

Jurisprudencia constitucional: el moderado exceso de detalle de la Ley de evaluación ambiental

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. EVALUACIÓN AMBIENTAL: 2.1. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (STC 53/2017): A) Antecedentes. B) Resumen ejecutivo. C) Planteamiento general de la Sentencia. D) Examen de los preceptos impugnados. E) La cláusula de supletoriedad. F) Balance y consecuencias. 2.2. La Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears (STC 109/2017): A) Planteamiento. B) Ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica. C) Consecuencias de la falta de informe autonómico en las evaluaciones de competencia estatal. D) Consecuencias de la ausencia o defectuosa realización de las evaluaciones 3. ENERGÍA Y MEDIO AMBIENTE: 3.1. Autoconsumo compartido (STC 68/2017): A) Antecedentes. B) La Sentencia. 3.2. Régimen retributivo específico de las renovables (STC 36/2017). 3.3. Castor (STC 152/2017): A) Antecedentes. B) El Real Decreto-ley 13/2014, los recursos y el planteamiento de la Sentencia. C) Sobre las leyes autoaplicativas. 4. AGUAS: 4.1. La Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón (STC 116/2017): A) Planteamiento general. B) La gestión de la reserva hídrica de 6.550 Hm³. C) Otros preceptos. D) Apunte final. 4.2. Aragón y el trasvase Tajo-Segura (STC 155/2017): A) Antecedentes. B) La Sentencia. C) La cuestión de fondo. 5. MONTES Y CAMINOS NATURALES: 5.1. La Red nacional de caminos naturales (STC 118/2017): A) Antecedentes. B) El recurso y la respuesta de la Abogacía del Estado. C) La Sentencia. D) Tres Redes Nacionales, tres sistemas distintos: la extraña

complejidad de nuestro reparto competencial. 5.2. Pastoreo en terrenos forestales incendiados (SSTC 132 y 147/2017): A) Antecedentes. B) La permisión del pastoreo (STC 132/2017). C) El aparato sancionador (STC 147/2017).

1. INTRODUCCIÓN

Aun no siendo tan numerosas como en otras ocasiones, el presente ejercicio (2017) reúne un grupo importante de Sentencias. A la cabeza de ellas, sin duda, la que da título al trabajo, la STC 53/2017, de 11 de mayo, por la que se enjuicia y parcialmente censura, aunque en menor medida tal vez de lo esperado, el exceso de detalle de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. La otra Sentencia en la materia, la STC 109/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears, no le va a la zaga, a mi juicio, en interés.

Energía, agua, caminos naturales y montes completan las temáticas de este periodo, con Sentencias también destacadas sobre el autoconsumo compartido (STC 68/2017), el régimen retributivo especial de las renovables (STC 36/2017), el caso Castor (STC 152/2017), la Ley de aguas y ríos de Aragón (STC 116/2017), el trasvase Tajo-Segura (STC 155/2017), la Red Nacional de caminos naturales (STC 118/2017) y el pastoreo en los montes asturianos incendiados (SSTC 132 y 147/2017).

Como siempre, confío en que estos comentarios, cuando menos selectivamente, resulten de interés para el lector.

2. EVALUACIÓN AMBIENTAL

2.1. LA LEY 21/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (STC 53/2017)

A) Antecedentes

Como imagino le pasaría a todo aquel que leyera cuando se aprobó la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, a mí también me sorprendió en aquel momento el grado de detalle de la nueva

legislación básica en la materia, muy superior al de la suma de los dos textos legales que venía a sustituir¹.

En efecto, al margen de las novedades de contenido, que ahora no hacen al caso, la nueva Ley diseñaba una serie de procedimientos “pluscuamperfectos”, listos para su aplicación por las Administraciones autonómicas, las encargadas de ordinario de ejecutar la legislación en la materia, sin necesidad ni apenas margen para el desarrollo legislativo autonómico, que casi sólo se reconocía expresamente en relación con una serie de plazos (Disposición final octava, apartado 2), y por supuesto también para la Administración General del Estado en los casos en los que, conforme a jurisprudencia constitucional bien asentada, ésta resultara competente para efectuar las evaluaciones, buena prueba de lo cual era la sustitución y derogación también del viejo Reglamento estatal en la materia², algunas de cuyas disposiciones habían sido elevadas de rango, incluso con carácter básico³.

Es más, (1) la nueva Ley venía a tomar partido sobre cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de las evaluaciones que hasta ahora se mantenían en un plano jurisprudencial (inimpugnabilidad separada de las declaraciones de impacto, en cuanto actos de trámite) y procuraba resolver toda clase de problemas interpretativos de los procedimientos que hasta entonces se despejaban mediante la lógica integración de su regulación especial con las normas del procedimiento administrativo común; (2) se establecían unos listados de actividades sujetas a las distintas modalidades de evaluación en apariencia también exhaustivos, sin reconocer expresamente su posibilidad de modulación y/o ampliación autonómica⁴; e incluso (3) parecía desalentarse la existencia de la pluralidad de legislaciones autonómicas en la materia conocida hasta ahora, invitando a los Parlamentos autonómicos a la pura y simple asunción en bloque de la

¹ El Texto Refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero; y la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

² Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre.

³ Por ejemplo, para integrar parte de los contenidos del Anexo VI de la Ley 21/2013 (estudio de impacto ambiental y criterios técnicos).

⁴ Desaparecía, por ejemplo, el clásico supuesto adicional de proyectos sometidos necesariamente a evaluación de impacto ambiental, integrado por aquellos que añadiesen los desarrollos legislativos autonómicos [“Todos los proyectos incluidos en el anexo II cuando sea exigida la evaluación de impacto ambiental por la normativa autonómica”, apartado d) del Grupo 9 del Anexo I del Texto Refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero].

Ley en sus reducidos aspectos no básicos (Disposición final undécima), etc.

Todo ello se justificaba en el Preámbulo por la experiencia adquirida en nuestro país tras más de veinticinco años de aplicación de tan fundamental técnica de prevención ambiental, las disfunciones supuestamente provocadas por la diversidad de regulaciones autonómicas, la necesidad por tanto de una mayor homogeneidad en la regulación de las evaluaciones para potenciar la seguridad jurídica de los operadores, y en definitiva, aunque no se dijera así con palabras textuales, para garantizar la “unidad de mercado”, no siendo casual que simultáneamente se estuviera tramitando en aquellos momentos la Ley relativa a esta materia⁵. Martín RAZQUIN reparó tempranamente en estos propósitos unificadores, que a su juicio constituían la razón de ser fundamental de la nueva Ley de evaluación ambiental⁶.

Pero inmediatamente surgía la pregunta: ¿cómo se había decidido el legislador estatal, conocedor obviamente del reparto de competencias normativas en materia ambiental, y al margen como decíamos de las novedades de fondo, a establecer una legislación básica tan sumamente detallada en relación con una técnica tan sensible y con tanta tradición de desarrollo legislativo autonómico? ¿Guardaba algún as debajo de la manga? No profundicé más entonces en la cuestión...

Al hacerlo ahora, he podido comprobar que el Consejo de Estado, al dictaminar sobre el anteproyecto de ley, no advirtió del posible exceso competencial del texto propuesto⁷. Pero también que en los debates parlamentarios sobre el proyecto de ley⁸, que no se centraron exclusivamente en esta cuestión, sino también por ejemplo y muy señaladamente en la dudosa oportunidad de la iniciativa (tramitada, además, por el procedimiento de urgencia), pendiente como estaba por entonces la aprobación de una nueva normativa comunitaria en la materia⁹,

⁵ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

⁶ RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M., “La evaluación ambiental: tipos, ámbito de aplicación e interrelación”, en: A. Ruiz de Apodaca Espinosa (Dir.), *Régimen jurídico de la evaluación ambiental (Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 124.

⁷ Dictamen del Consejo de Estado de 24 de julio de 2013 (núm. de expediente: 760/2013).

⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, X Legislatura, núm. 145, de 10 de octubre de 2013, pp. 46 y ss.; y núm. 162, de 28 de noviembre de 2013, pp. 51 y ss.

⁹ Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

los grupos de la oposición protestaron, de manera prácticamente unánime y con unos u otros calificativos, por el carácter a su juicio “reglamentista”, “centralizador” y en definitiva posiblemente vulnerador del orden constitucional y estatutario de distribución de competencias del texto en curso de aprobación, frente a lo que el Gobierno y el grupo que lo respaldaba se limitaron a oponer el tipo de argumentos ya mencionados y datos acerca del ciertamente elevado número de evaluaciones de proyectos y planes por entonces pendientes de decisión.

No podía sorprender, pues, que la nueva Ley fuera objeto de algún recurso de inconstitucionalidad, como el que en efecto, aunque en solitario, interpuso el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña frente a un número considerable de sus preceptos, resuelto, y parcialmente estimado, por la STC 53/2017, de 11 de mayo, que inmediatamente vamos a comentar¹⁰.

B) Resumen ejecutivo

Al ir leyendo la STC 53/2017, que a lo largo de sus distintos fundamentos jurídicos va desestimando muchas, pero también estimando otras (no pocas) de las impugnaciones, se puede obtener la impresión de que la Ley 21/2013 va a sufrir un correctivo importante, que sólo se desvanece, o al menos se reconduce a sus justos términos, cuando se llega a los fundamentos finales (FFJJ 17 y 18) y se repara con detenimiento en el fallo, a primera vista también impresionante. Se debe esto, a mi juicio, a que la Sentencia, por lo demás de fácil lectura y bien argumentada, no explica tal vez con la suficiente claridad en sus primeros fundamentos algunas de las claves necesarias para entender cabalmente el alcance de sus pronunciamientos, que sí se desvelan sin embargo, como decíamos, al llegar a su parte final.

Resulta, pues, aconsejable, a mi juicio, comenzar la lectura de la Sentencia por ese tramo final, o al menos después de la parte introductoria (FFJJ 1 a 5) y antes de entrar en los fundamentos que analizan las concretas impugnaciones. Se descubre de esta manera el éxito más bien moderado del recurso y su porqué y, resuelta la intriga, se puede seguir leyendo la Sentencia con menor inquietud.

¹⁰ Las Disposiciones de la Ley 21/2013 sobre el trasvase Tajo-Segura fueron también objeto de un recurso de inconstitucionalidad, promovido por las Cortes de Aragón, resuelto por la STC 13/2015, de 5 de febrero, a la que haremos referencia al analizar la STC 155/2017, de 21 de diciembre.

Con la misma intención, y antes incluso de examinar de forma más precisa los términos de la controversia, voy a comenzar aquí con una especie de resumen ejecutivo de la STC 53/2017:

(1) Comoquiera que la regulación por parte del Estado de la evaluación ambiental en sus distintas modalidades es una actividad, por así decirlo, parcialmente “reflexiva”, es decir, que, sobre establecer un mínimo común denominador de aplicación general (legislación básica), ha de contener la disciplina no sólo básica, sino íntegra de las evaluaciones de su propia competencia, la declaración de inconstitucionalidad por “exceso de detalle” que efectúa la Sentencia de algunos (no pocos) preceptos de la Ley 21/2013 no significa su expulsión del ordenamiento jurídico, sino tan sólo la pérdida de su condición de “normas básicas” (FJ 17 y apartado 1º del fallo), manteniendo su vigencia como legislación directamente aplicable a las evaluaciones de competencia estatal y potencialmente también como legislación supletoria para las de competencia autonómica (o local).

Es más, como buena parte de las apreciaciones de “exceso de detalle” efectuadas por la Sentencia se refieren a la indebida inclusión en la Ley 21/2013 como “legislación básica en materia de protección del medio ambiente” (Disposición final octava, apartado 1) de preceptos tomados de la normativa reguladora del “procedimiento administrativo común” o de las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” (hoy, Leyes 39 y 40/2015), la pérdida de su condición de normas básicas en materia ambiental tampoco significa que dejen de ser vinculantes para las Comunidades Autónomas, puesto que lo seguirán siendo, de acuerdo con su correcta calificación, a través de aquella normativa (FJ 17: “sin perjuicio de aquellas disposiciones que, pese a no poder considerarse como legislación básica de medio ambiente, han de ser también aplicadas por las Comunidades Autónomas por tratarse de reglas de procedimiento común o responder a bases adoptadas en el ejercicio de las competencias que el artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado”).

(2) En segundo lugar, la Sentencia lleva a cabo una interpretación conforme de otra serie (no pequeña) de preceptos que también eran acusados de contener una regulación demasiado pormenorizada de los temas correspondientes (apartado 2º del fallo), lo que significa que en todos estos casos se descarta el exceso de detalle y se mantiene la condición básica de los mismos, con el simple añadido (en eso consiste la interpretación conforme) de que su regulación no ha de entenderse como exhaustiva, sino susceptible de desarrollo legislativo autonómico, lo que no siempre venía advertido de forma expresa en tales preceptos.

(3) En tercer lugar, la cláusula por medio de la cual se facultaba a las Comunidades Autónomas a hacer suya como legislación propia la Ley 21/2013 en su integridad, es decir, tanto en sus contenidos básicos como en los meramente “supletorios” (inciso final de la Disposición final undécima: “No obstante, las Comunidades Autónomas podrán optar por realizar una remisión en bloque a esta ley, que resultará de aplicación en su ámbito territorial como legislación básica y *supletoria*”), se declara ciertamente inconstitucional (apartado 3º del fallo), pero no tanto por su contenido como por el indebido empleo de una terminología “tabú” (FJ 18). Lo que en otros casos no pasa de ser un mero defecto de “técnica legislativa”, que no compete al Tribunal enmendar, merece en este caso su decidido reproche por afectar al entendimiento de una doctrina constitucional arraigada, la relativa a la supletoriedad del Derecho estatal, sobre lo que volveremos después, pero sin que ello signifique que las Comunidades Autónomas no puedan proceder, en efecto, de la manera sugerida por la referida Disposición.

(4) Y, finalmente, y por supuesto, se desestima el recurso en todo lo demás (apartado 4º del fallo), es decir en relación con otra larga serie de preceptos recurridos, cuyo carácter básico, siendo siempre el mismo el motivo de su impugnación, queda confirmado y descartado su supuesto exceso de detalle.

En resumen, pues, tras su examen por la STC 53/2017, la Ley 21/2013 no ha sufrido, como decíamos, ninguna purga importante. Privado por completo de vigencia sólo queda el inciso final de la Disposición final undécima, y privados de su condición de básicos una veintena de preceptos, lo que sólo se traduce en el inconstitucionalidad parcial del apartado primero de la Disposición final octava, que les asignaba junto a otros dicha condición. Por esto y por la relativa poca entidad, como veremos en los apartados siguientes, de los temas que, sin estarlo ya, quedan abiertos ahora a la eventual disparidad de regulaciones autonómicas, cabe concluir que, al menos tras su paso por este recurso y esta Sentencia, la Ley 21/2013 ha triunfado en sus propósitos y el ordenamiento español en materia de evaluaciones ambientales sigue siendo esencialmente uno y el mismo.

C) Planteamiento general de la Sentencia

El Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña impugnó, como ya sabemos, un buen número de preceptos de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, por supuesto “exceso de detalle”, lo que iría en contra de las competencias normativas autonómicas en materia ambiental, y también, según se alegaba en el recurso, de la competencia

autonómica para la regulación de las especialidades de ciertos procedimientos administrativos (arts. 149.1.23 y 149.1.18 CE y concordantes estatutarios, respectivamente).

Tras hacer una introducción sobre las evaluaciones ambientales, tal vez demasiado larga por tratarse de unas técnicas bien conocidas, y un repaso de la doctrina constitucional recaída hasta el momento en esta materia, en el que se rinde un justo homenaje a la Sentencia de cabecera, la STC 13/1998, aunque incluyendo algunos párrafos de la misma tal vez inoportunos por referirse a la cuestión entonces en juego (reparto de competencias ejecutivas), que no era la del caso presente (distribución de competencias normativas) (FJ 3), la STC 53/2017 pasa, como es lógico, a encuadrar competencialmente la disputa y a fijar la doctrina que habrá de servir de referencia para su resolución (FFJJ 3 a 5).

Con razón, tratándose de un conflicto de carácter estrictamente normativo (sin vertiente ejecutiva), la Sentencia centra exclusivamente el debate en el ámbito material de la “protección del medio ambiente”, en el que, como es sabido, al Estado le corresponde el dictado de la “legislación básica” y a las Comunidades Autónomas su “desarrollo legislativo” (art. 149.1.23 CE y concordantes estatutarios). Recuerda después la Sentencia la también muy conocida doctrina sobre el respectivo alcance de dichas funciones en esta materia, incluida la ya tópica, aunque a mi juicio poco justificada, alusión a que el “grado de detalle” de la legislación básica puede ser en este ámbito “mayor” que en otras materias sujetas al mismo esquema de distribución competencial (FJ 4)¹¹.

Pero hace, después, la Sentencia una observación muy oportuna y fundamental para la resolución del caso, la de que las evaluaciones ambientales (EIA y evaluación ambiental estratégica), siendo como son probablemente las técnicas capitales de prevención ambiental conocidas en nuestro ordenamiento, tienen una naturaleza esencialmente *procedimental*, razón por la cual lo que en relación con otros temas puede tener un carácter adjetivo (no básico), esto es, el procedimiento, cobra en este caso una relevancia *sustantiva*, accesible, pues, en mayor medida a la legislación básica [“En definitiva, estamos ante un instrumento de tutela ambiental preventiva fundamental y con un importante cariz procedimental. Esta característica es consustancial, de hecho, a su propia concepción y finalidad, ya que la evaluación ambiental se articula como un trámite complejo y esencial para cohesionar el desarrollo económico con el deber

¹¹ Lo que siempre entendí como una “cortesía” de la STC 102/1995 hacia la STC 149/1991, cuya doctrina expresamente rectificaba.

de protección del medio ambiente que tienen todos los poderes públicos, conforme al artículo 45 CE, en aras de un desarrollo sostenible...”, FJ 3 b)].

Ello no significa, sigue sosteniendo la Sentencia, que la entera regulación de los “procedimientos” de evaluación ambiental deba corresponder al Estado o que en esta materia la legislación básica pueda alcanzar un grado incontrolado de detalle. Va a ser aquí también necesario discriminar. Y los criterios generales para discernir entre lo que puede ser o no básico los deja establecidos la Sentencia, a mi juicio de manera convincente, en la “esencialidad” de las cuestiones y su posible contribución a la mayor “efectividad” de estos instrumentos [“En consecuencia, todos los preceptos que tiendan directamente a dotar de efectividad a la evaluación ambiental y sean esenciales a tal fin deben ser razonablemente considerados como normas básicas sobre protección del medio ambiente”, FJ 5 b)].

