



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 149/2013

(Pleno)

La Laguna, a 22 de abril de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Propuesta de Resolución del conflicto de competencia en relación con el Real Decreto 1485/2012, de 29 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 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, para adaptarlo a la nueva denominación y estructura de los departamentos ministeriales (EXP. 115/2013 CC)*.*

FUNDAMENTOS

I

Solicitud y preceptividad del Dictamen.

1. Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, se solicita dictamen en relación con el Acuerdo de planteamiento de conflicto positivo de competencia respecto al Real Decreto 1485/2012, de 29 de octubre, que modifica el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, que establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial para adaptarlo a la nueva denominación y estructura de los Departamentos ministeriales.

La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Gobierno para solicitarlo resultan de los artículos 11.1.C.b) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo.

La solicitud viene acompañada del preceptivo acuerdo del Gobierno (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, ROF), adoptado en sesión de 8 de marzo de 2013, de planteamiento del conflicto de competencia sobre la citada norma reglamentaria. Simultáneamente, con amparo en lo previsto en el artículo 21 de la Ley reguladora de este Consejo, se requiere de este Organismo la emisión de Dictamen preceptivo sobre la formulación del conflicto.

Requerimiento de incompetencia sin satisfacción.

2. El Gobierno de Canarias, mediante Acuerdo de 28 de diciembre de 2012, en aplicación de lo previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requirió de incompetencia al Consejo de Ministros (presupuesto necesario para formular válidamente la demanda) en relación con el Real Decreto 1485/2012 citado, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 269, de 8 de noviembre, fundamentado en las consideraciones a las que más adelante se aludirá.

El Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 8 de febrero, con entrada en Presidencia del Gobierno de Canarias el siguiente día 13, dio contestación a este requerimiento sin atender a los planteamientos sostenidos por el Gobierno de Canarias, lo que ha determinado -al no haber obtenido satisfacción la pretensión esgrimida- la necesidad de plantear conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo que al efecto prevé el artículo 63.5 LOTC.

Objeto del conflicto positivo de competencia (a instancia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

3. El conflicto de competencia supone la existencia de una controversia, en este caso, entre la Comunidad Autónoma de Canarias y el Estado, que afecta al orden de competencias establecido en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía de Canarias o en las leyes o normas correspondientes.

Dos aspectos generales conlleva, por lo tanto, el conflicto de competencia: 1, la determinación de la legitimidad o no constitucional de la disposición o resolución concreta y 2, la interpretación y fijación del orden competencial determinando, en cada caso, el titular de la competencia.

Como expresa la STC 166/1987, de 28 de octubre, "es necesario que la disposición presuntamente invasora o lesiva de las competencias autonómicas transgreda el orden constitucional de competencias y afecte al ámbito de autonomía de la Comunidad promotora del conflicto. El conflicto es un cauce reparador

("vindicatio potestatis") sin que se pueda utilizar con funciones meramente preventivas, cautelares o para conflictos hipotéticos".

La no impugnación de una disposición general, por otra parte, no supone la imposibilidad de instar el conflicto sobre el mismo objeto en relación con la aplicación de aquéllas (STC 26/1982), dado el carácter indisponible de las competencias constitucionales.

El ámbito objetivo del conflicto debe recaer de forma precisa frente a una disposición, resolución o acto de los que el vicio de incompetencia resulte. En este caso procede del Estado y se trata de una disposición normativa reglamentaria de carácter orgánico, de adaptación a la nueva denominación y estructura de los departamentos ministeriales.

Sobre la emisión del Dictamen en los conflictos positivos de competencia.

4. El segundo apartado del art. 21 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, dispone que, "en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos positivos de competencia constitucional, podrá solicitarse el dictamen simultáneamente a que sean adoptados los acuerdos de interposición de requerimiento al Gobierno de la nación, respectivamente".

La solicitud de dictamen del Gobierno de Canarias a este Consejo Consultivo sobre el planteamiento del conflicto de competencia se acuerda al mismo tiempo que se interpone ante el Tribunal Constitucional el mencionado conflicto, lo que afecta de manera patente a la naturaleza preventiva que debe tener el citado dictamen.

Así, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de abril de 2013 (BOE nº 94, de 19 de abril) ha acordado admitir a trámite el conflicto de competencia núm. 1470/2013, promovido por el Gobierno de Canarias contra el RD 1485/2012, de 29 de octubre, que modifica el RD 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.

La actuación del Consejo Consultivo de contribución a la defensa jurisdiccional de las competencias autonómicas y a los fines de la jurisdicción constitucional debería ser preparatoria de la misma: anterior y no *ex post* (art. 9.3 del ROF)

II

Carácter orgánico del R.D. 1485/2012, de 29 de octubre.

1. El Real Decreto 1485/2012, de 29 de octubre, modifica el Real Decreto 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, con la finalidad de adaptarlo a la nueva denominación y estructura de los Departamentos ministeriales.

La norma reglamentaria, de carácter orgánico, se limita a la sustitución de los órganos de la Administración estatal por los que resultan de la nueva denominación y estructura de los Departamentos ministeriales. Este carácter eminentemente semántico de la estructura de los departamentos ministeriales citados, estima el Gobierno de Canarias, no obsta al planteamiento del conflicto de competencia en la medida en que las sustituciones operan en el propio marco de la Administración estatal, lo que supone la ratificación de la competencia de ésta para intervenir en las instalaciones eólicas que se sitúen en el mar denominado "aguas canarias", con el efecto indirecto de la revalidación formal de la competencia estatal ejercida por el Real Decreto 1028/2007.

El conflicto no cuestiona, pues, las potestades de autoorganización de la Administración estatal que se ejercitan en la norma reglamentaria, sino la reafirmación del vicio de incompetencia ya contenido en la norma que se modifica. Por otro lado, el artículo único.Uno y Dos del R.D. 1485/2012, no incluye los artículos 4, "Régimen de autorización y concesión administrativa" y 5, "División del dominio público marítimo-terrestre en áreas eólicas marinas".

El art. 4 "régimen de autorización y concesión administrativa para la construcción y ampliación eléctricas de generación eólicas marinas, requieren además de las resoluciones administrativas a que se refiere el art. 115 del RD 1995/2000, de 1 de diciembre, y los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre regulados por la Ley 22/1998, de 28 de julio, de Costas. Y el art. 5 que define el área eólica marina como la extensión de la superficie definida entre dos paralelos y dos meridianos cuya separación sea de un grado, que habrá de coincidir con grados y minutos enteros.

Sobre el anterior conflicto de competencia (en relación con el RD 1028/2007, de 29 de julio).

2. El Gobierno de Canarias ya interpuso en su momento conflicto de competencia en relación con el Real Decreto 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, que ahora se modifica.

Este conflicto, como ahora se reitera en el Acuerdo del Gobierno, se planteó por dos órdenes de razones.

