



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 8 / 2 0 0 9

(Pleno)

La Laguna, a 3 de septiembre de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Acuerdo de requerimiento al Gobierno del Estado sobre la Resolución conjunta de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, de 16 de abril de 2009, por la que se aprueba el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos (EXP. 389/2009 CC)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El Presidente del Gobierno de Canarias, por escrito de 2 de julio de 2009, que tuvo entrada en este Consejo el día 6 de julio, solicita por el procedimiento ordinario la emisión de Dictamen preceptivo, al amparo de los arts. 11.1.C.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el requerimiento de incompetencia que se pretende formular respecto a la Resolución conjunta de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, de 16 de abril de 2009, por la que se aprueba el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos, publicada en el BOE de 30 de abril de 2009.

Tal Resolución conjunta se dicta en aplicación de la disposición adicional tercera del R.D. 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial; disposición que cuenta con el siguiente contenido:

“El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en el ámbito de sus

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

competencias respectivas y previa consulta a las Administraciones públicas afectadas, realizarán conjuntamente un estudio estratégico ambiental del litoral español con el objeto de determinar las zonas de dominio público marítimo-terrestre que, a los solos efectos ambientales, reúnen condiciones favorables para la instalación de parques eólicos marinos.

A. El estudio establecerá una clasificación, al menos, en zonas aptas y zonas de exclusión para estos usos.

B. Dicho estudio estará sometido al procedimiento previsto en la Ley 9/2006, de 28 de junio, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que deberá haber finalizado antes del 1 de enero de 2008.

C. Una vez aprobado el estudio, las solicitudes de reserva de zona a que se refiere el art. 7 sólo podrán presentarse para las zonas aptas”.

Debe indicarse en este punto que el mencionado Real Decreto ya fue objeto de cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional por parte de esta Comunidad Autónoma. Intervino entonces este Consejo Consultivo, que al efecto emitió su Dictamen 428/2007, 6 de noviembre de 2007; y nuevamente ahora, en asunto que guarda inevitable conexión material con el anteriormente dictaminado, aunque con una perspectiva singular, pues si entonces lo que se cuestionaba era, como se dijo, el procedimiento de autorización de instalaciones eólicas en el mar territorial y la propia ubicación de las instalaciones -que este Consejo defendió como de competencia de la Comunidad Autónoma-, en esta ocasión el objeto del cuestionamiento es un elemento previo, instrumental si se quiere, ya que concierne al “estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos”; es decir, a la delimitación “a los solos efectos ambientales” de las zonas del dominio público marítimo terrestre que reúnen las “condiciones favorables para la instalación de parques eólicos marinos”. Es justamente este acotado fin y su carácter precursor de las competencias materiales, sean procedimentales o sustantivas, el que constituye ahora el objeto limitado del presente requerimiento a plantear por el Gobierno de Canarias “por entender lesionadas las competencias autonómicas en materia de (...) energía, de acuerdo con las bases del régimen minero y energético, reconocida en el art. 30.26 del Estatuto de Autonomía, y de protección del medio ambiente, contemplada en el art. 32.12 del Estatuto”, según se hace constar en la Propuesta de Acuerdo de requerimiento.

II

Tratándose de la misma norma reglamentaria, podría pensarse que la respuesta en esta ocasión debería seguir la línea trazada entonces, por lo que debería concluirse en la pertinencia del requerimiento que se propone interponer. Sin embargo, la cuestión, tal y como se nos ha planteado, se va a matizar sin perjuicio de sostener -como se concluyó en el Dictamen emitido- que la competencia para autorizar las instalaciones de energía eólica, incluso en el mar territorial, corresponde a la Comunidad Autónoma, sin que las competencias básicas del Estado en materia energética y medioambiental amparen su restricción ni quepa interpretar el dominio público estatal en clave competencial.

Antes de poner de manifiesto el planteamiento de la cuestión, debe recordarse lo que este Consejo precisó en el Dictamen ya emitido en relación con la competencia de autorización de las instalaciones eólicas en el dominio público, concretamente en el mar territorial, que se trae de forma literal como obligada premisa para poder analizar los términos que conciernen al singular objeto de este nuevo requerimiento.

En efecto, *“el citado Real Decreto se ha dictado con arreglo a la competencia estatal prevista en el art. 149.1.22ª CE (disposición final primera), conforme al cual le corresponde al Estado la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su «aprovechamiento afecte a otra Comunidad Autónoma o el transporte de energía salga de su ámbito territorial»*, circunstancias ambas que no concurren en el caso de Canarias.

