecer el Tribunal Supremo a un nuevo recurso contencioso-administrativo en la materia, decidió llevar en esta ocasión el asunto al Tribunal Constitucional, a través del único cauce procesal posible en este caso, es decir, planteando un conflicto positivo de competencia, elección que se demostraría errada, como hemos de ver inmediatamente, pues el conflicto fue inadmitido por Sentencia 216/2016, de 15 de diciembre.

B) La Sentencia

La STC 216/2016 (FJ 4) comienza recordando, conforme a jurisprudencia consolidada, el objeto y con él las limitaciones de los conflictos positivos de competencia. Este proceso no permite invocar cualquier tipo de infracción del orden constitucional y estatutario de reparto

anterior única como primera), que no hace sino insistir en el carácter provisional de dicha adscripción.

El art. 2.3 del Real Decreto aún sufriría después una posterior modificación (por Real Decreto 775/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos, y el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas), para añadir a la cuenca endorreica de Pozohondo, otro endorreísmo castellano-manchego, “el endorreísmo natural formado por el sistema que constituyen los ríos Quejola, Jardín y Lezuza y la zona de Los Llanos”.

³² Real Decreto 595/2014, de 11 de julio, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Júcar.

³³ Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

de competencias, sino que sólo puede fundarse en una reivindicación competencial (*vindicatio potestatis*) o cuando menos en un “menoscabo” de las propias competencias por parte de la actuación o disposición impugnada.

Era evidente que, con el planteamiento del conflicto, la Junta de Comunidades no pretendía reivindicar para sí la titularidad y ejercicio de las competencias, supuestamente usurpadas por el Estado, sobre las cuencas internas valencianas. Igualmente era claro que esa posible invasión competencial en nada podía afectar al ejercicio por la Junta de sus competencias sobre las cuencas internas castellano-manchegas de carácter endorreico (STC 216/2016, FJ 5).

Quedaba, pues, únicamente por examinar el supuesto “menoscabo” que la falta de ejercicio por la Generalitat valenciana de las competencias estatutariamente asumidas sobre sus cuencas intracomunitarias podía representar sobre las competencias castellano-manchegas relativas a la planificación y gestión de la cuenca intercomunitaria del Júcar. Éste, como ya sabemos, había sido desde el principio el argumento principal de los recursos, institucionales o privados, promovidos desde la Comunidad de Castilla-La Mancha frente a la abstención valenciana (y murciana) en el ejercicio de sus propias competencias en materia de aguas, pero el acotado objeto del conflicto positivo de competencia no permitía augurarle un feliz desenlace, como razonablemente se encarga de poner de manifiesto el Tribunal en esta Sentencia.

La Sentencia (FJ 6) destaca, a este respecto, en primer lugar, que el número de representantes de la Comunidad de Castilla-La Mancha y de la Comunidad Valenciana en los órganos de gobierno y planificación de la Confederación Hidrográfica del Júcar se ha mantenido (prácticamente) invariable desde el principio en unos términos no especialmente desfavorables para la primera ni estrictamente proporcionales a sus respectivas poblaciones y territorios involucrados [3 y 5 representantes en la Junta de Gobierno; y 6 y 10 (ahora 11) en el Consejo del Agua de la cuenca, respectivamente³⁴]. Añade, en segundo lugar, que la suma de todos los representantes autonómicos en ambos órganos no les da, en ningún caso, una posición mayoritaria (10 sobre 33 en el primero, y 22 sobre 87 en el segundo).

Y concluye, finalmente y ante todo, que lo que prevé la Ley de Aguas a este respecto (y en eso consiste la competencia autonómica) es el

³⁴ Tras el Real Decreto 775/2015, de 28 de agosto, antes citado, que añade un vocal más para la Comunidad Valenciana en compensación por la asignación de un vocal a la Región de Murcia.

derecho de las Comunidades Autónomas a colaborar, si lo desean, en el gobierno y administración de las Confederaciones Hidrográficas correspondientes, lo que queda garantizado con su participación en los mencionados órganos, con independencia del número de representantes.

“Así, aunque el concreto número de representantes autonómicos que puedan incorporarse a la Junta de Gobierno de los organismos de cuenca o al Consejo del Agua, según el mismo texto refundido de la Ley de aguas, estará en función de la población y territorio autonómicos que se integren en cada demarcación, el ejercicio de la competencia autonómica que en este caso se plasma en funciones de colaboración y coordinación con el Estado, no depende tanto del concreto número de vocales de cada Comunidad en el órgano en cuestión, como de su presencia y voz en el mismo. En todo caso, el texto refundido de la Ley de aguas garantiza como mínimo un representante a las Comunidades Autónomas interesadas que se integren en dichos órganos [arts. 27 d) y 36 1.c) del texto refundido de la Ley de aguas]; mínimo este, ampliamente superado, como se ha visto, por la Comunidad castellano-manchega en el supuesto que ahora nos ocupa” (STC 216/2016, FJ 6).

C) Reflexión final: un problema todavía pendiente de solución

Los intentos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de reforzar su presencia en los órganos de gobierno y planificación de las Confederaciones Hidrográficas del Júcar (y del Segura) a costa de la representación de las Comunidades vecinas, valenciana y murciana, parecen, al menos de momento, definitivamente frustrados a partir de esta Sentencia, que se suma a la anterior ya mencionada del Tribunal Supremo de 2011.

Pero la abstención valenciana (y murciana) en el ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas sobre sus cuencas intracomunitarias, y su consiguiente desempeño (tildado de “provisional”) por el Estado, tiene implicaciones que van mucho más allá de la proporción de representantes de unas u otras Comunidades Autónomas en dichos órganos, y que afectan a la entera actividad de las mencionadas Confederaciones, no sólo en materia de planificación, sino de gestión ordinaria (imposición de sanciones, liquidación de tributos, etc.), sospechosa cuando menos de incompetencia manifiesta en relación con dichas cuencas³⁵.

³⁵ Vid., por eje., en este sentido, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valencia de 3 de diciembre de 2014, que anula por esta razón la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Júcar a un Ayuntamiento por una infracción cometida en el ámbito de una cuenca interna valenciana.

De las tres decisiones del Tribunal Supremo sobre la cuestión controvertida, mencionadas con anterioridad, en mi opinión la preferible es sin lugar a dudas la primera (la de 2004), la única que contiene un juicio claro e irrefutable sobre la cuestión, el de que las competencias son indisponibles y por esta razón han de ser ejercidas en principio por su titular, en este caso, las Comunidades Autónomas.

La provisionalidad de su ejercicio por el Estado en tanto se produzca el traspaso de funciones y servicios, prevista en el Real Decreto 125/2007 y dada por buena por la segunda (la de 22 de septiembre de 2011), sólo resulta aceptable en mi opinión en esos términos, es decir, con carácter interino, no de manera indefinida como la realidad demuestra que está ocurriendo.

Y la tercera (la de 27 de septiembre de 2011) desvía la atención hacia un problema por completo diferente, el de la configuración de las demarcaciones con criterios hidrográficos y no administrativos, lo que puede obviamente traducirse en la creación de demarcaciones mixtas, al modo de la del Cantábrico oriental³⁶, y en absoluto vetadas por la STC 149/2012, de 5 de julio, como indebidamente se sostiene en el recurso castellano-manchego que dio lugar a la STC 216/2016³⁷, lo que aboca a una formulación cooperativa del correspondiente Plan de cuenca (como ahora prevé el Real Decreto 125/2007), pero respetando y partiendo por supuesto del desempeño por cada Administración hidráulica de sus propias competencias, tanto en el ámbito de la planificación como en el de la gestión ordinaria³⁸.

³⁶ Vid., al respecto, el excelente trabajo de SERENO ROSADO, A., “Las Confederaciones Hidrográficas tras diez años de Directiva marco de aguas. El caso de la demarcación hidrográfica del cantábrico oriental”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 21, 2012, págs. 155 y sigs.

³⁷ La STC 149/2012, de 5 de julio (FJ 7) se limita a constatar que “hoy por hoy, con la actual regulación [carecen de] base jurídica alguna (...) al margen, claro está, de eventuales convenios, al efecto, entre el Estado y las Comunidades Autónomas”.