El primer fundamento del conflicto atiende a la singularidad de Canarias, especialmente relevante en el sector eléctrico, que se evidencia con el tenor del artículo 30.26 del Estatuto, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de instalaciones de producción, distribución y transporte de energía de acuerdo con las bases del régimen minero y energético, y 32.9 (competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen energético). Esta formulación estatutaria se separa del establecido para las Comunidades Autónomas peninsulares, cuyos preceptos estatutarios correspondientes reconocen, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.22ª CE, que la competencia es estatal cuando las instalaciones eléctricas aprovechen a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial, supuestos que no se dan en Canarias dada su configuración archipelágica y su exclusión de otras redes eléctricas que no sean las canarias, dada las singularidades de los sistemas insulares derivadas como señala la STC nº 18/2011, de 13 de marzo, “de su carácter aislado y reducido tamaño con respecto al sistema eléctrico peninsular”.

Tal como expone el Gobierno la particularidad canaria en las instalaciones eléctricas presenta, por tanto, un matiz predominantemente singular, al no concurrir los supuestos de supraterritorialidad que en el caso de las Comunidades peninsulares se dan y que en aplicación del citado art. 149.1.22ª CE permite la legitimidad de la intervención estatal.

El Gobierno del Estado, en su contestación al requerimiento de incompetencia, señala que el citado RD 1028/2007, de 20 de julio, constituye una norma de procedimiento para el ejercicio de una competencia atribuida al Estado por el art. 4.2 del R.D. 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, que atribuye a la Administración General del Estado, a través de la Dirección General de Política

Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio -actualmente Ministerio de Industria, Energía y Turismo-, la competencia “para la autorización administrativa para la construcción, explotación, modificación sustancial, transmisión y cierre de las instalaciones cuya potencia instalada supere los 50 MW, o se encuentren ubicadas en el mar, previa consulta en cada caso con las Comunidades Autónomas afectadas por la instalación” .

Este Acuerdo considera por otra parte, con carácter principal, que la norma reglamentaria que constituye el objeto del conflicto y que específicamente se proyecta sobre la parte marítima del territorio no tiene en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el territorio no es título atributivo de competencias sino límite del ejercicio de las que se ostenten constitucional o estatutariamente. Se sostiene así que el mar territorial no es ámbito ajeno a las competencias autonómicas porque el Estado, de acuerdo con el artículo 137 CE se organiza en Comunidades Autónomas, sin excluir cualquiera de sus espacios, el aéreo, el marítimo o el subsuelo. A ello se suma que la titularidad del dominio público no es en sí misma un criterio de delimitación competencial, según ha establecido la jurisprudencia constitucional, por lo que en consecuencia ni el territorio, ni el dominio público pueden servir como parámetro delimitador del alcance de las competencias autonómicas en la materia.

Sobre el conflicto de competencia en relación con el R.D. 1028/2007, de 20 de julio, se emitió por este Consejo Consultivo el Dictamen 428/2007, de 6 de noviembre, cuyo contenido damos por reproducido, sin perjuicio de los aspectos concretos que más adelante se expondrán.

Sobre el informe del Consejo de Estado al proyecto de Real Decreto por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de solicitudes de autorizaciones de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial.

3. Según el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de julio de 2007, referencia 373/2007, “la habilitación más importante con la que contaba el Gobierno del Estado para aprobar el Real Decreto proyectado -actualmente Real Decreto 1028/2007- se enuncia en el art. 21.1 de la Ley 54/1997, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico, que declara que la construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de energía eléctrica estará sometida al régimen de autorización administrativa previa en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo”, por lo que el citado Real Decreto “constituye una norma

complementaria especial de la Ley del Sector Eléctrico, circunscrita a la autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial”.

En el proyecto de la norma reglamentaria se omitió la referencia a los títulos competenciales de naturaleza constitucional en que se amparaba, recordando el Consejo de Estado que la fundamentación sobre la materia es la que confiere al Estado “la autorización de las instalaciones de generación eléctrica cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad” (art. 149.1.22ª CE).

Del mismo modo, advierte el citado Dictamen que las instalaciones de generación de electricidad que se pretenden ubicar en el mar territorial no se ajusta -al parecer- “con la intención del legislador de restringir la instalación de parques eólicos a la franja que se designa con el nombre de mar territorial”, sino que debería referirse a todas las zonas marinas (mar territorial, aguas interiores, zona contigua y zona económica exclusiva, de acuerdo con el art. 7.1 de la Ley 27/1992, actualmente RDL 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), con la consecuencia de que existen franjas del mar que no forman parte del mar territorial sino de las aguas interiores (excluyendo los ríos, lagos y las aguas continentales), sin que exista razón -añade el Consejo de Estado- para excluir la posibilidad jurídica de instalar parques eólicos marinos en tales zonas.

Por otro lado, recuerda que “los parques eólicos marinos quedan comprendidos dentro de la definición que de “plataforma fija” da el art. 8.4 de la Ley de Puertos del Estado (actualmente art. 9.4 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante)”.

Tales consideraciones del Dictamen del Consejo de Estado son, en cierta manera, aplicables al presente conflicto de competencia, ya que la competencia que invoca la Comunidad Autónoma se refiere a la instalación de parques eólicos marinos en la zona delimitada como *aguas canarias*.

No se trata de una competencia universal -según el requerimiento- para la autorización de cualquier parque eólico marino sino solamente para los que se ubiquen en aguas canarias con potencia inferior a 50 MW y unidos a la red de electricidad canaria a los que aportarán su energía.

El art. 4.1 del RD 661/2007, de 26 de mayo, la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencia para autorizar, en su ámbito territorial, instalaciones en régimen especial. Pero el art. 4.2.d) del citado RD atribuye a la Administración General del Estado la autorización de instalaciones cuya potencia instalada supere los 50 MW, o se encuentren ubicadas en el mar.

Referencia del Gobierno de Canarias a la Ley 44/2010, de 30 de noviembre, de Aguas Canarias y respuesta del Gobierno estatal.

4. El planteamiento del nuevo conflicto añade como argumento nuevo las consecuencias que en orden a su resolución trae consigo la entrada en vigor de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de Aguas Canarias.

Se parte, a este respecto, de la circunstancia evidente de la naturaleza de archipiélago de la Comunidad Autónoma, institucionalizada en el artículo 2 del Estatuto de Autonomía, cuyo alcance y consecuencias han podido resultar controvertidas hasta la entrada en vigor de la citada ley. La nueva regulación deja claro, en su opinión, que las aguas en Canarias no representan alteración alguna para el ejercicio de las competencias que le estén atribuidas estatutariamente a la Comunidad Autónoma y, por consiguiente, que en el caso de las instalaciones eólicas la competencia en el mar se ha de atribuir a quien legítimamente las tiene asignadas en tierra, en cuanto su aprovechamiento no afecta a otra Comunidad ni el transporte de energía sale de su ámbito territorial, cuyos aerogeneradores interconectados eléctricamente mediante redes propias se conectan a la red de transporte y distribución eléctrica de Canarias.

El hecho de que la ley sea posterior al Real Decreto 1028/2007 presenta además relevantes consecuencias, pues, según entiende el Gobierno significa la incorporación de una legislación sobrevenida que altera sustancialmente los presupuestos por los que la Comunidad fue incluida entonces en el régimen del Real Decreto y se reafirma ahora en la nueva norma objeto de este conflicto de competencias.