(...) Como tuvimos ocasión de señalar en el Dictamen 81/1997, de 5 de septiembre, *tras la reforma de 1996, el Estatuto de Autonomía de Canarias en materia energética ha consagrado un régimen normativo dual, que amplía la anterior competencia estatutaria en la materia (cfr. art. 32.8 del Estatuto anterior a la reforma; «desarrollo legislativo y ejecución en régimen energético»)*, deduciéndose que el núcleo más importante del régimen jurídico energético está sometido a reparto competencial, en virtud del cual cabría afirmar que las competencias en favor de la Comunidad sobre el régimen energético acogidas en el art. 30.26 son más amplias, pues el propio Estatuto las califica de exclusiva, a las que deben añadirse las que se ostentan sobre el régimen energético no incluido en el citado precepto, ubicadas en el art. 32.9 (...).

Luego en materia energética hay que admitir:

a) Que la potestad normativa reconocida en favor de la Comunidad, tanto si es calificada de exclusiva como de desarrollo legislativo y de ejecución, está limitada por las bases que dicte el Estado sobre la materia.

b) Que el ejercicio de la función normativa en materia de energía se comparte entre el Estado y la Comunidad, resultando ser una competencia compartida, si bien la fórmula normativa básica corresponde al Estado y el desarrollo legislativo, con las matizaciones acogidas en el mentado párrafo 9 del art. 32, a la Comunidad.

Particularidad que el propio texto reconoce al emplear la fórmula de ajustado a sus singularidades condiciones.

c) Que, aunque corresponde a la Comunidad Autónoma, la competencia ejecutiva, pero habida cuenta del concepto de base material, cabe incluir excepcionalmente dentro de su concepto decisiones ejecutivas, admitiéndose por tanto dentro de esta última competencia, lo que podríamos llamar «competencias excepcionalmente concurrente».

d) Que el Estado tiene competencia exclusiva para la autorización de instalaciones eléctricas cuando «su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial», art. 149.1.22ª CE.

Sensu contrario, las Comunidades Autónomas pueden asumir -y lo han hecho- competencias de autorización cuando no concurran las anteriores condiciones, que han sido matizadas -en atención a la casuística del momento- por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Matización que en el caso de Canarias no es menester, dada su configuración de Archipiélago y su exclusión de redes eléctricas interautonómicas, sobre las cuales, conforme a la Constitución y a la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal Constitucional, la competencia corresponde al Estado.

El Estado tiene asimismo competencia exclusiva en la regulación de las bases del «régimen (...) energético». Bases que han sido fijadas por el Estado mediante la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE). Debe significarse que el carácter básico de la Ley queda expresamente fijado en su disposición final primera, 1; bases que tienen un doble origen o punto de conexión competencial, pues se menciona expresamente el art. 149.1 CE, en sus apartados 13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 25ª (bases del régimen minero y energético) (...).

Esta configuración inicial de lo básico resulta modulada por la propia Ley, que dispone de cautelas específicas o singulares en relación con los territorios extrapeninsulares, insulares o no.

En efecto, el art. 12 LSE tiene por objeto las «actividades en territorios insulares y extrapeninsulares» disponiendo que estos territorios tendrán «una reglamentación singular que atenderá las especificidades derivadas de su ubicación territorial, previo informe de las Comunidades Autónomas afectadas (...)». Asimismo, y por exigencia de la citada singularidad, la disposición transitoria decimoquinta LSE contempla para la actividad de producción de energía eléctrica «un periodo de transición a la competencia (...) siempre que los mismos se mantengan aislados del sistema eléctrico peninsular».

En coherencia con la distribución constitucional de competencias, el Estado es competente para autorizar las instalaciones que afecten a otras Comunidades Autónomas o su distribución salga del territorio de una Comunidad [art. 3.2.a) LSE], mientras que es de las Comunidades Autónomas la competencia cuando no se den tales circunstancias [art. 3.3.c) LSE]. Y “en todo caso se entenderán incluidas las autorizaciones de las instalaciones a que hace referencia el art. 28.3”, que es el que se refiere a la “construcción” y demás actividades complementarias de instalaciones de producción de energía eléctrica en “régimen especial”, cuya competencia autorizatoria se atribuye a las Comunidades Autónomas. Régimen que es especial por cuanto utiliza energías alternativas (art. 27).