³⁸ Vid. también, al respecto, la originales e interesantes reflexiones sobre el concepto de “sistemas de explotación” de FANLO LORAS, A., “La singularidad hidrológica de España: un sistema de aguas artificializado”, en: G. Crepaldi, *Perfiles de la ordenación jurídica del agua en Italia, España y América Latina*, Tirant lo Blanch (Valencia) y Giappichelli Editore (Torino), 2017, pág. 34, quien, entre otras cosas, señala que “La consideración y respeto de los sistemas de explotación, que no se pueden fragmentar, no se ha tomado en cuenta a la hora de la delimitación territorial de las cuencas y de las demarcaciones hidrográficas. La cuestión de las llamadas <<demarcaciones hidrográficas mixtas>>, sin perjuicio de su expresa previsión legal, tendría una más fácil resolución si se tuvieran en cuenta los sistemas de explotación (caso de las cuencas internas de la Comunidad Valenciana, muchas de las cuales son cruzadas por acequias y canales con varios siglos de antigüedad)”

Resulta perfectamente comprensible que la Comunidad Valenciana (como la Región de Murcia o incluso la de Castilla-La Mancha en relación con sus cuencas endorreicas) demuestre escaso interés en asumir la planificación y gestión de unas cuencas de tan magros recursos hídricos, y no promueva por tanto la transferencia de las correspondientes funciones y servicios, prefiriendo mantener a cambio su ventaja relativa en la porción autonómica de los órganos de gobierno y administración de la Confederación Hidrográfica (que probablemente en todo caso seguiría teniendo). Pero no resulta tan comprensible y mucho menos aceptable que por ninguna de las partes interesadas (Comunidades Autónomas y el propio Estado) se tome la iniciativa para una resolución definitiva de este menor, pero espinoso asunto. ¿Tanto cuesta, aprovechando las ventajas del principio dispositivo, promover una (o varias) reformas estatutarias que devuelvan al Estado unas competencias que las Comunidades Autónomas en cuestión parecen no tener el menor interés en ejercer?

6. FISCALIDAD AMBIENTAL

6.1. IMPUESTOS SOBRE LA ENERGÍA NUCLEAR (STC 74/2016)

A) Antecedentes

Durante bastante tiempo, el art. 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), delimitador de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas en relación con los tributos locales, supuso un obstáculo importante para la creación de nuevos tributos autonómicos debido, en buena medida, a una jurisprudencia constitucional restrictiva, que fijaba el límite inicial para estos posibles tributos autonómicos en la no invasión de la “materia imponible” gravada por los tributos locales ya existentes, sólo exceptuable en el caso de que aquéllos persiguieran fines extrafiscales, singularmente de naturaleza ambiental, lo que hizo que el Tribunal Constitucional se convirtiera en árbitro de los rectos (o desviados) propósitos ambientales de las figuras tributarias impugnadas, manejando a estos efectos unos criterios a menudo discutibles, como critiqué en ediciones ya antiguas de este Observatorio.

Tal estado de cosas cambió por fortuna con la modificación parcial de la LOFCA de 2009, llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, que, en lo que aquí importa, dio nueva redacción al art. 6.3, situando el límite de la fiscalidad autonómica propia en relación con la tributación local en el mismo lugar en el que siempre había estado en relación con los tributos estatales, esto es, en la no reiteración de los

mismos “hechos imposables”, concepto éste (el de hecho imponible) más restringido que el de “materia imponible”. Así queda la redacción vigente del art. 6 LOFCA tras la mencionada reforma (las cursivas son nuestras):

“Uno. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y exigir sus propios tributos de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

Dos. *Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imposables gravados por el Estado.* Cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imposables gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de las mismas.

Tres. *Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imposables gravados por los tributos locales.* Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones locales. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro”

Con esta reforma se abría ahora un panorama más despejado para la creación por las Comunidades Autónomas que lo desearan de nuevas figuras impositivas. Pero no tardó en aparecer en el horizonte un nuevo obstáculo, esta vez de signo diverso, por la creación en los años siguientes de una serie de nuevos tributos estatales que ponían la diana en algunos de los hechos imposables vírgenes, nunca fáciles de encontrar, de potencial selección autonómica. Este fue el caso, entre otros, del “impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrica”, creado por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (Título II).

En 2014 la Generalitat de Cataluña creó tres nuevos impuestos por medio de una Ley que los identifica en el título, la Ley 12/2014, de 10 de octubre, del impuesto sobre la emisión de óxidos de nitrógeno a la atmósfera producida por la aviación comercial, del impuesto sobre la emisión de gases y partículas a la atmósfera producida por la industria y del impuesto sobre la producción de energía eléctrica de origen nuclear. Frente a este último, el impuesto sobre la producción de energía eléctrica de origen nuclear (arts. 1.1 c) y 21 a 30 de la Ley), el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad basado en la posible identidad de

su hecho imponible con el gravado por el impuesto estatal antes mencionado, y consiguiente vulneración del art. 6.2 LOFCA, resuelto, y como veremos estimado, por STC 74/2016, de 14 de abril.

B) La Sentencia

La Sentencia (FJ 2) comienza haciendo referencia a los criterios habitualmente utilizados por la jurisprudencia constitucional para determinar en casos como el presente la identidad o no de los “hechos imponibles” confrontados, y en consecuencia la vulneración o no del art. 6.2 LOFCA, norma como es sabido integrante del bloque de constitucionalidad. Unos criterios que consisten en apreciar la existencia o no de dicha identidad no sólo a partir del examen de los hechos imponibles, sino tomando también en consideración los restantes elementos esenciales de los respectivos tributos relacionados con aquéllos, así como su posible finalidad extrafiscal, lo que compone en definitiva un canon de control relativamente abierto, de resultados no siempre fácilmente predecibles.

“En este cuerpo doctrinal, que debe darse aquí por reproducido, hemos establecido que, para determinar si un impuesto autonómico es contrario al art. 6.2 LOFCA, por recaer sobre un hecho imponible gravado por el Estado, deben compararse ambas figuras tributarias partiendo siempre del examen del hecho imponible, pero analizando también los restantes elementos del tributo que se encuentran conectados con éste: sujetos pasivos, base imponible, y demás elementos de cuantificación del hecho imponible, como la cuota tributaria o los supuestos de exención (...). Asimismo, entre los elementos a comparar entre los tributos en liza se encuentra lógicamente la posible concurrencia de fines extrafiscales en el tributo o, en alguno de sus elementos. Ahora bien, para que dicha finalidad extrafiscal pueda tener consecuencias en la comparación no bastará con que el correspondiente preámbulo de la norma declare dicho objetivo, sino que es preciso que dicha finalidad encuentre efectivamente reflejo en los elementos centrales de la estructura del tributo” (STC 74/2016, FJ 2)

En este caso, llevando a cabo un examen de las características referidas, la Sentencia llega a la conclusión de que existe una identidad sustancial entre ambos impuestos (entre sus respectivos hechos imponibles), lo que determina la inconstitucionalidad del impuesto catalán por vulneración del art. 6.2 LOFCA.

En efecto, la Sentencia (FFJJ 3 y 4) va constatando sucesivamente la similitud de los distintos elementos esenciales de los dos tributos (hecho imponible, base imponible y tipo de gravamen), sin que sea necesario entrar aquí en los detalles de dicha comparación, para finalmente, lo que sí es de mayor interés en este momento, confirmar la presencia en ambos de

parejos fines extrafiscales de naturaleza ambiental, sin precisar su relevancia (“Los preámbulos de ambas normas se refieren también a tales fines extrafiscales”, FJ 3).

C) **Voto particular**

La STC 74/2016 cuenta con un Voto particular firmado por el Magistrado Xiol Ríos, magníficamente escrito y profundo, como todos los suyos, pero del que también en esta ocasión me voy a permitir discrepar.