El Gobierno autonómico no desconoce la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 8/2013, de 17 de enero, en la que se afirma, sin mencionar la citada Ley de Aguas Canarias, que el mar no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, si bien relativiza este pronunciamiento en la consideración de que la jurisprudencia constitucional en la materia tiene un contenido eminentemente territorial en el que las competencias se tratan a título de excepciones ejemplificadoras, a lo que se añade que la naturaleza de la materia sobre la que recae la competencia no tiene por qué ser nominalmente marina para

que pueda acogerse a la doctrina constitucional que permite la proyección en el mar de las competencias autonómicas, sentada especialmente en su STC 38/2002.

Respuesta del Consejo de Ministros.

5. El Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 8 de febrero con entrada en Presidencia del Gobierno de Canarias el siguiente día 13, acordó no atender a los planteamientos efectuados por el Gobierno de Canarias. Considera que el Real Decreto 1485/2012 tiene una “finalidad meramente orgánica y no introduce ninguna modificación de carácter sustantivo en el Real Decreto 1028/2007 ni reproduce ninguno de sus preceptos”. El Real Decreto 1028/2007 ha sido impugnado por el Gobierno de Canarias ante el Tribunal Constitucional, “por lo que le parece claro que el Tribunal Constitucional podrá pronunciarse respecto a la controversia competencial planteada y depurar en su caso el Ordenamiento jurídico”; y así ha sido con la reciente STC 8/2013. Según esta sentencia, la Constitución “tiene en cuenta el hecho insular para remitirse a los territorios insulares como sustrato territorial de las entidades constituidas por islas, lo que se explica por la realidad de que se parte que no es otra que el entendimiento común de que el territorio autonómico se extiende al ámbito de los Municipios que integran la correspondiente Comunidad y que éstos nunca se han extendido ni tampoco hoy se extienden al mar territorial”.

En cuanto al fondo del asunto, el Consejo de Ministros parte del argumento nuclear de que el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 2 EAC) incluye solamente las islas, pero no el mar territorial. Por ello, la STC 8/2013 rechaza que los arts. 2 y 40 EAC “incluyan una referencia explícita al mar que rodea las islas como parte del territorio de la Comunidad Autónoma, puesto que el significado común de archipiélago se limita a indicar que “las islas deben estar agrupadas en el mar más o menos próximas entre ellas”, no siendo aplicable a este efecto el art. 46 de la Convención sobre el Derecho del Mar sobre los Estados archipelágicos”.

Por otra parte, la doctrina constitucional permite “excepcionalmente” que se puedan ejercer competencias autonómicas en el mar territorial, siempre que exista un “explícito reconocimiento estatutario” o derive de “la naturaleza de la competencia” (acuicultura, ordenación del sector pesquero, marisqueo) “cuando resulte imprescindible”.

Según la fundamentación del requerimiento, “el Acuerdo del Consejo de Ministros trae a colación también la Ley 44/2010 de 30 de diciembre, de Aguas Canarias, ya en vigor en el momento de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional (8/2013) que se

pronuncia - d i s p o n e - con arreglo al Derecho vigente en el momento de dictarse. Esta Ley no puede modificar el Estatuto de Autonomía y en todo caso admite una interpretación conforme con él porque de acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada las Comunidades Autónomas pueden ejercer competencias en el mar territorial cuando exista una previsión explícita en sus Estatutos de Autonomía o la naturaleza de la competencia así lo exija”.

Concluye el Acuerdo del Consejo de Ministros su contestación al requerimiento de incompetencia formulado por el Gobierno de Canarias señalando que “dado que la Comunidad Autónoma no extiende su territorio al medio marino con carácter general ni a las llamadas aguas canarias en particular, carece de competencia respecto de las instalaciones de generación eléctrica con tal ubicación en cuanto tal competencia no se recoge explícitamente en su Estatuto ni se sigue de la normativa estatal”.

Posición de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre la misma.

6. Según la fundamentación del requerimiento formulado, la jurisprudencia constitucional que cita el Consejo de Ministros para apoyar sus argumentos tiene un contenido “eminente territorial en el que las competencias se tratan a título de excepciones ejemplificadoras”, mientras que la Ley 44/2010 se mueve “en cambio en el orden funcional de las competencias”. El artículo único de la misma, después de definir las aguas canarias como el “especial ámbito marítimo” de la Comunidad Autónoma, establece en el apartado 2 que “el ejercicio de las competencias estatales o autonómicas sobre las aguas canarias y, en su caso, sobre los restantes espacios marítimos que rodean a Canarias sobre los que el Estado español ejerza soberanía o jurisdicción se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres”.

La Ley 44/2010, por tanto, no puede interpretarse, como hace el Consejo de Ministros, “para adecuarla a la concepción que sobre el territorio marítimo se ha expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 8/2013”, que si bien rechaza que el mar adyacente a las islas forme parte del territorio de la Comunidad Autónoma reconoce la posibilidad de que “excepcionalmente y con explícita cobertura estatutaria la Comunidad Autónoma pueda ejercer aquellas competencias que por su propia naturaleza deban desenvolverse en el medio marino”.

El presente conflicto de competencia no se funda en reivindicación territorial alguna sino en una reclamación funcional al amparo de la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de instalaciones de producción distribución y transporte de

energía de acuerdo con las bases del régimen minero y energético (art. 30.26 EAC) y la de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen energético y minero ajustado a sus singulares condiciones (art. 32.9 EAC) y con proyección en el denominado “especial ámbito marítimo” de la Comunidad Autónoma de Canarias. La consecuencia es que la competencia para autorizar las instalaciones de generación de energía eólica corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, pues la legislación básica sólo reserva al Estado la competencia para los casos en que su “aprovechamiento afecte a más de una Comunidad Autónoma o el transporte y distribución salga del ámbito territorial de una de ellas”. Lo que, obvio es, no es el caso.

Del marco legal aplicable se desprende que la determinación específica de la competencia estatal para autorizar las instalaciones en el mar no resulta explícitamente de la Constitución o del Estatuto de Autonomía sino de la legislación del Estado, en cuanto “delimita las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” se integra en el bloque de la constitucionalidad.

No es extraño al ámbito constitucional que la legislación estatal reconozca a las Comunidades Autónomas competencias que puedan ejercerse en mar y en tierra sin comprometer su naturaleza en uno u otro espacio. Su fundamento deriva de la doctrina iniciada por la STC 38/2002 -que formuló entonces el criterio denominado “de continuidad ecológica” como argumento para que la Comunidad Autónoma pudiera ejercer en el mar sus competencias sobre los espacios naturales protegidos-. Pero lo relevante es que “la naturaleza de la materia no tiene porqué ser nominalmente marina para que pueda acogerse a la doctrina del Tribunal Constitucional que permite la proyección en el mar de las competencias autonómicas”. Es decir, “la naturaleza de la materia sobre la que versa el conflicto -instalaciones eólicas- no prejuzga su capacidad o incapacidad jurídica para desarrollarse en el mar a la luz de las previsiones constitucionales y estatutarias”.