“Al amparo de la competencia estatutaria asumida al efecto, la Comunidad Autónoma aprobó la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, del Sector Eléctrico, cuyo art. 5 atribuye a la Comunidad, entre otras, la competencia de planificación de las instalaciones de producción, transporte y distribución de energía «de acuerdo con las bases del régimen energético en el ámbito estatal»; el desarrollo normativo y ejecución de esa normativa, así como la aprobación de «normas adicionales» y las «condiciones técnicas de las instalaciones». Coherentemente con ello, su art. 9.1 atribuye al Gobierno de Canarias la competencia para la autorización de las «nuevas instalaciones», de todas, sin excepciones, que deberán tener por objeto «sistemas aislados» (art. 9.3). Tal singularidad es la que asimismo determina la designación de un gestor de la red de transmisión por parte del Gobierno de Canarias (disposición adicional quinta).

En cuanto al desarrollo reglamentario de las Leyes citadas, mediante R.D. 1747/2003, de 19 de diciembre, se aprobó el Reglamento de desarrollo del art. 12 LSE, sobre sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares. Norma que, en sintonía con la norma legal, dispone que la planificación eléctrica en tales territorios se «realizará de acuerdo con las Comunidades Autónomas». Su art. 6.1 atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia para la «autorización de las instalaciones de generación de régimen ordinario», en tanto que la «producción en régimen especial se regirá por lo establecido en el R.D. 2818/1998, de 23 de diciembre, de Producción de Energía Eléctrica por Instalaciones abastecidas por Recursos o Fuentes de Energía Renovables, Residuos y Cogeneración», sucedido por el R.D. 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de Producción de Energía Eléctrica en Régimen Especial.

En el Real Decreto 2818/1998, básico de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.22ª y 25ª CE, se atribuye la competencia autorizatoria a las Comunidades Autónomas (art. 4.1), siendo del Estado la competencia cuando afecte a más de una Comunidad (art. 4.2).

En el R.D. 661/2007 se califica a la denominada energía eléctrica de régimen especial y, entre otras, distingue las denominadas «instalaciones eólicas ubicadas en el mar territorial» (subgrupo b.22 del apartado 1 de este artículo). La competencia autorizatoria se atribuye con carácter general a las Comunidades Autónomas (art. 4.1) con las excepciones de extraterritorialidad constitucionalmente previstas [art. 4.2.a)], pero se añade también a las instalaciones «ubicadas en el mar» [art. 4.2.b)]. Su disposición adicional duodécima («Régimen especial en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares») se remite al R.D. 1747/2003, de 19 de diciembre, que regula justamente los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, por lo que se refiere a los procedimientos de operación en estos sistemas.

Finalmente, el R.D. 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial, se fundamenta en el art. 21 LSE -régimen autorizatorio- y en el art. 4.2 del R.D. 661/2007, que atribuye al Estado tales autorizaciones cuando de instalaciones en el «mar territorial se trata».

B. Estas autorizaciones que el Estado se atribuye en virtud del citado Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, motivaron justamente la interposición del anterior requerimiento de incompetencia, por cuanto "las competencias de la

Comunidad Autónoma se deben ejercer en el territorio de la Comunidad, que de esta manera se erige en límite de la validez de sus normas y de eficacia de sus actos, lo que no es sino la exteriorización del denominado principio de territorialidad. El denominado «principio de territorialidad de las competencias es algo implícito al propio sistema de autonomías territoriales» (STC 40/1998, de 19 de febrero) y con arreglo al mismo «las competencias de las Comunidades Autónomas se circunscriben a su ámbito territorial» (STC 38/2002, de 14 de febrero), aunque «ello no impide que el ejercicio de [tales (...)] competencias pueda tener repercusiones de hecho fuera de la misma» distinguiendo el Tribunal Constitucional entre «repercusiones» y «ejercicio directo de competencias».

En esta misma Sentencia, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con la doctrina del Consejo de Estado, sienta el principio, de forma «inequívoca», de que «todo el territorio nacional se divide en términos municipales», de forma que «no pueden quedar espacios territoriales excluidos de ellos». Pero, añade, «distinto es el caso del mar territorial», pues en éste pueden ejercer «excepcionalmente» competencias autonómicas bien porque al efecto haya -como es el caso de los vertidos industriales y salvamento marítimo en algunos Estatutos- específico fundamento estatutario, bien porque resulte tal efecto de la interpretación del bloque de la constitucionalidad (como es el caso de marisqueo y acuicultura, que a diferencia de la pesca en «aguas interiores», puede ser llevado a cabo en el «mar territorial»).

Por lo tanto, el mar territorial es «soporte topográfico» del medio ambiente, lo que permite que la competencia autonómica en medio ambiente puede extenderse al mar territorial cuando excepcionalmente así lo exijan las características del espacio protegido, y lo permitan las competencias del Estado en (la) materia, en este caso, sobre pesca marítima que en caso de conflicto se acabarían imponiendo por ser «más específica».