Da la vuelta a continuación la Sentencia, también de manera muy razonable, al argumento adicional empleado, como vimos, por el Gobierno catalán en su reivindicación de un mayor margen para el desarrollo legislativo autonómico de los procedimientos de evaluación ambiental: su condición de procedimientos “especiales”. La especialidad de estos procedimientos, viene a decir la Sentencia, no jugaría sólo en favor de la competencia autonómica, sino de ambos legisladores, de acuerdo con las reglas de reparto ya indicadas en materia de “protección del medio ambiente”, a la que por accesoriedad, y según doctrina reiterada, se reconduce en este caso la regulación de dichas especialidades [FJ 3 e)]. Ahora bien, y este el giro (no desfavorable para los intereses autonómicos) que la Sentencia da al argumento, el legislador estatal no puede calificar como “legislación básica en materia de protección del medio ambiente” reglas del “procedimiento administrativo común” o “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” que no suponen ninguna especialidad en esa materia (pues, “la normativa de evaluación ambiental no tiene por objeto regular los procedimientos administrativos *ratione materiae* de aprobación de un plan o proyecto, o de autorización de un proyecto en un ámbito competencial determinado, *sino integrar en los mismos una serie de trámites y exigencias con fines exclusivamente tuitivos del medio ambiente*”, FJ 3 e) –la cursiva es nuestra].

Tras ello, la Sentencia fija ya los dos criterios más concretos que, en adelante, van a guiar en lo esencial su examen de las distintas impugnaciones de preceptos la Ley [FJ 5 b)]: no pueden considerarse básicas aquellas prescripciones que sean (1) “meras remisiones o reiteraciones de las reglas de procedimiento administrativo común o de las

bases dictadas por el Estado en el ámbito del artículo 149.1.18 CE, que no tengan una específica vocación tuitiva de protección del medio ambiente” y/o (2) “normas complementarias o accesorias de aquellas que regulan los trámites y requisitos esenciales de la evaluación ambiental”.

“En consecuencia, todos los preceptos que tiendan directamente a dotar de efectividad a la evaluación ambiental y sean esenciales a tal fin deben ser razonablemente considerados como normas básicas sobre protección del medio ambiente. Mientras que no pueden considerarse como tales aquellas otras prescripciones que, sin menoscabo de la finalidad y eficacia de este instrumento, sean: (i) meras remisiones o reiteraciones de las reglas de procedimiento administrativo común o de las bases dictadas por el Estado en el ámbito del artículo 149.1.18 CE, que no tengan una específica vocación tuitiva de protección del medio ambiente (...); y/o (ii) normas complementarias o accesorias de aquellas que regulan los trámites y requisitos esenciales de la evaluación ambiental, las cuales pueden ser adoptadas por las Comunidades Autónomas para regular las evaluaciones de sus planes, programas o proyectos en el ejercicio de sus competencias, pero respetando en todo caso las reglas del procedimiento administrativo común y las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas adoptadas por el Estado *ex* artículo 149.1.18, y sin perjuicio de las disposiciones básicas adoptadas al amparo del artículo 149.1.23 CE”.

Es aquí donde, como antes señalé, la Sentencia debiera, a mi juicio, para mayor claridad, haber dicho ya expresamente, sin esperar a su parte final, fundamentalmente dos cosas. La primera, que dado el carácter reflexivo de la normativa estatal sobre evaluaciones ambientales, la eventual privación de carácter básico a algún precepto no supone su expulsión del ordenamiento jurídico. Y la segunda, que si tal privación obedece a su carácter de regla del “procedimiento administrativo común” o básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas, la misma seguirá siendo vinculante para el legislador autonómico en tal condición.

D) Examen de los preceptos impugnados

Vamos a ir repasando a continuación el análisis que hace la Sentencia de los distintos preceptos impugnados, siguiendo, como ella misma hace, un orden temático, y señalando brevemente las razones por las que en cada caso acepta, de forma condicionada o no (es decir, sometiéndolos o no a un fallo interpretativo), o rechaza su carácter básico. Es creo la forma más clara y económica de presentar esta parte central de la Sentencia (FFJJ

6 a 16), sin perjuicio de la recapitulación final que luego haremos de los preceptos considerados no básicos.

(1) Trámites de las evaluaciones ambientales ordinarias

En primer lugar, la Sentencia (FJ 6) considera básicos los arts. 17 y 33 de la Ley 21/2013, que establecen los trámites (y plazos) de la evaluación ambiental estratégica (en adelante, EAE) ordinaria y de la evaluación de impacto ambiental (en adelante, EIA) ordinaria, respectivamente [los plazos no tienen ese carácter, según la Disposición final octava, apartado 2 b) de la Ley], porque “enumeran los trámites y elementos esenciales en la evaluación ambiental para atender a la finalidad de promover un desarrollo sostenible, garantizando en todo el territorio un nivel elevado de protección del medio ambiente”, introduciendo “una mínima homogeneidad y coherencia”, sin excluir que las Comunidades Autónomas puedan “desarrollar determinados aspectos de dichas disposiciones o adoptar normas adicionales de protección que podrían incluir, por ejemplo, otras fases, trámites o requisitos, si así lo estimaren oportuno”.

Valida también como básica la diferenciación, implícita en estos preceptos, entre “órgano ambiental” y “órgano sustantivo”, por tratarse de “una diferenciación orgánica y funcional dirigida a garantizar la especialización técnica, así como una mínima independencia y objetividad en el proceso de la evaluación”, y no predeterminedar cuáles hayan de ser los órganos concretos que ejerzan tales funciones en las Comunidades Autónomas.

(2) Solicitudes de inicio de los procedimientos de evaluación

La Sentencia también considera esencialmente básicos (FJ 7) los arts. 18, 29, 39 y 45, que regulan las “solicitudes de inicio” de cada uno de los procedimientos de evaluación ambiental (EAE ordinaria y simplificada y EAI ordinaria y simplificada, respectivamente), por las siguientes razones: (1) que las solicitudes hayan de dirigirse al “órgano sustantivo”, por ser “una opción normativa que responde directamente al principio de integración de los aspectos medioambientales en la toma de decisiones de los órganos a los que corresponde la elaboración y adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos”; (2) en cuanto a la documentación que, según estos preceptos, ha de acompañar a las solicitudes, por tratarse de una “regulación necesaria para garantizar una homogeneidad mínima en la realización de la evaluación ambiental en todo el territorio nacional”, y que no excluye la exigencia por las legislaciones autonómicas de documentación adicional (empleen o no estos preceptos las

fórmulas “al menos” o “como mínimo”); y (3) por lo que refiere a la regulación en estos preceptos de ciertos motivos (materiales) de inadmisión a trámite de las solicitudes por el “órgano ambiental”, por establecer “unas causas sustantivas mínimas en las que procede declarar dicha inadmisibilidad, sin que excluya la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias, puedan adoptar normas de desarrollo al respecto o, en su caso, recoger otros supuestos de inadmisión adicionales en aras de la protección del medio ambiente”.

En cambio, niega el carácter de “legislación básica en materia ambiental” a los párrafos de dichos artículos que, en relación con las decisiones de inadmisión, regulan la audiencia previa al promotor y su comunicación al órgano sustantivo, la motivación de estas decisiones y sus posibilidades de recurso (párrafos tercero y cuarto de los apartados cuartos de dichos artículos), por tratarse de simples normas del “procedimiento administrativo común” sin ninguna especialidad en esta materia. Curiosamente, a los apartados dos de dichos artículos, relativos a la posibilidad de subsanación de las solicitudes, y que evidentemente incurren en el mismo vicio, no se les priva de carácter básico por no haber sido impugnados. Y el contenido restante de estos preceptos se considera, como ya vimos, básico, pero entendiendo la Sentencia oportuno llevar al fallo su interpretación conforme.

(3) Consultas y *scoping*

Los arts. 19, 30, 34 y 46, relativos todos ellos las consultas preceptivas por parte del órgano ambiental a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas para la elaboración de los documentos de alcance en las evaluaciones (EAE y EIA) ordinarias (*scoping*) y para la elaboración del informe ambiental en las simplificadas, respectivamente, no fueron impugnados en su integridad, sino sólo en relación con ciertos extremos, que son los que pasamos a revisar a continuación.

La regulación legal, sustancialmente común en todos estos casos, establecía, como elementos más discutibles e impugnados, (1) la imposibilidad de tener en cuenta los pronunciamientos, informes o contestaciones de las instituciones y personas consultadas recibidos fuera de plazo si, a la expiración del plazo, el órgano ambiental dispusiera de elementos de juicio suficientes para elaborar el documento de alcance o informe ambiental, y (2) la obligación del órgano ambiental, en caso contrario, de requerir personalmente al titular del órgano superior al que tuviera que emitir el informe para que aquél le ordenara a éste su emisión o mejora.

En relación con lo primero, la Sentencia (FJ 8) descarta su carácter básico, no por contradecir las reglas al respecto de la normativa sobre el procedimiento administrativo común (art. 80.4 de la Ley 39/2015), sino por ser una previsión animada exclusivamente por razones de celeridad en la tramitación, y ajena por tanto al sentido protector que debe inspirar la legislación básica en materia ambiental (“las previsiones aquí enjuiciadas excluyen la toma en consideración de los informes recibidos fuera de plazo, incluso cuando los mismos puedan aportar datos relevantes en beneficio de la calidad de la evaluación ambiental, lo que, si bien responde a un principio de celeridad en la tramitación, no se cohonesta con su finalidad primordial de garantizar en todo el territorio del Estado un elevado nivel de protección ambiental”), impidiendo además que las Comunidades Autónomas “puedan optar por normas de este cariz, más protectoras, en el ejercicio de sus competencias en materia de medio ambiente”.

En cambio, considera básica la segunda previsión por articular un simple mecanismo de colaboración o coordinación conforme con los principios generales de nuestro sistema autonómico y los específicos de la evaluación ambiental, negando sólo ese carácter a los detalles relativos a la manera de proceder en estos casos por el órgano superior requerido en relación con su inferior, por pertenecer al ámbito de las “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen jurídico de sus funcionarios”, sin especialidad ambiental alguna.

Otro extremo discutido en relación con la regulación de estas consultas, pero que afectaba sólo al caso de la EIA ordinaria, era el que convertía en opcional el trámite del *scoping* (documento de alcance), dejando además en principio la opción exclusivamente en manos del promotor (art. 34.1 de la Ley: “Con anterioridad al inicio del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria, el promotor *podrá* solicitar al órgano ambiental que elabore un documento de alcance del estudio de impacto ambiental”), idea ésta reiterada en la esquematización previa de los trámites de la EIA ordinaria en el art. 33.2 a) (“Con carácter potestativo, el promotor *podrá* solicitar, de conformidad con el artículo 34, que el órgano ambiental elabore el documento de alcance del estudio de impacto ambiental”).

La Sentencia [FFJ 8 c) y 6] salva la constitucionalidad de estos preceptos (en cuanto legislación básica ambiental) en virtud de una interpretación conforme, “en el sentido de que no excluye[n] la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan normas en las que se exija en todo caso que el órgano ambiental elabore el documento de alcance del

estudio de impacto ambiental, con independencia de la solicitud del promotor”, porque de no entenderlo así (como, en este caso, a su juicio, sí cabe) se trataría de nuevo de una previsión con simple finalidad simplificadora de la tramitación, sin el ánimo tuitivo (potenciador de la efectividad de la institución) que debe caracterizar a la legislación básica en esta materia (“no cabe descartar, por otra parte, que en algunos supuestos la falta del denominado <<documento de alcance>> pueda, por el contrario, repercutir negativamente en el proceso y calidad de la evaluación”). La previsión, en cambio, por el propio precepto de la documentación “mínima” a aportar por el promotor con su solicitud de *scoping* no plantea, sin embargo, ningún problema por las razones ya conocidas (mínimo ampliable por las legislaciones autonómicas).

(4) Contenido del estudio de impacto ambiental

La nueva Ley 21/2013 venía a regular el contenido de los estudios de impacto ambiental (lógicamente en su marco propio, el procedimiento de EIA ordinaria) con un grado de detalle que hasta ahora no presentaba en este punto la legislación básica estatal (fruto, al menos en parte, de la transposición anticipada, de la por entonces en curso modificación de la Directiva en la materia), mediante la integración de los contenidos enunciados en el art. 35.1 con las especificaciones pormenorizadas al respecto del Anexo VI (“El promotor elaborará el estudio de impacto ambiental que contendrá, al menos, la siguiente información en los términos desarrollados en el anexo VI [Estudio de impacto ambiental y criterios técnicos]:...”).

Justamente esa remisión al Anexo VI, y el propio contenido de éste en sus siete primeros apartados¹², era lo que impugnaba el Gobierno catalán, por entenderla impropia, por su grado de detalle, de la legislación básica estatal y conculcadora de la competencia autonómica de desarrollo legislativo. Cuestionaba también, como contraria a las exigencias formales de la legislación básica, la suerte de deslegalización que la Ley llevaba a cabo de dicho Anexo (Disposición final novena, apartado 3: “También se autoriza al Gobierno para actualizar el anexo VI, en aquellos aspectos de carácter técnico o de naturaleza coyuntural y cambiante, con el fin de adaptarlo al progreso técnico, científico y económico”).

¹² Los dos últimos (que reproducían contenidos del Reglamento de 1988) no fueron impugnados.

Sin embargo, la Sentencia (FJ 9) rechaza íntegramente estas impugnaciones, recordando, primero, de acuerdo con doctrina consolidada, que el grado de detalle no es siempre el elemento clave para discernir el carácter materialmente básico o no de la legislación estatal en materia ambiental, añadiendo, después, que se trata en este caso de una regulación de perfil protector y técnico, apelando también (como elemento auxiliar interpretativo) al grado de detalle que presenta ahora la regulación de este tema en la normativa comunitaria europea, y apreciando finalmente que aún resta margen para el desarrollo legislativo autonómico. La supuesta vulneración de las exigencias formales de la legislación básica se descarta reconduciendo la habilitación contenida en la Disposición final novena, apartado 3, al ámbito de una simple y legítima colaboración reglamentaria y descartando su pretendido carácter deslegalizador.

(5) Análisis técnico del expediente

En los procedimientos ordinarios de evaluación (EAE o EIA), y antes de emitir las Declaraciones (ambiental estratégica o de impacto ambiental) con las que finalizan estos procedimientos específicos, el órgano ambiental debe llevar a cabo lo que la Ley denomina “análisis técnico del expediente”.

Al regular este trámite (arts. 24 y 40, respectivamente), la Ley trata de dar respuesta, con el detalle que le es característico, a todo un conjunto de eventualidades que pueden producirse: que el órgano ambiental carezca de información suficiente por la defectuosa realización de los trámites de información pública o de consulta o por carencias de la información proporcionada por el promotor, o que falte algún informe preceptivo.

La impugnación selectiva de unos u otros apartados o párrafos de estos artículos, va a hacer que la Sentencia prive de carácter básico, por razones que ya nos son conocidas, a algunos preceptos de los arts. 24 y 40 de la Ley y queden sin embargo en pie otros merecedores de los mismos reproches.

En efecto, la Sentencia (FJ 10) censura la atribución de carácter básico (en materia ambiental) a la regulación detallada de las relaciones entre órgano superior e inferior con motivo del requerimiento de informes preceptivos ausentes, en tanto que regulación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas no específicamente ambiental, y a una (no todas) de las previsiones sobre la recurribilidad (en tanto que acto de trámite cualificado) de las posibles decisiones sobre el archivo del procedimiento en caso de no subsanación de las deficiencias observadas,

por tratarse de una regla del procedimiento administrativo común sin especialidad alguna en este ámbito; desestimando la impugnación de estos artículos en todo lo demás.

(6) La irrecurribilidad separada de las Declaraciones e Informes ambientales

Es bien sabido que la jurisprudencia se pronunció en su día sobre la naturaleza jurídica de la Declaración de Impacto Ambiental, calificándola como un acto de trámite dentro del procedimiento principal (sustantivo) de aprobación o autorización del proyecto correspondiente, con la consecuencia de su inimpugnabilidad separada, al margen de la resolución finalizadora de aquél (acto de trámite no cualificado).

Por primera vez, la Ley 21/2013 puso negro sobre blanco este criterio jurisprudencial, extendiéndolo como es lógico a todas las modalidades de evaluación ambiental (EAE y EIA, ordinarias o simplificadas).

Curiosamente, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno catalán sólo objetó dos de estas previsiones de irrecurribilidad independiente o separada, las relativas a la EAE ordinaria y a la EIA simplificada (arts. 25.4 y 47.6).

Y todavía más curiosamente, la Sentencia (FJ 11) se olvida en este caso de sus cánones generales de enjuiciamiento de la Ley y considera que dichas previsiones constituyen legítimamente legislación básica en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE). La Sentencia admite implícitamente que la irrecurribilidad separada de las Declaraciones e Informes ambientales, una vez definida su naturaleza jurídica, es consecuencia de la aplicación de las reglas del procedimiento administrativo común y de la legislación procesal en el ámbito contencioso-administrativo (hoy, arts. 112 de la Ley 39/2015 y 25 de la Ley 29/1998, respectivamente). Pero para la Sentencia, siguiendo el criterio del Abogado del Estado, lo importante es la definición que por primera vez lleva a cabo la Ley 21/2013, de acuerdo con la jurisprudencia, de la naturaleza jurídica de tales Declaraciones e Informes como “informes preceptivos y determinantes” (art. 5), esto es, como “actos de trámite” insertos en procedimientos sustantivos de aprobación o autorización de planes, programas y proyectos, lo que representa una “especialidad” ambiental de carácter básico, arrastrando esa misma calificación para todas sus consecuencias, entre ellas su inimpugnabilidad independiente [“En el marco de la Ley de evaluación ambiental, estas disposiciones aportan la imprescindible coherencia por lo que se refiere a la naturaleza y a la

configuración de este instrumento como vía de integración de los factores ambientales en la adopción de los planes, programas o proyectos sometidos a la misma (...). En consecuencia, forman parte esencial de la configuración de la evaluación ambiental en sus líneas maestras, y como tales pueden ser tenidas sin dificultad por básicas y son, por tanto, respetuosas con el orden constitucional de competencias”].

A mi juicio, es claro que la Sentencia no ha querido privar de carácter básico, por la inseguridad que podría derivarse de ello, a una regla de tanta importancia como la de la irrecurribilidad separada del pronunciamiento final del órgano ambiental en materia de evaluaciones ambientales. Ahora bien, también me parece claro que no se trata de ninguna regla especial, sino de una regla del (o deducible de las reglas del) procedimiento administrativo común y de la legislación procesal en el ámbito contencioso-administrativo, cuyo carácter básico (ambiental) se ha querido salvar tal vez por razones de oportunidad.

(7) Vigencia de las Declaraciones ambientales

La regulación de la vigencia de las Declaraciones ambiental estratégica y de impacto ambiental (arts. 27 y 43, respectivamente), que no era en absoluto una novedad y cuyos plazos siguen sin tener carácter básico (Disposición final octava), fue no obstante impugnada ampliamente por el Gobierno catalán.

La Sentencia (FJ 12) confirma el carácter básico de estos artículos en sus extremos fundamentales (vigencia limitada, fechas de referencia, y posibilidad y condiciones de obtención de una prórroga) por tratarse de aspectos relevantes para la efectividad de la institución. Simplemente niega carácter básico a algunos aspectos del procedimiento de obtención de la prórroga, de nuevo, por ser mera reiteración de reglas del procedimiento administrativo común (apartado segundo y última frase del apartado tercero de los arts. 27 y 43).