Ha de ser, por tanto, la legislación ordinaria integrada en el bloque de la constitucionalidad la que determine el sujeto activo de la competencia y justamente en ese bloque se ha de situar también la Ley 44/2010 que posee un alcance competencial que “ha de implicar un efecto jurídico en relación con las otras normas que como se ha visto versan sobre el mismo objeto”.

El Consejo de Ministros niega “cualquier efectividad a la Ley 44/2010, por considerarla superada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -aunque éste

no la haya citado en su sentencia 8/2013- y prescinde del valor jurídico formal que posee en cuanto ley, que expresamente está reconociendo la competencia de la Comunidad Autónoma para ejercer en el mar aquellas competencias que puede ejercer en tierra, “vulnerando de esta manera los principios de legalidad y de jerarquía normativa que se garantizan en el art. 9 CE como expresión de la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicas a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”.

En lo que concierne a Canarias, la Ley 44/2010, por aplicación del sistema de fuentes, tendría que tener “efecto derogatorio tácito” de la normativa de igual o inferior rango, como es el caso de los Reales Decretos que atribuyen al Estado la competencia para las instalaciones de generación de energía eólica en el mar y, en particular, el Real Decreto 1028/ 2007 modificado por el RD 1485/2012, objeto del presente conflicto de competencia.

III

Lesión de las competencias autonómicas en materia de energía eléctrica y doctrina de los Dictámenes emitidos sobre la materia por este Consejo Consultivo.

1. Según la fundamentación de este conflicto, el Gobierno de Canarias considera lesionadas las competencias autonómicas en materia de instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, de acuerdo con las bases del régimen minero y energético, reconocidas en el artículo 30.26 del Estatuto de Autonomía. El conflicto de competencias se centra en el doble argumento de que el artículo 149.1.22ª CE no ampara la competencia estatal para el otorgamiento de las autorizaciones cuando de la Comunidad Autónoma de Canarias se trata, ya que su aprovechamiento por otra Comunidad no es viable por razones obvias ni el transporte de energía sale de su ámbito territorial.

Este Consejo tuvo ocasión de pronunciarse sobre este conflicto competencial planteado en los citados términos en su Dictamen 428/2007, recaído precisamente en relación con el requerimiento de incompetencia que tenía por objeto el Real Decreto 1028/2007, en el que, en extenso, se trató la problemática planteada y se alcanzó la conclusión de la procedencia del requerimiento. Estos argumentos fueron igualmente reiterados en el posterior Dictamen 428/2009 en relación con 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, dictada en aplicación de lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1028/2007.

Es menester señalar además que la problemática de la consideración del mar o aguas canarias como integrantes del territorio autonómico ha sido abordada en posteriores ocasiones por este Consejo, dando lugar a una consolidada doctrina en la materia (Dictámenes 52/2008, 175/2008, 389/2008, 309/2011).

La línea argumental sostenida en el citado Dictamen 428/2007 resulta, pues, plenamente aplicable en el presente caso, al tratarse de un acto de aplicación del Real Decreto sobre el que ya se ha planteado el conflicto de competencias.

Por lo que a los aspectos competenciales en materia energética se refiere, ya en este Dictamen se han señalado, y ahora se reiteran, las siguientes consideraciones:

a) 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) 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) Aunque corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva, sin embargo, dado el 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 concurrentes'.

d) 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, la Comunidad Autónoma de Canarias puede asumir -y lo ha 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 supraautonómicas, sobre las cuales, conforme con la Constitución y la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal Constitucional, la competencia corresponde al Estado.

Se ha concluido así que, en coherencia pues con la distribución constitucional de competencias, el Estado es competente para autorizar las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a más de una Comunidad Autónoma o el transporte de energía salga del territorio de una Comunidad (artículo 149.1.22ª CE).

Por consiguiente, si en la instalación eléctrica no concurren una u otra circunstancia, la competencia para su autorización corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias pues en virtud de los artículos 30.26 y 32.9 de su Estatuto de Autonomía ostenta competencia sobre instalaciones de producción, distribución y transporte de energía y competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del régimen energético. En definitiva, la competencia para autorizar las instalaciones de producción de energía eléctrica reguladas en el Real Decreto 1028/2007 corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias.

Acerca de la competencia material de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de autorizaciones de parques eólicos marinos.

2. Partiendo de la definición de parque eólico o instalación de generación eólica marina, ésta supone una "instalación integrada de uno o varios aerogeneradores, interconectados eléctricamente mediante redes propias, compartiendo una misma estructura de accesos y control, con medición de energía propia, con conexión a la red de transporte y ubicada en el mar".

En Canarias las energías renovables y limpias, como la eólica marina, se consideran indispensables para la reducción y dependencia del consumo de combustibles fósiles y de gases de efecto invernadero, contribuyendo a cumplir los objetivos del protocolo de Kyoto, sobre el cambio climático (al que se refiere expresamente la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de abril) energía que tiene grandes posibilidades por la alta densidad de población de algunas islas y por la limitación de emplazamientos adecuados y suficientes en tierra, reforzando el desarrollo económico regional y local y la creación sostenible de empleo (Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo).

La energía eólica marina de notable importancia últimamente dentro de las llamadas energías renovables (al margen de otras técnicas emergentes de conversión,

energía del oleaje, energía mareomotriz, islas solares flotantes y biomasa marina) no tiene otra relación con el mar que su ubicación, ya que son aerogeneradores que captan la energía cinética del viento para su transformación en energía eléctrica. No cabe, por lo tanto, equiparar estas autorizaciones con el supuesto de autorizaciones de exploración e investigación del subsuelo marino dentro del sector de hidrocarburos (art. 149.1.25ª CE). La energía eléctrica eólica marina obtenida debe transportarse a una estación transformadora y mediante una línea de evacuación inyectarse a la red de distribución y transporte eléctrica de Canarias.

El R.D. 1028/2007, de 20 de julio, exige una potencia mínima de 50 MW para cada una de las instalaciones de generación eólica marina, aunque la disposición final 2 permite al Ministerio correspondiente -actualmente Ministerio de Industria, Energía y Turismo- autorizar instalaciones de generación eólica marina de potencia inferior o igual a 10 MW (para investigación, desarrollo, innovación, etc.) y modificar hasta un 20% el alza o a la baja, el límite de 50 MW, para un proyecto o proyectos particulares; por lo que no parece que la potencia sea determinante de la competencia asumida por el Estado (más de 50 MW), o si constituye expresamente indicador del carácter intra o supra autonómico de estas instalaciones eléctricas, dado el contenido de la regulación reglamentaria del Estado que ha asumido la autorización de cualquier tipo de parque eólico marino al margen de su potencia, conexión o interés supracomunitario, cuando se trata de parques eólicos marinos.