Es decir, que las competencias autonómicas pueden tener proyección excepcional en el mar territorial si esa proyección es efecto o consecuencia de las competencias materiales que la Comunidad Autónoma posea en razón de su Estatuto. Sin que ello, ya se ha dicho, implique «desconocimiento de las competencias estatales», pues «la atribución de unas competencias sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan objeto jurídico distinto, y que el ejercicio de las competencias

autonómicas no interfiera o perturbe el ejercicio de las estatales», lo que hará exigible la utilización en primer término de mecanismos de «colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación» entre ambas Administraciones, pudiendo elegirse entre las distintas técnicas aplicables «el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos [o (...)] la creación de órganos».

La concepción clásica prototípica del territorio queda, de esta forma, situada en el contexto adecuado. El territorio autonómico, delimitado en los diferentes Estatutos por referencia al ámbito territorial físico de Municipios, Provincias, Islas y entidades homólogas, va más allá de esta delimitación -podríamos decir- simplemente cartográfica. Por lo que es posible que, bien de forma directa, en la propia Constitución y Estatutos, o de forma indirecta, las competencias autonómicas superen los límites del territorio físico para alcanzar el mar territorial.

Así, si de conformidad con lo dispuesto constitucional y estatutariamente, la competencia en materia de pesca en «aguas exteriores» es del Estado, correspondiendo a las Comunidades la competencia en «aguas interiores», en materia de marisqueo y acuicultura la Constitución y Estatutos no expresan «restricción de su objeto a las aguas interiores» (STC 9/2001, de 18 de enero). Y a esta conclusión se llega no sólo por la «formulación de la propia materia por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, sino también [por (...)] la consideración del ámbito físico en el que dicha actividad venía ejerciéndose con anterioridad a la aprobación del texto constitucional». Y en este caso es lo que explica que la competencia para otorgar concesiones de acuicultura y marisqueo en terrenos de dominio público estatal sea de la Comunidad Autónoma «siempre que solicite y obtenga el preceptivo informe favorable de la Administración del Estado», a los fines de defensa no sólo del propio dominio, del que es titular, sino también de la integridad de los demás títulos competenciales que inciden en el mismo espacio físico.

De igual modo, la competencia estatal para autorizar instalaciones eléctricas (art. 149.1.22ª CE) se activa cuando el aprovechamiento «afecte a otra Comunidad Autónoma o el transporte salga de su ámbito territorial». En este caso concreto, la determinación de los supuestos de hecho a los que se anuda la competencia estatal -intra o extraterritorialidad- obliga a considerar extremos tales como «si el aprovechamiento de la línea desde fuera de la (Comunidad) es (...) técnicamente posible»; si la instalación «está conectada a la Red General Peninsular» o no lo está; o la condición eléctricamente «deficitaria de (la Comunidad) que la obliga a

importantes intercambios» (STC 12/1984, de 2 de febrero). En definitiva, habrá que determinar si la instalación de alguna manera, en razón de los anteriores parámetros, incide en un interés de más amplio alcance que el meramente autonómico, de lo que sería prueba la interconexión de líneas o los intercambios frecuentes. Es decir, que esa instalación concreta se integra en un sistema de mayor alcance que el territorio de la Comunidad, siendo por ello la competencia estatal y no de la Comunidad Autónoma.

Por el contrario, si no concurrieran las citadas circunstancias, la competencia sería indudablemente autonómica.

Luego, el territorio no siempre es título atributivo de competencias; si acaso, límite del ejercicio de las que se ostente constitucional o estatutariamente. Lo que habrá de determinarse, caso por caso, bien por los títulos en juego, cuando el territorio es elemento definitorio del alcance de la competencia, bien de conformidad con una interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad. Con todo, es perfectamente posible que la competencia se proyecte sobre el mar territorial en los términos que se han comentado. Las limitaciones, en su caso, debieran fundarse en otros títulos, como en la materia básica o en otras competencias estatales; pero no en el hecho de que el mar territorial sea territorio del Estado y, por ello, ámbito ajeno a las competencias autonómicas.

