

**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN
DEL MEDIO AMBIENTE
(PRIMER SEMESTRE 2017)**

JORDI JARIA I MANZANO

Profesor agregado Serra Húnter de Derecho Constitucional y Ambiental

Universitat Rovira i Virgili

Sumario: 1. Cuestiones competenciales sobre el almacenamiento geológico del dióxido de carbono. 2. Competencias en relación con las energías renovables, la cogeneración y la eficiencia energética. 3. El carácter básico del peaje de las instalaciones de autoconsumo eléctrico. 4. La “protección” de los toros.

**1. CUESTIONES COMPETENCIALES SOBRE EL ALMACENAMIENTO
GEOLÓGICO DEL DIÓXIDO DE CARBONO**

En el período analizado por esta crónica, que alcanza hasta el 1 de marzo de 2017, el Tribunal Constitucional ha resuelto un par de controversias en relación con la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono. En ambos casos se han seguido los derroteros comunes en los últimos tiempos, con una amplia mayoría que favorece el rearme competencial del Estado y la posición subalterna y progresivamente banal de las comunidades autónomas, y una minoría que expresa, a través del correspondiente voto particular, la preocupación por la deriva centralista emprendida por el Tribunal Constitucional, que parece haber perdido todo sentido de la proporción desde la infausta STC 31/2010, de 28 de junio, en la que se pronunciaba sobre la constitucionalidad de la reforma de 2006 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la cual, por cierto, se cita en la argumentación del Tribunal al resolver esta controversia.

En el primero de los supuestos resueltos por el Alto Tribunal, a través de la Sentencia 165/2016, de 6 de octubre de 2016 (BOE, núm. 276, de 15 de noviembre de 2016), se trata del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por

el Gobierno de Aragón en relación con distintos preceptos de la citada Ley 40/2010, de 29 de diciembre. En concreto, el recurrente manifiesta su desacuerdo con la atribución, en la Ley mencionada, de la competencia ejecutiva a la Administración central del Estado en materia de permisos de investigación y concesiones de almacenamiento de dióxido de carbono (CO₂). Efectivamente, como viene siendo habitual, la Administración central asume competencias ejecutivas allí donde el título competencial constitucional le atribuye solo competencias básicas, en este caso, de acuerdo con el artículo 149.1.23 y 25 CE, de modo que lo excepcional se va convirtiendo en la regla y priva de todo sentido a la propia noción de bases, absolutamente desdibujada en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional.

El juez de la constitucionalidad, después de encuadrar la normativa discutida en el marco de la competencia relativa al régimen minero (FJ 5.º), sin que quepa considerar que quede suficientemente acreditada en la argumentación desplegada la selección del título competencial, pasa a examinar la cuestión de la titularidad. En este sentido, es significativo que, en los fundamentos jurídicos siguientes, considere irrelevantes la base jurídica de la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono, cuya trasposición se opera a través de la normativa discutida, así como su fundamento sustantivo, a saber, la prevención del cambio climático, cuestión que, trayendo causa de la tantas veces criticada en estas páginas STC 13/1998, de 22 de enero, el Tribunal Constitucional considera que no tiene mucho que ver con la protección del medio ambiente.

En este caso, sin embargo, la diferenciación competencial no sería muy relevante, puesto que también el artículo 149.1.25 CE atribuye al Estado una competencia meramente básica. Como era de esperar, ello no afecta de modo significativo a la argumentación del Tribunal, que opta de nuevo por extender las bases hasta la ejecución. Transcribo a continuación el fundamento jurídico 10, en el que el Tribunal Constitucional explica sus razones a tal efecto:

Esta tesis central de la demanda no puede ser aceptada. Es cierto que la “previsión de que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan compartir un ámbito material determinado en el ejercicio de diferentes

potestades y funciones es una de las características típicas del modelo territorial del Estado autonómico. El concurso de dichas potestades y funciones sobre una misma materia se ordena en la Constitución, en términos de principio, bien atribuyendo al Estado central la competencia legislativa y permitiendo la atribución a las Comunidades Autónomas de las competencias de ejecución, bien confiando al primero el establecimiento de normas legales básicas y haciendo posible que las Comunidades Autónomas desarrollen legislativamente dichas bases y sean titulares de las correspondientes potestades de reglamentación y ejecución de la legalidad desarrollada”. En relación con este último patrón de reparto de competencias, el concepto constitucional de las bases estatales incluye, desde luego, la fijación por las instituciones generales de Estado de los “principios o mínimo común normativo” de una materia en normas con rango de ley; contenido éste que es el que “mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada” (por todas, SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 60). Sin embargo, es doctrina constitucional que “también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1999, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente)”. Y ello, *no como pura excepción al criterio de las bases estatales con un contenido principal o de mínimo normativo y formalizadas mediante ley, sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada* (por todas, STC 31/2010, FJ 60).