Ni siquiera permite a la Comunidad Autónoma de Canarias autorizar parques eólicos en el litoral de las aguas canarias, reservando la competencia del Estado para las restantes zonas: mar territorial, zona contigua o zona económica exclusiva (Disposición adicional quinta RD 1028/2007) (límite exterior del MT hasta una distancia de 200 millas marítimas o por la línea media o equidistante), lo que supone no ya reducir a niveles ínfimos las competencias comunitarias sino suprimirlas totalmente, en materia de energías renovables -eólicas- cuando se trate de parques marinos sin relación alguna con la red general peninsular o aprovechamiento de la energía por intereses supracomunitarios.

La distribución de competencias en materia de energía eléctrica renovable, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, surge de la CE y de los Estatutos de Autonomía que integran conjuntamente el denominado "bloque de la constitucionalidad".

De acuerdo con las previsiones contenidas en la CE y en los Estatutos de Autonomía, el respaldo competencial en el sector eléctrico lo realiza la vigente Ley 54/1997, de 27 de noviembre, modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio (LSE), que traspone las Directivas 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003 y 2001/77/CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre) (actualmente modificadas y derogadas estas últimas Directivas por la directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo).

Esta Ley distribuye las competencias a los efectos controvertidos entre la Administración General del Estado y la CCAA (art. 3), estableciendo de manera expresa que “las actividades para el suministro de energía eléctrica que se desarrollen en los territorios insulares o extrapeninsulares serán objeto de una reglamentación singular que atenderá a las especificidades derivadas de su ubicación territorial” (art. 12.1). Ya que la Comunidad Autónoma de Canarias, como es sabido, no sólo se encuentra aislada de cualquier red energética eléctrica continental, sino que, además, ha venido manteniendo un sistema de generación energética eléctrica aislado para cada una de las islas.

Dentro de la LSE, el régimen jurídico sobre “energías renovables” se regula en el Capítulo II “Régimen especial” del Título IV, “Producción de energía eléctrica”, en los arts. 27 a 31.

Así, 1. Las instalaciones de producción de este tipo de energía no pueden superar los 50 MW. 2. La condición de instalación de producción del régimen especial será otorgada por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia y 3. La construcción, explotación, modificación sustancial, transmisión y cierre de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial estará sometida al régimen de autorización administrativa previa, que tendrá carácter reglado (art. 28.1) y dichas autorizaciones serán otorgadas por la Administración autonómica sin detrimento de las concesiones y autorizaciones precisas (art. 28.3).

La normativa estatal para la autorización de instalaciones eléctricas tanto de los parques eólicos en tierra (Onshore) como para los parques eólicos marinos (Offshore), se sustenta en el título competencial previsto en el art. 149.1.22ª, “cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial”. Además el Estado asume competencia para autorizar las instalaciones eléctricas de generación de potencia instalada superior a 50 MW (art. 4 RD 661/2007), o para la autorización de instalaciones de transporte primario (tensión

igual o superior a 380 kilovoltios) (KV), así como las de transporte secundario (de tensión igual o superior a 220 KV, que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.

En suma, según la LSE corresponde a la CAC autorizar las instalaciones eléctricas no contempladas en el art. 3.2.a) de la LSE, que incluyen las redes de transporte secundario y las instalaciones de distribución que no excedan del ámbito territorial de la CA.

Por lo tanto, corresponde a la CAC autorizar instalaciones en régimen especial. Y es el art. 2.1 RD 661/2007 el que determina las instalaciones que pueden acogerse al régimen especial de producción de energía eléctrica (art. 27 de la Ley 54/1997) y contempla dentro del subgrupo B2.2 -las instalaciones en el mar territorial-. Así, se expresa también en el art. 4 del R.D. 661/2007, y únicamente por vía excepcional tal competencia -de autorizar- se atribuye al Estado, si la CA no cuenta con competencias en la materia (que no es el caso de Canarias) -art. 30.26 EAC- o si la instalación está ubicada en más de una Comunidad (que tampoco es el supuesto), o si supera los 50 MW, o se encuentra ubicada en el mar, previa consulta en cada caso con las Comunidades Autónomas afectadas por la instalación.

La referencia a la consulta previa con las Comunidades Autónomas a la que alude el art. 4.2.b) del RD 661/2007 el plural "con las Comunidades Autónomas afectadas por la instalación" puede interpretarse como instalación ubicada en el mar (o que la energía producida se transporta a más de una), sin descartar la importancia de esta norma jurídica de carácter sustantivo para regular la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Es, sin embargo, el RD 1028/2007, de 20 de julio, modificado por el RD 1485/2012, de 28 de octubre, normativa adjetiva que regula el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial, la que fija claramente la competencia del Estado para autorizar la construcción, ampliación y cierre de las instalaciones de generación de electricidad ubicadas físicamente en el mar territorial (art. 2.1), justificando en la introducción de la norma reglamentaria que "en el territorio nacional existen multitud de instalaciones de generación eléctrica en tierra, siendo la normativa que le sirva en cada caso de instalación esencialmente autonómica.

La novedad aquí se nos presenta por el emplazamiento de las instalaciones de generación en el mar, por ausencia de experiencias previas en dicho medio y por ser

la competencia para su tramitación exclusivamente estatal". Invocando, en la Disposición final primera "fundamento competencial" exclusivamente como competencia constitucional el art. 149.1.22ª "cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial", insuficiente para atribuir la competencia de las autorizaciones de los parques eólicos marinos sin limitación alguna al Estado, de acuerdo con el reparto competencial expuesto entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de energía eléctrica, tal como resulta de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Canarias y del bloque de la constitucionalidad. Como advierten las SSTC 18/2011, de 3 de marzo, y 139/2005, de 26 de mayo, entre otras "el legislador estatal no puede incidir en la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin expresa previsión constitucional". Ni puede situarse en la posición propia del poder constituyente.

Tampoco tiene aplicación la regla competencial del art. 149.1.13ª, pues estas instalaciones carecen de incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general.

Y, finalmente, al estar la Comunidad Autónoma de Canarias separada de la península y de cualquier red energética eléctrica continental, si las líneas de energía que entran en tierra no son las que describe el art. 3.2.a) LSE como de competencia del Estado, la autorización correspondería a la Comunidad Autónoma de Canarias.

Sobre las aguas canarias.

3. La segunda línea argumentativa del Acuerdo sobre el requerimiento de incompetencia se centra en la consideración de las aguas canarias como parte integrante de la Comunidad Autónoma de Canarias, negando la premisa de que resulte constitucionalmente posible la vinculación de la cláusula de ultra o extraterritorialidad contemplada en el artículo 149.1.22ª CE con el hecho de que las instalaciones estén situadas en el mar territorial.

Se plantea, con ello, en definitiva si el fundamento de la intervención del Estado puede residenciarse en la consideración de que las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de energía no alcanzan a las aguas canarias.

Acerca de la cuestión de estas aguas encerradas dentro del perímetro del archipiélago delimitado por las líneas de bases rectas, reiteradamente se ha sostenido por este Consejo una postura afirmativa, no sólo en los dictámenes ya señalados, sino incluso en algunos emitidos con anterioridad (DCC 19/1986, 17/1987,

11/1988, 8/1989, 5/1990, 2/1991, 65/1994, 110/2002, 173/2002, 68/2006) y, recientemente, en el Dictamen 309/2011.