(8) Modificación de las Declaraciones ambientales

Los arts. 28 y 44, dedicados a la regulación, ciertamente muy detallada, de la modificación de la Declaraciones ambiental estratégica y de impacto ambiental, respectivamente, fueron impugnados en amplia medida por esa razón.

La Sentencia (FJ 13) considera que la regulación de estos procedimientos de modificación, inspirada en la tramitación de las solicitudes de inicio, merece una valoración análoga, tanto en los extremos admisibles como en los reprobables como legislación básica. Estos últimos

se limitan a tres, los tres relativos a las consultas a las personas o entidades inicialmente consultadas, y siempre por reproducir reglas del procedimiento administrativo común: los medios a utilizar para efectuar las consultas, los efectos de su falta de atención en plazo y las relaciones entre el superior requerido y el inferior que omitió atender a la consulta.

(9) Resolución de discrepancias

El art. 12 de la Ley regulaba con el detalle habitual el conocido trámite de resolución de discrepancias entre el órgano sustantivo y el órgano ambiental, incluidos los plazos de las distintas actuaciones, que en este caso tenían también carácter básico.

Sin cuestionar obviamente este mecanismo, la Sentencia (FJ 14) priva de carácter básico a la regulación detallada del trámite de resolución de discrepancias contenida en los apartados 2 a 4 del art. 12, por la razón tantas veces utilizada, aunque a mi juicio en este caso no tan evidente, de tratarse una simple reproducción de normas del procedimiento administrativo común [“Las disposiciones contenidas en los apartados segundo y tercero regulando de forma precisa el procedimiento para resolver tales discrepancias no puede considerarse legislación básica de medio ambiente por las razones expuestas en el fundamento jurídico 5 b) (i), correspondiendo a cada Administración su regulación, conforme a las reglas del procedimiento administrativo común y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas”]. Sólo salva el carácter básico del inciso del apartado cuarto relativo a la eficacia del pronunciamiento ambiental en tanto se resuelva la discrepancia, también por la razón habitual (“puesto que se trata de una disposición dirigida a tutelar el medio ambiente hasta el momento en que se hayan dirimido las controversias por el órgano competente, y que se articula como una garantía mínima que ha de aplicarse en todo el territorio”).

En este punto, la Sentencia cuenta con dos Votos particulares discrepantes (de los Magistrados González-Trevijano Sánchez y Enríquez Sancho, con la adhesión a este último de la Magistrada Roca Trías) que, con diversos matices, entienden que debiera haberse admitido en mayor proporción el carácter básico del art. 12, por la esencialidad del mecanismo de la “resolución de discrepancias” dentro del conjunto de la regulación de evaluaciones ambientales.

(10) Otros trámites de la evaluación ambiental estratégica ordinaria

Se impugnaron también: (1) la previsión relativa a la realización por el promotor del trámite de información pública “cuando, de acuerdo con la

legislación sectorial, corresponda al promotor la tramitación administrativa del plan o programa” (art. 21.2), cuyo carácter básico justifica la Sentencia (FJ 15) por su “carácter puramente instrumental dirigido a garantizar la adecuada integración de los trámites de evaluación ambiental”, “sin regular ni imponer por sí misma la realización de la información pública por el promotor”. Y (2) la relativa a la imposibilidad de tomar en consideración los informes y alegaciones recibidos fuera de plazo con motivo de la elaboración por el promotor de la propuesta final de plan o programa antes de pasar al análisis técnico del expediente por el órgano ambiental (art. 23), a la que se despoja de carácter básico por las razones ya conocidas.

(11) Consultas transfronterizas

La regulación de las consultas transfronterizas con otros Estados en el caso de planes, programas o proyectos españoles con posibles efectos significativos sobre otros países o en la situación inversa (arts. 49 y 50) fue impugnada por el Gobierno catalán por entender que no garantizaba la participación efectiva de las Comunidades Autónomas en tales consultas, rebajando incluso los niveles de participación previstos a este respecto en la legislación anterior.

La Sentencia (FJ 16) rechaza esa falta de participación en base unas veces a la literalidad de los preceptos y otras a su interpretación sistemática con el resto de preceptos de la Ley relativos a la colaboración y coordinación entre Administraciones públicas. No obstante, en relación con el menos explícito de todos (el art. 50.1) decide llevar al fallo esta interpretación conforme.

E) La cláusula de supletoriedad

Al examinar la impugnación de la Disposición final undécima (Entrada en vigor en relación con la normativa autonómica de desarrollo) en su inciso final (“No obstante, las Comunidades Autónomas podrán optar por realizar una remisión en bloque a esta ley, que resultará de aplicación en su ámbito territorial como legislación básica y supletoria”), la Sentencia (FJ 18) comienza señalando, muy acertadamente, que el hecho de que la Ley 21/2013 no se limite a regular las cuestiones básicas, sino que se extienda también a otros pormenores de las evaluaciones ambientales, no significa incumplir la doctrina constitucional relativa a la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE (por todas, STC 118/1996), conforme a la cual el Estado no puede dictar legislación con mera vocación supletoria, debido a lo que aquí hemos denominado el carácter “reflexivo” de la legislación estatal en la materia, que ha de servir también para las evaluaciones de competencia estatal (“No estaríamos en

este caso, sin embargo, en un supuesto en el que el Estado se haya apoyado en la regla de la supletoriedad del artículo 149.3 CE para dictar normas con dicho carácter, ya que las disposiciones no básicas de la Ley 21/2013 han sido adoptadas en el ejercicio de sus propias competencias para completar la regulación de las evaluaciones ambientales que deba llevar a cabo el propio Estado en la preparación de planes, programas, o proyectos en el marco de sus diversas competencias sectoriales”).

Ahora bien, la Sentencia, convincentemente, declara la inconstitucionalidad de dicho inciso por tres tipos de razones complementarias entre sí. La primera y tal vez fundamental, que el Estado no puede atribuir a su legislación en ninguna circunstancia el carácter de legislación “supletoria”, porque la supletoriedad del Derecho estatal, conforme también a la clásica doctrina constitucional en la materia, es una conclusión cuya deducción compete en cada caso (en caso de laguna) “a los aplicadores del Derecho”. La segunda, que en la redacción de dicho inciso se mezclan indebidamente (“remisión en bloque”) las partes de la Ley que no son básicas con las que sí lo son, siendo así que estas últimas obligan por sí mismas, al margen de la voluntad de los legisladores autonómicos. Y la tercera, que ciertamente las legislaciones autonómicas siempre pueden optar por la asunción como propia de la normativa estatal sobre evaluaciones ambientales sin carácter básico (“remisión recepticia”), pero ni necesitan ni resulta pertinente que el Estado les “invite” ni mucho menos les “habilite” para hacerlo.

F) Balance y consecuencias

Como ya hemos indicado, la trascendencia práctica de la STC 53/2017 en cuanto ampliación de las facultades autonómicas de desarrollo legislativo por encima de las inicialmente previstas en la Ley 21/2013 es muy limitada.

Si descontamos aquellos preceptos que, aun habiendo perdido la condición de básicos en materia ambiental, van a seguir vinculando a las Comunidades Autónomas como reglas del procedimiento administrativo común o como bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y por supuesto también todos los que han visto confirmado (incondicionalmente o en base a una interpretación conforme) su carácter de legislación básica ambiental, resulta que la mencionada ampliación se limita esencialmente a lo siguiente:

- (1) La posibilidad de exigir de oficio el *scoping* (documento de alcance) en el procedimiento de EIA ordinaria.

- (2) La posibilidad de tomar en consideración los informes, pareceres, etc. emitidos fuera de plazo en los trámites de consulta, y
- (3) La posibilidad de regular con mayor libertad el trámite de subsanación de informes omitidos o incompletos (relaciones entre órgano superior requerido e inferior competente para informar) y el mecanismo de resolución de discrepancias entre órgano sustantivo y ambiental.

Bien poca cosa, pues, en definitiva. No obstante, es previsible que las Comunidades Autónomas que disponían de legislación propia en materia de evaluaciones ambientales (en una u otra medida, todas) vayan a seguir contando con ella, lo que vendría a demostrar que, a pesar del grado de detalle de la nueva Ley, restan márgenes de desarrollo legislativo. Lo que no está tan claro es que todas ellas hayan procedido, completa y adecuadamente, a la adaptación reclamada por la Ley 21/2013 en su Disposición final undécima (en la parte no impugnada y de constitucionalidad no discutida¹³), y que a resultas de esta Sentencia sigue siendo necesaria¹⁴. Ahora bien, esa falta de adaptación, cuando exista, plantea otro tipo de problemas, a resolver con la moderna doctrina del

¹³ “...las Comunidades Autónomas que dispongan de legislación propia en materia de evaluación ambiental deberán adaptarla a lo dispuesto en esta Ley en el plazo de un año desde su entrada en vigor, momento en el que, en cualquier caso, serán aplicables los artículos de esta Ley, salvo los no básicos, a todas las Comunidades Autónomas”.

¹⁴ A uno u otro ritmo, en una u otra medida, y con empleo o no de “remisiones recepticias”, bastantes Comunidades Autónomas han llevado a cabo esa adaptación. Así, la Comunidad Valenciana (Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje); Castilla y León (Ley 8/2014, de 14 de octubre, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental, y Decreto legislativo 1/2015, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido); Aragón (Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón); Cantabria (Ley 7/2014, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y Ley 6/2015, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas); Canarias (Ley 14/2014, de 26 de diciembre, de Armonización y Simplificación en materia de Protección del Territorio y de los Recursos Naturales y Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos); Madrid (Ley 4/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas); Extremadura (Ley 16/2015, de 23 de abril, de protección ambiental); Galicia (Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo y Ley 5/2017, de 19 de octubre, de fomento de la implantación de iniciativas empresariales); Andalucía (Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística); Illes Balears (Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental); Murcia (Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas, posteriormente transformado en la Ley 2/2017, de 13 de febrero, del mismo título); y La Rioja (Ley 6/2017, de 8 de mayo, de Protección del Medio Ambiente).

Tribunal Constitucional sobre la prevalencia del Derecho estatal en caso de conflicto (art. 149.3 CE)¹⁵.

2.2. LA LEY 12/2016, DE 17 DE AGOSTO, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LAS ILLES BALEARS (STC 109/2017)

A) Planteamiento

La STC 109/2017, de 21 de septiembre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a diversos preceptos de la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears, es, pese a lo que pudiera parecer a primera vista, por contar con el precedente de la STC 53/2017, de 11 de mayo, sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental, una Sentencia, en mi opinión, muy interesante.

Tiene, sin duda, un objeto mucho más acotado, pues en el recurso sólo se impugnaron tres preceptos de la Ley balear [los arts. 9.4, 26.2 y 33.1 a)], pero los tres se referían a cuestiones no abordadas por la STC 53/2017, y las tres de indudable importancia: el ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica, las consecuencias de la falta de informe autonómico en las evaluaciones de competencia estatal y las consecuencias de la ausencia o defectuosa realización de las evaluaciones ambientales.

El resultado del proceso, tramitado en tan corto espacio de tiempo que no hubo ocasión siquiera para pronunciarse sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de dichos preceptos, producida de forma automática con la admisión a trámite del recurso por la invocación por el Gobierno del art. 161.2 CE, de lo cual la Sentencia hace gala con razón en su fundamento final (FJ 6), y que fue íntegramente estimatorio de las pretensiones del recurrente, con declaración de inconstitucionalidad de los tres preceptos impugnados, merece, a mi juicio, como habremos de ver a continuación, una valoración desigual.

Pero antes conviene recordar los términos en los que se planteó el litigio, delimitados lógicamente por la Sentencia en sus fundamentos

¹⁵ Las SSTC 102/2016, de 25 de mayo, y 204/2016, de 1 de diciembre, exigen ahora, en virtud del principio de prevalencia del Derecho estatal (art. 149.3 CE), la inaplicación por los tribunales ordinarios de las leyes autonómicas sobrevenidamente inconstitucionales por entrar en conflicto con legislación básica posterior, sin que quepa ya en estos casos el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, la STC 1/2017, de 16 de enero, mantiene la exigencia de promover la pertinente cuestión de inconstitucionalidad en el caso de leyes autonómicas posteriores a la legislación básica con la que entren en contradicción.

iniciales (FFJJ 1 y 2). El recurso se interpuso por posible vulneración de la legislación básica *ex art.* 149.1.23 CE, encarnada ya por entonces por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, y adicionalmente (en el caso del art. 26.2 de la Ley balear) por posible vulneración de la competencia estatal para la regulación del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE). La Sentencia encuadra también el conflicto en el marco de la protección del medio ambiente, sin perjuicio del apoyo incidental que también buscará en algún caso en el art. 149.1.18 CE, y tratándose como se trataba de un supuesto de eventual inconstitucionalidad mediata o indirecta de los preceptos impugnados, y pese a que la defensa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en ningún caso puso en cuestión el carácter básico de los preceptos de la Ley 21/2013 ofrecidos a modo de contraste, sino tan sólo la falta de contradicción con ellos, la Sentencia reitera el esquema habitual de enjuiciamiento de este tipo de controversias, que seguirá además puntualmente en el análisis de cada una de las impugnaciones: comprobar, primero, el carácter materialmente básico (del formal no había lógicamente dudas) de los preceptos de la Ley estatal utilizados como término de comparación, y dilucidar después la existencia o no de una contradicción insalvable entre unos y otros.

B) Ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica

Las evaluaciones ambientales, y dentro de ellas la de planes y programas o evaluación ambiental estratégica (en adelante, EAE), pese a ser, como se repite en la Sentencia (FJ 2), técnicas fundamentales de prevención, representan también (eso no lo dice la Sentencia, pero conviene apuntarlo ya para justificar la valoración que luego se hará de la respuesta a esta impugnación) una indudable carga de trabajo y económica para todos los sujetos implicados en este tipo de procedimientos (promotores, Administraciones públicas y público interesado), por lo que no parece razonable extender su exigencia más allá de lo necesario¹⁶.

La Directiva 2001/42/CE, que introdujo el instrumento de la EAE en el ámbito comunitario europeo, al delimitar su ámbito objetivo de aplicación, y tras establecer los tipos de planes y programas sujetos de forma imperativa o sistemática a evaluación, cuyo detalle no hace ahora al

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, ROSA MORENO, J., “Los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación. Integración y fases”, en: J.J. Díez Sánchez y J.A. e Ivars Bañuls (coord.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana (Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 419.

caso, contempló la posibilidad de que en algunos supuestos (planes y programas que establezcan el “uso de zonas pequeñas a nivel local” y “modificaciones menores”, así como planes y programas distintos de los sujetos de forma imperativa “que establezcan un marco para la autorización en el futuro de proyectos”), los Estados miembros se valieran, alternativa o cumulativamente, de una de las dos siguientes técnicas, el examen casuístico o la selección de tipos, para discriminar la sujeción o no de esos planes y programas a evaluación (“Los Estados miembros determinarán si algún plan o programa [de los antes mencionados] puede tener efectos significativos en el medio ambiente, ya sea estudiándolos caso por caso o especificando tipos de planes y programas, o combinando ambos métodos”)¹⁷.

En la transposición inicial de dicha Directiva, por medio de la Ley 9/2006, el legislador estatal, en su calidad de legislador básico, no tomó partido por ninguna de estas dos opciones, remitiendo al legislador competente para la regulación de cada tipo de planes (que en el caso de los planes urbanísticos y de ordenación territorial era y es lógicamente el legislador autonómico) la decisión al respecto¹⁸. Entretanto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de una jurisprudencia todavía no muy abundante, ha venido advirtiendo del uso prudente que debe hacerse de la técnica de la exclusión de tipos completos de planes, por el riesgo de que puedan quedar sin evaluación planes con posibles efectos ambientales “significativos”, cuya sujeción a este procedimiento constituye el objetivo último de la Directiva¹⁹.

Sea por este motivo o por sus ambiciones unificadoras, a que nos referimos en el comentario a la Sentencia anterior, la Ley 21/2013 pareció imponer a este respecto, con carácter básico, una solución uniforme: la de la sujeción a examen casuístico (la llamada por la Ley “evaluación simplificada”) de todos los planes y programas incluidos inicialmente dentro del ámbito de aplicación de esta normativa (Directiva europea y en coincidencia con ella, la Ley 21/2013) pero no sujetos de manera imperativa o sistemática a EAE (“evaluación ordinaria”), pareciendo, pues, descartar con ello la alternativa de la especificación de tipos de planes excluidos (art. 6.2).

¹⁷ Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (art. 3, apartados 3 a 5).

¹⁸ Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (art. 4).

¹⁹ Así, la STJUE de 22 de septiembre de 2011, Valčiukienė y otros, As. C-295/10.

“Serán objeto de una evaluación ambiental estratégica simplificada:

a) Las modificaciones menores de los planes y programas mencionados en el apartado anterior.

b) Los planes y programas mencionados en el apartado anterior que establezcan el uso, a nivel municipal, de zonas de reducida extensión.

c) Los planes y programas que, estableciendo un marco para la autorización en el futuro de proyectos, no cumplan los demás requisitos mencionados en el apartado anterior”.

Pues bien, la Ley balear 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental, posterior como es obvio a la Ley 21/2013, pero pretendiendo enlazar directamente en este punto con el planteamiento de la Directiva, procedió a la delimitación cualitativa de toda una serie tipos de planes “sin posibles efectos significativos sobre el medio ambiente”, y excluidos por tanto de la necesidad de evaluación, ni siquiera “simplificada” (art. 9.4 de la Ley)²⁰:

“Se considera que no tienen efectos significativos en el medio ambiente, y por lo tanto no están sujetos a los procedimientos de evaluación ambiental estratégica, de acuerdo con el artículo 3.5 de la Directiva 2001/42/CE:

a) Las modificaciones de planes territoriales o urbanísticos que tengan como objeto exclusivo alguna o algunas de las finalidades expresadas a continuación:

i. Disminución de coeficientes de edificabilidad o de porcentajes de ocupación de los edificios.

ii. Disminución de la altura máxima de los edificios.

iii. Cambio de usos plurifamiliares a unifamiliares.

iv. Aumento de la superficie, o reajuste por razones funcionales, de zonas de equipamientos, espacios libres

²⁰ El art. 9.5 de la Ley balear, curiosamente no impugnado, contenía (y contiene) otra de estas exclusiones: “Tampoco se sujetan a los procedimientos de evaluación ambiental estratégica, de acuerdo con el artículo 3.5 de la Directiva 2001/43/CE, las modificaciones de escasa entidad que el órgano ambiental declare, previo informe técnico, que no tienen efectos significativos en el medio ambiente”.

públicos o infraestructuras, siempre que este cambio de calificación o clasificación no afecte a terrenos clasificados como suelo rústico.