La tesis de que la investigación y explotación de las estructuras subterráneas, con la finalidad de almacenar dióxido de carbono, debe atenerse literalmente a la regla general que es propia del reparto competencial propio de las bases, en virtud de la cual corresponde al Estado fijar un mínimo común denominador normativo y a la Comunidad Autónoma su íntegro desarrollo y ejecución, es una tesis que ignora o hace abstracción de algunos de los rasgos esenciales de la normativa específica que ha introducido la Ley 40/2010, que justifican que esta variedad de uso

del dominio público minero consistente en almacenar dióxido de carbono en el subsuelo no quede ya sometida a las normas comunes de la legislación minera, enunciadas por la Ley de minas de 1973, sino a un cuerpo normativo especial, en el que se ha querido explícitamente establecer un régimen específico.

Así, como hemos visto en fundamentos jurídicos anteriores, la Ley 40/2010 establece un marco regulador específico para una tecnología novedosa, que se encuentra en proceso de experimentación y desarrollo y que ofrece indudables ventajas en la lucha contra el cambio climático y, al mismo tiempo, indudables riesgos para la salud y el medio natural. En su afán por impulsar el desarrollo de esta nueva tecnología, la Directiva 2009/31 de la Unión Europea ha introducido un conjunto de reglas, de entre las cuales destaca aquella que considera que los Estados miembros tienen competencia para decidir las zonas en las que podrán situarse los emplazamientos de almacenamiento; potestad que “incluye el derecho de los Estados miembros a no permitir almacenamiento alguno en partes de su territorio o en la totalidad del mismo” (art. 4.1 de la Directiva 2009/31). A diferencia de otros Estados miembros, el Reino de España ha optado, dentro del margen de libre configuración legislativa que le corresponde, por no establecer prohibiciones de carácter general o zonal en las disposiciones legales, sino de apreciar la posibilidad de autorizar o denegar el uso del territorio español atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y en función de los estudios que toda empresa interesada deba llevar a cabo (arts. 10.1 y 11.5 de la Ley 40/2010).

Igualmente, señala que uno de los ejes centrales del régimen establecido por la Directiva 2009/31 y plasmado en nuestro Derecho por la Ley 40/2010 consiste en prever que, cuando la concesión del dominio minero se extinga, los Estados miembros deben asumir directamente la responsabilidad derivada del almacenamiento del dióxido de carbono de manera indefinida. Esa transferencia de responsabilidad, regida por el art. 24 de la Ley 40/2010 (como vimos en el fundamento jurídico 6), no impugnado por la demanda de inconstitucionalidad, hace recaer la responsabilidad por cualquier fuga o daño que pudiera producirse en los lugares de almacenamiento del dióxido de carbono, una vez extinguida la concesión demanial y vencido el plazo de transición posterior, y por un plazo indefinido, directamente sobre el Estado.

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

La evidente dimensión supraterritorial del fenómeno regulado se refleja, igualmente, en el Preámbulo de la norma impugnada en el que se destaca cómo el establecimiento de grandes instalaciones de combustión — grandes centrales térmicas— de competencia estatal vendrá íntimamente asociado a la obtención de concesiones de almacenamiento.

En la línea referida, este Tribunal, en relación con la ordenación del sector de la energía nuclear y radioactiva, tuvo ya la oportunidad de afirmar la constitucionalidad de aquella normativa básica estatal que había optado por un sistema abierto a todo el territorio nacional y no por un modelo de gestión autonómica de los residuos radioactivos, pues en aquella ocasión consideramos que “corresponde al legislador básico, en razón a las características estructurales de que se pretenda dotar al sector de la energía nuclear, decidir si los residuos generados en una Comunidad Autónoma han de ser necesariamente almacenados en la misma Comunidad, o si, por el contrario, resulta más adecuado distribuir

estratégicamente los centros de producción y los almacenes de residuos de esta modalidad de energía, teniendo como referencia el conjunto del territorio nacional, según las pautas que se estimen convenientes” [STC 14/2004, de 13 de febrero, FJ 13.º] [la cursiva es mía].

Considero suficiente la reproducción, a continuación, del segundo apartado del voto particular formulado por la magistrada Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, para mostrar la insuficiencia del razonamiento de la mayoría, que, justamente por su habitualidad en los tiempos recientes, se convierte en extremadamente peligroso para unas comunidades autónomas indefensas ante el crecimiento desatado de las bases estatales. Los magistrados discrepantes se expresan en los términos siguientes:

A continuación comenzaré indicando qué tipo de razones han sido consideradas válidas por este Tribunal para justificar la asunción estatal de competencias ejecutivas que, en principio, corresponden a las Comunidades Autónomas. Posteriormente examinaré las que aduce la presente Sentencia.

a) Uno de los supuestos excepcionales en los que, según nuestra doctrina, resulta justificado el ejercicio por el Estado de una competencia de ejecución que no le está atribuida por el bloque de constitucionalidad es cuando la realización de actos ejecutivos singulares sea necesaria para preservar la integridad de lo básico y garantizar la consecución de los fines inherentes a la regulación básica (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FFJJ 3, 10 y 26; 133/1997, de 16 de julio, FJ 12, y 235/1999, de 20 de diciembre, FFJJ 6, 7, 8, 10 y 11, todas ellas en relación con las funciones de autorización, supervisión e inspección atribuidas al Banco de España, que requieren un juicio técnico y protegen el interés supraautonómico de la estabilidad del sistema financiero en su conjunto; STC 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 4, relativa a la posibilidad excepcional, para evitar daños irreparables, de una intervención estatal frente a una contaminación de dimensión supraautonómica; y STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 25, en relación con la actividad estatal de inscripción registral en un catálogo nacional de especies amenazadas). Otro de los supuestos excepcionales consiste en que la actividad pública no admita fraccionamiento (por todas,

SSTC 194/2011, de 13 de diciembre, FJ 5, y 22/2014, de 13 de febrero, FJ 2).