El Dictamen 428/2007 expone en los siguientes términos la doctrina sostenida:

“(...) las competencias autonómicas pueden tener proyección excepcional en el mar si esa proyección es efecto o consecuencia de las competencias materiales que la Comunidad Autónoma posea en razón de su Estatuto, 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 perturben el ejercicio de las estatales.

Y es que el territorio no siempre es título atributivo de competencias; si acaso, límite del ejercicio de las que se ostente constitucional o estatutariamente. Lo que se habrá de determinar, 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, 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 concurran 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.

También se ha de recordar que, 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). (...)

Por ello respecto al ámbito donde ejercer las competencias autonómicas previstas estatutariamente o transferidas a la Comunidad Autónoma, 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 a sus aguas”.

La STC 8/2013, de 17 de enero.

3. No puede desconocerse sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 8/2013, de 17 de enero, en la que se rechaza que el mar forme parte del territorio autonómico.

Comienza señalando al respecto esta sentencia que el territorio, tal y como señalamos en nuestra STC 38/2002, de 14 de febrero, FJ 6, con cita de otras anteriores, se configura como un elemento definidor de las competencias de cada Comunidad Autónoma en su relación con las demás Comunidades Autónomas y con el Estado y permite localizar la titularidad de la correspondiente competencia, en atención al ámbito en que se desarrollan las oportunas actividades materiales. También señalamos entonces que las competencias de las Comunidades Autónomas se circunscriben a su ámbito territorial, aunque ello no impide que el ejercicio de las competencias de una Comunidad Autónoma pueda tener repercusiones de hecho fuera de la misma, por lo que “en el reparto competencial configurado por la Constitución y los respectivos Estatutos de las Comunidades Autónomas, el ejercicio de una competencia atribuida a una de ellas debe tener como soporte y presupuesto el territorio en el cual esa Comunidad ejerce sus potestades, de suerte que éste

opera como límite para aquél, ya que si no se respetara tal ámbito competencial podría invadirse indebidamente el de otra Comunidad”.

A partir de aquí, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que la resolución de la cuestión exige un pronunciamiento, en primer lugar, sobre si el mar territorial forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, para lo que ha de estarse al bloque de la constitucionalidad, es decir, a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Canarias, al que corresponde delimitar el territorio por mandato del art. 147.2 b) CE.

En su argumentación, el Tribunal, en coherencia con sus pronunciamientos anteriores, deja claro que del hecho de que el mar territorial forme parte del dominio público estatal (art. 132.2 CE) no cabe deducir conclusión alguna respecto a la inclusión de dichos bienes en el territorio de las Comunidades Autónomas, sino que, antes al contrario, *tal como afirmamos en la STC 77/1984, de 3 de julio, FJ 3, y hemos reiterado posteriormente, entre otras, en la STC 38/2002, de 14 de febrero FJ 6, el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno, de modo y manera que si el mar territorial formara parte del territorio de la Comunidad Autónoma canaria, no sería óbice para ello el precepto constitucional citado.*

Así mismo estima, en línea con su jurisprudencia anterior, *que tampoco es concluyente, a estos efectos, que la propia Constitución atribuya al Estado competencia exclusiva sobre pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector pesquero se atribuyan a las Comunidades Autónomas, o que éstas puedan asumir competencias, ex art. 148.1.11 CE, en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura puesto que, por definición, las competencias exclusivas del Estado se ejercen sobre todo el territorio nacional, mientras que tampoco cabe excluir de principio y así lo hemos reconocido, por todas en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 92, la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias extraterritoriales sobre el mar territorial en determinadas condiciones, los términos a que más adelante nos referiremos.*

El Tribunal Constitucional sí considera determinante, en cambio, para alcanzar su pronunciamiento que el artículo 143 CE configura el ejercicio del ejercicio del derecho de autonomía del artículo 2 CE sobre la base de los “territorios insulares”, las provincias y municipios. Con ello, estima el Tribunal que, *en lo que se refiere al ámbito territorial de las Comunidades Autónomas, la Constitución tiene en cuenta el*

hecho insular para remitirse a los "territorios insulares" como sustrato territorial de las constituidas por islas, lo que se explica (...) por la realidad de la que se parte y que consagra el art. 137 CE, que no es otra que el entendimiento común de que el territorio autonómico se extiende al ámbito de los municipios que integran la correspondiente Comunidad y que éstos nunca se han extendido ni tampoco hoy se extienden al mar territorial.

En apoyo de su argumentación reitera también su jurisprudencia anterior (SSTC 38/2002 y 31/2010) en el sentido de que, precisamente porque el mar no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, sólo excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas sobre el mar territorial, siempre y cuando exista un explícito reconocimiento estatutario o, cuando a falta del mismo, ello derive de la naturaleza de la competencia que resulta del bloque de la constitucionalidad, como sería el caso de la acuicultura (STC 103/1989, de 8 de junio), la ordenación del sector pesquero (STC 158/1986, de 11 de diciembre) y marisqueo (STC 9/2001, de 18 de enero). *Lo que no concurre en este caso, pues ni existe un reconocimiento estatutario explícito para el ejercicio de la competencia autonómica en materia de régimen energético y minero sobre el mar territorial, ni ello deriva del bloque de la constitucionalidad.*

Unido a este argumento reitera que solo excepcionalmente el ejercicio de una competencia autonómica puede tener efectos extraterritoriales y extenderse al mar territorial cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular; excepcionalidad que estima no concurre en este caso en el que, de admitirse la tesis de la recurrente, *la extraterritorialidad de la competencia autonómica ejecutiva sobre régimen minero y energético dejaría de ser excepcional y se convertiría en la regla general de distribución de competencias.*

En consecuencia, la STC 8/2013, de 17 de enero, considera que no es posible interpretar que el Estatuto de Autonomía de Canarias haya configurado el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma integrando las islas y las aguas jurisdiccionales adyacentes. De acuerdo con el art. 2 EAC, el territorio de la Comunidad Autónoma, límite natural de las competencias autonómicas (STC 38/2002, de 14 de febrero), está integrado por los territorios insulares a los que expresamente se refiere el art. 143 CE, es decir, las siete islas que en él se relacionan, y se extiende a la zona marítimo-terrestre que forma parte del mismo.