- v. Aumento de la superficie de la parcela mínima para poder construir o implantar un uso urbanístico.
- vi. Cambios de la clasificación de suelo urbano, urbanizable o apto para la urbanización con la finalidad de reconvertirlo en suelo rústico.
- vii. Implementación o extensión de las medidas de protección del medio ambiente, de restauración o recuperación de hábitats o especies afectadas por incendios forestales u otros desastres naturales, en suelo rústico o respecto a bienes integrantes del patrimonio histórico.
- viii. Establecimiento o modificación de los índices de uso turístico o residencial siempre que representen una disminución de la capacidad de población.
- ix. Cambios del sistema de actuación de polígonos o unidades de actuación.

b) La aprobación o la modificación de los catálogos de protección del patrimonio cultural siempre que únicamente incluyan medidas que representen un mayor grado de protección del medio ambiente o del patrimonio cultural.

c) Los planes de ordenación de los recursos naturales, los planes reguladores de uso y gestión, los planes de gestión de espacios Red Natura 2000 u otros espacios naturales protegidos, en la medida que representen un mayor grado de protección del medio ambiente.

d) Las modificaciones de carácter financiero o de escasa entidad de los Programas de Desarrollo Rural.

e) Estudios de detalle”.

Lo primero que viene a confirmar la Sentencia al analizar la constitucionalidad o no de este precepto (FJ 3) es la opción inequívoca del legislador básico por el análisis casuístico, esto es, por una “evaluación simplificada”, de las clases de planes y programas no sujetos de forma sistemática a evaluación (art. 6.2 de la Ley 21/2013), lo que descartaría el

empleo por parte de los desarrollos legislativos autonómicos de la alternativa de la selección de tipos, y pondría en evidencia la “insalvable contradicción” del precepto impugnado con su referente básico, a expensas de lo que ahora se dirá.

Porque, de acuerdo con el esquema general de enjuiciamiento antes señalado, lo que a continuación se detiene a analizar la Sentencia es el carácter “materialmente” básico o no de la opción tomada por el legislador estatal, entrando en un terreno más delicado, en el que los argumentos del Tribunal no resultan tan concluyentes.

En efecto, conforme a los criterios específicos establecidos en esta materia por la reciente STC 53/2017, la Sentencia, sin asomo alguno de duda, confirma también el carácter materialmente básico del art. 6.2 de la Ley 21/2013, por abordar una cuestión “esencial” en la regulación de la EAE y hacerlo buscando la máxima “efectividad” de este instrumento. Con la elección sin excepciones del sistema de análisis casuístico, la legislación básica habría optado por un “elevado nivel” de protección del medio ambiente, superior al previsto por la Directiva (“el contenido de la Directiva, si bien obliga a trasponerla en el orden interno, no impide al Estado fijar normas medioambientales que establezcan un estándar de protección, en principio, más elevado”), en relación con el cual los sistemas de delimitación cualitativa de tipos, como el propuesto por la legislación balear, no vendrían a suponer sino una rebaja de los estándares de protección, en contra de la funcionalidad del reparto de tareas normativas en este ámbito, es decir, de la legislación básica como “ordenación de mínimos” susceptibles sólo de mejora (“La exclusión de esos planes de la evaluación ambiental estratégica prescrita por las normas estatales supone, por sí misma, la reducción de los niveles mínimos de protección establecidos por la legislación básica, con la consiguiente vulneración de la competencia estatal en materia de medio ambiente”).

Añade, por fin, la Sentencia a este respecto, aun sin detenerse a contrastar la validez de esta afirmación en relación con cada una de las exclusiones previstas por la Ley balear, que: “Por otro lado, frente a lo que afirma el letrado autonómico, no es posible determinar *a priori* que todos los planes o sus modificaciones a las que se refiere el precepto impugnado puedan considerarse <<beneficiosos o respetuosos con el medio ambiente>>, y esa es, precisamente, la perspectiva que adopta la norma estatal, al exigir, como regla general, que este tipo de planes se sometan a evaluación ambiental estratégica”.

Como decía, no estoy convencido de la bondad de estos argumentos. A mi juicio, la Sentencia podría haber emprendido a este respecto una

argumentación de signo contrario, tendente a cuestionar el carácter materialmente básico de la imposición por parte de la Ley 21/2013 de una solución uniforme en el tema que ahora nos ocupa; un camino, reconozco, no exento de dificultad, pero tampoco desprovisto de fundamento.

En efecto, me permito dudar, en primer lugar, de la “esencialidad” de esta cuestión dentro del conjunto de la regulación de la EAE, por referirse a supuestos marginales de sujeción o no, que en todo caso se encuentran enmarcados bajo criterios muy precisos, previstos ya por la Directiva y reiterados como es lógico por la Ley 21/2013 (que no quede sin evaluación ningún plan o programa con posibles efectos “significativos” sobre el medio ambiente, y criterios específicos para determinar esa significatividad). Es más, cabe añadir que, puestos a imponer en esta materia una solución uniforme, en realidad el legislador estatal no tenía alternativa, porque no siendo competente para regular ciertos tipos de planes inicialmente sujetos a evaluación (como por ejemplo y muy destacadamente, los urbanísticos y de ordenación territorial), tampoco podía especificar tipos excluidos, y la elegida (análisis casuístico) era la única a su alcance. Podría, pues, juzgarse también esta imposición, ayuna de alternativa, como una intromisión indebida en la competencia autonómica para la regulación de ese tipo de planes.

Pero es que, además, y en segundo lugar, resulta también discutible que la elección del legislador estatal se justifique para dotar de mayor “efectividad” al instrumento y proporcione un “nivel superior de protección” que la selección de tipos. Como decíamos al principio de este apartado, la EAE no resulta más efectiva ni ofrece una mayor protección ambiental por el hecho de exigirse, siquiera sea en su versión simplificada (análisis casuístico), en casos de evidente ausencia de efectos ambientales significativos. Con ello, simplemente se contribuye a la banalización del instrumento, y se incrementan de forma innecesaria los costes administrativos y económicos de la tramitación de ciertos planes y programas.

Si, por las razones indicadas, la Sentencia hubiera rechazado el carácter básico del art. 6.2 de la Ley 21/2013, esto sólo hubiera bastado para desestimar en este punto el recurso, y salvar, al menos provisionalmente, la constitucionalidad de la regulación balear. Ello no significa, por supuesto, afirmar la constitucionalidad (ni mucho menos la conformidad con la Directiva, asunto que no es de competencia del Tribunal) de todas y cada una de las exclusiones contenidas en el art. 9.4 de la Ley 12/2016. Pero este análisis singular, ciertamente no planteado, hubiera debido quedar probablemente remitido a eventuales futuros pleitos de alcance nacional o comunitario europeo.

En definitiva, la potencial diversidad de regulaciones autonómicas en esta materia resulta ciertamente más complicada de manejar, podría también poner en aprietos al Estado español ante las instancias comunitarias, pero no me parece una concesión excesiva a los márgenes de desarrollo legislativo que corresponden a las Comunidades Autónomas en materia ambiental.

C) Consecuencias de la falta de informe autonómico en las evaluaciones de competencia estatal

Mucho más sencilla, y en este caso, en mi opinión, plenamente acertada, era la respuesta a la segunda de las impugnaciones, la del art. 26.2 de la Ley 12/2016, que establecía las consecuencias jurídicas de la falta de solicitud por parte del Estado del preceptivo informe de las Comunidades Autónomas afectadas (aquí obviamente la balear) en las evaluaciones ambientales de competencia de aquél: “Son nulos de pleno derecho y no tienen validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, los programas y los proyectos determinados en el apartado 1 anterior respecto a los que no se haya solicitado el informe de consulta mencionado”.

La necesaria solicitud de informe autonómico en estos casos había quedado ya establecida por la legislación básica a raíz de la STC 13/1998, y se trata obviamente de una exigencia reiterada por la Ley 21/2013 (art. 3.3): “Cuando corresponda a la Administración General del Estado formular la declaración ambiental estratégica o la declaración de impacto ambiental, o bien emitir el informe ambiental estratégico o el informe de impacto ambiental regulados en esta ley, se consultará preceptivamente al órgano que ostente las competencias en materia de medio ambiente de la comunidad autónoma en la que se ubique territorialmente el plan, programa o proyecto”.

Pero, como puede verse, este precepto no establece las consecuencias jurídicas de la omisión de este trámite; cuestión ésta que sólo es abordada por la Ley 21/2013 en relación con la omisión completa de la evaluación ambiental correspondiente en los casos en que resulte exigible (art. 9): “Carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder”, y “la declaración responsable o la comunicación previa relativa a un proyecto carecerá de validez y eficacia a todos los efectos si debiendo haber sido sometido a una evaluación ambiental no lo hubiese sido, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso procedan”.

Esta era justamente la “laguna” que pretendía colmar, en el caso balear, el art. 26.2 de la Ley 12/2016, con el ingenioso argumento (según las alegaciones del Letrado de la Comunidad Autónoma recogidas en los antecedentes de la Sentencia) de que tal precepto no supondría sino una aplicación (sectorial) de la cláusula abierta de supuestos de “nulidad de pleno Derecho” contenida tradicionalmente en la legislación relativa al procedimiento administrativo común [hoy, art. 47.1 g) de la Ley 39/2015].

Pero justamente este argumento dejaba bien a las claras la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pues la ampliación de los supuestos de nulidad de pleno de Derecho sólo puede llevarla a cabo el legislador sectorial competente en cada caso. Y, como bien señala la Sentencia (FJ 4), el legislador autonómico carece por completo de competencia para regular las consecuencias jurídicas de la omisión de un trámite que, aunque de realización autonómica, se inserta en un procedimiento (la evaluación de los planes y proyectos de su competencia, y en definitiva la aprobación de los mismos) de competencia estatal (“Se altera así el ejercicio de las competencias propias de cada Administración, pues es claro que el legislador autonómico no está regulando materias de su competencia, ya que no le corresponde fijar, siquiera sea en un caso concreto, el régimen de validez de los actos de la Administración del Estado”).

Las consecuencias de la omisión de ese trámite sólo podría establecerlas, pues, la legislación estatal en la materia (no lo ha hecho), y en su defecto habrán de determinarse de acuerdo con la legislación del procedimiento administrativo común. El precepto balear vulnera, pues, al alimón, concluye acertadamente la Sentencia, las competencias del Estado *ex arts. 149.1.23 y 149.1.18 CE*.

D) Consecuencias de la ausencia o defectuosa realización de las evaluaciones

Quizás con la intención de tomar partido en el controvertido tema de la relevancia de los vicios formales en la elaboración de planes de ordenación territorial y urbanísticos, pero dentro de un contexto más amplio y siguiendo una metodología familiar, la Ley balear 12/2016 reguló en su art. 33 las medidas de restauración de la legalidad infringida en materia de planes, programas y proyectos sometidos a evaluación ambiental (“El restablecimiento del orden jurídico perturbado, la reposición de la realidad física alterada y la indemnización por daños y perjuicios”).

En efecto, tomando como modelo el tradicional sistema de medidas de restablecimiento de la legalidad infringida en el caso de obras sujetas a licencia urbanística, que, como es sabido, parte de la distinción entre obras sin licencia o contra licencia y obras con licencia ilegal, la Ley balear configuró un sistema análogo de actuaciones para el caso de planes, programas y proyectos sometidos a evaluación ambiental, distinguiendo también a estos efectos entre planes, programas y proyectos aprobados sin evaluación o con evaluación defectuosa o ejecutados en contra de los resultados de la evaluación y planes, programas y proyectos con evaluación ilegal (art. 33.1 y 2):

1. El orden jurídico perturbado por un proyecto, un plan o un programa sometido a evaluación ambiental que *no haya llevado a cabo la tramitación ambiental preceptiva o contravenga sus condiciones*, se restablecerá mediante:

a) La aprobación, la autorización o la licencia del proyecto, el plan o el programa correspondiente con la tramitación previa de la evaluación ambiental, si se solicita y es compatible con la ordenación vigente.

b) La declaración de nulidad de los acuerdos tomados o la reposición de la realidad física alterada al estado originario, si no se da el supuesto del apartado a) anterior.

2. Cuando las actuaciones se hayan ejecutado *al amparo de un título administrativo* y de acuerdo con las condiciones que se establecen, el órgano sustantivo concederá un plazo de dos meses para iniciar la tramitación ambiental para su regularización. Transcurrido el plazo sin que se haya solicitado dicha regularización, o después de adoptar acuerdo desfavorable u ordenar el archivo del expediente, se procederá al restablecimiento del orden jurídico perturbado con la anulación de los títulos que amparen las actuaciones y, en su caso, se ordenará la reposición de la realidad física alterada al estado originario, sin perjuicio de que se adopten las medidas provisionales del artículo anterior.

Los acuerdos que declaren nulos planes, programas o proyectos por la falta de la tramitación ambiental correspondiente preverán las medidas adecuadas para evitar eventuales perjuicios en el medio ambiente” (las cursivas son nuestras).

De todos estos preceptos, el único impugnado fue el contenido en la letra a) del art. 33.1, esto es, el que, a imagen y semejanza de lo que ocurre

con las obras sin licencia o contra licencia, preveía como primera actuación en caso de proyectos, planes y programas aprobados sin “la tramitación ambiental preceptiva” o ejecutados contraviniendo “sus condiciones”, el ofrecimiento al promotor de la posibilidad de solicitar dicha tramitación para estudiar la procedencia o no de regularizar la situación, sin perjuicio de las sanciones correspondientes [“El orden jurídico perturbado (...) se restablecerá mediante: a) La aprobación, la autorización o la licencia del proyecto, el plan o el programa correspondiente con la tramitación previa de la evaluación ambiental, si se solicita y es compatible con la ordenación vigente”].

El precepto se impugnaba por contemplar una posibilidad de subsanación de la omisión completa de evaluación ambiental, cuando es necesaria, en abierta contradicción con la consecuencia prevista en estos casos por la legislación básica (art. 9.1, párrafo 2º de la Ley 21/2013): “Carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley, no se hayan sometido a evaluación ambiental, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder”.

Aunque la Ley no califica esa “carencia de validez”, la Sentencia (FJ 5) la considera implícitamente como un supuesto de “nulidad de pleno Derecho”; justifica, conforme a los cánones conocidos, el carácter “materialmente” básico de dicha disposición; y concluye, obviamente, la existencia de una “contradicción insalvable” entre dicho precepto y el impugnado, que, al modo de los supuestos de mera anulabilidad, estaría consintiendo la subsanación de esta clase de vicio. Así concluye la Sentencia su juicio: “La solución cuestionada de la Ley balear rebaja el umbral de protección de la norma estatal, al permitir la subsanación en un caso en el que la norma estatal determina la falta de validez por razones vinculadas a la finalidad tuitiva de protección del medio ambiente que persigue la Ley 21/2013. Finalidad tuitiva que se manifiesta en la necesidad de que la Administración vuelva a conocer en su integridad el plan, programa o proyecto y realice una nueva evaluación completa de las eventuales consecuencias medioambientales”.

Nada que objetar tampoco a este apartado de la Sentencia, centrada como estuvo la discusión en el supuesto contemplado por la legislación estatal (ausencia completa de evaluación). Ahora bien, la regulación balear, bien que sobre un molde posiblemente inapropiado, podría estar queriendo hacer referencia también a vicios de la evaluación distintos de su omisión completa (“no haya llevado a cabo *la tramitación ambiental preceptiva*” – la cursiva es nuestra). Aun siendo éste el caso, que no es una hipótesis que contemple la Sentencia, tampoco creo que la fijación de las consecuencias

de esos vicios parciales pueda ser asunto propio de los desarrollos legislativos autonómicos, sino de la regulación del procedimiento administrativo común o, en todo caso, de la legislación básica *ex art.* 149.1.23 CE.

3. ENERGÍA Y MEDIO AMBIENTE

Mucho han dado que hablar las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de *fracking*, y otras también recientes sobre temas energéticos. Se ha criticado, empezando por los Magistrados firmantes de algunos Votos particulares, que el Tribunal anteponga en esta jurisprudencia las consideraciones económicas a las de naturaleza ambiental. Nunca ha sido éste mi parecer, entre otras razones porque los pleitos de tipo competencial, como eran todos los indicados, tienen sus propias claves de decisión, y la respuesta que reciban no debe valorarse en términos sustantivos, según favorezca o no a las propuestas más avanzadas desde el punto ambiental, cuestión por otro lado obviamente opinable.

Pero, de todas formas, la lectura de las Sentencias dictadas en el campo energético-ambiental en 2017 puede servir tal vez para reconciliar a los más críticos con aquella jurisprudencia. En particular, la de la STC 68/2017, de 25 de mayo, que trata el tema del autoconsumo energético, y en la que el Tribunal priva de carácter básico a una disposición estatal que prohibía el autoconsumo compartido, incluyendo como elemento decisivo en su argumentación el deber, derivado de nuestros compromisos comunitarios, de fomentar la expansión de las energías renovables.

3.1. AUTOCONSUMO COMPARTIDO (STC 68/2017)

A) Antecedentes

Aunque el autoconsumo energético, esto es, la generación de energía eléctrica, fundamentalmente mediante placas solares, para el propio consumo en viviendas u otra clase de edificios ya era conocido con anterioridad, carecía al parecer todavía entre nosotros de un marco regulatorio específico, que es el que se propuso establecer la vigente Ley del Sector Eléctrico (la Ley 24/2013, de 26 de diciembre), con la finalidad, según palabras de su Preámbulo (apartado II), de “garantizar un desarrollo ordenado de la actividad, compatible con la necesidad de garantizar la sostenibilidad técnica y económica del sistema eléctrico en su conjunto”, introduciendo, entre otras cosas, el polémico deber de las instalaciones de autoconsumo “de contribuir a la financiación de los costes y servicios del sistema en la misma cuantía que el resto de los consumidores” (el

conocido, en términos políticos y periodísticos, como “impuesto al sol”). De todas formas, la regulación del autoconsumo llevada a cabo por la Ley (art. 9) era muy esquemática y contenía una amplia remisión para su desarrollo reglamentario, que es el que se efectuaría dos años después por medio del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo.

En el marco de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su día frente a la Ley 24/2013 por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, el Parlamento de Cataluña y el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y resueltos por las SSTC 32/2016, de 18 de febrero, 60/2016, de 17 de marzo y 72/2016, de 14 de abril, respectivamente, el Tribunal hubo ya de pronunciarse sobre el precepto legal relativo al autoconsumo (art. 9), confirmando su carácter básico (*ex art.* 149.1.25 y 13) y descartando, frente a lo que se sostenía en los recursos, que contuviera una regulación en exceso detallada, dada su naturaleza, como ya hemos dicho, más bien principal.

El art. 9 de la Ley sería tomado de nuevo en consideración por el Tribunal durante el mismo ejercicio para resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto esta vez por el Presidente del Gobierno contra el 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. Partiendo de su catalogación como norma básica, ya establecida por las anteriores, la STC 205/2016, de 1 de diciembre, que decidió este recurso, declaró la inconstitucionalidad del precepto legal murciano impugnado, por crear unos supuestos de exención del pago de cánones y peajes para ciertas instalaciones de autoconsumo no previstos por aquél y que sólo la legislación básica estatal podría regular.