Ninguna de las anteriores líneas argumentativas resulta aplicable al presente supuesto. Probablemente consciente de nuestra doctrina constitucional, el legislador se puso la venda antes de la herida y en el preámbulo de la norma impugnada esgrimió diversas razones de orden económico para justificar la asunción estatal de competencias, que giran en torno al favorecimiento del cambio de modelo energético que garantizase un desarrollo económico sostenible. Como ya he indicado, la Sentencia de la que discrepo rechaza con contundencia y solidez el encuadramiento de la Ley impugnada en la materia económica. Sin embargo, no es coherente a la hora de extraer las consecuencias competenciales pertinentes del encuadramiento en la materia minera. En lugar de aplicar la regla de la competencia ejecutiva autonómica que deriva de dicho encuadramiento, la Sentencia se lanza a la búsqueda de argumentos que justifiquen una notable alteración de esa regla. A mi juicio, ninguno de los argumentos aducidos es adecuado.

b) Algunos de los argumentos son especialmente endebles: 1) el carácter de “tecnología novedosa, que se encuentra en proceso de experimentación y desarrollo” y la necesidad de “tener una visión completa de la nueva tecnología” constituyen curiosos argumentos para soslayar la distribución competencial; 2) el que los Estados miembros de la Unión Europea tengan competencia para decidir las zonas en las que podrán situarse los emplazamientos de almacenamiento y que España haya renunciado a fijar tales zonas, son elementos normativos del modelo implantado irrelevantes para determinar la titularidad de las facultades ejecutivas resultantes; 3) el que, de acuerdo con el Derecho de la Unión, el Estado miembro asuma la responsabilidad directa derivada del almacenamiento del dióxido de carbono de forma indefinida al cabo de veinte años no supone impedimento alguno para el ejercicio autonómico ordinario de las facultades ejecutivas, pues las Comunidades Autónomas son también, a todos los efectos, Estado; 4) la necesidad de establecer un tratamiento unitario frente a los riesgos asociados para la seguridad colectiva no es más que una consideración genérica. La comparación con la regulación estatal del fracking corrobora la debilidad de esos argumentos. El fracking es también una técnica novedosa y discutida, con importantes riesgos para

la seguridad colectiva, y, sin embargo, no motivó una alteración de la distribución competencial. El legislador estatal puede utilizar —como ha hecho— sus bases para condicionar el contenido y la forma de ejercer las competencias ejecutivas que corresponden a las Comunidades Autónomas: si opta por no excluir zona alguna para el almacenamiento geológico (al igual que hizo con el fracking) y por no endurecer los requisitos ambientales, ¿qué relevancia puede tener su carácter novedoso para excluir el ejercicio autonómico de las competencias ejecutivas?

c) Tampoco resulta relevante que la regulación cuya ejecución se controvierte en este proceso constituya un cuerpo normativo específico, extramuros de la Ley de minas, pues se trata de una cuestión puramente formal y que, además, la propia Sentencia se encarga de relativizar en diversas ocasiones, por ejemplo al afirmar que la Ley 40/2010 “precisa y desarrolla las normas generales de minería que rigen en España a la nueva tecnología” o que se trata de “normas sustantivas sobre el régimen de uso de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos que forman el demanio minero” (FJ 5). De hecho, en diversos Estados miembros de la Unión Europea la Directiva 2009/31/CE no ha sido transpuesta mediante una ley específica, sino mediante la incorporación de las exigencias europeas a la legislación interna que se ocupa del fenómeno, sea la minera, la de hidrocarburos o la ambiental. Por lo demás, las propias indicaciones de la Sentencia antes mencionadas son suficientes para descartar la analogía con el sector nuclear que se esgrime también como argumento a favor de la competencia estatal, pues la problemática de la gestión de los residuos radioactivos no es equiparable a la del almacenamiento de dióxido de carbono.

d) Más fuerza persuasiva podría tener, en principio, el argumento relativo a la supuesta dimensión supraterritorial del fenómeno regulado. La Sentencia aduce que las concesiones de almacenamiento “no constituyen sino la última fase de un proceso más complejo que se pretende promover a través de la implantación de la nueva tecnología regulada” y que “es indispensable tomar en consideración la interconexión que se debe producir entre los lugares de almacenamiento, las redes de transporte y las instalaciones de captura”. El argumento se completa con dos ideas: por un lado, las redes de transporte “pueden tener una clara dimensión supraterritorial e incluso supranacional”; y, por otro, la dimensión territorial

se reflejaría en las grandes instalaciones de combustión de competencia estatal, cuyo establecimiento vendría asociado a la obtención de concesiones de almacenamiento.