El Voto particular comienza invitando a reflexionar sobre la importancia en el sistema autonómico español de la capacidad de las Comunidades Autónomas de generar sus propias fuentes de ingreso, con el fin de disponer de recursos económicos suficientes. En este sentido, advierte (punto 3) sobre la circunstancia de que la LOFCA, aun estando considerada una pieza más del “bloque de constitucionalidad”, no deja de ser una norma creada por el “poder constituido”, cuyos límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas habrían de ser por ello interpretados de manera restrictiva para no desvirtuar los principios mucho más laxos que, a su juicio, se derivan a este respecto de la propia Constitución.

No obstante, enfrentando la solución del caso que aquí nos ocupa con las propias armas que proporciona la jurisprudencia constitucional en la materia, considera que en el caso presente el Tribunal ha errado en su apreciación de la existencia de una identidad sustancial entre las dos figuras impositivas confrontadas. Se detiene, en primer lugar, el Voto, aun sin conceder a este extremo la máxima importancia, en la comparación entre los elementos esenciales de los respectivos tributos, que resuelve de manera distinta. Pero, ante todo, lo que el Voto reprocha a la Sentencia es el haber pasado por alto o no haber concedido la suficiente relevancia a un rasgo diferencial de primer orden, como sería la finalidad extrafiscal de naturaleza ambiental del impuesto catalán, mucho más acusada, a su juicio, que la de su homólogo estatal. Esta singular finalidad ecológica del impuesto creado por la Ley 12/2014 quedaría de manifiesto, entre otras razones, por las propias justificaciones expresadas en su Exposición de Motivos, distintas de las contenidas en el Preámbulo de la Ley estatal.

“La exposición de motivos de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/2014, de 10 de octubre, vincula directamente el impuesto sobre la producción de energía eléctrica de origen nuclear a <<la incidencia que puede tener en el medio ambiente>>, haciendo expreso que en el caso de la producción eléctrica de origen nuclear, al no existir un riesgo medioambiental directamente vinculado a la producción, sino a eventuales incidencias en dicho proceso, se define el hecho imponible por la propia utilización del

combustible nuclear (...). Por el contrario, la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, justifica la creación del impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrica vinculándolo expresamente a los costes de la asunción de responsabilidades derivadas de los aspectos específicos que inciden en dicha generación eléctrica, <<tales como la gestión de los residuos radiactivos generados y el uso de materiales que pueden ser utilizados para fines no pacíficos>> o a la necesidad de que <<el Estado debe aportar los recursos necesarios para mantener operativos los planes de emergencia nuclear existentes en cada una de las provincias en las que existen instalaciones nucleares>> (...). De ese modo, una mera comparación entre las exposiciones de motivos de las leyes configuradoras de ambos tributos permite concluir que si bien la actividad productiva gravada –la generación de electricidad de origen nuclear– es la misma, la finalidad primordial de carácter medioambiental y de protección civil del impuesto autonómico difiere de la del tributo estatal, que es de carácter omnicompreensivo” (punto 11 del Voto particular)

Añade el Voto (punto 13) otra circunstancia coadyuvante que, a su entender, avalaría la legitimidad del impuesto en cuestión, cual es la especial incidencia de la actividad gravada en el territorio catalán (o, dicho con sus propias palabras, la especial conexión del impuesto con el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de medio ambiente y protección civil). De las seis centrales nucleares en activo en España, dos de ellas se encuentran situadas en Cataluña, concretamente en Tarragona (y tres de los ocho reactores nucleares en funcionamiento), y de ellas proviene el 40% de la energía eléctrica de origen nuclear que se genera en el conjunto del país. *Res ipsa loquitur* (con estas palabras termina el Voto).

D) Reflexión final: en favor de un juicio riguroso y realista de los tributos ambientales

Se lamenta en su Voto particular el Magistrado Xiol Ríos de la escasa sensibilidad que viene mostrando el Tribunal Constitucional en los últimos años hacia las preocupaciones de tipo ambiental constitucionalizadas en el art. 45 CE en distintas clases de procesos, lo que le produce (confiesa) un cierto desaliento, acentuado en el caso presente por la rigurosa soledad desde la que ha formulado su Voto (punto 9).

No voy entrar aquí en reflexiones de alcance general sobre el referido juicio, pero sí advertir, a modo de consuelo para quienes compartimos la sensibilidad a que alude el Magistrado, que la dialéctica presente en las controversias de carácter competencial, aunque versen sobre temas ambientales, no es tanto entre partidarios y contrarios a la protección

ambiental como una pugna de poder o, dicho de otra manera, sobre la construcción de nuestro Estado autonómico.

Lo que sí quiero reconocer por mi parte es que me habría producido una cierta desazón si el Tribunal, siguiendo el parecer del Voto discrepante, hubiera avalado la constitucionalidad del impuesto catalán impugnado por reconocer en el mismo una preponderante finalidad extrafiscal de naturaleza ambiental, esto es, catalogándolo como un tributo ecológico, al modo como hizo el ATC 456/2007 (en un contexto normativo diferente) con el impuesto andaluz sobre depósito de residuos radiactivos (comprensiblemente traído a colación en el Voto como precedente), porque ello no hubiera supuesto (como no supuso aquel Auto) mostrar una mayor sensibilidad hacia los problemas ambientales, sino más bien, en mi opinión, tomar el nombre del medio ambiente en vano.

No me atrevo a pronunciarme sobre la relevancia que haya de concederse a los fines extrafiscales (incluidos los ambientales) al objeto de determinar la singularidad de una figura tributaria y resolver con ello los problemas de identidad o diversidad de hechos imponibles con arreglo al art. 6 LOFCA, pero sí me parece oportuno insistir en que la atribución a un tributo de una finalidad extrafiscal de naturaleza ambiental debe hacerse con criterios rigurosos y realistas.

Claro está que la fiscalidad puede ser utilizada, y de hecho se utiliza, como un instrumento más de protección ambiental, aun no estando expresamente constitucionalizada con estos fines (así lo ha reconocido siempre la jurisprudencia constitucional, y la insistencia en este punto del Voto particular, punto 6, no resulta discutible). Pero en el caso presente, ninguno de los dos impuestos contrastados merece, en mi opinión, el calificativo de ecológico (ni el estatal, al que la Sentencia no niega dicha calificación, ni el catalán, al que el Voto particular parece querer limitarla).

Un impuesto no puede ser calificado como ecológico por la sola razón de recaer sobre una actividad potencialmente contaminante o dañina para el medio, como tampoco la mera afectación de parte o del total de su recaudación a sufragar los costes administrativos de la gestión de los riesgos derivados de dicha actividad lo transmuta en un impuesto de esa naturaleza, acercándolo todo lo más a la tipología de las tasas. En realidad, la STC 74/2016 contiene una aproximación bastante acertada (aunque no utilizada en su valoración del caso) sobre las características que debe reunir un tributo para asignarle una finalidad extrafiscal de naturaleza ambiental (no excluyente de la recaudatoria), y que se resumen en esencia en su aptitud para promover comportamientos ambientalmente deseables o disuadir de los contrarios.

“Con carácter general, pueden calificarse de extrafiscales aquellos tributos que persigan, bien disuadir o desincentivar actividades que se consideren nocivas (por ejemplo, para el medio ambiente), bien, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras de determinada finalidad, todo ello sin perjuicio de que la citada finalidad extrafiscal no es incompatible con un propósito recaudatorio” (STC 74/2016, FJ 2)

Un impuesto sobre la generación de energía eléctrica en centrales nucleares, comoquiera que se configure su hecho imponible, difícilmente puede cumplir, en el contexto normativo español actual, el mencionado requisito. No puede servir como factor disuasorio de la instalación de nuevas centrales, que ya están congeladas por otros motivos, y si con el impuesto se pretendiera forzar el cierre anticipado de las ya existentes se entraría en un terreno (las bases de la política energética) que no está a disposición de las Comunidades Autónomas. Tampoco puede influir en el comportamiento de los consumidores, que no pueden discriminar según la fuente de la energía eléctrica suministrada (aunque sí sufrirán las consecuencias de cualquier incremento de los costes de producción). En realidad, uno y otro impuesto (el estatal y el catalán) tienen, a mi modo de ver, una estricta y exclusiva finalidad recaudatoria, que si, como parece era intención de ambos, se vincula con la cobertura de los gastos administrativos en materia de protección civil, acercaría, como decíamos, su naturaleza a la de una tasa.