No es necesario llegar más allá, como cuestionar que el mar territorial no sea parte del territorio de la Comunidad Autónoma, pues al fin y al cabo es el Estado, y con él todo su territorio, el que se organiza territorialmente en Comunidades Autónomas (art. 137 CE), sin excluir cualquiera de sus espacios, el aéreo o el marítimo, ni el subsuelo. Por lo que el territorio del Estado es (también), simultáneamente y en toda su integridad, territorio de la Comunidad como ámbito de proyección de las competencias autonómicas, sin perjuicio de que ciertas partes del territorio sean dominio público del Estado o de que concurren en un mismo espacio títulos del Estado. Pero una y otra circunstancia son límites al alcance y el ejercicio de las competencias autonómicas, no títulos atributivos de competencias del Estado, ni subterfugio para la aplicación, novedosa y sin amparo constitucional, de una cláusula residual de competencias a favor del Estado.

2. Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, «la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial», por lo que la naturaleza demanial de un bien «ni aísla la porción del territorio así

caracterizado» ni sustrae las competencias que corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad. Lo que es perfectamente compatible con el hecho de que la Constitución establezca «con absoluta precisión» que es competencia del Estado la «determinación» de las categorías demaniales que integran el dominio público natural sobre el que el Estado ostenta la relación de titularidad, que le permite fijar su «régimen jurídico», del que forman parte las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como la adopción de todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias” (STC 149/1991, de 4 de julio).

“El dominio público hace así las veces de «soporte topográfico» (STC 195/1998, de 1 de octubre) de la actividad autonómica, lo que permite que sea autonómica la competencia de declaración y delimitación de los espacios naturales protegidos que alcancen a la zona marítimo-terrestre. Incluso si el espacio natural está enclavado en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, pues la “supraterritorialidad no configura título competencial alguno” en materia de medioambiente” (STC 102/1995, de 26 de junio).

“En suma, el Estado en cuanto titular del dominio público tiene competencia para regular el «régimen jurídico de estos bienes y para establecer cuantas medidas sean necesarias para preservar las características propias del bien y para asegurar la integridad de su titularidad y el libre uso público». Pero lo que no puede hacer el Estado al amparo de su titularidad demanial es interferir en las competencias «sustituyendo al titular de esta competencia», en este caso, de ordenación territorial” (STC 36/1994, de 10 de febrero).

“Así pues, si el dominio público no puede alterar el sistema de competencias, no puede servir por sí solo para excluir cualquier posible incidencia que en el mismo pueda tener una determinada competencia autonómica. Desde el punto de vista competencial, el dominio público es el «soporte topográfico» de determinadas competencias, del Estado y la Comunidad. La delimitación exacta del alcance entre una y otras dependerá no de la titularidad del dominio -que no puede convertirse en técnica de autoalimentación de competencias- sino del concurso efectivo de otros intereses y competencias. El dominio, en efecto, puede limitar competencias ajenas, pero no puede suprimirlas, ni incidir en su alcance material. La titularidad del dominio sirve para que el mismo sea defendido y protegido, lo que implica que la proyección territorial de una competencia autonómica debe tener en cuenta esa realidad. Pero si no hubiera lesión o perjuicio para ese dominio, la regla de

interpretación del bloque de constitucionalidad obliga a que el Estado, titular del dominio, no pueda por este solo y simple hecho impedir el ejercicio de la competencia autonómica. La puede limitar, impidiendo que se proyecte en un punto concreto, pero si no existiere ese peligro no puede impedirse, pues eso sería tanto como entender que la titularidad demanial es técnica de delimitación de competencias. Puede limitar, pero no delimitar.

El Estado, pues, debe simplemente adscribir a la Comunidad Autónoma la porción de dominio público que aquélla necesite para el desarrollo de sus competencias, siempre que tal adquisición no sea lesiva para el propio dominio, o para otros intereses de su responsabilidad y competencia.

Debe tenerse en cuenta a mayor abundamiento que en este caso para inferir la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de producción de energía eléctrica no hay que deducir ese título de forma indirecta o conexas en relación con otro título de más amplio alcance (como el de la competencia autonómica en materia de vertidos industriales en el mar territorial, que, no estando reconocida en la generalidad de los Estatutos de Autonomía, ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como una especificación de la competencia de ejecución sobre normas de protección del medio ambiente, materia en la que todas las Comunidades han asumido competencias, cfr. STC 149/1991, de 4 de julio); o de forma pasiva, que es como el Tribunal Constitucional ha reconocido que las competencias en materia de acuicultura y marisqueo pueden tener por soporte físico el mar territorial y no las aguas interiores. Antes al contrario, la competencia autonómica en materia de producción de energía eléctrica (...) es nítida y clara, al margen de los títulos horizontales que el Estado puede hacer valer; y pretende ser soslayada no desde la Constitución y el Estatuto, sino desde normas del propio Estado de rango insuficiente que no respetan el orden o sistema de competencias.