Sin embargo, esa fundamentación no puede ser determinante. Su principal problema es que no atiende a las concretas facultades ejecutivas objeto de la disputa competencial, que no son más que las relativas al almacenamiento de dióxido de carbono. Además, la Ley ni siquiera regula propiamente las redes de transporte o las instalaciones de captura. Su regulación se centra en un determinado tipo de almacenamiento de carbono. Cuando se establezcan disposiciones específicas sobre las redes de transporte o las instalaciones de captura, se podrá determinar a quién le corresponde su aplicación, atendiendo a sus características. Las redes de transporte podrán tener dimensión supracomunitaria o no, tal como ocurre con el transporte de energía eléctrica, respecto al cual la Constitución proclama un criterio claro de reparto competencial (art. 149.1.22 CE). Asimismo, no se comprende por qué la autorización estatal de una determinada instalación productora de dióxido de carbono ha de condicionar la autoridad competente para otorgar la concesión para almacenar el dióxido de carbono producido; las grandes instalaciones de combustión ni siquiera están obligadas a capturar y almacenar el dióxido de carbono producido, por lo que la vinculación que establece la Sentencia entre su autorización y la concesión de almacenamiento, no es real actualmente. Y, en todo, caso, el argumento solo valdría para las concesiones de almacenamientos vinculadas al dióxido de carbono producido y capturado por las grandes instalaciones de combustión, no para el conjunto de las concesiones, como prevé la norma impugnada.

e) Las demás facultades ejecutivas controvertidas, distintas del otorgamiento de la concesión de almacenamiento, deberían haber seguido igualmente la regla de la titularidad autonómica. La Sentencia de la que disiento reconoce la titularidad estatal sobre ellas de forma muy genérica, casi apodíctica, al final del fundamento jurídico 12. Los argumentos que se exponen allí no resultan tampoco convincentes. Por un lado, la circunstancia de que una investigación se proyecte sobre el territorio de más de una Comunidad Autónoma no justifica la competencia estatal para otorgar el correspondiente permiso. El objeto del permiso, la investigación, es una actividad perfectamente fraccionable y también ha de serlo la

actividad de otorgamiento de los correspondientes permisos. El estudio de conjunto al que alude la Sentencia deberá ser el resultado de reunir y valorar toda la información recogida en las diversas Comunidades Autónomas que se quieran investigar. El otorgamiento de un permiso único no es requisito imprescindible para poder realizar ese estudio de conjunto. Por otro lado, la garantía del acceso a los lugares de almacenamiento en términos transparentes y no discriminatorios no justifica la competencia estatal sobre esa potestad: frente a lo que afirma la Sentencia ni es una potestad vinculada a la efectividad de las normas básicas establecidas en la Ley, ni la garantía de estas requiere que dicha potestad sea ejercida por los órganos centrales del Estado.

Por todo ello, a mi juicio, la Sentencia debió haber concluido que, dentro de su territorio, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la titularidad de las facultades ejecutivas en materia de almacenamiento de dióxido de carbono en estructuras subterráneas. Facultades indebidamente atribuidas al Estado por la Ley 40/2010, lo que debería haber determinado que los preceptos correspondientes fueran declarados contrarios al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucionales y nulos.

En conclusión, como pone de manifiesto el citado voto particular, “se comprueba con el análisis de la presente y de otras Sentencias recientes, ese particular entendimiento [la generalización acrítica e incondicionada de la línea jurisprudencial que admite excepcionalmente la adopción de actos de ejecución como parte de lo básico] conduce a una importante alteración de las reglas de distribución competencial que derivan del bloque de constitucionalidad y produce, en consecuencia, un preocupante efecto corrosivo sobre las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas, cuyo ámbito competencial se va reduciendo progresivamente. En el presente supuesto, la aplicación de la citada doctrina por este Tribunal no sirve para justificar que los órganos centrales del Estado adopten concretos actos singulares de ejecución en situaciones precisas, sino que llega hasta el extremo de producir una drástica ablación de casi la totalidad de las facultades ejecutivas de las Comunidades Autónomas relativas al almacenamiento geológico de dióxido de carbono”.

No hace falta decir mucho más. Solo es necesario señalar que el Tribunal Constitucional ha resuelto en el mismo sentido el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia en relación con el mismo cuerpo normativo a través de la Sentencia 182/2016, de 3 de noviembre de 2016 (BOE, núm. 299, de 12 de diciembre de 2016). Asimismo, los magistrados disidentes reiteraron sus argumentos en el voto particular correspondiente.