Tiene razón el Voto particular al poner de manifiesto la especial incidencia de la actividad gravada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, pero esta circunstancia no puede servir de argumento para aceptar la duplicidad impositiva. Puede justificar la transferencia a Cataluña de la parte de la recaudación correspondiente o incluso que se proponga un cambio de sistema, pero no desconocer la prohibición de doble imposición dispuesta por el art. 6 LOFCA, que está establecida no en interés de una u otra Administración, sino del contribuyente o como, en términos más fríos, señala la jurisprudencia, en interés de la “unidad” del sistema tributario.

“Ahora bien, todo ello teniendo en cuenta que las prohibiciones de equivalencia lo que pretenden evitar es, en suma, que se produzcan dobles imposiciones no coordinadas, garantizando de esta manera que el ejercicio de poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de «un sistema» tributario en los términos exigidos por el art. 31.1 CE” (STC 74/2016, FJ 2)

6.2. EL CANON EÓLICO DE CASTILLA-LA MANCHA (AATC 183 Y 185/2016)

Los AATC 183 y 185/2016, de 15 de noviembre, constituyen un magnífico ejemplo del cambio normativo operado por la reforma de la LOFCA de 2009 y su asimilación por la jurisprudencia constitucional.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha planteó dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el canon creado por la Ley castellano-manchega 9/2011, de 21 de marzo, sobre la instalación en parques eólicos de aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica (canon eólico)³⁹, por supuesta vulneración el art. 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), con una argumentación que parecía responder más bien a la normativa y jurisprudencia anteriores a la reforma, a saber, por entender (1) que el hecho imponible del canon eólico coincidía con el del impuesto (local) sobre actividades económicas (IAE), y (2) que dicho tributo carecía de una finalidad extrafiscal que le impidiera escapar a la prohibición de doble imposición del art. 6.3 LOFCA.

El Tribunal inadmite a trámite dichas cuestiones tanto por motivos formales como de fondo. En cuanto a los primeros, lo hace en base a una doctrina correctísima y sumamente ingeniosa, inaugurada por otro Auto, el ATC 168/2016, de 4 de octubre (Ley de Enjuiciamiento Civil), pero en la que no vamos a detenernos ahora por no suponer una cuestión específicamente ambiental. Baste decir que estos Autos (FJ 2), como el precedente, consideran que el tribunal *a quo* no ha cumplido el requisito procesal de justificar la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada (arts. 163 CE y 35.1 LOTC), porque, al haber planteado simultáneamente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en tanto esta última no se resuelva no cabe determinar si, en efecto, la norma resulta aplicable al caso, ya que si el TJUE la declarara contraria al Derecho comunitario, el tribunal *a quo* debería dejarla inaplicada en virtud de la primacía de este último⁴⁰.

³⁹ Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el canon eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha.

⁴⁰ Por el mismo motivo, los AATC 202 a 205/2016, de 13 de diciembre, inadmiten a trámite varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con los impuestos (estatales) creados por Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, antes mencionada.

Y en lo que ahora más importa, el juicio de fondo, el Tribunal inadmite las cuestiones por entenderlas “notoriamente infundadas” (art. 37.1 LOTC). Le basta para ello con recordar la nueva redacción del art. 6.3 LOFCA, que ha equiparado el supuesto de doble imposición autonómica en relación con los tributos locales con el tradicional relativo a los estatales (art. 6.2), es decir, la coincidencia de “hechos imposables”, y hacer aplicación de la jurisprudencia relativa a este extremo.

Los Autos van comparando los distintos elementos esenciales de ambos tributos, el canon eólico, por un parte (al que le atribuyen indubitadamente la naturaleza de impuesto), y el IAE, en su aplicación a la “producción de energía no especificada en los epígrafes anteriores” (epígrafe 151.4 de la tarifa), por otra, y van detectando suficientes diferencias como para descartar la equivalencia de los respectivos “hechos imposables” y en consecuencia la inconstitucionalidad del primero. Así, en particular, los Autos (FJ 6) enfatizan las diferencias en cuanto a la base imponible y la cuota tributaria, que en el caso del canon se determinan en función del número de aerogeneradores (en lugar de por los kilovatios de potencia), lo que incentiva que el sujeto pasivo “haciendo uso de tecnologías más eficientes, incremente la potencia unitaria de cada aerogenerador y consiga reducir su número”, y resulta congruente con su objetivo declarado de luchar contra “las afecciones visuales y paisajísticas”.

Como puede verse, a través de este análisis comparativo, los Autos (FJ 6) van reconociendo en el canon en cuestión “aunque sea parcialmente, una finalidad extrafiscal”, pero, y aunque esto “no puede dejar de tenerse en cuenta”, no hacen ya de esta cuestión el centro exclusivo del análisis como ocurría en la jurisprudencia hoy superada.

7. ESPECTÁCULOS TAURINOS Y PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES

La protección de los animales, temática distinta aunque emparentada con la protección ambiental, no suele hacer acto de presencia en la jurisprudencia constitucional. En este ejercicio, sin embargo, dos decisiones se han acercado a esta problemática, ambas a propósito del sensible y mediático asunto de los espectáculos taurinos: la STC 177/2016, de 20 de octubre, sobre la prohibición catalana de las corridas de toros, y el ATC 206/2016, de 13 de diciembre, en un conflicto en defensa de la autonomía local motivado por la prohibición autonómica de la versión tradicional del festejo del Toro de la Vega de Tordesillas. La novedad e

interés de los casos justifican, a mi modo de ver, que se les preste una particular atención en esta edición del Observatorio.

7.1. LA PROHIBICIÓN CATALANA DE LAS CORRIDAS DE TOROS (STC 177/2016)

A) Antecedentes

En virtud de una iniciativa legislativa popular, el Parlamento de Cataluña tramitó como proposición de ley y aprobó finalmente la Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008; modificación en virtud de la cual, en el marco de la prohibición general del uso de animales en peleas y espectáculos, se eliminaba la excepción hasta entonces prevista con ciertas limitaciones para las corridas de toros⁴¹, que quedaban prohibidas ahora de manera expresa junto con el resto de espectáculos taurinos (a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley, el 1 de enero de 2012), con la salvedad, ya también prevista con anterioridad a esta reforma, de los *correbaus*:

“Se prohíbe[n]”: “las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las suertes de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros, salvo las fiestas con toros a que se refiere el apartado 2”, esto es, “las fiestas con novillos sin muerte del animal (*correbaus*) en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebran. En estos casos, está prohibido inferir daños a los animales”.

Frente al art. 1 de esta la Ley (la mencionada prohibición de las corridas de toros), se interpuso recurso de inconstitucionalidad por cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Popular por un variado conjunto de motivos, tanto sustantivos como competenciales: “de un lado, la invasión de la competencia estatal para regular el patrimonio cultural español (art. 149.1.28 CE, en relación con los arts. 149.1.29 y 149.2 CE); de otro lado, la vulneración de las libertades fundamentales reconocidas en los arts. 20.1 a) y c) y 38 CE, así como de lo dispuesto en los arts. 44 y 46 CE; y, finalmente, la vulneración del principio de unidad de mercado y de libre circulación que se deduce de los arts. 149.1.13 y 139. 2 CE” (STC 177/2016, FJ 1).

⁴¹ Se exceptuaba “la fiesta de los toros en las localidades donde, en la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales, hubiera plazas construidas para su celebración, a las que se debe prohibir el acceso a las personas menores de catorce años”.

La relativa tardanza en la resolución del recurso (seis años) permitió que en el ínterin las Cortes Generales aprobaran dos leyes claramente reactivas frente a dicha prohibición, a las que, como hemos de ver inmediatamente, la Sentencia va a otorgar un papel relevante en la decisión del caso. Primero, la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural; y algo después, la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. La primera también trajo causa de una iniciativa legislativa popular, de título y contenido algo distintos a los de la ley finalmente aprobada (“proposición de Ley para la regulación de la fiesta de los toros como Bien de Interés Cultural”)⁴², mientras que la segunda tuvo su origen en un proyecto de ley⁴³. En cualquier caso, los debates parlamentarios dejan bien a las claras que la referida era la motivación principal de las dos iniciativas, incluso en el caso de la segunda, de alcance en principio más amplio⁴⁴.