No interfiere tal conclusión el hecho de que, en la última reforma estatutaria, se haya sustituido la expresión «territorios insulares» por la de «archipiélago» -que se

define en el Diccionario de la Real Academia Española como “conjunto generalmente numeroso de islas agrupadas en una superficie más o menos extensa de mar, sin que se haga referencia a las aguas que las rodean-; ni la redacción del art. 40 EAC -que, tras señalar que las competencias autonómicas se refieren a todo el ámbito territorial, salva expresamente la competencia exclusiva del Estado sobre las aguas jurisdiccionales-, que simplemente contiene una “cláusula de salvaguarda de las competencias estatales, debida a la asunción estatutaria de competencias sectoriales que pueden tener efectos extraterritoriales sobre aguas interiores y mar”); ni la definición de -archipiélago- en el contexto del Derecho internacional [pues el art. 46.b), aguas archipelágicas, de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, sólo tiene efectos en el contexto de la Convención; se debe descartar la utilización de un concepto propio del Derecho internacional en un ámbito absolutamente ajeno al mismo; y la misma Convención distingue entre “territorio y “otros espacios” sobre los que los Estados ejercen soberanía, de donde las aguas, aunque sean archipelágicas, “no forman parte del territorio”; ni los debates parlamentarios que tuvieron lugar en el procedimiento legislativo de aprobación del Estatuto (pues, aparte de que los debates parlamentarios sólo pueden servir de auxilio para desentrañar el alcance y sentido de las disposiciones constitucionales y de las integrantes del bloque de la constitucionalidad (STC 68/1996, de 21 de mayo), “en este caso los debates parlamentarios no son suficientes para contradecir el tenor literal del texto que resultó finalmente aprobado”].

En este caso la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de producción de energía eléctrica no hay que inferir ese título de forma indirecta o conexa en relación con otro título de más amplio espectro (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 del Autonomía el Tribunal Constitucional la ha considerado 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 por 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.

La competencia autonómica en materia de producción de energía eléctrica es nítida y clara, al margen de los títulos horizontales que el Estado ostenta.

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”. Para llegar a tal conclusión hay que 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 suma, habrá que determinar si la instalación de alguna manera, en razón de determinados parámetros, incide en un interés de más amplio alcance que el meramente autonómico. Por el contrario, si no concurrieran las citadas circunstancias, la competencia sería indudablemente autonómica.

Luego, el territorio no 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, siendo perfectamente posible que la competencia se proyecte sobre el mar territorial en los términos que se han comentado. Las limitaciones, en su caso, deberían 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.

Por el contrario, el propio Tribunal Constitucional ha sostenido, en la citada STC 8/2013 respecto al art. 132 CE, que “si el mar territorial formara parte del territorio de la Comunidad Autónoma canaria, no sería óbice para ello el precepto constitucional citado” (STC 77/1984, de 3 de julio). Pues bien, ese mar territorial no es territorio de la Comunidad, pero integra lo que la Ley 44/2010 denomina “especial ámbito marítimo” de la Comunidad. Si el mar territorial puede ser ámbito de proyección de competencias autonómicas por la naturaleza de la propia competencia, mas aún lo será cuando ese mar forma parte del “especial ámbito marítimo” de la Comunidad”.

La citada Sentencia 8/2013 precisa que el dominio público del Estado no es cláusula atributiva de competencias, por más que corresponde al Estado su protección y defensa, precisamente, por cuanto no es cláusula atributiva de competencias ni espacio inmune al sistema de competencias constitucionalmente posible y admisible que las competencias autonómicas puedan tener proyección

extraterritorial e incidan en el indicado dominio, bien por previsión estatutaria expresa o por consecuencia de la “naturaleza de la competencia” y en lo que resulte “imprescindible”.

Ahora bien, tal posibilidad de extraterritorialidad parece construirse desde la base de la casuística funcional o competencial proyectada sobre actividades que no tienen por objeto directo las aguas de ese mar, sino los bienes que en ella se encuentran. Las aguas no permanecen estáticas. Sin embargo, de la casuística se puede llegar a la conclusión más general de que también son susceptibles de proyecciones competenciales autonómicas en el mar territorial que no tengan por objeto la mera extracción de bienes sino, por ejemplo, el aprovechamiento del viento que lo sobrevuela, siendo así que la Comunidad Autónoma posee competencia estatutaria en materia de energía.

En efecto, el aprovechamiento de la energía eólica marina no tiene por objeto las aguas del mar, ni se extraen del mismo bienes de clase alguna. Se aprovecha, por el contrario, la corriente de aire producida en la atmósfera por causas naturales. Se trata del aprovechamiento del aire atmosférico, sin perjuicio, claro es, de que para ese aprovechamiento sea precisa la adscripción de espacios delimitados del dominio público, con conexión necesaria a la red de competencia autonómica.

Según el Tribunal Constitucional, “excepcionalmente y con explícita cobertura estatutaria la Comunidad Autónoma puede ejercer aquellas competencias que por su propia naturaleza deban desenvolverse en el medio marino”. No existe pues incompatibilidad, sin que de la Constitución se desprenda que las afecciones territoriales sobre el dominio público estatal deban ser naturales (pesca, marisqueo, acuicultura, etc.).

Las competencias autonómicas pueden tener, por lo tanto, proyección excepcional en las aguas canarias si es consecuencia o deriva de las competencias materiales que la Comunidad ostenta en razón de su Estatuto. Sin que ello, 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 y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales”, lo que hará exigible la utilización de mecanismos de “colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación” entre ambas Administraciones, pudiendo elegirse entre

las distintas técnicas aplicables, entre otras, “el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos ((...) o) la creación de órganos”.

No es menester llegar más allá, como cuestionar que el mar territorial no sea parte del territorio de la Comunidad, 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 ninguno de sus espacios, ni el subsuelo, el aéreo o el marítimo. Por lo que el territorio del Estado es 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 concurren en un mismo espacio títulos del Estado. Y si bien el ejercicio de una competencia atribuida -como expresa la STC 38/2002, de 14 de febrero- “debe tener como soporte y presupuesto el territorio en el cual esa Comunidad ejerce sus potestades de suerte que éste opera como límite para aquél” es evidente que en Canarias no se puede invadir indebidamente el de otra comunidad.

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, sin soporte constitucional, de una cláusula residual de competencia a favor del Estado.

Finalmente, el fundamento constitucional de la atribución al Estado de la competencia para otorgar autorizaciones de exploración y permiso de investigación, cuando afecten al subsuelo marino, en relación con el sector de hidrocarburos es el art. 149.1.25^a, “bases del régimen minero y energético”, mientras que el fundamento constitucional que invoca el RD 1028/2007, de 20 de julio, modificado por el RD 1485/2012, de 28 de octubre, disposición final segunda, para la atribución de competencias al Estado para la autorización de las instalaciones de generación de electricidad ubicadas en el mar territorial -en todos los supuestos- al margen de la conexión a la red de transporte eléctrica de Canarias- es el art. 149.1.22 “autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial” que por su propia dicción, como se expresa en el Dictamen 428/2007, de 6 de noviembre, es “inaplicable en Canarias”.

Reflexiones finales sobre la Ley 44/2010, de 30 de noviembre, de Aguas de Canarias.

5. La Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de Aguas de Canarias, parece no haberse tenido en cuenta a efecto alguno por el R.D. 1485/2012.

Para este Consejo Consultivo, la Ley 44/2010 no redelimita el contenido y alcance del territorio de la Comunidad Autónoma. La ley crea un “especial ámbito marítimo” (apartado 2) que no altera “la delimitación de los espacios marítimos de las Islas Canarias tal y como están establecidos por el ordenamiento jurídico español en virtud del Derecho Internacional vigente” (disposición adicional única). En ese espacio -denominado “aguas canarias”- el ejercicio de las competencias autonómicas “se realizará teniendo en cuenta la distribución material de competencias establecidas constitucional y estatutariamente tanto para dichos espacios como para los terrestres”.