2. COMPETENCIAS EN RELACIÓN CON LAS ENERGÍAS RENOVABLES, LA COGENERACIÓN Y LA EFICIENCIA ENERGÉTICA

La Sentencia 171/2016, de 6 de octubre de 2016 (BOE, núm. 276, de 15 de noviembre de 2016), ha resuelto el conflicto de competencias planteado por el Govern de la Generalitat de Catalunya en relación con diferentes preceptos del Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a las auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía. Como en el caso anterior, la controversia se centra en la asunción por parte de las instituciones centrales del Estado de competencias ejecutivas en ámbitos materiales en los que constitucionalmente tienen atribuidas competencias sobre las bases —en este caso, según el Govern recurrente, el artículo 149.1.23, esto es, medio ambiente, y 25, esto es, régimen energético, aparte del artículo 149.1.13 CE, relativo a las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica, competencia con una notable vis expansiva que ha servido históricamente para amparar la acción de las instituciones centrales del Estado en los sectores materiales más diversos—.

En este caso, se da la particularidad de que, en relación con algunos de los preceptos impugnados, debe estarse a lo que dispone el artículo 149.1.22 CE en relación con la autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra comunidad autónoma o el transporte de energía se produzca más allá de su ámbito territorial. Sin embargo, el pronunciamiento del Tribunal admite la constitucionalidad de la mayor parte de los preceptos

impugnados a partir de la consideración de la dimensión supraterritorial de la actividad, que justificaría, en este caso, la extensión de las bases a los actos de ejecución (FJ 5.º), de modo que, al final, es la ampliación “excepcional” de las competencias básicas del Estado lo que articula el sentido del fallo.

En cualquier caso, cabe añadir que el Tribunal Constitucional emite, en este caso, una sentencia parcialmente interpretativa, ya que salva la constitucionalidad de la disposición final primera a través de la interpretación constitucionalmente conforme que propone. Así, el Alto Tribunal considera que debe entenderse “de conformidad con la misma, que lo señalado en la disposición final primera del Real Decreto 56/2016 no vulnera la distribución competencial, en la medida en que la aplicación de los criterios técnicos de potencia térmica total allí previstos para las instalaciones térmicas de generación de electricidad, que apliquen la cogeneración de alta eficiencia, coincidan materialmente con los criterios constitucionales del aprovechamiento y del transporte intra- o extracomunitario contemplados en el art. 149.1.22 CE, de acuerdo con la doctrina que acaba de examinarse”. Sin embargo, en la medida en que no entra a juzgar esos criterios técnicos, parece dar por buenos los que la legislación básica estatal establezca, ya que no hay otro control suplementario que el que el Tribunal pueda hacer para determinar si los criterios de potencia escogidos por el legislador estatal se corresponden, efectivamente, con lo que dispone el artículo 149.1.22 CE, esto es, si la instalación afectada tiene o no dimensión extracomunitaria. No parece, en definitiva, la mejor opción desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

También cabe referirse, en este punto, a la Sentencia 36/2017, de 1 de marzo (BOE, núm. 83, de 7 de abril de 2017), que resuelve el conflicto positivo de competencia núm. 5958-2014, promovido por el Govern de la Generalitat de Catalunya contra los artículos 8, apartados 1 y 2, 30 y 35.1 a) i) y la disposición final primera del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Nuevamente, la controversia se refiere a la extensión de las competencias en materia de legislación básica del Estado. Como explica el propio Tribunal: “El conflicto se promueve exclusivamente en relación con determinados preceptos del Real Decreto 413/2014 —en concreto

los arts. 8, apartados 1 y 2, 30 y 35.1 a) i)— que imponen a los titulares de las instalaciones de producción eléctrica la obligación de remitir determinada información directamente a la Administración general del Estado o bien que le atribuyen a esta Administración facultades ejecutivas (inspección y autorización) en relación con las instalaciones de producción eléctrica. Adicionalmente se impugna la calificación de básicos de dichos preceptos que contiene la disposición final primera”.

El Alto Tribunal considera que el Estado ha actuado dentro de sus competencias y, en particular, se pronuncia sobre la apreciación de las circunstancias “excepcionales” que permiten la extensión de la legislación básica a la ejecución. De acuerdo con el Tribunal Constitucional:

Atendiendo a la queja formulada, lo que hemos de determinar ahora es si la excepcional reserva de funciones ejecutivas resulta precisa para garantizar la efectividad de las normas básicas del sector, conforme a la doctrina que hemos expuesto. En el entendimiento de este precepto ha de partirse del reiterado criterio mantenido por este Tribunal, en cuya virtud, “en la labor hermenéutica de los preceptos legales resulta obligado apurar todas las posibilidades de interpretación de conformidad con la Constitución y apreciar la invalidez sólo de aquellos cuya incompatibilidad con la Norma suprema resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación” (STC 4/2013, FJ 8).