B) La Sentencia

La Sentencia antepone, como es lógico, el examen de los posibles vicios competenciales imputados a la Ley impugnada al de los motivos sustantivos, pues de apreciarse la concurrencia de los primeros, como así ocurrirá en efecto, resultaría innecesario entrar en los segundos (FJ 2).

El recurso de los cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Popular cuestionaba, desde aquella perspectiva, la competencia de la Generalitat de Cataluña para prohibir la celebración de corridas de toros por entender que la regulación de los espectáculos taurinos, actividad compleja y con variedad de proyecciones, era una competencia estatal incardinable en el ámbito de la defensa del patrimonio cultural (arts. 149.1.28 y 149.2 CE), la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) y la ordenación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). El Parlamento y el Gobierno catalán defendían, por el contrario, la constitucionalidad de la medida adoptada con fundamento en las competencias exclusivas de la Generalitat en materia de espectáculos públicos y protección de los animales.

La STC 177/2016 comienza su razonamiento con el encuadramiento competencial de la decisión controvertida (FFJJ 3 a 5), siguiendo en

⁴² Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie B (proposiciones de ley), núm. 70.

⁴³ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A (proyectos de ley), núm. 121.

⁴⁴ Sobre la primera, vid. Diario de Sesiones del Congreso, X Legislatura, núm. 88. Sobre la segunda, vid. Diario de Sesiones del Congreso, X Legislatura, núm. 764.

principio (se dice expresamente) los criterios habituales de la jurisprudencia constitucional en la materia (contenido y finalidad de la medida y de los títulos competenciales en conflicto, y primacía de los más específicos sobre los más genéricos); operación que va a venir, no obstante, condicionada (también se reconoce expresamente, FJ 6) por la aprobación sobrevenida por las Cortes Generales de las dos leyes antes mencionadas.

“Tales normas, de ser posteriores a la impugnada, serían susceptibles de ser consideradas como elementos de referencia que deben tomarse en consideración en este proceso, en línea de semejanza con la doctrina que este Tribunal ha establecido en relación con el denominado *ius superveniens* (...). Ambas Leyes, aprobadas por el Estado en ejercicio, entre otras, de las competencias de los arts. 149.1.28.^a y 149.2 CE, si bien no constituyen parámetro directo de constitucionalidad (pues en este caso el canon viene constituido, exclusivamente, por las reglas de distribución competencial contenida en los mencionados preceptos constitucionales y los estatutarios que con ellos se relacionen), deben ser consideradas como un elemento añadido de análisis” (STC 177/2016, FJ 6)

Así, sin necesidad de poner en cuestión (como se hacía en el recurso) la competencia autonómica para prohibir la celebración de las corridas de toros, la Sentencia (FJ 3) admite, por el contrario, la legitimidad, en línea de principio, de una decisión de estas características al amparo de las competencias invocadas por las instituciones catalanas: la competencia exclusiva en materia de protección de los animales y, de manera aún más específica, la también exclusiva en materia de espectáculos públicos.

“En definitiva, la prohibición de espectáculos taurinos que contiene la norma impugnada podría encontrar cobertura en el ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en materia de protección de los animales [art. 116.1 d) EAC] y en materia de espectáculos públicos (art. 141.3 EAC). La materia relativa a la protección del bienestar animal se proyecta sobre espectáculos concretos cuya exteriorización se quiere prohibir (...) En realidad, al prohibir determinadas actividades taurinas, la propia norma califica las corridas de toros como espectáculos taurinos y admite la existencia de otros espectáculos de esa índole, lo que, también desde esta perspectiva, evidencia que la finalidad de la norma no es sólo la protección animal, sino también la prohibición de un determinado tipo de espectáculo” (STC 177/2016, FJ 3)

Pero, a renglón seguido, la Sentencia (FFJJ 4 y 5) constata la existencia de una decisión de signo contrario, la protección de la tauromaquia como patrimonio cultural (inmaterial) español, que lógicamente incluye las corridas de toros, en todo el territorio nacional, adoptada por el Estado de manera igualmente legítima, al amparo de sus

competencias (concurrentes) en el ámbito de la cultura (art. 149.2 CE). Del lado estatal, ésta sería, a juicio de la Sentencia, la competencia relevante en este caso, por encima de la más específica sobre defensa del patrimonio cultural frente a la expoliación y exportación (art. 149.1.28 CE), y descartando la entrada en juego de otras, como la seguridad pública (art. 149.1.29 CE).

Así pues, según el planteamiento de la Sentencia, lo que se produce en este caso es un conflicto entre dos decisiones de contenido irreconciliable, adoptadas en principio de manera legítima por las dos instancias en pugna en el marco de sus respectivas competencias, para cuya resolución final sólo le resta hacer dos tipos de operaciones. En primer lugar, justificar que una competencia de carácter concurrente, como la competencia estatal en materia de cultura, pueda dar cobertura a decisiones imperativas de tanto calado como la de poner en cuestión una prohibición autonómica, lo que hace recordando el sentido último de dicha competencia concurrente, ya explicitado por la STC 48/1984 en los siguientes términos: “Ya hemos recordado que este precepto incluye un mandato constitucional expreso que implica la atribución al Estado de <<una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias>> (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6)” (STC 177/2016, FJ 7).

Y, en segundo lugar y finalmente, aplicar una conocida y reiterada regla para la resolución de conflictos en caso de enfrentamiento de competencias en principio exclusivas de las Comunidades Autónomas con otras competencias estatales, la de que el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias tendencialmente exclusivas no puede suponer un obstáculo para el despliegue por parte del Estado de las que, a su vez, tiene constitucionalmente atribuidas.

“Por esa razón la norma autonómica, al incluir una medida prohibitiva de las corridas de toros y otros espectáculos similares adoptada en el ejercicio de la competencia en materia de espectáculos, menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal en los términos que ya han quedado expuestos” (STC 177/2016, FJ 7).

La resultante de todo este razonamiento es, como ya se ha anticipado, la declaración de inconstitucionalidad del precepto

controvertido de la Ley catalana por motivos competenciales, sin necesidad por tanto de entrar en los motivos sustantivos que se invocaban también en el recurso.

C) Los Votos particulares

La Sentencia cuenta con dos interesantes Votos particulares discrepantes, el primero firmado por los Magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, y el segundo por el Magistrado Xiol Ríos. Concuerdan ambos en poner en cuestión el alcance, a su juicio desmesurado, concedido por la Sentencia a la competencia concurrente del Estado en materia de cultura (art. 149.2 CE), pero por lo demás difiere su planteamiento.

Según el primero, la resolución del conflicto debiera haberse inclinado indiscutiblemente en favor de la decisión adoptada por el Parlamento catalán en ejercicio de sendas competencias exclusivas, por no enfrentar en esta ocasión un rival de la misma altura. Destacan, a este respecto, que hasta la fecha el Tribunal Constitucional no había reconocido a la competencia estatal en materia de cultura un carácter legislativo [“A la luz de la jurisprudencia previa, el <<servicio de la cultura como deber y atribución esencial>> (art. 149.2 CE) no incluye una competencia legislativa”]. Y cuestionan también, con referencia a otro Voto particular suyo anterior (a la STC 93/2015), que en casos de enfrentamiento entre competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas y títulos competenciales del Estado de carácter horizontal, el conflicto pueda resolverse en razón al simple “menoscabo” de la competencia estatal [“la mayoría del Pleno se acoge a una preocupante línea jurisprudencial (...) que adopta como noción de inconstitucionalidad una difusa idea de menoscabo competencial que aplica a normas autonómicas que cuentan con un amparo competencial inequívoco”].