Por ello en la línea de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre posibles competencias autonómicas en el ámbito del mar territorial, y con arreglo a ciertos títulos estatutarios, máxime en el caso de Canarias sobre esta materia, por su condición archipelágica y las características que, forzosamente, ha de tener el sector eléctrico, las competencias estatutarias canarias se extienden al mar territorial.

IV

1. Ni el territorio ni el dominio público del Estado pueden servir, en los términos que hemos visto, como parámetro de delimitación del alcance de las competencias autonómicas en la materia.

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, «lo básico consiste en el común denominador normativo para todos en un determinado sector» (STC 102/95, de 26 de julio). Por ello, lo básico cumple una función de «ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que puedan permitir a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia» su desarrollo mediante normas legales o reglamentarias, cuando los Estatutos les hayan atribuido específicamente estas competencias. Lo que exige que las bases del Estado no pueden llegar a «tal grado de detalle que no permita el desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia (...) vaciándolas así de contenido».

Las normas básicas, así pues, constituyen un «conjunto de normas legales aun cuando también resulten admisibles -con carácter excepcional sin embargo- las procedentes de la potestad reglamentaria que la Constitución encomienda al Gobierno de la Nación (art. 97), siempre que resulten imprescindibles y se justifiquen por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacional, circunstancial, en suma, sometido a cambios o variaciones frecuentes e inesperadas».

2. El Estado posee competencia en materia de bases del régimen «energético» (art. 149.1.1.25ª CE) y de hecho es en este título, con el de planificación económica, donde el Estado fundamenta la constitucionalidad de las normas, legal y reglamentarias, aprobadas hasta ahora. No así en el Real Decreto cuestionado, que se fundamenta en el apartado 22ª del mismo precepto, que por su propia dicción es inaplicable a Canarias.

Las bases en materia energética se encuentran en la Ley del Sector Eléctrico, norma primaria que satisface el rigor formal que el Tribunal Constitucional ha exigido para que una base estatal pueda delimitar competencias autonómicas. Y la ley básica atribuye la competencia autorizatoria de producción eléctrica de régimen especial a la Administración autonómica (art. 27.2 y 28.3). Más aún, (...) Canarias cuenta con un régimen especial (art. 12), que ha sido desarrollado por el R.D. 1747/2003, de 19 de diciembre, que remite la competencia en materia de generación de energía en régimen especial (art. 9) al R.D. 2818/1998, de 23 de

diciembre, el cual atribuye sin duda alguna a la Comunidad Autónoma la competencia en la materia (art. 4.1), sin que los supuestos a los que se anudaría la posible competencia del Estado (art. 4.2) sean aplicables a Canarias.

Una norma reglamentaria como la cuestionada, de carácter general, no se compadece ni con las bases de carácter legal, ni con el régimen especial que respecto a Canarias ha aprobado el propio Estado de conformidad con las bases aprobadas; régimen del que resulta la competencia autonómica en la materia, cuya existencia desconoce el R.D. 1028/2007, de 20 de julio, tal y como ha sido redactado.

Estamos en un territorio que constituye a efectos de la ordenación de la electricidad un sistema singular, lo que atenúa el carácter básico que por autodefinición es mínimo común normativo. De hecho, la propia Ley dispone que los territorios insulares tengan su reglamentación específica, que la hay, que es el lugar idóneo para las medidas que afecten a Canarias.

Llevando esta argumentación hasta sus últimas consecuencias, podríamos concluir considerando que no sería aplicable a Canarias, por cuanto esta Comunidad Autónoma posee un régimen asimismo especial, previsto en norma básica”.

III

1. La titularidad estatal sobre el dominio público “sólo puede ser legítimamente utilizada en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público, esto es, para asegurar la protección de la integridad del demanio, la preservación de sus características naturales y la libre utilización pública y gratuita, no para condicionar abusivamente la utilización de las competencias ajenas y en lo que aquí más directamente nos ocupa, de la competencia para la ordenación territorial”, pronunciamiento que el Tribunal Constitucional sentó en relación con la denominada zona marítimo-terrestre (STC 193/1998, de 1 de octubre).

Sobre lo expuesto, se puede concluir que “del fundamento exclusivamente demanial que tiene la facultad en manos de la Administración del Estado de adscribir porciones de costa para posibilitar el ejercicio de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas se siguen algunas consecuencias que es preciso definir con precisión: (...) el hecho de la adscripción no exonera a la Administración del Estado de su deber de velar por la integridad física del demanio (...) y que por tanto es legítimo que la ley prevea cauces que le permitan conocer a tiempo si las obras de

modificación proyectadas por una Comunidad Autónoma pueden llegar a producir una alteración importante del dominio (...). Salvaguardados estos legítimos intereses demaniales, queda agotada la intervención del Estado, cuya Administración no está autorizada (...) para inmiscuirse en la gestión o explotación de los servicios (...) de competencia de la Comunidad Autónoma". Así pues, es compatible la pertenencia al Estado de los bienes de dominio público "con la titularidad autonómica de las obras e instalaciones portuarias" (STC 193/1998, de 1 de octubre).