A la vista de los argumentos aportados, debemos concluir que los presupuestos necesarios para fundamentar una excepcionalidad ejecutiva concurren en el supuesto que se examina. Aunque se trata de inspecciones que se desarrollan íntegramente dentro el territorio de la Comunidad Autónoma, tienen por finalidad la “comprobación del cumplimiento de los requisitos necesarios para el otorgamiento y mantenimiento” del derecho a la retribución específica. La ordenación del régimen retributivo específico y su adjudicación en concurrencia competitiva corresponde al Estado. Como se indicó anteriormente, el régimen retributivo específico se caracteriza por una notable complejidad técnica pues incluye numerosos parámetros retributivos. Por tanto, de forma similar a como argumentamos en la STC 32/2016, FJ 10, no puede excluirse totalmente que las referidas inspecciones incidan en el correcto funcionamiento del régimen retributivo específico que corresponde

garantizar al Estado, pues la experiencia que se obtenga mediante la realización directa de la actividad de inspección podrá contribuir a la mejora del régimen retributivo específico, a través de las revisiones y actualizaciones que contempla el propio Real Decreto. Por otra parte, conforme a su dicción literal, la atribución a un órgano estatal de la función de inspección se circunscribe a la mencionada finalidad y, por lo tanto, deja a salvo la capacidad autonómica para realizar inspecciones en el ámbito de sus competencias. El precepto no es, por tanto, excluyente de las competencias autonómicas en la materia en aquellos supuestos que no estén vinculados a aspectos básicos que corresponde garantizar al Estado. Es posible entonces que las Comunidades Autónomas realicen las inspecciones que consideren necesarias sobre los aspectos vinculados a su propio ámbito de competencias (FJ 4) [la cursiva es mía].

Cabe notar, en primer lugar, que la aplicación del principio de conservación de la norma que realiza el Tribunal Constitucional es altamente selectiva, ya que, como veremos en la siguiente sentencia que comentaré, parece que no se aplica con tal delicadeza cuando se trata de normas autonómicas. Por otro lado, es discutible que un principio que pretende expresar la deferencia debida al legislador en la tensión permanente entre constitucionalidad y democracia beneficie también a las normas reglamentarias, que no son un producto del legislador democrático. Finalmente, cabe notar que la pretendida excepcionalidad de la extensión de las competencias básicas al ámbito de la ejecución es cada vez menos excepcional, lo que, por lo demás, es señalado en el voto particular suscrito por la ponente de la Sentencia, Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré.

3. EL CARÁCTER BÁSICO DEL PEAJE DE LAS INSTALACIONES DE AUTOCONSUMO ELÉCTRICO

Continuando con las controversias en materia energética, debo mencionar ahora la Sentencia 205/2016, de 1 de diciembre (BOE, núm. 7, de 9 de enero de 2017), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno respecto del apartado 12 del artículo único de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 11/2015, de 30 de marzo, de modificación de la Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de energías renovables y ahorro y

eficiencia energética de la Región de Murcia. El precepto controvertido añadía un nuevo artículo 20 bis a la Ley citada, con el tenor siguiente:

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

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

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

De acuerdo con el abogado del Estado, el precepto impugnado supondría una extralimitación normativa respecto de la regulación básica estatal, fundamentalmente en relación con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. El Tribunal Constitucional considera que, efectivamente, la normativa murciana contradice las bases estatales y, en consecuencia, declara su inconstitucionalidad. Sin embargo, si bien es cierto que puede concluirse que la exención del peaje en el caso del apartado 2 de la disposición controvertida es claramente contradictoria con los apartados 2 y 3 del artículo 9 de la Ley 24/2013, sobre cuyo carácter básico no se discute, sin

embargo, ello es más dudoso en el caso de los apartados 1 y 3 del artículo 20 bis de la Ley 10/2006, que se refiere justamente a instalaciones no conectadas a la red, por lo que no puede apreciarse una contravención nítida con lo que dispone el ya mencionado artículo 9 de la Ley estatal. En este caso, sin embargo, la regulación del legislador autonómico no parece beneficiarse del principio de conservación de la norma a través de la interpretación conforme con la Constitución.

4. LA “PROTECCIÓN” DE LOS TOROS

En un plano muy distinto a las sentencias comentadas hasta ahora, donde la discusión se centraba en la incidencia regulatoria o ejecutiva en determinados sectores de actividad, se sitúa la Sentencia 177/2016, de 20 de octubre (BOE, núm. 285, de 25 de noviembre de 2016), una resolución que incide en una cuestión de una dimensión mayormente cultural e identitaria como son las corridas de toros. Es sabido que el Parlament de Catalunya decidió la prohibición de tal actividad mediante la Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, que, por cierto, provenía de una iniciativa legislativa popular. En cualquier caso, cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular consideraron que tal prohibición contravenía la Constitución, por lo que decidieron impugnarla a través del correspondiente recurso de inconstitucionalidad. En el recurso se consideraban tanto cuestiones sustantivas como competenciales.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, decide centrar la cuestión debatida en torno a la discusión competencial. En este sentido, reconoce las facultades de las autoridades catalanas en relación con la policía de espectáculos, que, por otro lado, habían constituido el elemento nuclear del pronunciamiento, en su día, del Consejo de Garantías Estatutarias a la hora de valorar lo que, por entonces, era una proposición de ley. Así, el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias 12/2010, de 5 de julio, consideraba lo siguiente:

En conseqüència, el manteniment de la competència exclusiva de la Generalitat sobre els espectacles “que inclou, en tot cas, l’ordenació del

sector, el règim d'intervenció administrativa i el control de tota mena d'espectacles en espais i locals públics", especialment, en allò que es refereix a la competència per establir el règim jurídic regulador de la matèria. La qual cosa habilita el legislador català per exercir la potestat normativa a fi d'innovar situacions jurídiques preexistents en matèria d'espectacles, i així garantir la tutela d'un bé jurídic com és, en el cas de la Proposició de Llei objecte del Dictamen, la protecció dels animals, en l'exercici de la competència reconeguda a l'article 116.1.d EAC. I, per tant, no impedeix que es pugui preveure un supòsit de prohibició de l'espectacle públic de les corrides de toros, tal com s'estableix a l'article primer de la Proposició de Llei de modificació de l'article 6 del Text refós de la Llei de protecció dels animals, aprovat pel Decret legislatiu 2/2008, de 15 d'abril, que és objecte d'aquest Dictamen.

Es cierto que en aquel dictamen hubo un voto particular, suscrito por el consejero Julio Añoveros Trias de Bes, en el sentido de que las instituciones centrales del Estado tendrían competencias en materia de tauromaquia, por lo que la prohibición operada en la norma finalmente aprobada por el Parlament de Catalunya constituiría un exceso competencial. Sin embargo, el mencionado voto se mantenía en una zona ambigua entre una pretendida exclusividad de la competencia de prohibir los toros atribuida al Estado —lo que, por otro lado, subyace tanto a la argumentación de los recurrentes como a la de la mayoría del Tribunal— y una defensa de esa práctica, de la que, en ocasiones, insinúa la existencia de un mandato constitucional de preservación, para concluir con una acusación de "analfabetismo jurídico" dirigida a los autores de una proposición de ley que manifiestamente conculcaba la mínima cortesía institucional.

La mayoría del Tribunal Constitucional no incurre en tales excesos, pero, en cualquier caso, articula una competencia estatal en la materia a partir del título competencial en materia de cultura, de acuerdo con el artículo 149.2 CE. El desarrollo de la argumentación en relación con dicha competencia estatal acaba siendo igualmente displicente con el legislador autonómico. Así, el juez de la constitucionalidad considera lo siguiente:

[U]na vez determinado que las corridas de toros y espectáculos similares son una expresión más de carácter cultural, de manera que pueden formar

parte del patrimonio cultural común que *permite una intervención del Estado dirigida a su preservación ex art. 149.2 CE*, habrá que valorar si existen instrumentos normativos en que se hayan efectivamente materializado estas competencias estatales en materia de cultura, específicamente en lo relativo a las corridas de toros. Tales normas, de ser posteriores a la impugnada, serían susceptibles de ser consideradas como elementos de referencia que deben tomarse en consideración en este proceso, en línea de semejanza con la doctrina que este Tribunal ha establecido en relación con el denominado *ius superveniens* (por todas, STC 8/2016, de 21 de enero, FJ 2, y las allí citadas).

Al respecto, ya la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas de espectáculos taurinos, aludía en su exposición de motivos a la conexión de tales espectáculos con el fomento de la cultura que corresponde al Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.2 CE, conexión que determinaba que, conforme a su artículo 4.1, la Administración del Estado pudiera adoptar medidas destinadas a fomentar y proteger la preparación, organización y celebración de espectáculos taurinos “en atención a la tradición y vigencia cultural de la fiesta de los toros”.

Con posterioridad a la promulgación de la Ley autonómica impugnada, se aprobó por el Estado la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural “digno de protección en todo el territorio nacional” que establece un deber de protección y conservación de la tauromaquia; diversas medidas de fomento y protección en el ámbito de la Administración general del Estado y el principio de participación y colaboración entre las Administraciones públicas. Asimismo, el Estado ha aprobado la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial con el objeto de regular “la acción de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el patrimonio cultural inmaterial, en sus respectivos ámbitos de competencias”. Ambas Leyes, aprobadas por el Estado en ejercicio, entre otras, de las competencias de los arts. 149.1.28.^a y 149.2 CE, si bien no constituyen parámetro directo de constitucionalidad (pues en este caso el canon viene constituido, exclusivamente, por las reglas de distribución competencial contenida en los mencionados preceptos constitucionales y los estatutarios que con ellos se relacionen), deben ser consideradas como un elemento añadido de análisis, (en un sentido

similar, STC 122/2014, de 17 de julio, FJ 4, allí por referencia a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español) reiterando, no obstante, que lo planteado en este recurso se refiere directamente al alcance de los respectivos títulos competenciales estatales y autonómicos y, por tanto, a la verificación de si la Comunidad Autónoma, ha ejercido correctamente sus competencias o, por el contrario, al hacerlo ha menoscabado o perturbado las competencias estatales.