El Voto particular del Magistrado Xiol Ríos acepta, en cambio, el encuadre planteado por la Sentencia como enfrentamiento de títulos competenciales en principio de la misma entidad, pero discrepa de su solución en términos de pura y simple prevalencia de la competencia estatal. Pese al carácter competencial y, por lo tanto, jurídico-formal de la disputa, sugiere, de entrada, prestar atención al conflicto de valores subyacente (la protección de la tauromaquia como bien cultural y la oposición a las corridas de toros en defensa de los derechos de los animales). Y, a falta todavía de otros criterios más precisos, entiende que esta clase de controversias competenciales se han de resolver con técnicas de ponderación. En el caso presente, los factores a tener en cuenta en dicha ponderación, y que debieran haber inclinado la balanza en favor de la Ley catalana, son, a su entender, básicamente dos. En primer lugar, el carácter

exclusivo de las competencias autonómicas puestas en juego en materia de espectáculos taurinos (frente al simplemente concurrente de la competencia estatal), que las Comunidades Autónomas habían venido ejerciendo hasta la fecha de manera pacífica (para demostrar lo cual se hace un relato detallado de la legislación autonómica dictada en estos años, incluida la prohibición canaria de 1991). Y, en segundo lugar, y tal vez ante todo, la consideración debida, en el marco del cumplimiento del mandato constitucional de protección de la cultura (a cuyo servicio se habrían dictado las leyes estatales de protección de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial), a la diversidad autonómica, lo que obligaría a respetar una decisión como la del Parlamento catalán, que no habría hecho sino culminar una evolución legal coherente (también referida con detalle) en el sentido de acoger la creciente y mayoritaria sensibilidad de la sociedad catalana en favor de la protección animal.

D) Opinión personal: el problema de las concurrentes y un enfoque sustantivo

a) La problemática de las concurrentes

Hace un par de años, en el comentario en este Observatorio a la STC 122/2014 sobre la Ley madrileña de patrimonio histórico, expresé mi opinión de que la jurisprudencia constitucional parecía orientarse hacia una configuración de las competencias del Estado en materia de patrimonio histórico al modo de las competencias en materia ambiental, esto es, hacia el reconocimiento al Estado de una suerte de competencia para dictar la legislación básica en la materia.

La STC 177/2016, que aquí nos ocupa, ahora en el ámbito en principio más amplio, pero inclusivo de aquél, de la cultura, parece moverse en la misma dirección.

Si bien se mira, el planteamiento de la Sentencia dictada sobre la prohibición catalana de las corridas de toros, y por supuesto su desenlace, no difiere en mucho del efectuado también hace dos años para resolver las impugnaciones de varias leyes autonómicas de prohibición del *fracking*. Las Comunidades Autónomas pueden introducir restricciones a la celebración de espectáculos taurinos (como a la práctica del *fracking*), al amparo de sus competencias exclusivas en materia de espectáculos públicos y protección de los animales (allí, de ordenación del territorio y protección de espacios naturales), como de hecho ya contenía la legislación catalana antes de su última reforma. Pero lo que en cualquier caso les está vedado es suplantarse al Estado en la toma de la decisión “básica” relativa a la admisibilidad o no de este tipo de acontecimientos (como del empleo de

esa técnica minera), porque en el fondo esa decisión (sobre todo en este caso la decisión permisiva) lo que viene a representar es una decisión “básica” en materia de política cultural (como en el caso del *fracking*, en materia de política minera y energética).

Por supuesto, el planteamiento formal de la Sentencia no es ni podría ser éste, porque en materia de cultura y de protección del patrimonio histórico el Estado no tiene constitucionalmente atribuida una competencia de carácter básico, pero no resulta arbitrario reconducir el tratamiento jurisprudencial de esta clase de asuntos (tanto en el caso de la Ley catalana como en el de la madrileña) a esa suerte de esquema de distribución competencial, perfectamente conocido entre nosotros.

Lo que, sin embargo, se encuentra mucho menos elaborado entre nosotros, y por la propia jurisprudencia constitucional, tal vez por la misma excepcionalidad del empleo de esta técnica en nuestro sistema constitucional y estatutario de reparto competencial, es el tratamiento de las competencias “concurrentes”, que es justamente el esquema al que se da por sentado responde, en principio, la distribución de competencias en materia de cultura (*ex art. 149.2 CE*).

Todo esfuerzo futuro por parte de la jurisprudencia constitucional de clarificación del reparto de competencias en esta materia (sea en base a esa tipología competencial o justificando su descarte y sustitución por otras en relación con determinados temas) habrá de ser, por ello, necesariamente bienvenido. Sólo así podrán evitarse páginas tan áridas y de difícil inteligencia como las que se encuentran en el Preámbulo de la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (ley, por cierto, no impugnada por ninguna Comunidad Autónoma), con el solo fin de justificar la competencia estatal para su aprobación.

Ciertamente, desde una comprensión ortodoxa de la categoría de las competencias “concurrentes” (como competencias plenas tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas sobre una determinada materia, aquí la cultura, de ejercicio indistinto por parte del uno y las otras, y llamadas, en principio, a coexistir pacíficamente), que la STC 177/2016 no renuncia, como hemos visto, a poner como fundamento último de la intervención estatal en el asunto a debate (la prohibición o no de las corridas de toros), resulta difícil justificar por qué se hace prevalecer la decisión estatal. Cabe, por ello, entender perfectamente las críticas vertidas a este respecto a la Sentencia por los dos Votos particulares. Y cabe, además, aplaudir el esfuerzo dogmático que hace el Voto particular del Magistrado Xiol Ríos para resolver este tipo de controversias, “en defecto de otros criterios”,

mediante la técnica de la ponderación, que quizás, como se sostiene en el Voto, hubiera podido inclinar en este caso la balanza en favor de la ley catalana.

b) *Enfoque sustantivo*

Más allá de una decisión en clave estrictamente competencial (harto problemática, como hemos visto), el caso hubiera merecido además tal vez un examen de los motivos sustantivos invocados en el recurso, que hubieran puesto de manifiesto algunas de las debilidades de la opción normativa elegida por el legislador catalán.

Reconozco que abordar los aspectos sustantivos, siquiera fuera a mayor abundamiento, hubiera supuesto una opción de riesgo, pues habría implicado, en primer lugar y con carácter previo, afirmar positivamente (o, al menos, no descartar abiertamente) la competencia no sólo de Cataluña, sino de cualquier Comunidad Autónoma para prohibir en su territorio (bajo ciertas condiciones) la celebración de espectáculos taurinos (corridos de toros) y, en segundo lugar, hubiera conllevado entrar en un terreno argumentativo complejo y de resultado inseguro, en el que, por cierto, no entran los Votos particulares, dejando incompleto el fundamento de su discrepancia con el fallo del recurso.

Afortunadamente, aquí no tenemos que decidir, ni siquiera proponer una decisión para un caso que ya está resuelto, y podemos aventurarnos con libertad en este campo, con el fin también de recoger el guante (sin duda, interesante) de desvelar el entramado de valores subyacente a la controversia en principio competencial.

Afirmada (o, al menos, no descartada) la competencia autonómica para adoptar la prohibición que ya conocemos (como no fue puesta en su día en cuestión, por ejemplo, la competencia de la Junta de Castilla y León para prohibir en su territorio la comercialización de cangrejos de río vivos, en la STC 61/1991), el examen de dicha prohibición bajo un prisma constitucional sustantivo comenzaría con la comprobación de la afectación de esta medida a derechos fundamentales o, cuando menos, a principios o valores con expreso reconocimiento constitucional.

Tanto de un lado como de otro, dicha afectación resulta en principio innegable, en los mismos términos planteados en el recurso. La prohibición de la celebración de corridos de toros afecta, sin duda, a derechos fundamentales, como la libertad de empresa, de elección de profesión u oficio o de creación artística, y a principios de rango constitucional, como la unidad de mercado o la protección de la cultura.

Una vez constatada dicha afectación, especialmente por lo que respecta a derechos fundamentales, la constitucionalidad de la medida adoptada por el Parlamento catalán dependería del cumplimiento de los criterios perfectamente establecidos al respecto por la jurisprudencia constitucional: (1) que la medida responda a un fin constitucionalmente legítimo; y (2) que sea proporcionada a los fines perseguidos.