Pues bien, con estos antecedentes directos, a los que por supuesto hace referencia, entre otros, la Sentencia que inmediatamente vamos a comentar, se produce la decisión del caso que aquí nos ocupa. Se trataba ahora del conflicto positivo de competencia planteado, de nuevo, por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con un buen número de preceptos del ya mencionado desarrollo reglamentario de la Ley en materia de autoconsumo, el Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo; decidido y, como veremos, parcialmente estimado por la STC 68/2017, de 25 de mayo.

En dicho conflicto se cuestionaba el carácter básico, no tanto desde el punto de vista formal como material, es decir, por su regulación en exceso detallada, de buena parte de las disposiciones del Real Decreto, así como la indebida adjudicación por otras de ellas de tareas estrictamente ejecutivas a la Administración estatal, todo ello en contra de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo y ejecución en materia energética y de autorización de instalaciones eléctricas cuyo aprovechamiento no afecte a otra Comunidad (arts. 149.1.25 CE y 149.1.22 CE, respectivamente, y concordantes estatutarios).

B) La Sentencia

El encuadramiento competencial de la disputa no ofrecía especiales problemas, y tratándose de un tema energético y relativo en concreto al subsector eléctrico, la Sentencia (FJ 3) lo va a situar esencialmente, conforme a jurisprudencia consolidada en la materia, simultáneamente en el marco de los arts. 149.1.25 y 13 CE, es decir, de las competencias estatales para establecer las “bases del régimen minero y energético” y las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, respectivamente, y sus correlativos estatutarios.

Existiendo ya también doctrina abundante y consolidada en esta específica materia, y afectando la controversia tanto a aspectos normativos como ejecutivos, la Sentencia (FJ 3) va a hacer un recordatorio completo y detallado de la doctrina constitucional sobre los requisitos formales y materiales de la legislación básica en el subsector eléctrico y las condiciones para la posible extensión de lo básico en este campo a tareas puramente ejecutivas.

El cumplimiento por parte del Real Decreto de los requisitos formales de la legislación básica, que como se señaló no era objeto de especial cuestionamiento, queda, no obstante, expresa y firmemente afirmado por la Sentencia [FJ 4 c)], al entenderse en este caso justificada la remisión al reglamento de la regulación detallada de una materia (el autoconsumo), cuyos aspectos esenciales venían ya previstos legalmente y presentaba un “marcado carácter técnico”, más apropiado para su fijación por vía reglamentaria.

El debate (por lo que se refiere a las cuestiones de tipo normativo) se va a centrar, pues, en determinar el carácter materialmente básico o no de las disposiciones impugnadas. Haciendo uso de los criterios previamente establecidos (“el ámbito de lo básico incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo

aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material”), la respuesta del Tribunal va a ser en la mayor parte de los casos afirmativa (FFJJ 5 a 14). Por no aflorar en la argumentación elementos de carácter específicamente ambiental, sino conectados más bien con la necesaria garantía de la unidad del sistema eléctrico, no creo necesario entrar aquí en mayores detalles.

Hay, sin embargo, como ya anticipamos en la introducción, un precepto del Real Decreto en cuya impugnación la Sentencia [FJ 6 b)] sí va a dar la razón a la parte promotora del conflicto, el que se refería a la prohibición del llamado autoconsumo “compartido”, esto es, el que vedaba la posibilidad de que todo un conjunto de usuarios (viviendas u otro tipo de edificaciones) pudieran disfrutar de unas instalaciones comunes de generación y consumo de la energía eléctrica producida (art. 4.3: “En ningún caso un generador se podrá conectar a la red interior de varios consumidores”).

En defensa del carácter materialmente básico de esta prohibición, el Abogado del Estado se limitó a esgrimir su coherencia con un precepto de la Ley 24/2013 no cuestionado en el marco de los recursos antes indicados, y que en su opinión vendría a impedir la existencia de esas redes internas de autoconsumo (art. 39.3: “Todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, la cual responderá de la seguridad y calidad del suministro. Dicha infraestructura quedará abierta al uso de terceros”). Sin embargo, la Sentencia no acepta que aquella prohibición específica sea consecuencia necesaria de esta previsión legal de alcance más general (pudiendo coincidir las redes internas de autoconsumo con lo que técnicamente se denominan “instalaciones de enlace”, de propiedad de los usuarios y contempladas en la Instrucción técnica complementaria para baja tensión) y entra a valorar de manera autónoma el mencionado carácter básico.

Para la Sentencia, la indicada prohibición no encaja en ninguna de las funciones características de lo básico en esta materia, previamente delimitadas al fijar como dijimos la doctrina general de aplicación al caso. Y a esta constatación inicial añade luego el argumento específicamente ambiental que le va a servir para reforzar su convicción de que tal prohibición no puede ser considerada como una norma básica en la materia: el entorpecimiento que supone para el desarrollo de las energías renovables exigido por la normativa comunitaria europea. Así pues, no hay razón material alguna que justifique la restricción que una solución uniforme de este tipo produce en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en la materia [FJ 6 b)]:

“La prohibición que establece el artículo 4.3 del Real Decreto 900/2015 incide en el ámbito de las competencias asumidas por la Generalitat conforme al artículo 133 d) EAC en materia de <<fomento y la gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética>> en su ámbito territorial, y *dificulta la consecución de objetivos de eficiencia energética y medioambientales* en línea con los establecidos por la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables; la Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios; o la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética.

En concreto, la Directiva 2010/31/UE considera las instalaciones descentralizadas de abastecimiento de energía basadas en energía procedente de fuentes renovables como un medio para garantizar que los edificios cumplan los requisitos mínimos de eficiencia energética que han de establecer los Estados miembros...” (la cursiva es nuestra).

En el plano ejecutivo, se cuestionaban una serie de artículos del Real Decreto que proponían y detallaban la gestión centralizada del Registro estatal de instalaciones de autoconsumo (arts. 19 a 22). La simple existencia de dicho Registro estatal, que ya venía contemplada en el art. 9 de la Ley 24/2013, y que ya había sido puesta en cuestión en los recursos de inconstitucionalidad antes indicados, no mereció en su momento ningún reproche por parte del Tribunal (en cuanto decisión normativa o de coordinación), y a esta decisión se atiene lógicamente la STC 68/2017. Pero, haciendo uso de la doctrina general en materia de registros administrativos, la Sentencia (FJ 10) no ve en este caso ninguna razón que justifique su gestión directa e independiente por parte de la Administración General del Estado, y no como simple consolidación de los actos de gestión del Registro que lleven a cabo las Administraciones autonómicas, lo que le lleva a declarar la inconstitucionalidad de todos estos preceptos.

Otra función de carácter también ejecutivo reservada igualmente por el Real Decreto a la Administración estatal, la adaptación de ciertas instalaciones singulares de cogeneración (Disposición adicional primera, apartado 6), merece, en cambio, una valoración distinta, por su referencia a situaciones especiales y su asimilación, por tanto, a tareas normativas (FJ 11).

3.2. RÉGIMEN RETRIBUTIVO ESPECÍFICO DE LAS RENOVABLES (STC 36/2017)

El Gobierno de la Generalitat de Cataluña planteó conflicto positivo de competencia en relación con varios preceptos 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, que suponía una actualización del régimen jurídico general y, en particular, del régimen económico de dicha actividad en desarrollo de las previsiones contenidas al respecto, en último término, en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

El conflicto versaba sobre tres cuestiones muy concretas, relativas las tres a la reserva en favor de la Administración General del Estado de ciertas funciones ejecutivas, de información, inspectoras y autorizatorias [arts. 8.1 y 2, 30 y 35.1 a) i) del Real Decreto, respectivamente], que, en opinión de la parte promotora, deberían corresponder a la Comunidad Autónoma.

Las funciones controvertidas se referían unas veces, como veremos, a todas las instalaciones incluidas dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto, y otras solamente a las instalaciones que disfrutaran del régimen retributivo específico desarrollado en el mismo, no obstante lo cual la Sentencia que resuelve y, podemos avanzar, desestima íntegramente el conflicto, considera oportuno realizar de entrada una breve exposición de ese régimen retributivo especial, que constituía sin duda su principal novedad (FJ 1).

Por tratarse de una disputa situada en un marco competencial bien conocido, el propio de la energía y dentro de ella del subsector eléctrico, y limitada a funciones de carácter ejecutivo, la Sentencia, en su lógica y previa tarea de centrar los criterios relevantes para la solución del caso (FFJ 2 y 4), se limita prácticamente a fijar los títulos competenciales en presencia (arts. 149.1.25 y 13 y 22 CE, y concordantes estatutarios) y a recordar, en relación con los dos primeros, la consolidada doctrina del Tribunal sobre el posible y “excepcional” alcance ejecutivo de las bases en tales materias.

La primera de las funciones disputadas (art. 8.1 y 2) se refería a la obtención directa por la Administración General del Estado, en base al establecimiento de las pertinentes obligaciones, de cierta información procedente de los titulares de todas las instalaciones incluidas dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto (art. 8.1) o solamente de los titulares de las instalaciones inscritas en el registro de régimen retributivo específico

(art. 8.2), que el Gobierno catalán entendía que, en cuanto tarea ejecutiva, sólo podría hacerse por conducto de la Comunidad Autónoma. No obstante, la Sentencia (FJ 3) confirma en ambos casos la constitucionalidad del establecimiento de esas vías directas de información, con apoyo en decisiones precedentes y como instrumento necesario para la “efectividad” de la ordenación básica de la actividad, de competencia estatal. En el primero de los dos supuestos, y dada la finalidad estadística de la recogida de información, la Sentencia trae también en apoyo de la competencia estatal el título previsto en el art. 149.1.31 CE (“estadística para fines estatales”).

La segunda era tal vez la más problemática (la Sentencia tendrá en este punto, como luego veremos, dos Votos particulares) y se refería a la realización de inspecciones en relación con las instalaciones con régimen retributivo específico. En efecto, según el art. 30 del Real Decreto: “El órgano competente de la Administración General del Estado efectuará inspecciones periódicas y aleatorias a las instalaciones de producción con régimen retributivo específico para la comprobación del cumplimiento de los requisitos necesarios para el otorgamiento y mantenimiento de tal derecho”.

Pese a tratarse, de nuevo, de una tarea inequívocamente ejecutiva, la Sentencia (FJ 4) entiende que, dada la limitación de su objeto y finalidad, a saber, “la comprobación del cumplimiento de los requisitos necesarios para el otorgamiento y mantenimiento [del derecho a disfrutar del régimen retributivo específico]”, un régimen de indiscutida competencia estatal no sólo en el plano normativo, sino también en los aspectos claves de su ejecución (otorgamiento de dicho régimen en procedimientos de concurrencia competitiva centralizados), la mencionada tarea de inspección puede considerarse también como un complemento necesario o un instrumento para la “efectividad” de las bases de competencia estatal, y no excluye que “las Comunidades Autónomas realicen las inspecciones que consideren necesarias sobre los aspectos vinculados a su propio ámbito de competencias”.

Sobre la tercera función discutida, la autorización de instalaciones peninsulares de potencia eléctrica instalada superior a 50 MW eléctricos [art. 35 a) i)], el Tribunal ya se había pronunciado en dos ocasiones anteriores (SSTC 181/2013 y 32/2016), y como es lógico en la presente (FJ 5) se limita a reiterar el fallo interpretativo emitido en tales ocasiones, esto es, la constitucionalidad de la atribución competencial basada en ese criterio técnico, siempre y cuando no conduzca a resultados contradictorios con el criterio del art. 149.1.22 CE (“autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el

transporte de energía salga de su ámbito territorial”), no sin dejar de reprochar al titular de la potestad reglamentaria la falta de recepción expresa de dicha doctrina (“Para una mayor claridad del sistema de distribución de competencias en esta materia habría sido deseable que la elaboración del Real Decreto 413/2014 hubiese tenido en cuenta nuestra STC 181/2013, que le precedió en el tiempo”).

Como avanzamos, la Sentencia cuenta con dos Votos particulares en relación con la función inspectora. El primero firmado por la propia Ponente, la Magistrada Asua Batarrita, al que se adhiere el Magistrado Valdés Dal-Ré, en el que lamenta la facilidad con que el Tribunal viene reconociendo alcance ejecutivo a las competencias básicas, lejos de los cánones más estrictos que, a su juicio, debieran imperar a este respecto, consistentes en que las funciones ejecutivas sean “imprescindibles” para preservar la eficacia de lo básico, no meramente “útiles”, que es lo que, a su juicio, ocurriría en el caso presente. Reconoce, no obstante, que la disociación entre tareas de adjudicación (estatales) e inspectoras (autonómicas) podría causar algunos problemas para el correcto funcionamiento del sistema, pero en ningún modo irresolubles a través de los mecanismos ordinarios de colaboración e intercambio de información.

El segundo de los Votos, suscrito por el Magistrado Xiol Ríos, no es discrepante, sino concurrente, y se limita a recalcar que sólo con las limitaciones antes señaladas (pero que reconoce son las que se desprenden del propio tenor literal del precepto) resulta aceptable la atribución al Estado de funciones inspectoras en la materia.

3.3. CASTOR (STC 152/2017)

A) Antecedentes

Aunque nuestro país cuenta con una envidiable diversidad de fuentes foráneas de aprovisionamiento de gas natural, y de una notable infraestructura de gasoductos y plantas de regasificación, siempre ha presentado una cierta carencia, en términos comparativos con otros países de nuestro entorno, en instalaciones de almacenamiento subterráneo, lógicamente convenientes para la garantía del suministro, que se hecho más ostensible en los últimos tiempos a medida que el gas natural ha ido adquiriendo una cuota cada vez mayor dentro del conjunto de fuentes primarias de producción energética.

No es de extrañar por ello que, ya desde hace años, las autoridades competentes y los operadores del sector vinieran mostrando interés por

incrementar nuestra capacidad de almacenamiento y encontrar las estructuras subterráneas adecuadas para ello.

En este contexto se inscribe el proyecto “Castor”, una infraestructura *offshore* de notable capacidad, a unos veinte kilómetros frente a la costa de Vinaroz, que vendría a ocupar la estructura subterránea que en el pasado albergó una explotación petrolífera (yacimiento Amposta), y cuya ejecución completa requería las siguientes instalaciones: una plataforma marítima desde la que llevar a cabo la inyección en el subsuelo y la extracción del gas, unas conducciones de gas hasta la costa y una planta de tratamiento en tierra.

El otorgamiento del permiso de investigación, de acuerdo con las previsiones de nuestra legislación de hidrocarburos, para estudiar la viabilidad del emplazamiento se remonta a 1996²¹, aunque no sería hasta varios años después, en 2004, cuando se llevaran a cabo los primeros sondeos (dispensados de evaluación de impacto ambiental -EIA), ya por la empresa que había obtenido primero la cesión y luego la prórroga de la vigencia del permiso, y protagonista hasta el final de las operaciones, “ESCAL-UGS, S.L.”²².

A partir de entonces, y porque los sondeos se revelarían exitosos, las actuaciones se sucedieron ya sin solución de continuidad. En 2005 se iniciaron los trámites de la evaluación de impacto ambiental del proyecto de explotación. En 2006, el almacén Castor se incluyó dentro de las infraestructuras previstas en la parte obligatoria de la planificación estatal del sistema gasista con la categoría de “urgente”²³. En 2008, por Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, se otorgó a “ESCAL-UGS, S.L.” la concesión de explotación de la estructura para almacenamiento por un

²¹ Real Decreto 2056/1996, de 6 de septiembre, por el que se otorga el permiso de investigación de hidrocarburos denominado <<Castor>>, situado en la zona C, subzona a).

²² Orden ECO/3805/2003, de 17 de diciembre, sobre la cesión del permiso de investigación de hidrocarburos <<Castor>> de <<España Canada Resources, Inc., Sucursal en España>> a favor de <<ESCAL-UGS, S.L.>>; Orden ITC/2635/2004, de 14 de julio, por la que se otorga la primera prórroga al período de vigencia del permiso de investigación de hidrocarburos denominado <<Castor>>; y Resolución de 4 de noviembre de 2004, de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y del Cambio Climático, sobre la evaluación de impacto ambiental del Proyecto <<Sondeo Castor 2004>> promovido por ESCAL UGS, S. L.

²³ La “Planificación de los sectores de electricidad y gas 2002-2011. Revisión 2005-2011”, aprobada por el Consejo de Ministros de 31 de marzo de 2006, incluye, entre otros, el almacenamiento subterráneo de gas natural denominado <<Castor>>, en el grupo de planificación denominado <<A Urgente>>.

periodo inicial de 30 años²⁴, sin perjuicio, como prevé nuestra legislación de hidrocarburos, de la ulterior obtención de las autorizaciones necesarias (incluidos los trámites ambientales pertinentes) para la ejecución de los proyectos específicos. En 2009, y en el procedimiento de EIA iniciado como dijimos en 2005, se emitió Declaración de Impacto Ambiental favorable para el proyecto Castor, antes sumariamente descrito²⁵. En 2010, la Generalitat Valenciana otorgó autorización ambiental integrada para la planta en tierra²⁶. Y también en 2010, el Ministerio autorizó finalmente la realización del proyecto, reconociendo su utilidad pública a efectos expropiatorios²⁷.

Una vez obtenidos todos los permisos necesarios, se inició la construcción de las instalaciones, empezando por la plataforma marítima, que estuvo terminada en 2011. Ya con las instalaciones fundamentales dispuestas, en julio de 2012 se autorizó de manera provisional su puesta en servicio, que habría de comenzar mediante la inyección del denominado “gas colchón”, necesario para su correcto funcionamiento, y que suponía al mismo tiempo el inicio del devengo de la retribución prevista para esta clase de almacenamientos. En efecto, inmediatamente, en octubre de ese mismo año, la empresa solicitó la inclusión de la infraestructura en el régimen retributivo del sistema gasista, aportando la documentación prevista en la normativa correspondiente²⁸, solicitud de tramitación compleja que, a la vista de los acontecimientos posteriores, nunca llegó a resolverse²⁹.

²⁴ Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, por el que se otorga a Escal UGS, S. L., la concesión de explotación para el almacenamiento subterráneo de gas natural denominado <<Castor>>; parcialmente modificado por Real Decreto 1383/2011, de 7 de octubre.

²⁵ Resolución de 23 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, por la que se formula declaración de impacto ambiental del proyecto Almacén subterráneo de gas natural Amposta.

²⁶ Resolución de 2 de febrero de 2010, de la Dirección General para el cambio climático de la Generalitat Valenciana, por la que se otorga la AAI para la planta de operaciones en tierra.

²⁷ Resolución de 7 de junio de 2010, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se otorga a Escal Ugs, S.L. autorización administrativa y reconocimiento de la utilidad pública de las instalaciones y servicios necesarios para el desarrollo del proyecto de almacenamiento subterráneo <<Castor>>.

²⁸ Orden ITC/3995/2006, de 29 de diciembre, por la que se establece la retribución de los almacenamientos subterráneos de gas natural incluidos en la red básica.

²⁹ Este y otros datos posteriores se obtienen del Preámbulo del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares.