La Ley 18/2013 define la tauromaquia como “el conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas, incluyendo la crianza y selección del toro de lidia, que confluyen en la corrida de toros moderna y el arte de lidiar, expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español” —y, por extensión, toda manifestación artística y cultural vinculada a la misma— (artículo 1) que, como tal, “forma parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional, de acuerdo con la normativa aplicable y los tratados internacionales sobre la materia” (artículo 2). La preservación de la tauromaquia como patrimonio cultural pasa por la imposición del deber a los poderes públicos de garantizar la conservación y promover su enriquecimiento, de acuerdo con lo previsto en el art. 46 CE (artículo 3), a través de las medidas específicas que contemplan tanto la Ley 18/2013 como la Ley 10/2015. Por su parte, la ya mencionada Ley 10/2015 reconoce en su preámbulo que las previsiones legislativas establecen un “tratamiento general” del patrimonio cultural inmaterial a la luz del notable florecimiento conceptual así como de la conciencia social y, sobre todo, en el ordenamiento jurídico internacional. Así, según el art. 2 de la Ley 10/2015 “tendrán consideración de bienes del patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural y, en particular: a) tradiciones y expresiones orales, incluidas las modalidades y particularidades lingüísticas como vehículo del patrimonio cultural inmaterial, así como la toponimia tradicional como instrumento para la concreción de la denominación geográfica de los territorios; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales; f) gastronomía, elaboraciones culinarias y alimentación; g) aprovechamientos específicos

de los paisajes naturales; h) formas de socialización colectiva y organizaciones y j) manifestaciones sonoras, música y danza tradicional”.

Lo hasta aquí expuesto de forma resumida acerca del patrimonio cultural inmaterial resulta relevante en la resolución de este recurso de inconstitucionalidad pues la disposición final sexta de la Ley 10/2015 establece que lo dispuesto en ella se entiende “en todo caso, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural”. *De lo anterior se deduce que el Estado, en el ejercicio, entre otras, de sus competencias derivadas del art. 149.2 CE, ha adoptado un conjunto de normas, no controvertidas competencialmente ante este Tribunal, de las que se infiere que el Estado ha declarado formalmente la tauromaquia como patrimonio cultural. Esta circunstancia es relevante a efectos del enjuiciamiento que se nos demanda pues hemos afirmado reiteradamente (SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 27/1987, de 27 de febrero, FJ 4; 48/1988, de 22 de marzo, FJ3, y 154/1988, de 21 de julio, FJ 3) al precisar los términos en que debe ejercerse la fiscalización procedente en los recursos de inconstitucionalidad, que lo que nos corresponde considerar es “si un producto normativo se atempera, en el momento de nuestro examen jurisdiccional”, a los límites y condiciones a que en ese momento está constreñido [la cursiva es mía].*

No hay demasiado más que añadir, fuera de la sorpresa que pueda causar que el Tribunal Constitucional avale que el legislador estatal pueda definir su ámbito de competencia —incluso *ex post facto*— ante una legislación autonómica con la que está en desacuerdo y que su decisión opere de parámetro de constitucionalidad, a pesar de lo que el propio Tribunal afirma. Si hemos tenido ocasión de ver, a lo largo de estas crónicas en los últimos años, como las comunidades autónomas no tenían apenas margen para tomar decisiones de impacto económico, con la sentencia comentada vemos que ni tan siquiera pueden tomar decisiones relevantes en el ámbito de la cultura, de modo que podría llegar a afirmarse que el juez de la constitucionalidad, sin escrúpulo alguno, ha operado una mutación constitucional de modo que el ámbito de la autonomía de las nacionalidades y regiones, que forma parte del núcleo esencial de la Constitución a partir del artículo 2 CE, se ha degradado hasta un

autogobierno sin densidad alguna, cercano al propio de las administraciones locales.

Que el Tribunal Constitucional pretenda continuar siendo una referencia válida en la articulación del Estado autonómico es ciertamente difícil de entender a estas alturas, habiendo malgastado buena parte de la *auctoritas* que pudiera haber tenido en el pasado con una jurisprudencia manifiestamente sesgada. Por cierto, en la sentencia no hay ninguna alusión relevante al bienestar animal, lo que, en cierto modo, abona la tesis de que la recentralización avalada por el juez de la constitucionalidad lleva aparejada una progresiva pérdida de sensibilidad en relación con las cuestiones ambientales, que, por otro lado, tampoco es que, históricamente, haya sido particularmente acusada en la jurisprudencia del Tribunal. Cabe destacar, en todo caso, los votos particulares suscritos, por una parte, por Adela Asua y Fernando Valdés, y, por otra, por Juan Antonio Xiol, que abundan en la tesis aquí expresada.

Podría decirse, en resumen, que el estupor deja paso a una decepción profunda ante la descapitalización en términos de legitimidad que ha operado la mayoría del Tribunal Constitucional en los últimos años, contribuyendo, de manera inequívoca, a una erosión del Estado autonómico que afecta ya a los fundamentos del pacto constitucional de 1978, lo que está socavando las bases para la convivencia en el seno de la comunidad política entonces establecida. Por lo demás, el medio ambiente puede considerarse un daño colateral en ese proceso.