Sobre el primero no cabe ninguna duda, pues la protección de los animales (objetivo declarado de la prohibición) constituye un fin constitucionalmente legítimo, por más que no se halle todavía incorporado al catálogo constitucional de principios rectores de la política social y económica. Sin embargo, y a mi juicio, sí cabrían más dudas sobre el cumplimiento en el caso presente del principio de proporcionalidad, que exige que la medida sea coherente con la finalidad perseguida (aptitud), no sustituible por otras igualmente eficaces pero menos restrictivas de las libertades afectadas (necesidad) y que no cause más perjuicios que beneficios (ponderación o proporcionalidad en sentido estricto).

En efecto, cabría dudar de la coherencia y de la necesidad (desde el punto de vista de la finalidad perseguida) de la prohibición de las corridas de toros desde el momento en que no sólo se mantiene la excepción para los otros festejos taurinos con los que antes aquéllas formaban pareja, los *correbous*, sino que parece que se refuerza la legitimación (cultural) de estos últimos con la aprobación poco después de una ley específica en la materia (la Ley 34/2010, de 1 de octubre, de regulación de las fiestas tradicionales con toros). Se pueden encontrar, sin duda, diferencias entre las corridas de toros y los *correbous*, pero lo que probablemente resulta más difícil es hallarlas desde la estricta finalidad supuestamente perseguida con la prohibición de las primeras (al menos, según el parecer de los colectivos de defensa de los derechos de los animales).

Por otro lado, los datos que se ofrecen en el Voto particular como demostrativos de la creciente desafección de la sociedad catalana hacia las corridas de toros (a saber, la existencia, a la fecha de aprobación de la ley, de una sola plaza en activo, y el escaso número de festejos celebrados) podrían servir también, paradójicamente, para poner en tela de juicio tanto la necesidad como la proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Si la sociedad catalana ya no es aficionada a las corridas de toros, ¿qué necesidad hay entonces de prohibirlas?. Algo similar ocurre con la supuestamente precursora prohibición de las corridas de toros en las Islas Canarias. La ley canaria de protección animal de 1991 no contenía, en efecto, ninguna salvedad expresa en favor de las corridas de toros, simplemente porque hacía ya años que en las islas no se celebraba ninguna,

debido, al parecer, a la escasa afición y el excesivo coste del transporte de los toros de lidia⁴⁵.

Al estimable planteamiento del conflicto de valores e intereses en juego con que se inicia el Voto particular, le falta probablemente, a mi juicio, si se quiere ofrecer una imagen honesta y realista de las cosas, un tercer elemento, cuya importancia no cabe subestimar a priori, y que es, por expresarlo en la terminología al uso, el factor identitario. Como es sabido, el principio de proporcionalidad sirve, entre otras cosas, para poner de manifiesto, sin ni siquiera nombrarlos, la posible existencia de fines inconfesables, en tanto que constitucionalmente ilegítimos, que son los que verdaderamente servirían de sustento a las medidas desproporcionadas. Estoy convencido de que este tipo de reflexiones, aun sin hacerlas explícitas, influyeron también en la airosa pero problemática salida que la STC 177/2016 dio al caso desde la óptica puramente competencial.

7.2. EL TORO DE LA VEGA Y LA AUTONOMÍA MUNICIPAL (ATC 206/2016)

La protección de los animales (los derechos de los animales), incluso para quienes, como yo, creen tener una viva sensibilidad al respecto, es un tema de difícil manejo, en relación con el cual es frecuente tener que convivir con un número no pequeño de contradicciones. Preparar la comida o sentarse a la mesa puede resultar desasosegante si uno no aparta de sí ciertos pensamientos. Se puede no ser (yo no lo soy) aficionado a los toros, y no ser partidario tampoco de su prohibición, por razones para uno importantes (el reconocimiento de su envergadura cultural y la supervivencia del animal probablemente más hermoso de cuantos existen, el toro bravo de lidia), pero sin duda discutibles, etc.

Pero una cosa son las corridas de toros y otra muy distinta las simples barbaridades. Por fin, después de estar acostumbrados a que verano tras verano el festejo del Toro de la Vega de Tordesillas hubiera de ocupar un desagradable espacio en las noticias del telediario, la Junta de Castilla y León se decidió a acabar con tan cruel espectáculo por medio del Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León⁴⁶.

⁴⁵ Diario Abc, de 22 de octubre de 2016.

⁴⁶ Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León (convalidado por Acuerdo de las Cortes de Castilla y León, publicado en el BOCL núm. 118, de 21 de junio de 2016).

Ninguna tradición popular puede ser digna, en efecto, de protección en condiciones tan gratuitas de lesión a valores ampliamente reconocidos en el momento actual como son los relativos al bienestar animal, como por lo demás (aun sin mención de estos valores) establece la Convención para la salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO de 3 de noviembre de 2003 (BOE de 5 de febrero de 2007): “A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible” (art. 2.1).

Ello no obstante, el Ayuntamiento de Tordesillas planteó un conflicto en defensa de la autonomía local frente a dicho Decreto-ley, razonablemente inadmitido a trámite por ATC 206/2016, de 13 de diciembre.

El Auto (FJ 3) comienza reconociendo la legitimación del Ayuntamiento de Tordesillas para plantear el conflicto en calidad de “destinatario único” de la norma [art. 75 ter, apartado 1 a) LOTC], por cuanto, a pesar de venir redactada en términos generales (prohibición de la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León), el único festejo concernido y obligado a reconvertirse a patrones incruentos era el Torneo del Toro de la Vega.

A continuación, el Auto pasa al examen del fondo del asunto (el carácter “notoriamente infundado de la controversia” es también causa de inadmisión de esta clase de conflictos, art. 75 quinquies, apartado 1 LOTC), limitando su examen, como corresponde al tipo de proceso emprendido, a los motivos relacionados con la posible vulneración de la autonomía local (descartando, por ejemplo, el estudio de la posible falta del presupuesto habilitante o de la supuesta lesión del art. 24.1 CE, en ambos casos por el empleo de la figura del Decreto-ley, también invocadas por el Ayuntamiento).

El Auto muestra una gran consideración hacia los distintos motivos invocados, pero los va rechazando uno a uno, para concluir finalmente la carencia de contenido constitucional y la inadmisión del conflicto.

Rechaza, así, en primer lugar (FJ 4), la pretendida vulneración de la competencia local en materia de cultura (festejos populares), por cuanto tal competencia no autoriza a incumplir la ley adoptada por la Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias en materia de espectáculos públicos, fiestas y tradiciones populares y sanidad animal, y la

organización del festejo, en las condiciones legalmente establecidas, sigue en manos del Ayuntamiento.

En segundo lugar, rechaza igualmente la alegación de falta de audiencia de la Corporación local en el procedimiento de elaboración del Decreto-ley, porque “la garantía de participación local se predica del contenido de la norma, no de su forma de elaboración, que, en este caso concreto corresponde a una prerrogativa propia de las instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma” (FJ 5)

Y, finalmente, se rechaza también que el sometimiento a aprobación autonómica de las nuevas bases reguladoras del festejo (reglamento municipal), previsto en la Disposición adicional del Decreto-ley, suponga una vulneración de la autonomía local en relación con la elaboración de reglamentos (art. 49 LBRL), porque “no se elimina la participación del Ayuntamiento en el proceso de elaboración de las bases reguladoras, más al contrario, se atribuye al mismo su elaboración, sin perjuicio de su ulterior conformidad por la Comunidad Autónoma”, admisible “ante la concurrencia de intereses públicos cuya salvaguardia [le] corresponde” (FJ 5).

8. (DES)INCENTIVOS A LAS ENERGÍAS RENOVABLES

De manera muy breve vamos a abordar en este último apartado dos tipos de cuestiones relacionadas con el fomento de las energías renovables examinadas (o reexaminadas) durante el presente ejercicio.

8.1. PRIMAS A LAS RENOVABLES

El análisis sustantivo (posible vulneración, fundamentalmente, del principio de “confianza legítima”, como corolario del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE) del cambio del régimen de incentivos a la producción de energía eléctrica mediante fuentes renovables (fundamentalmente, solar fotovoltaica) llevado a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (sustitución del sistema de primas a la producción por una retribución más modesta, tendente a garantizar simplemente una “rentabilidad razonable” para las instalaciones correctamente gestionadas), fue iniciado por la STC 270/2015, de 17 de diciembre, en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Región de Murcia, de la que ya dimos

cuenta en el Observatorio del año pasado, y que concluyó con la desestimación del recurso⁴⁷.