Conforme a lo previsto en el acta provisional de puesta en servicio de la instalación, la inyección del gas colchón se realizó en varias fases. Las dos primeras (en junio y agosto de 2013, respectivamente) no presentaron incidencias, pero con ocasión de la tercera (en septiembre de 2013) se produjeron una serie de eventos sísmicos bien conocidos, que causaron gran alarma social y motivaron la lógica suspensión temporal de las operaciones por parte del Ministerio (en el mismo mes de septiembre de 2013, prorrogada luego en junio de 2014).

Inmediatamente se encargaron sendos informes a dos instituciones científicas nacionales para determinar la causa de los seísmos y sobre la viabilidad de una vuelta a las operaciones, que, emitidos en diciembre de 2013 y febrero de 2014 y aun aportando algunas certezas, no resultaban al parecer concluyentes y aconsejaban la realización de posteriores estudios. Se encargó por ello un estudio adicional al MIT, cuyas conclusiones no se conocerían hasta abril de 2017³⁰.

Entretanto, la empresa, en julio de 2014, comunicó al Ministerio su decisión de renunciar a la concesión de explotación de la estructura subterránea, decisión que, conforme a lo previsto en el propio título habilitante (art. 14 del Real Decreto 855/2008), debía ser expresamente autorizada para provocar su extinción, pero que en caso de serlo, y como en cualquier otro supuesto de caducidad o extinción, determinaba la reversión al Estado de las instalaciones afectas y el derecho de la empresa a obtener una compensación por el valor (neto contable o residual, según los casos) de las que continuaran operativas.

Conviene advertir que, en mayo de 2012, el nuevo Gobierno resultante de las elecciones de 2011 había declarado la lesividad de (una parte de) esta cláusula de la concesión e interpuesto a continuación el pertinente recurso de lesividad, que sin embargo fue desestimado por STS de 14 de octubre de 2013, cercana en el tiempo como puede verse a los sucesos que determinaron la paralización de las operaciones; resolución

³⁰ “Modelación Acoplada de Flujo y Geomecánica, y Evaluación de Sismicidad Inducida, en el Proyecto Castor de Almacenamiento de Gas”, *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), abril de 2017, que señala “un riesgo elevado de reanudar las operaciones de almacenamiento de gas en Castor”, pero sin advertir negligencias (“el presente estudio corresponde a una evaluación *post mortem* del Proyecto Castor, en la que hemos empleado nuevos paradigmas... Por ello no cabría esperar que un estudio realizado con metodologías estándar en la industria hubiese llegado a estas conclusiones antes de la inyección”).

judicial ésta que animaría, sin duda, a la empresa, junto lógicamente a otras circunstancias, a presentar su renuncia a la concesión³¹.

Debiendo, pues, pronunciarse sobre la petición de renuncia, y resultando tal vez difícil hacerlo en sentido negativo y escapar, al menos de momento, a sus consecuencias indemnizatorias, en octubre de 2014 el Gobierno adoptó las medidas que darán lugar a la Sentencia que ahora nos ocupa.

B) El Real Decreto-ley 13/2014, los recursos y el planteamiento de la Sentencia

En efecto, tras la renuncia de la empresa a la concesión, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucle/ares, que, dejando a un lado lo referente a esta segunda cuestión, tratada en la Disposición adicional segunda, dedicaba el resto de su contenido a resolver el caso Castor, previendo, en esencia, las siguientes medidas: la hibernación de las instalaciones, a la espera de una decisión definitiva sobre su destino en función del resultado de estudios adicionales; la extinción de la concesión demanial, aceptando implícitamente la renuncia de su titular; la asignación de la administración de las instalaciones, en tanto durara la situación de hibernación, a la entidad gestora del sistema gasístico, “Enagás Transporte, S.A.U.”; el reconocimiento al antiguo titular de la concesión, la sociedad “Escal UGS, S.L.”, de una compensación por el valor neto de la inversión realizada por importe de unos 1.350 millones de euros, que sería sufragada por Enagás en un solo pago y en el plazo máximo de 35 días hábiles desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley; y el reconocimiento a Enagás del derecho a recuperar el importe abonado con cargo a los ingresos del sistema gasista a lo largo de 30 años, derecho de cobro susceptible de transmisión a terceros.

³¹ STS de 14 de octubre de 2013 (núm. de recurso 430/2012). El Consejo de Ministros pretendía la anulación del inciso final del art. 14 del Real Decreto 855/2008: “Lo anterior [la compensación por el valor neto contable] no será de aplicación en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria, en cuyo caso la compensación se limitará al valor residual de las instalaciones, sin perjuicio de otras responsabilidades de la empresa concesionaria”. La Sentencia (FJ 3) no considera ilegal que, en principio, se prevea una compensación por la reversión incluso en el supuesto de “dolo o negligencia”, pero añadiendo que, además de que la propia cláusula distingue entre compensación y responsabilidades, “ello no supone excluir que la conducta dolosa o negligente de la empresa concesionaria pueda afectar o, incluso, anular en su caso el propio derecho a la compensación”, lo que dependerá de las circunstancias concurrentes (en qué haya consistido la conducta dolosa o negligente de la empresa, la gravedad o trascendencia de dicha conducta, etc.).

Pues bien, frente a este Real Decreto-ley, que fue objeto de convalidación parlamentaria, descartándose expresamente la alternativa de su tramitación como ley ordinaria³², el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad que, de forma acumulada, fueron resueltos y parcialmente estimados por la STC 152/2017, de 21 de diciembre.

Los recurrentes, aunque con diversidad de acentos y matices, impugnaron todos ellos la disposición gubernamental por los dos mismos tipos de motivos, en cierto modo contrapuestos entre sí, pero con los que ciertamente pretendían salir al paso del conjunto de razones aducidas por el Gobierno en el Preámbulo del Real Decreto-ley, así como en el trámite parlamentario de convalidación, para defender la elección de este concreto instrumento normativo para la solución del problema. Argumentaban, en efecto, en primer término, que no se daban en este caso las circunstancias constitucionalmente exigidas de “extraordinaria y urgente necesidad” para el empleo la legislación de urgencia (art. 86.1 CE), y, en segundo lugar, que las medidas adoptadas, al menos una parte de ellas, no pasarían de ser actuaciones materialmente administrativas, para las cuales estaría vedado el empleo de la potestad legislativa en cualquiera de sus manifestaciones, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre las leyes “autoaplicativas” (STC 129/2013).

La Sentencia 152/2017 va a examinar conjuntamente ambos motivos, exponiendo previamente la doctrina constitucional pertinente tanto sobre el presupuesto habilitante de los Decretos-leyes [FJ 3 I)] como sobre las leyes singulares y dentro de ellas las autoaplicativas [FJ 3 II)], pero trazando a efectos de la decisión del caso una clara diferenciación entre las distintas medidas previstas por la disposición impugnada: por un lado, las relativas a la hibernación de las instalaciones y a la extinción de la concesión, que considera íntimamente emparentadas [“la extinción de la concesión otorgada era un requisito necesario para que la Administración pudiera acordar la hibernación”, FJ 6 a)], y por otro, las relativas a las consecuencias económicas de tales actuaciones, en particular, la referida al reconocimiento y condiciones de pago de la compensación en favor de la empresa titular de la concesión extinguida.

³² Resolución de 16 de octubre de 2014, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares.

En relación con el primer grupo de medidas (hibernación y extinción de la concesión), la Sentencia considera que concurre el presupuesto habilitante de su adopción por Decreto-ley, dando por buenas las razones determinantes de la urgencia expuestas en el Preámbulo de la disposición, relativas al riesgo de la instalación para las personas, los bienes y la protección del medio ambiente, y hallando entre estas razones y aquellas medidas la necesaria “conexión de sentido” (“En efecto, se trata de una medida con la que se pretende conjurar los riesgos que, para personas, bienes y especialmente el medio ambiente, pudiera generar la existencia de una instalación de almacenamiento de gas sita bajo las aguas del mar Mediterráneo, en especial si esta instalación quedara desatendida o se mantuviera la sola suspensión de actividades administrativamente acordada”, FJ 5). Igualmente considera justificada la elección en este caso de un instrumento con rango de ley, debido a la novedad de algunas de estas medidas, en particular, la figura de la “hibernación”, y su ausencia de respaldo normativo en la vigente legislación de hidrocarburos (“al no existir en nuestro ordenamiento una regulación general de la figura de la hibernación de instalaciones de producción o almacenamiento de energía la adopción de esta decisión requiere la atribución de derechos y obligaciones que solo una norma con rango de ley puede establecer”, FJ 5).

Sin embargo, su juicio difiere en relación con las medidas de carácter económico también previstas en el Real Decreto-ley (fundamentalmente, arts. 4 a 6). Aun admitiendo que también para ellas fuera necesaria una norma con rango de ley, por suponer un coste adicional para el sistema gasista y haberse establecido con anterioridad una reserva formal de ley para la creación de nuevos gastos con cargo a dicho sistema [art. 59.4 f) del Real Decreto-ley 8/2014³³], lo que no acepta la Sentencia [FJ 6 b)] es que el Gobierno haya levantado en este caso debidamente la carga de justificar la urgencia en su adopción, en especial, por lo que se refiere a la fijación de un plazo perentorio de 35 días para proceder al pago de la compensación.

En efecto, la Sentencia entiende que las únicas razones aportadas a este respecto, a saber, el supuesto ahorro que del paquete de medidas económicas previstas se derivaría para el sistema gasista y a la postre para los consumidores, serían insuficientes por sí mismas, de acuerdo con la

³³ Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Art. 59.4: “Los costes del sistema serán financiados mediante los ingresos del sistema gasista. Estos costes, que se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en el presente real-decreto-ley y sus normas de desarrollo, serán los siguientes: (...) f) Cualquier otro coste atribuido expresamente por una norma con rango legal cuyo fin responda exclusivamente a la normativa del sistema gasista”.

doctrina constitucional (se citan las SSTC 126/2016 y 169/2016), para integrar el presupuesto habilitante de la legislación de urgencia si no van acompañadas de una “justificación adicional” que explicita “las razones por las cuales la asignación del pago al sistema gasista ha de llevarse a cabo en unos términos y plazos tan perentorios como para excluir el recurso al procedimiento legislativo ordinario o de urgencia”, que en este caso no se habría dado. Así se concluye:

“Admitida la existencia de una situación de urgente necesidad que, por los movimientos sísmicos habidos en el entorno de la instalación de almacenamiento de gas <<Castor>>, pondría en riesgo de personas, bienes y el medio ambiente, hemos de convenir, tras un examen particularizado de las circunstancias concurrentes en el presente caso, en que las medidas adoptadas en los artículos 4 a 6 del Real Decreto-ley 13/2014 no guardan la debida conexión de sentido con dicha situación y su adopción representa una inadecuada alteración del sistema de fuentes del Derecho que no encuentra cobertura en la regulación que del artículo 86.1 contiene nuestra Constitución” [FJ 6 b) *in fine*]

No voy a hacer aquí una valoración completa de la Sentencia. Se trata de un supuesto obviamente complejo, y resultaría temerario hacerlo a la vista del muy sumario resumen de hechos, alegaciones y razonamientos que acaba de presentarse. Sí quiero simplemente advertir que el debate no se planteó quizás en los términos todo lo francos que hubiera sido deseable. Como apuntó el Grupo Parlamentario Socialista en su escrito de recurso, y reconoció más tarde el nuevo Ministro de Industria en su comparecencia ante la Comisión de Energía del Congreso de los Diputados para valorar las consecuencias de la Sentencia, la razón última de todo el paquete de medidas y de su articulación por Decreto-ley era posiblemente, en efecto, de tipo económico, pero distinta del mencionado ahorro. Se trataba de evitar el impago de la deuda que la empresa titular de la concesión tenía contraída por entonces, entre otros, con el Banco Europeo de Inversiones, y la repercusión negativa que eso podía tener, en un momento todavía de crisis, sobre la situación económica del país³⁴. Que ésta pudiera ser una

³⁴ Recurso del Grupo Parlamentario Socialista: “el único motivo de <<extraordinaria y urgente necesidad>> que puede deducirse, y este extremo no se reconoce de manera expresa en el texto legislativo, de lo pretendido por el Real Decreto-ley 13/2014 parece que puede ser el de evitar la ejecución de un aval que debía pagarse, según el contrato con los bonistas acreedores si la planta no entraba en funcionamiento en noviembre de este año” (antecedente 3 de la Sentencia). Declaraciones del Ministro de Industria ante la Comisión de Energía, Turismo y Agenda Digital del Congreso: “¿Qué problema había?. Que si no se hacía el pago pronto entraba en fallido, entraba en quiebra la entidad, porque la entidad solo tenía un poquito de capital y un montón de deuda, la mayor parte de ella en manos del Banco Europeo de Inversiones, pero también de

razón suficiente desde la doble perspectiva considerada (presupuesto habilitante y ley singular), es obviamente una cuestión distinta, que no fue objeto de examen y en la que tampoco vamos a entrar aquí.

C) Sobre las leyes autoaplicativas

Sí quiero hacer, sin embargo, para terminar una breve referencia al tratamiento dado por la Sentencia al tema de las leyes autoaplicativas.

En sus escritos de recurso, todas las partes recurrentes calificaron el Decreto-ley impugnado como una ley autoaplicativa, y la STC 152/2017, en repetidas ocasiones, hizo también suya esta calificación. Pero ni aquéllas en sus alegaciones, al exponer la doctrina constitucional referida a este tipo de leyes, ni, lo que es más importante, la propia Sentencia, al hacer en el FJ 3 II) su larga recapitulación de la doctrina constitucional sobre las leyes singulares, se atuvieron estrictamente (hay que decir que por fortuna) a la doctrina específicamente creada al respecto por la STC 129/2013, por todos citada, y que fue la introductora de esta categoría³⁵.

Critiqué, en su momento, creo que de manera convincente, la distinción trazada por las SSTC 129 y 203/2013, a la hora de efectuar el examen constitucional de las leyes singulares materialmente administrativas, entre leyes autoaplicativas (equivalentes a un acto administrativo) y no autoaplicativas (equivalentes más bien a un reglamento), por valerse de unos conceptos y de una distinción elaborados en relación con una problemática distinta y ausente en nuestro sistema constitucional (la de las leyes susceptibles o no de amparo en los sistemas que, a diferencia del nuestro, conocen el amparo directo frente a leyes), y sobre todo por crear en relación con las primeras un canon constitucional

fondos de inversión que al mismo tiempo estaban comprando deuda pública. ¿Qué querían? ¿Un *default*? ¿Un *default* del sistema gasístico español y un *default* frente al Banco Europeo de Inversiones y grandes fondos que habían financiado la infraestructura, teniendo además que cumplir una sentencia?. Es decir, en plena crisis de la deuda, en plena crisis del euro, España hace un *default* de 1300 millones de euros en una infraestructura que estaba considerada como segura...” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, XII Legislatura, núm. 422, de 31 de enero de 2018, p. 25).

³⁵ La STC 129/2013 (FJ 6) exigía, en efecto, para que las leyes autoaplicativas pudieran superar el estricto canon de enjuiciamiento, basado en el art. 24.1 CE, que se establecía para ellas, que los “titulares de derechos e intereses legítimos” afectados por ellas dispusieran de un “recurso directo” ante el Tribunal competente para su examen (el Tribunal Constitucional), requisito obviamente de imposible cumplimiento en nuestro sistema

de enjuiciamiento de imposible cumplimiento y, por ello, en mi opinión excesivo³⁶.

Sostenía entonces y sigo haciéndolo ahora que lo procedente, pues, es abandonar esa distinción y examinar todas las leyes materialmente administrativas con el canon mixto aplicado por la jurisprudencia en relación con las segundas (posible vulneración del principio de igualdad/interdicción de la arbitrariedad *ex art. 14 y 9.3 CE*, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24.1 CE*).

Pues bien, a tenor de la doctrina que, según la Sentencia que aquí comentamos, resulta de aplicación a las leyes “autoaplicativas”, ése parece ser justamente el canon de referencia y no el más estricto diseñado en su momento por la STC 129/2013³⁷. La denominación pasa a tener, pues, un carácter puramente descriptivo, sin consecuencias jurídicas, y lo lógico sería abandonarla. Desgraciadamente, no parece que vaya a ser éste el caso, pero al menos han quedado desactivadas sus perturbadoras consecuencias.

4. AGUAS

Las aguas no suelen faltar a su cita anual con la jurisprudencia constitucional. En el presente ejercicio ha habido dos Sentencias en la materia, con la Comunidad Autónoma de Aragón como protagonista de ambas. La primera, la dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a un buen número de preceptos de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón, por supuesta invasión de las competencias del Estado sobre cuencas intercomunitarias (STC 116/2017, de 19 de octubre). Y la

³⁶ “La discutible relevancia del concepto de <<leyes autoaplicativas>> en el examen constitucional de las leyes materialmente administrativas (una crítica metodológica a las Sentencias Santovenia y Ciudad del medio ambiente)”, en: L. Arroyo Jiménez, M. Beladiez Rojo, C. Ortega Carballo y J.M. Rodríguez de Santiago (coord.), *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2015, pp. 263 a 330.

³⁷ La STC 129/2013 (FFJJ 5 y 6) exigía, en efecto, para que las leyes autoaplicativas pudieran superar el estricto canon de enjuiciamiento que se establecía para ellas (basado únicamente en el art. 24.1 CE), que los “titulares de derechos e intereses legítimos” afectados dispusieran de un “recurso directo” ante el Tribunal competente para su examen (el Tribunal Constitucional), requisito obviamente de imposible cumplimiento en nuestro sistema, que no conoce el amparo directo frente a leyes. Esta doctrina (afortunadamente) ya no resulta reconocible en el “canon de constitucionalidad” que la STC 152/2017 [FJ 3 II] considera aplicable a las leyes autoaplicativas, y en el que se combinan resueltamente referencias al “principio de igualdad” y al “derecho a la tutela judicial efectiva”.

segunda, la recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto esta vez por el Gobierno de Aragón frente a ciertos preceptos de la Ley 21/2015, de 20 de julio, de modificación de la Ley de Montes, relativos al trasvase Tajo-Segura, por supuesta vulneración, principalmente, del derecho de consulta previsto en el art. 72.3 del nuevo Estatuto de Autonomía aragonés (STC 155/2017, de 21 de diciembre). La decisión de ambos casos venía precedida de otros pronunciamientos referidos a esta Comunidad Autónoma y a sus respectivas temáticas, pero sin dejar de plantear algunas cuestiones nuevas y de interés que pasamos a examinar a continuación.

4.1. LA LEY 10/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, DE AGUAS Y RÍOS DE ARAGÓN (STC 116/2017)

A) Planteamiento general

Como ya hemos avanzado, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a un amplio conjunto de preceptos de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón, siempre por motivos competenciales y por la misma razón de fondo, la pretendida invasión de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado en materia de cuencas intercomunitarias, concretamente y como es lógico, aun sin necesidad de nombrarla de manera sistemática, la cuenca del Ebro.