En suma, el Estado en cuanto titular del dominio público tiene competencia para regular el "régimen jurídico de estos bienes y para establecer cuantas medidas sean necesarias para preservar las características propias del bien y para asegurar la integridad de su titularidad y el libre uso público". Pero lo que no puede hacer el Estado, al amparo de su titularidad demanial, es interferir en las competencias "sustituyendo al titular de esta competencia", en este caso, de ordenación territorial (STC 36/1994, de 10 de febrero).

Por ello, pueden hipotéticamente distinguirse dos situaciones que no son exactamente idénticas.

La primera concierne a una porción del mar territorial, dominio público del Estado, en el que no concurre interés estatal que tenga soporte constitucional expreso (medio ambiente, pesca, marina mercante, señales marítimas, etc.) y que se estima como lugar idóneo para la instalación de una planta eólica marina. En este caso, el Estado puede limitar y condicionar la instalación autonómica cuya virtualidad dependerá de que respete las limitaciones, garantías y defensa del dominio público que la Constitución encomienda al Estado, pero sólo en la medida imprescindible para que esa garantía siga existiendo.

La segunda eventualidad es aquella en la que además del interés autonómico existe o pudiera existir algún otro interés general del Estado que concurre en un mismo espacio físico, dominio público del Estado, con la actividad autonómica. Es claro que el Estado posee dos títulos de intervención distintos, pero en estos casos de concurrencia competencial en un mismo espacio físico -y a estos efectos, se convendrá, es indiferente que sea territorio físico que mar territorial- que esa concurrencia es posible siempre que "dichas competencias tengan distinto objeto jurídico" (STC 40/1998, de 19 de febrero). Esta concurrencia obliga a buscar fórmulas que "permitan su concreta articulación", lo que lleva a buscar inicialmente "fórmulas de cooperación" no siendo ocioso recordar en este punto que el "principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el

sistema de las autonomías”. Bien entendido que si aun adoptando tales cautelas el conflicto es inevitable “la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente”; lo cual sólo será lícito “cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.”.

Lógicamente, esta respuesta no prejuzga “el posible uso abusivo que de la norma pueda hacerse, pues (...) la mera posibilidad de un uso de tal naturaleza de las normas no puede ser nunca, en sí misma, motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas”.

2. El contenido de lo básico en una 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 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 intereses contrapuestos de sus elementos parciales”, produciéndose así una “metamorfosis del título habilitante de tales actuaciones, cuyo asiento se encontraría en la competencia residual del Estado (art. 149.3 CE), 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 especial y no al Estado”.

IV

1. Habiendo llegado a este punto, y al margen de las anteriores matizaciones, podemos ya abordar la cuestión material que se ha sometido a este Consejo: la inconstitucionalidad de la Resolución por la que se aprueba el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos aprobada en cumplimiento de la disposición adicional tercera del citado R.D. 1028/2007.

Tal disposición, en suma, ordena *a efectos medioambientales* la confección de un *estudio estratégico del litoral* a cuyas resultas el dominio público marítimo terrestre

se parcela al objeto de seleccionar en el mismo "al menos" *las zonas aptas y las zonas de exclusión* a los efectos de instalar un parque eólico marino. Tal estudio, que será realizado conjuntamente por los Ministerios de Industria, Turismo, Medio Ambiente y Agricultura, Pesca y Alimentación, "previa consulta a las Administraciones públicas afectadas", deberá someterse al procedimiento de evaluación ambiental previsto en la Ley 9/2006, de 28 de junio, antes del 1 de enero de 2008, de modo que, aprobado el mismo, las solicitudes de reserva de zona a que se refiere el art. 7 "sólo podrán presentarse para las zonas aptas".

No nos encontramos ante una competencia material, sea procedimental o sustantiva, que concierna a una instalación de energía eólica sea cual fuere el lugar en el que la misma se ubique. Ya ha quedado explicitado, por cita del Dictamen antes reproducido, que esa competencia, en cuanto acto de ejecución, pertenece a la Comunidad Autónoma, sin que las bases estatales en materia energética habiliten su restricción, ni tampoco la condición demanial estatal del mar territorial. El dominio público no puede ser atributivo de competencias, pero su titular es el competente para adoptar las medidas apropiadas para su gestión y defensa en cuanto dominio público. Y no es otro que el Estado.