Según el Consejo de Ministros, tal ley no innova el Ordenamiento. La fundamentación del requerimiento considera sin embargo que la Ley 44/2010, por aplicación del sistema de fuentes, tiene “efecto derogatorio tácito” -en lo que concierna a Canarias- de la normativa de igual o inferior rango, como es el caso de los Reales Decretos que atribuyen al Estado la competencia para la instalación de las instalaciones de generación de energía eólica en el mar y en particular los Reales Decretos 1028/2007 y 1485/2012 objeto del presente conflicto de competencia.

El “especial ámbito marítimo” de Canarias es un espacio funcional o competencial, no exactamente territorial, dado el carácter polivalente del término “territorio” cuando del ejercicio de competencia se trata. Así como la Convención sobre el Derecho del Mar (art. 46) distingue entre “territorio” y “espacios sobre los que los Estados ejercen soberanía -y que no forman parte del territorio”-, la Ley 44/2010 crea un espacio funcional o competencial que no altera ni el Ordenamiento constitucional ni el Derecho internacional.

La Ley 44/2010 potencia en este espacio marino dentro del perímetro del archipiélago que dota de un régimen jurídico específico distinto del de las aguas interiores sin que esta Ley afecte la existencia alrededor de Canarias de un mar territorial de 12 millas y una zona contigua adyacente al mar territorial que se extienda hasta las 24 millas y una ZEE y PC extensible hasta las 200 millas, espacio marítimo en el que se podrán ejercer las competencias que procedan constitucional y estatutariamente.

Es cierto que la ley no modifica el Estatuto. La finalidad del legislador es flexibilizar para Canarias el alcance de la extraterritorialidad cuando se trata de ejercer las competencias estatutarias materiales que ostenta con afección a las aguas canarias encerradas en el perímetro del archipiélago.

La ley, en suma, crea un concepto intermedio, formal y materialmente. Se trata de un “espacio de aguas” que no se confunde con la actual delimitación del “mar territorial” ni con las denominadas “aguas interiores”. Se trata, de una calificación competencial, no territorial.

Resulta muy significativa la Exposición de Motivos de la citada ley, para interpretar su contenido y la intención del legislador, al señalar que la delimitación del territorio autonómico del art. 2 EAC “está incompleto sin la delimitación de las aguas incluidas en el concepto archipelágico que introduce el referido artículo 2 del Estatuto de Autonomía, que engloba los espacios terrestres y marinos de Canarias”. La STC 8/2013 cierra la vía a la consideración territorial de las aguas de Canarias, por lo que la Ley 44/2010 -que no fue tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional en el fallo de la citada STC- debería ser interpretada en el sentido de que la Comunidad Autónoma podrá ejercer en su territorio y en ese espacio sus competencias estatutarias, entre otras la eólica marina con las limitaciones que procedan.

No nos movemos en el ámbito de las competencias extraestatutarias del art. 150 CE, pues no se trata de habilitar a la Comunidad para que ejerza competencias de titularidad estatal. Estamos en el ámbito de las competencias estatutarias habilitadas de forma “especial” para que puedan ser proyectadas en un “espacio” así mismo especial, de titularidad estatal, de conformidad con las exigencias del bloque de constitucionalidad, lo que en última instancia es coherente con la obligación constitucional que se impone al Estado de “atender en particular a la circunstancia del hecho insular” (art. 138.1 CE).

Así, se señaló en el Dictamen 309/2011, de 11 de mayo, en relación con el requerimiento de incompetencia, formulado por el Gobierno de Canarias respecto del proyecto “Línea A 132 KV La Oliva-Playa Blanca” recogida en la planificación de los sectores de electricidad 2008-2013”, en donde el Gobierno del Estado, en su reunión del Consejo de Ministro celebrada el 29 de abril de 2011, atendiendo al art. 30.26 del Estatuto de Autonomía de Canarias, (línea de transporte secundario), aceptó pacíficamente la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias no sólo cuando su recorrido transcurre en superficie terrestre sino también cuando el cable en la mayor parte de su trazado se deposite en el fondo marino (entre dos islas del archipiélago). De tal modo, que aunque el transporte secundario tenga su proyección en el medio marino la competencia sobre el mismo la conserva la Comunidad Autónoma de Canarias y no por ello pasa la competencia al Estado sin perjuicio de otras competencias estatales, como la de la planificación del sector eléctrico.

Por otra parte, la mera circunstancia de la ubicación de un parque eólico en el mar -que es lo que determinaría la competencia del Estado-, si no afecta a otras Comunidades Autónomas y no transporta la energía fuera de sus límites territoriales, como sucede en Canarias, no es suficiente para la atribución al Estado de dicha competencia (art. 149.1.22ª CE). Además, respecto a las líneas de transporte que entren en las islas de dichos parques eólicos -salvo lo previsto en el art. 3.2.a) de la LSA-, corresponderá su competencia a la Comunidad Autónoma de Canarias.

6. Todas estas consideraciones justamente avalan la razonabilidad del requerimiento efectuado. El R.D. 1485/2012 que modifica el RD 1028/2007 se ha dictado además prescindiendo totalmente de la citada ley, que obliga a que su desarrollo reglamentario se efectúe "previo informe del Gobierno de Canarias". No se ha producido tal desarrollo directo, pero sí uno que incide en el contenido y alcance de la ley de referencia. Tal audiencia previa al Gobierno de Canarias es indicativa de que el Estado no debe intervenir en relación con las aguas canarias de forma unilateral. Que no haya sido un Reglamento ejecutivo de la Ley sino un Real Decreto sectorial no devalúa el alcance del incumplimiento u omisión producida.

Una norma reglamentaria como la cuestionada, de carácter general, no se ajusta ni a las bases de carácter legal, ni al régimen especial -en materia de energía eléctrica- que respecto a Canarias ha aprobado el propio Estado de conformidad con las citadas bases; régimen del que resulta la competencia autonómica en la materia, cuya existencia desconoció el R.D. 1028/2007, de 20 de julio, tal y como ha sido redactado, y luego en los mismos términos el R.D. 1485/2012.

En un territorio que constituye, a efectos de la ordenación de la electricidad un *sistema singular*, atenúa el carácter básico que por definición es un mínimo común normativo. De hecho, la propia ley dispone, como se ha expresado, que los territorios insulares cuenten con su propia reglamentación específica. Tal régimen especial se proyecta así mismo en un ámbito marítimo "especial" que debe tener consecuencias como el reconocimiento de la competencia a favor de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de energía eléctrica -parques eólicos marinos- en los términos anteriormente expuestos.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con la fundamentación del presente Dictamen concurre fundamento constitucional y estatutario para que el Gobierno de Canarias haya formulado

requerimiento de incompetencia al Estado en relación con R.D. 1485/2012, de 29 de octubre, modificando el RD 1028/2007, de 20 de julio, al corresponder a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia para autorizar las instalaciones de generación eléctrica eólica ubicadas en el mar, acopladas exclusivamente a la red eléctrica canaria.