Para mejor ordenar sus alegaciones, el Abogado del Estado dividió las impugnaciones en dos grandes grupos, que será también la sistemática que siga la Sentencia en su resolución. El primero formado por todo un abanico de preceptos mediante los cuales la Ley asignaba a unas u otras instancias de la Administración hidráulica aragonesa (por ejemplo, el Instituto Aragonés del Agua) distintas funciones relacionadas con la gestión de la reserva hídrica de 6.550 Hm³ “para uso exclusivo de los aragoneses”, prevista por la Disposición adicional quinta del nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril. Y el segundo integrado por otro variado y no menos numeroso conjunto de preceptos también relativos a tareas de gestión sobre cuencas intercomunitarias, pero desvinculadas de la mencionada reserva de agua.

Para simplificar el análisis de tan nutrido grupo de impugnaciones, la Sentencia, con buen criterio, dedica sus primeros fundamentos a establecer ciertas claves generales que guiarán su decisión. En primer lugar (FJ 2), recuerda la conocida y bien asentada doctrina constitucional sobre el reparto de competencias en materia de aguas, iniciada por la STC 227/1988 (Ley de Aguas) y reafirmada por la STC 30/2011 (Estatuto de Autonomía andaluz), que hace girar sobre el carácter inter (la Sentencia utiliza también

indistintamente el prefijo supra) o intracomunitario de las cuencas hidrográficas la distribución entre Estado y Comunidades Autónomas de unas competencias en principio exclusivas, es decir, comprensivas también de las tareas de ejecución o gestión en la materia. Y, en segundo lugar (FJ 3), pasa revista, para rechazarlos de plano o fijar su alcance en sus justos términos, a toda una serie de argumentos utilizados por el Gobierno y las Cortes de Aragón en defensa de la constitucionalidad de la Ley y/o con el fin de procurar la desestimación del recurso (el supuesto carácter preventivo de algunas de las impugnaciones; el pretendido cambio de postura de la Abogacía del Estado en relación con lo sostenido en un pleito anterior; el posible contenido de la legislación estatal de aguas, que no sería canon de constitucionalidad; y los más relevantes y sobre los que luego volveremos, relativos al valor de las “cláusulas de salvaguardia” contenidas en muchos de los preceptos impugnados y a la concurrencia de competencias en materia de aguas).

Tras estas precisiones, y siguiendo el esquema ya apuntado, la Sentencia pasa a examinar las distintas impugnaciones, con un resultado, cabe ya avanzar, mayoritariamente estimatorio.

B) La gestión de la reserva hídrica de 6.550 Hm³

En sintonía con los “derechos en relación con el agua” reconocidos a los aragoneses en el art. 19 del nuevo Estatuto de Autonomía, su Disposición adicional quinta se hizo eco de la reserva de ciertos caudales de la cuenca del Ebro propugnada ya desde antiguo por las Cortes de Aragón (“La planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del presente Estatuto, considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm³”). La STC 110/2011, de 22 de junio, que conoció del recurso de inconstitucionalidad frente a ciertos preceptos del Estatuto aragonés interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, salvó la constitucionalidad de dicha Disposición, sometiéndola a una interpretación conforme, en esencia por las mismas razones por las que sostuvo igualmente la constitucionalidad del referido art. 19, esto es, por entender que ambos preceptos no contenían sino “principios rectores” (no derechos) de exclusiva observancia para las autoridades autonómicas y no vinculantes para el Estado.

La cuestión a debate ahora no era, obviamente, de nuevo la legitimidad o no de dicha reserva, a la que reiteradamente se hacía

referencia en la Ley impugnada (y que viene recogida también en el Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro, como recuerda la propia Sentencia, FJ 4³⁸), sino si se ajustaba o no al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de aguas que la Ley 10/2014 atribuyera, también con reiteración, no pocas funciones de carácter ejecutivo en relación con dichos caudales a la Administración autonómica aragonesa.

El asunto no habría tenido más enjundia si dicha asignación de tareas hubiera venido realizada en términos puros y simples, dado el carácter intercomunitario de la cuenca de procedencia de los caudales y la exclusividad competencial del Estado sobre la misma, como ya nos consta. La singularidad del caso obedecía al carácter condicionado con el que a menudo venían atribuidas tales funciones, supeditando su disponibilidad autonómica a que las mismas fueran objeto de transferencia o delegación por su titular (el Estado) o cuando menos de otras fórmulas de alteración incompleta del ejercicio de la competencias, como la encomienda de gestión (“mediante transferencia, encomienda o convenio con la Administración General del Estado”, era la expresión más utilizada por la Ley); manera ésta de proceder que en opinión del legislador aragonés hubiera debido bastar para salvar la constitucionalidad de toda esta batería de preceptos.

No es éste, sin embargo, el parecer de la Sentencia, que de forma clara y contundente declara la inconstitucionalidad, pese a las referidas cautelas, de la mayor parte de los preceptos impugnados integrantes de este grupo, con tres clases de argumentos concatenados entre sí (FJ 4). El primero, que las legislaciones autonómicas no pueden disponer, en principio, sobre funciones que no son competencia de las respectivas Comunidades Autónomas, y que es más, se reconoce abiertamente que no lo son [se recuerda a este respecto, la doctrina establecida por la reciente STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 6 c), sobre la Administración tributaria catalana]. El segundo, que las cláusulas de condicionamiento o “salvaguardia” no bastan por sí solas para legitimar la disposición sobre competencias ajenas, especialmente en el caso de que las condiciones establecidas resulten de imposible cumplimiento en términos constitucionales [FJ 3 d)]. Y el tercero y fundamental, basándose ya en este caso directamente en la doctrina establecida por la SSTC 30 y 32/2011, que reafirmaron el concepto de cuenca como criterio de distribución

³⁸ Art. 15.1 f) del Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro, aprobado por Real Decreto 1/2016, de 8 de enero (Anexo XII). Y, antes, en el art. 32.1 f) del Plan aprobado por Real Decreto 129/2014, de 28 de febrero.

competencial, que la prohibición de “compartimentar” la gestión de las cuencas (deducible de art. 149.1.22, en relación con el art. 45, ambos de la CE) no concierne sólo a los Estatutos de Autonomía y a los legisladores autonómicos, sino que ha de ser respetada igualmente por el legislador estatal (de aguas), lo que hace tales condiciones de imposible cumplimiento, y vicia por ello las mencionadas cláusulas de salvaguardia y los preceptos que las contienen. Así, la Sentencia [FJ 4 b)]:

“De esta doctrina se deduce sin dificultad que la Comunidad Autónoma de Aragón carece de habilitación estatutaria para legislar sobre la reserva hídrica de una cuenca intercomunitaria, o para atribuir a sus órganos funciones de gestión sobre la misma. Tal vicio de incompetencia no queda salvado por la circunstancia de que la Ley aragonesa someta estas atribuciones a condición, consistente en la previa transferencia, delegación, encomienda, convenio o cualquier otra modalidad de desplazamiento de la titularidad o el ejercicio de las competencias reservadas al Estado por el artículo 149.1.22 CE, porque con ello traspasa el ya aludido doble límite, cuyo núcleo se puede resumir en estos enunciados: (i) someter a condición esta asunción competencial pone de relieve la radical falta de competencia del legislador aragonés, y (ii) no resultaría constitucionalmente admisible que el legislador estatal, único competente en la materia, abordara una reforma que comportara una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias en sentido incompatible con el principio de unidad de cuenca”.

Con estos criterios, la Sentencia (FFJJ 4 y 5) declara inconstitucionales toda la serie de preceptos de la Ley 10/2014 que, de una manera u otra, venían a atribuir a la Administración aragonesa, en las condiciones indicadas, funciones de gestión de la mencionada reserva hídrica, y que no parece necesario detallar aquí (por ejemplo, la Disposición transitoria primera, que contemplaba incluso el traspaso de medios para el ejercicio de tales funciones: “La aplicación de las disposiciones de esta ley relativas a la participación en la tramitación de autorizaciones y concesiones, en especial sobre la reserva de agua de uso exclusivo de los aragoneses, requerirá el correspondiente traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón”).

De entre los impugnados y pertenecientes a este grupo, la Sentencia sólo salva algunos preceptos que (1) o bien no reconocían auténticas potestades (el art. 12.4, que simplemente ordenaba a los poderes públicos aragoneses “velar” por la inscripción en el Registro de Aguas de la Administración General del Estado de la indicada reserva); (2) se limitaban

a contemplar la legítima participación autonómica en la gestión estatal de esos recursos [art. 15.1 c)], sin establecer mecanismos de colaboración o coordinación no previstos por el Estatuto de Autonomía ni por el legislador estatal, como la emisión de informes “determinantes” [art. 19.2 c) 2º] o “propuestas de resolución” [art. 70 c)], que esto sí es igualmente censurado por la Sentencia [FFJJ 5 e) y g), respectivamente]; o bien (3) se referían a competencias aragonesas concurrentes sobre el mismo espacio físico, como la elaboración de planes de regadíos y otros usos agrarios para el aprovechamiento de la reserva (art. 50), sin imponer unilateralmente una determinada forma “articulación con o inserción en la planificación hidrológica estatal” [FJ 5 f)].

C) Otros preceptos

El resto de preceptos impugnados se referían a funciones igualmente ejecutivas que la Ley 10/2014 asignaba a la Administración hidráulica aragonesa y que, en su proyección sobre cuencas intercomunitarias (ya sin conexión especial con la conocida reserva hídrica), el recurrente consideraba también vulneradoras de la competencia exclusiva del Estado sobre tales cuencas.

Estas impugnaciones, que la Sentencia analiza en su fundamento final (FJ 6), van a tener un resultado desigual. Muy brevemente, (1) el Registro de Seguridad de presas, embalses y balsas de Aragón (art. 8.1) se salva porque no se impugnó la Disposición final primera, que era de la que cabía deducir su proyección sobre cuencas intercomunitarias; (2) la gestión autonómica de las “reservas naturales fluviales” [art. 19.2 c) 3º] también se considera constitucional por venir acotada en el propio precepto a las competencias en “espacios naturales protegidos”, y “sin perjuicio de las competencias de la Administración General del Estado”; (3) el informe preceptivo y “determinante” del Instituto Aragonés del Agua en el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos y de ordenación territorial (art. 67) tampoco merece reproche por versar sobre aspectos, en principio, de competencia autonómica (“sobre cualquier aspecto que sea de su competencia y, en todo caso, sobre las infraestructuras de aducción y depuración”, dice aquél literalmente).

En cambio, (4) las funciones atribuidas por la Ley al Instituto Aragonés del Agua en materia de vertidos, policía de aguas y reutilización de aguas regeneradas (arts. 71, 72 y 76, respectivamente), siempre en relación con cuencas intercomunitarias, y aunque sometidas a la condiciones ya conocidas, se declaran inconstitucionales por razones también conocidas. Aunque en relación con este tipo de facultades de gestión cualitativa (policía de aguas), la jurisprudencia constitucional haya

reconocido (dicho sea de paso, de manera también discutible³⁹) la posibilidad de su atribución a las Comunidades Autónomas en relación con cuencas intercomunitarias (STC 30/2011), sin entender que ello pueda suponer una fragmentación de su gestión, tal atribución sólo puede hacerla el legislador competente, esto es, el legislador estatal de aguas, como sólo a él corresponde “regular [en su caso] los efectos de su intervención [de la Comunidad Autónoma] en la tramitación de los procedimientos [por ejemplo, de autorización de vertidos] que corresponden a los organismos estatales de cuenca” [FJ 6 d)].

D) Apunte final

Después de un posicionamiento en general tan estricto como el que acabamos de ver en relación con los aspectos cuantitativos de la gestión del agua en cuencas intercomunitarias (sobre todo a propósito de la “reserva hídrica” de ciertos caudales del Ebro), resulta curioso advertir que la Sentencia que ahora comentamos (FJ 2) siga manteniendo, bien que con cita de la STC 30/2011, que a su vez mostraba con ello su respeto a la STC 227/1988, que el criterio de cuenca hidrográfica pueda no ser “el único constitucionalmente viable en el marco del art. 149.1.22 CE”, pues si, como a continuación aquélla añadía (y se repite ahora), “no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes”, resulta difícilmente imaginable otra manera de concretar las competencias sobre las aguas (*rectius*, cuencas) intercomunitarias que no sea la de su retención por la propia Administración estatal, sin perjuicio de la participación autonómica en los organismos encargados de su gestión en la forma (con las “modalidades técnicas”) que establezca aquella legislación⁴⁰.

Lo que sí deja meridianamente claro la STC 116/2017, que es algo que se podía deducir, pero no había dicho de forma expresa la STC 30/2011, es que las competencias estatales sobre cuencas intercomunitarias, al menos todas aquellas que sean relevantes para impedir la “fragmentación” de su gestión, pertenecen al género de las que “por su propia naturaleza” no son susceptibles de transferencia o delegación en el marco de las previsiones del art. 150.2 CE, porque esta

³⁹ Así, convincentemente, por FANLO LORAS, A., “La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional”, Anuario Jurídico de la Rioja, núm. 14, 2009 –sic-, pp. 69 y ss.

⁴⁰ Vid., al respecto, el fundamental trabajo ya citado de FANLO LORAS, A., “La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional”, Anuario Jurídico de la Rioja, núm. 14, 2009 –sic-, pp. 11 y ss.

operación no haría otra cosa que provocar de nuevo el resultado cuya evitación constituye justamente la razón de ser por la cual el art. 149.1.22 CE se interpreta en el sentido que ya conocemos. Quizás ésta sea la mayor aportación de la Sentencia aquí comentada.

4.2. ARAGÓN Y EL TRASVASE TAJO-SEGURA (STC 155/2017)

A) Antecedentes

En su momento, las Cortes de Aragón interpusieron recurso de inconstitucionalidad frente a ciertas disposiciones (adicionales, transitorias, derogatoria y finales) que, introducidas por la vía de enmiendas, llegó a incluir la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en materia de trasvases y, en particular, en relación con el trasvase Tajo-Segura. Aquel recurso se decidió por medio de la STC 13/2015, de 5 de febrero, que rechazó el primero de los motivos del recurso, el que no se hubiera seguido el procedimiento legalmente previsto para la elaboración y aprobación de la Ley del Plan Hidrológico Nacional, a la que en principio corresponde la regulación de los trasvases “entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca” (art. 45 del Texto Refundido de la Ley de Aguas), dado que la Ley de Aguas no forma parte del bloque de constitucionalidad. Pero estimó parcialmente el segundo (respecto de las disposiciones relativas al trasvase Tajo-Segura), esto es, el concerniente a la omisión del informe exigido por el art. 72.3 del nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (“la Comunidad Autónoma emitirá un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio”), por tratarse, esta vez sí, de una norma perteneciente al mencionado bloque y cuya constitucionalidad había sido confirmada, en cuanto “razonable mecanismo de colaboración” no invasivo de la competencia estatal, por STC 110/2011, de 22 de junio, y por ser el Tajo-Segura un trasvase afectante a la Comunidad Autónoma aragonesa, dada su participación, aunque pequeña, en la cuenca cedente.

No obstante, y para proteger los legítimos intereses de terceros, la STC 13/2015, de 5 de febrero, difirió la efectividad de su fallo (de inconstitucionalidad de las referidas disposiciones), concediendo al Estado un plazo de un año para enmendar el vicio procedimental cometido.

No se agotó ni mucho menos el mencionado plazo, puesto que la Ley 21/2015, de 20 de julio, de modificación de la Ley de Montes, vino a reproducir los contenidos viciados en otra serie de sus disposiciones (adicional quinta, transitoria y derogatoria únicas y finales primera y segunda), de nuevo introducidas a lo largo del procedimiento legislativo

por la vía de enmienda, pero tras haber dado esta vez cumplimiento, en principio, al trámite de consulta omitido en aquella ocasión, como se indicaba, aunque sin aportar detalles, en el apartado X de su Preámbulo (“en la presente Ley se da cumplimiento a la sentencia del Alto Tribunal”).

El tema parecía zanjado, pero no iba a ser así. De nuevo la Comunidad Autónoma de Aragón, esta vez su Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a las mencionadas disposiciones de la Ley 21/2015, de 20 de julio, de modificación de la Ley de Montes, relativas al trasvase Tajo-Segura por los motivos, también en esta ocasión procedimentales, y con el desenlace que vamos a ver a continuación, proporcionado por la STC 155/2017, de 21 de diciembre.

B) La Sentencia

El recurso se basó en dos motivos. A través del primero se denunciaba la posible vulneración las reglas que rigen el desarrollo del procedimiento legislativo, concretamente de los arts. 66.2 y 87.1 CE y 108.1 y 110.4 del Reglamento de los Congreso de los Diputados (relativos todos ellos a la iniciativa legislativa y la presentación de enmiendas), por “provenir los preceptos impugnados de enmiendas parlamentarias heterogéneas con el objeto sobre el que versó el proyecto de ley modificado por ellas”. Y el segundo se refería a la incorrecta (por apresurada) realización, en opinión del recurrente, del trámite previsto, como ya sabemos, en el art. 72.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, que habría impedido a esta Comunidad Autónoma emitir su informe, y expresar así su criterio sobre las disposiciones finalmente aprobadas.

Las referencias temporales bajo las que se produjeron los hechos tuvieron, en efecto, algo de singular, en año de elecciones generales (que tendrían lugar en diciembre de 2015), lo que ejercía cierta presión para dejar resuelto el asunto antes de que venciera el plazo concedido por la STC 13/2015; y aun antes también, en año de elecciones autonómicas (que tuvieron lugar en mayo de 2015), lo que provocó que en el momento de ser requeridas, como veremos, para la emisión del informe (mayo de 2015) las instituciones aragonesas estuvieran limitadas a un Gobierno en funciones y una Diputación permanente, disueltas como estaban las Cortes.

De todas estas circunstancias, mencionadas sólo con el fin de contextualizar el caso, y de otras muchas relevantes para su decisión, se da cuenta pormenorizada en la Sentencia que ahora comentamos, que contiene, además, una extensa, pero ágil y amena, fundamentación de su respuesta, cabe anticipar ya que desestimatoria, a los dos indicados motivos el recurso, que muy sintéticamente (por versar sobre temas constitucionales

de índole general y no específicamente ambiental) vamos a resumir a continuación.

El primero de los motivos es rechazado por la Sentencia (FJ 3) con bastante seguridad. La controversia giraba en torno a si el contenido de las enmiendas (relativo, como ya sabemos, a la regulación del trasvase Tajo-Segura) guardaba o no la “conexión mínima” con el texto del proyecto de ley exigida por la jurisprudencia constitucional para entender respetadas las antes mencionadas reglas del procedimiento legislativo. Sin descartar tal tipo de conexión, dando más bien a entender que, de haber sido necesario, se hubiera considerado existente, la Sentencia resuelve esta primera cuestión con un argumento previo de carácter finalista. Puesto que tal exigencia formal (la conexión de las enmiendas con el contenido de la iniciativa) está al servicio de la plenitud del debate parlamentario, y en el caso presente las referidas enmiendas venían simplemente a reproducir ciertos preceptos de una ley anterior ya debatida con todas las garantías, aun admitiendo como hipótesis el vicio procedimental, se trataría aquí de una suerte de irregularidad no invalidante [FJ 3 c)]:

“Lo determinante es que la conversión de aquellas enmiendas en preceptos de ley no alteraron de manera sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras legislativas, criterio que es, como quedó dicho, el que orienta y da sentido a toda la jurisprudencia de este Tribunal en punto a lo que pudieran considerarse, por quien recurra, vicios en el procedimiento de elaboración de la ley. Aquella voluntad parlamentaria no puede calificarse aquí alterada, con consecuencia tan grave como la inconstitucionalidad de la ley, por cuanto las disposiciones impugnadas carecieron de todo alcance innovador sustantivo, reiterativas como eran, con plena literalidad, de otras adoptadas por las propias Cortes Generales en esa misma legislatura (...). Se trataba de nuevas disposiciones, pero no de nuevas reglas jurídicas, que hubiesen deparado la menor alteración de una voluntad parlamentaria ya cabalmente expresada en la misma legislatura”.