En el presente ejercicio otras seis Sentencias vuelven sobre la cuestión, sin añadir consideraciones novedosas, remitiéndose en esencia a la ya citada STC 270/2015.

Las cinco primeras son las SSTC 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016 y 30/2016, ambas de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo, y 61/2016, de 17 de marzo, en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a dicho Real Decreto-ley por el Parlamento de Navarra, el Gobierno de Navarra, ciento diez Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Junta de Extremadura, respectivamente. Las cinco cuentan también con un Voto particular concurrente, firmado por el Magistrado Xiol Ríos, y al que se adhieren otros dos Magistrados, efectuado por remisión al que ya hiciera a la STC de cabecera 270/2015.

La sexta, la STC 181/2016, de 20 de octubre, resuelve y desestima una cuestión de inconstitucionalidad en relación con ciertos extremos del mencionado Real Decreto-ley planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

8.2. AUTOCONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA (STC 205/2016)

Como reacción a la nueva regulación del autoconsumo de energía eléctrica producida a partir de fuentes renovables (fundamentalmente, paneles de energía solar fotovoltaica) contenida en la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (art. 9⁴⁸), que establece la obligación de los productores/autoconsumidores de esa energía conectados a la red de contribuir a la cobertura de los gastos del sistema mediante ciertos cánones y peajes (más tarde concretados por medio del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre⁴⁹), esto es, que crea el denominado “impuesto al sol”, la Región de Murcia, una de las Comunidades

⁴⁷ Vid., sobre esta Sentencia, el análisis crítico de ALENZA GARCÍA, J.F., “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y (des)confianza legítima (A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55, de 1 de marzo de 2016.

⁴⁸ Parcialmente modificado por Real Decreto-ley 9/2015, de 10 de julio, de medidas urgentes para reducir la carga tributaria soportada por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras medidas de carácter económico

⁴⁹ Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo.

Autónomas con mayor número de instalaciones fotovoltaicas, llevó a cabo una modificación de su Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de energías renovables y ahorro y eficiencia energética, por medio de la Ley 11/2015, de 30 de marzo (apartado 12 del artículo único), consistente en la introducción en esa Ley de un nuevo art. 20 bis, titulado “Instalaciones para aprovechamiento y consumo directo de fuentes de energía renovables. Instalaciones de intercambio de energía”, a través del cual venían a precisarse (directamente, en parte, y a través de una remisión reglamentaria) los conceptos de “instalaciones aisladas del sistema eléctrico” e “instalaciones de intercambio de energía”, exentas ambas del pago de los mencionados cánones y peajes.

“Artículo 20 bis. Instalaciones para aprovechamiento y consumo directo de fuentes de energía renovables. Instalaciones de intercambio de energía.

1. Las instalaciones previstas para el aprovechamiento de fuentes de energía renovables cuya finalidad sea la producción de energía eléctrica, sobre las que quede acreditado el consumo de la totalidad de la energía producida, así como la ausencia de conexión eléctrica con la red del sistema eléctrico, bien mediante el aislamiento físico o bien mediante medios técnicos que produzcan un efecto equivalente al mismo, podrán ser consideradas como instalaciones aisladas del sistema eléctrico.

2. Las instalaciones generadoras de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, y en particular las de tecnología solar fotovoltaica de pequeña potencia, previstas para el consumo instantáneo o diferido en las modalidades de autoconsumo reguladas en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, podrán considerarse como instalaciones de intercambio de energía. La cesión de energía producida por estas instalaciones al sistema eléctrico no llevará aparejada contraprestación económica alguna, estableciéndose por la consejería competente en materia de energía las compensaciones por dicha cesión, en términos energéticos, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones económicas establecidas por el Gobierno para la venta de energía no autoconsumida.

3. Por orden de la consejería competente en materia de energía se definirán las condiciones técnicas y administrativas que deberán cumplir las instalaciones para aprovechamiento y consumo directo de fuentes de energía renovables, para ser consideradas como aisladas del sistema eléctrico, así como para ser consideradas como instalaciones de intercambio de energía.”

Frente a dicho precepto, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad por motivos competenciales, basado en su contradicción con la legislación básica en la materia (plasmada en el art. 9 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico y en el Real Decreto 900/2015, de 9

de octubre) y consiguiente invasión de las competencias del Estado *ex* art. 149.1.13 y 25 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y bases del régimen minero y energético, respectivamente), resuelto y estimado por STC 205/2016, de 1 de diciembre de 2016.

Siguiendo las pautas habituales de resolución de este tipo de asuntos en los que se discute la posible inconstitucionalidad indirecta o mediata de un precepto autonómico por contradicción con legislación básica estatal, la Sentencia procede primero a la comprobación del carácter formal y materialmente básico de las disposiciones estatales de referencia, y, afirmado lo anterior, a la constatación después del carácter insalvable de la contradicción de las mismas por el precepto autonómico impugnado.

El carácter formal y materialmente básico del art. 9 de la Ley del Sector Eléctrico ya había sido afirmado en dos Sentencias anteriores de este mismo ejercicio (las SSTC 60/2016, FJ 3, y 72/2016, FJ 3⁵⁰), a cuya valoración lógicamente se remite la presente (FJ 3), incluido el carácter básico desde el punto de vista formal de la remisión reglamentaria contenida en el art. 9.5, sin perjuicio de señalar que hay pendiente de resolución un conflicto positivo de competencia entablado frente al Real Decreto 900/2015 (el núm. 574-2016, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña).

Y la contradicción insalvable por vía interpretativa entre el precepto impugnado y las disposiciones básicas de referencia también resulta evidente para la Sentencia (FJ 4), puesto que aquél viene a crear unas modalidades de autoconsumo y unos supuestos de exención de las obligaciones de contribución al sistema no previstos por la legislación básica o que, en todo caso, a ésta corresponde regular.

“La definición legal de lo que deba entenderse por <<aislamiento>> o <<instalación aislada>>, o la regulación de los requisitos para exonerar, en su caso, a tales instalaciones de la obligación de contribuir a los costes y servicios del sistema eléctrico por la energía autoconsumida, son cuestiones cuya determinación corresponde al Estado y no a las Comunidades Autónomas; al igual que tampoco corresponde a estas la creación (y definición) de nuevas categorías o modalidades de instalaciones de autoconsumo distintas de las previstas con carácter básico

⁵⁰ SSTC 60/2016, de 17 de marzo y 72/2016, de 14 de abril, en sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Cataluña y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, respectivamente, en relación con diversos preceptos de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

en la enumeración taxativa del art. 9.1 LSE, exceso competencial en el que incurre la norma impugnada.

Es al Estado al que corresponde definir y regular, conforme a los títulos competenciales de los arts. 149.1.13 y 25 CE, el régimen básico de la actividad de autoconsumo de energía eléctrica, integrando este modo de producción y consumo de electricidad en el sistema eléctrico y determinando por vía reglamentaria la contribución de la energía autoconsumida, en sus distintas modalidades o categorías, a la cobertura de los costes y servicios del sistema eléctrico, como ya hemos tenido ocasión de señalar en las citadas SSTC 60/2016, FJ 3, y 72/2016, FJ 3” (STC 205/2016, FJ 4)

Fuera de examen, desde esta óptica estrictamente competencial, queda el argumento que en su escrito de contestación al recurso también empleaba el Letrado de la Región de Murcia: “Además, la radiación solar no es un bien demanial, por lo que su disfrute no puede ni debe ser objeto de <<tributación>>, como no puede serlo tampoco el aprovechamiento del agua de lluvia o del viento, de modo que el disfrute de la energía eléctrica obtenida por la transformación de la radiación solar mediante captadores fotovoltaicos, sin mediar transacción mercantil, no debe ser objeto de gravamen” (antecedente 8 *in fine* de la Sentencia).