Aunque existen otros intereses y títulos que sustentan la medida adoptada, calificada como básica a efectos medioambientales, parece entrar dentro de lo que pudiera entenderse como básico en materia de medio ambiente. Que esta base sea reglamentaria y que su contenido se detalle en Estudio posterior también encuentra amparo -a diferencia de lo que su día se dijo en relación con las normas de ese mismo Reglamento que calificaba como básicas las normas del procedimiento autorizatorio- en las exigencias constitucionales a la posibilidad reglamentaria de una base (medidas variables, circunstanciales o coyunturales) o a la exclusión autonómica de la materia (carácter supraautonómico de la actividad, exigencia de homogeneidad, imposibilidad de mecanismos de coordinación y cooperación) (STC 102/1995, de 26 de junio).

De tales circunstancias son expresivas la forma en que el art. 5 del citado R.D. 1028/2007 divide el dominio público marítimo-terrestre (paralelos, meridianos, longitud y latitud); el modo en que el Estudio estratégico lo ha interpretado, en la medida en que ha tenido en consideración aspectos concernientes a actividades pesqueras y marisqueras, el dominio público marítimo terrestre, biodiversidad y áreas protegidas, patrimonio cultural, seguridad ambiental, paisaje, tráfico marítimo y aéreo, zonas de interés militar; los efectos que se han considerado a resultas de tal

división demanial [sobre el medio físico (en la gea, el agua, el aire y el clima, y el paisaje); sobre el medio biótico (hábitat marinos, espacios naturales protegidos, flora y fauna silvestres); efectos socioeconómicos (población y salud humana, bienes materiales, patrimonio cultural sumergido, otros intereses y usos del mar)]; y la posibilidad de revisión del Estudio estratégico, que se producirá “cuando se produzcan cambios significativos que afecten al diagnóstico ambiental descrito en el Capítulo 4”; en particular “tanto el ámbito de estudio como la zonificación propuesta en este Estudio estratégico podrán modificarse si la tecnología eólica maina varía sustancialmente”.

Tales determinaciones, por otra parte, no son absolutamente libres. Y es posible que la interpretación que se ha hecho de las circunstancias de base en las que se apoya el mencionado Estudio sean inciertas y por ello carentes de legitimidad. Pero no podemos olvidar que en este momento estamos haciendo un juicio de constitucionalidad no de legalidad.

Por otra parte, con ocasión de cada solicitud de autorización de instalación eólica (cuya competencia se ha sostenido que corresponde a la Comunidad Autónoma) debe tramitarse el correspondiente expediente de impacto ambiental, que deberá tramitarse ante la Administración competente, que será la autonómica - al ser la Administración autorizante- en lógica consecuencia con la anterior premisa competencial.

2. En consecuencia, si se interpreta la citada disposición adicional tercera del R.D. 1028/2007 de forma aislada y en los términos en que se ha planteado la cuestión -partiendo de la premisa, no asumida por el Estado, de que la Comunidad Autónoma es la competente para la autorización de tales instalaciones-, la misma no resultaría contraria al bloque de constitucionalidad.

Naturalmente, las consideraciones precedentes se formulan sin perjuicio de las competencias medio-ambientales que las Comunidades Autónomas igualmente tienen. En el caso de nuestra Comunidad Autónoma, el art. 32.12 EAC le apodera para adoptar las medidas complementarias o adicionales de protección precisas que requiera la preservación del medio-ambiente del Archipiélago. Por otro lado, este Consejo Consultivo, en todo caso, y en contra de la que parece la premisa de la que parte el Estado en este asunto, se ratifica una vez más en su consolidada doctrina sobre la competencia autonómica para autorizar la instalación de parques eólicos

marinos en el territorio del Archipiélago y para la tramitación de los correspondientes procedimientos administrativos que proceda instruir a tales efectos.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo con los Fundamentos precedentes, es competencia autonómica el otorgamiento de las autorizaciones en la materia de instalación de parques eólicos marinos, incluyendo la tramitación íntegra de los correspondientes procedimientos.

2. El Estudio estratégico ambiental del litoral español a que se refiere la disposición adicional tercera del Real Decreto 1.028/2007 incumbe a la Administración General del Estado, en tanto en cuanto se limite al ejercicio de sus títulos competenciales en medio ambiente y se respeten siempre las competencias autonómicas en la materia (entre otras, la autorización para la instalación de parques eólicos marinos).