Para desactivar el segundo motivo, la Sentencia (FFJJ 4 a 8) se mueve en un terreno de mayores vacilaciones. Sienta, por supuesto, como premisa de su razonamiento que la finalidad del trámite de informe previsto en el art. 72.3 del Estatuto de Autonomía es posibilitar que la Comunidad Autónoma de Aragón pueda exponer de manera efectiva su criterio en relación con “cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas [de competencia estatal] que afecte a su territorio”, de modo que este precepto del bloque de constitucional se incumple no sólo con la omisión completa de la solicitud de informe (como ocurrió en

el caso juzgado por la STC 13/2015), sino también si, a la vista de las circunstancias de caso, la solicitud se produce en unos términos que no garantizan la efectividad de la consulta, añadiendo incidentalmente que podría resultar también afectado el derecho fundamental de Diputados y Senadores *ex art. 23.1 CE* por su deficiente realización.

Vistas, sin embargo, todas las circunstancias del caso (que, como se dijo, se exponen con todo detalle), la Sentencia llega a la conclusión de que no se habría infringido en esta segunda ocasión el precepto estatutario, puesto que la falta de informe (que, en efecto, no lo hubo) no sería achacable exclusivamente al Estado (a la forma de proceder en este caso de las Cortes Generales), sino también a las propias instituciones autonómicas (Gobierno y Cortes de Aragón), que no habrían obrado con la debida diligencia. En efecto, la Sentencia comienza reprochando al Estado (la Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados, que actuaba en este caso con competencia legislativa plena) su actuación poco considerada, al aprobar inicialmente el proyecto de ley al día siguiente de la solicitud del informe (que se produjo el 12 de mayo de 2015). Pero censura seguidamente también la inactividad de las instituciones autonómicas (estuvieran o no en funciones), que no evacuaron el informe ni formularon siquiera protesta en el tiempo (no insignificante) que todavía medió hasta la definitiva aprobación de la ley por el Pleno del Congreso de los Diputados (que no tuvo lugar hasta el 8 de julio de 2015). Así concluye la Sentencia (FJ 8):

“En suma, la Comunidad Autónoma de Aragón fue requerida, aunque de modo y en circunstancias formalmente poco atentas, para emitir su informe. Y ni lo llegó a evacuar, pudiendo haberlo hecho ante el Senado, ni invocó tampoco ante las Cortes Generales, en curso todavía el procedimiento legislativo, el menoscabo de la atribución propia que hoy defiende, menoscabo que pudo acaso haberse reparado en aquel procedimiento y que no es dable aducir frente a la ley cuando, como aquí es de ver, no se intentó en modo alguno (...). La norma [el art. 72.3 EAAr] vincula, obviamente, a las instituciones y órganos del Estado en cada supuesto afectados. Pero también compromete a los titulares de este derecho de participación en orden a poner el debido celo en su ejercicio o a denunciar, llegado el caso, su merma en el curso del procedimiento en el que se padeció tal menoscabo...”

En este extremo, la Sentencia cuenta con el Voto particular del Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón, para quien el recurso debiera haber sido estimado por este segundo motivo. Entiende el Magistrado discrepante que, en primer término y en relación con la cuestión debatida,

sólo debiera haberse analizado la actuación del Estado, que es el que está obligado por el precepto estatutario a recabar el informe de la Comunidad Autónoma, y que la propia decisión mayoritaria reconoce que no fue la más adecuada. Y lamenta, en segundo lugar, que la Sentencia no haya exigido en este caso ni por lo tanto vigilado la observancia de un determinado plazo, que en su opinión resulta consustancial a todo trámite de informe. Concluye el Voto con un severo juicio sobre las implicaciones de la decisión adoptada: “El presente pronunciamiento desatiende tanto el principio de cooperación como el de lealtad institucional, principios que deben regir nuestro sistema autonómico para prevenir en lo posible los conflictos. Quienes consideran que las deficiencias de nuestro Estado autonómico no provienen siempre, o solo, del contenido o la estructura del bloque de la constitucionalidad, sino también, en ocasiones, de la forma en que se interpreta ese bloque, obtendrán de la lectura de esta Sentencia respaldo a sus argumentos”.

C) La cuestión de fondo

No creo, sin embargo, que el caso presente sea el más indicado para hacer tan inquietantes augurios.

En efecto, la Sentencia, que, a mi juicio con razón, tuvo también presente la actuación (no diligente) de la Comunidad Autónoma para valorar la relevancia del posible vicio formal cometido por las instituciones del Estado, no exigió, sin embargo, como suele ocurrir a la hora de apreciar la trascendencia constitucional de otra clase de defectos formales (indefensión “material” *ex art. 24.1 CE*), que la Comunidad Autónoma expusiera al menos los motivos que le llevaban a discrepar de las medidas previstas en las disposiciones impugnadas a propósito de la regulación del trasvase Tajo-Segura, y en qué medida tales consideraciones podrían haber enriquecido los debates del proyecto de ley en las Cortes Generales (perspectiva ésta, la de los derechos de los parlamentarios *ex art. 23.1 CE*, insinuada, como dijimos, por la propia Sentencia, y traída de nuevo a colación por el Voto particular).

Ciertamente, no es fácil discernir los motivos por los cuales la Comunidad Autónoma de Aragón pretendía oponerse a un conjunto de disposiciones que, dentro de la complejidad propia de la regulación del trasvase Tajo-Segura, traían como novedad fundamental la de elevar a 400 Hm³ las existencias mínimas del sistema Entrepeñas y Buendía antes de proceder a la autorización de ninguna nueva transferencia de caudales,

frente a los 240 Hm³ en que estaban fijadas con anterioridad⁴¹; y ello además respecto de una cuenca cedente (la del Tajo) cuyo interés para la Comunidad Autónoma aragonesa es prácticamente nulo⁴².

Bien puede ser, obviamente, que en su informe (nunca evacuado, aunque a su juicio por un defecto sustancial en la solicitud) la Comunidad Autónoma de Aragón pretendiera expresar su desacuerdo con la política general de trasvases. O más simplemente, que con su insistencia en pleitear sobre este asunto, las instituciones aragonesas quisieran asegurarse de ser debidamente consultadas, y con todas las garantías, en el caso de eventuales y futuras decisiones sobre transferencias de recursos hídricos de auténtico interés para su Comunidad, en lo que por supuesto les asiste todo el derecho. Es más, creo que si tal hubiera sido en esta ocasión el caso, el rigor con el que el Tribunal hubiera exigido el debido cumplimiento del trámite estatutario hubiera sido mucho mayor, coincidente tal vez con el demandado por el Voto particular.

5. MONTES Y CAMINOS NATURALES

Tres Sentencias de temática ciertamente dispar, pero todas ellas interesantes, he agrupado bajo este epígrafe. La primera, la STC 118/2017, de 19 de octubre, sobre el poco conocido asunto de la Red Nacional de caminos naturales, y las otras dos, las SSTC 132/2017 y 147/2017, de 14 de noviembre y 14 de diciembre, respectivamente, sobre el aprovechamiento (en este caso, el pastoreo) de terrenos forestales incendiados.

⁴¹ Superado recientemente ese caudal, se han autorizado, tras un año sin hacerlo, nuevos trasvases por Orden APM/345/2018, de 4 de abril, por la que se autoriza un trasvase desde los embalses de Entrepeñas-Buendía, a través del acueducto Tajo-Segura, a razón de 20 hm³/mes, para los meses de abril, mayo y junio de 2018.

⁴² El río Tajo nace, en efecto, en la sierra de Albarracín (provincia de Teruel), aunque el lugar exacto de su nacimiento, como en otros casos, sigue siendo controvertido (entre los términos de dos municipios turolenses, Albarracín y Villar del Cobo, se sitúa al parecer la disputa). Con todo, la participación de la provincia de Teruel (y con ella de la Comunidad Autónoma de Aragón) en la parte española de la cuenca del Tajo es territorialmente exigua (un 0,43 por 100) y aún menor desde el punto de vista poblacional (un 0,01 por 100).

5.1. LA RED NACIONAL DE CAMINOS NATURALES (STC 118/2017)

A) Antecedentes

La intervención del Estado en la materia se remonta al año 1993, cuando da comienzo el Programa “camino naturales”, destinado inicialmente a poner en valor las líneas de ferrocarril abandonadas o en desuso, de titularidad estatal, que abundaban por toda la geografía española, según un estudio realizado por aquellas fechas. El programa se iría extendiendo paulatinamente a otra clase de trayectos de distinta naturaleza (vías pecuarias, caminos de sirga, etc.) infrautilizados y en condiciones precarias, con vistas siempre a su acondicionamiento como “itinerarios no motorizados”, destinados al esparcimiento (senderismo, bicicleta, etc.) y con la finalidad última de promover el desarrollo de las zonas atravesadas, frecuentemente rurales y naturalmente valiosas; constituyendo el relativo a la recuperación de las líneas de ferrocarril un subprograma específico (denominado “vías verdes”), en ocasiones desarrollado también al margen del programa común⁴³.

El *modus operandi* de este Programa, ayuno durante muchos años de un marco normativo específico, consistía en la financiación estatal (con cargo a las correspondientes partidas presupuestarias) de proyectos promovidos en ocasiones por la propia Administración General del Estado, pero mayoritariamente por otras Administraciones territoriales, fundamentalmente locales (Ayuntamientos, Mancomunidades, Diputaciones, etc.), que se comprometían a garantizar la disponibilidad de los terrenos, a costear (normalmente) el mantenimiento de los caminos una vez acondicionados, y a contratar un seguro de responsabilidad por daños a terceros. Así pues, el Ministerio con competencias en materia de medio ambiente, responsable de la ejecución del Programa, contrataba y financiaba la ejecución de las obras de acondicionamiento, y ponía después el camino a disposición de la entidad “gestora”. Con el tiempo, se llegaron a suscribir también Convenios de colaboración con algunas Comunidades Autónomas, a través de los cuales estas últimas venían a asumir similares compromisos⁴⁴.

⁴³ Abundante información en la materia, de la que extraigo todos estos datos, en la página web del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, apartado “[camino naturales](#)”.

⁴⁴ Vid., por ejemplo, la Resolución de 27 de marzo de 2007, de la Secretaría General para el Territorio y la Biodiversidad, por la que se publica el Protocolo de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Gobierno de Aragón para el desarrollo del programa puesta

El Programa se fue consolidando con el paso del tiempo, mantenido por todos los Gobiernos con independencia de su coloración política, y recibiendo distintas clases de impulsos. Entre ellos, aunque no exclusivamente, la aprobación en 2007 de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural (Ley 45/2007, de 13 de diciembre), que permitió conjugar los objetivos del Programa con los de la propia Ley, y la puesta en marcha del famoso Plan E, que permitió durante algunos años disponer para estos fines de recursos suplementarios. Ni siquiera la crisis económica posterior supuso el cierre del Programa, que ha venido contando año tras año con la pertinente dotación presupuestaria. En resumen, desde el año 1993, el Estado ha invertido en el Programa “camino naturales” unos 230 millones de euros, y la Red Nacional de Caminos Naturales cuenta en la actualidad con un total de 132 itinerarios (unos 10.000 Kms.), repartidos por toda la geografía española⁴⁵.

Sin embargo, la Red seguía sin contar con un respaldo normativo a la altura de la importancia que estaba adquiriendo. En este sentido, en 2010, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una proposición no de ley que, entre otras cosas, instaba al Gobierno a dotar a la Red de “vías verdes” del marco normativo que resultara apropiado⁴⁶.

Hubo que esperar, no obstante, a que se encontrara en tramitación la que llegaría ser la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Por medio de una enmienda presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Popular, y en cuya justificación se aludía de nuevo a la conveniencia de ese soporte normativo, se introdujo en el texto del proyecto de ley una nueva Disposición adicional sexta (Caminos naturales), que fue aprobada,

en valor de la red de caminos naturales no motorizados en Aragón (BOE núm. 99, de 25 de abril); y la Resolución de 30 de octubre de 2007, de la Secretaría General para el Territorio y la Biodiversidad, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Junta de Galicia, para el desarrollo del programa de puesta en valor de la red de caminos naturales no motorizados de Galicia (BOE núm. 272, de 13 de noviembre).

⁴⁵ Datos extraídos de la página web del Ministerio, antes indicada.

⁴⁶ Proposición no de Ley relativa a las vías verdes, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aprobada por la Comisión de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 14 de abril de 2010 (BOCG -Congreso de los Diputados-, IX Legislatura, serie D, núm. 383, de 28 de abril de 2010, p. 43): “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a: (...) Elaborar una reglamentación específica con el rango legislativo oportuno que permita dotar de respaldo jurídico a la calificación de “Vía Verde”, delimitándola principalmente a los itinerarios que discurren sobre antiguos trazados ferroviarios y a las actuaciones necesarias para su adecuación y puesta en funcionamiento”.

incorporándose con esa misma numeración al texto de la Ley (como legislación básica en materia ambiental *ex art. 149.1.23 CE*, según el párrafo tercero de la disposición final sexta), y cuyo tenor (extractado) era el siguiente⁴⁷:

“Disposición adicional sexta. Caminos Naturales.

1. Se define Camino Natural como el itinerario destinado a un uso público no motorizado, principalmente peatonal y ciclístico, que reúne los siguientes requisitos: (...)

2. La Red Nacional de Caminos Naturales estará integrada por los Caminos Naturales que cumplan con los requisitos que se definan reglamentariamente. Sus objetivos son: (...)

3. Los caminos naturales incluidos en la Red Nacional de Caminos Naturales pueden ser:

a) Itinerarios de carácter básico: trazados de largo recorrido, que forman parte de alguno de los ejes vertebradores interterritoriales y/o transfronterizos que se definan en el Plan Director de la Red Nacional de Caminos Naturales,

b) Itinerarios de carácter secundario: trazados que, sin pertenecer a los de carácter básico, pueden darles continuidad, permitir la conexión entre caminos ya construidos o posibilitar el acceso a lugares de interés ambiental o cultural.

4. En materia de caminos naturales competen al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente las siguientes funciones:

a) Ejercer la supervisión y coordinación de la Red Nacional de Caminos Naturales.

⁴⁷ Enmienda núm. 201, que contaba con la siguiente justificación: “La presente disposición tiene como objetivo establecer las bases para la consolidación, mantenimiento, desarrollo y promoción de la Red Nacional de Caminos Naturales, integrada por los Caminos Naturales que la Administración del Estado ha venido construyendo desde el año 1993 bajo el paraguas de lo que hoy se denomina Programa de Caminos Naturales. Mediante la presente disposición se establece el modelo de funcionamiento a seguir para cumplir con los objetivos anteriormente referidos, siendo la Administración del Estado la encargada de establecer el procedimiento que corresponda con el resto de las administraciones competentes involucradas” (BOCG -Congreso-, X Legislatura, Serie A, núm. 128-2, de 7 de mayo de 2015, pp. 129 y 130).

b) Elaborar el Plan Director de la Red Nacional de Caminos Naturales como su principal instrumento de planificación y desarrollo, cuya aprobación se realizará mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

c) Decidir sobre la inclusión de nuevos itinerarios en la Red Nacional de Caminos Naturales. Asimismo, decidir sobre la exclusión de alguno de ellos.

d) Ejecutar las obras y realizar el mantenimiento de los caminos naturales promovidos por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

e) Asumir la ejecución de las obras de los Caminos Naturales de nueva incorporación a la Red, salvo acuerdo distinto con las administraciones competentes.

f) Gestionar la marca registrada <<Caminos Naturales>> e <<Itinerarios Naturales No Motorizados>>.

g) Realizar el seguimiento y evaluación de la Red Nacional de Caminos Naturales, en particular, en lo que respecta al adecuado mantenimiento de los caminos naturales por parte de las administraciones promotoras.

h) Determinar, en colaboración en su caso con las administraciones competentes, el trazado y diseño de los caminos naturales a incluir en la Red.

i) Favorecer acuerdos para el desarrollo rural de las zonas donde se localizan los Caminos Naturales.

j) Representar a España en redes internacionales equivalentes.

k) Establecer el modelo de funcionamiento con el resto de las administraciones territoriales competentes.

5. Los Caminos Naturales podrán construirse a iniciativa del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente o a instancia de otras administraciones territoriales.

6. En la construcción de caminos naturales definidos anteriormente como de carácter básico, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente podrá actuar de forma directa, o bien mediante la suscripción de los oportunos convenios de

colaboración con las administraciones territoriales afectadas para las obras.

7. Para ejecutar las actuaciones correspondientes a los trazados definidos anteriormente como de carácter secundario, la Administración del Estado podrá instar la declaración de interés general de los mismos, o bien, utilizar el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones en especie previsto en la Ley 38/2003 mediante su tramitación en régimen de concurrencia competitiva.

8. El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente podrá acordar la incorporación de otros itinerarios construidos por otras Administraciones a la Red Nacional de Caminos Naturales.

9. Reglamentariamente se determinarán los requisitos y procedimientos para la actuación del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en la construcción de caminos naturales de carácter básico y los de carácter secundario”.

En mala hora. El poner negro sobre blanco lo que posiblemente no difería mucho del *modus operandi* de un Programa de actuaciones que hasta la fecha no parecía haber herido ningún tipo de sensibilidad autonómica, iba a provocar la interposición de un recurso de inconstitucional, circunscrito a este precepto de la Ley (concretamente a los apartados 3 a 8 de la referida Disposición adicional, antes transcritos), por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, resuelto y, como veremos, parcialmente estimado por la STC 118/2017, de 19 de octubre⁴⁸.

B) El recurso y la respuesta de la Abogacía del Estado

Ciertamente, no resulta del todo fácil de entender la interposición de este recurso a la vista de la relativa levedad de sus motivos, según el resumen de ellos que se ofrece en la Sentencia (antecedente 2).

En efecto, el Gobierno andaluz no ponía en cuestión la consagración legal de la figura ni la propia existencia de una Red Nacional de Caminos

⁴⁸ Bien es verdad que el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado *Convergència i Unió* (GPCIU) había presentado en el Senado una enmienda (la núm. 150) de supresión de esta Disposición por “considerar que la regulación propuesta se extralimita y va más allá de la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica sobre protección del medio ambiente, vulnerando las competencias de las CC.AA” (BOCG –Senado-, X Legislatura, núm. 541, de 15 de junio de 2015, p. 104), que fue rechazada.

Naturales, temas abordados en los dos primeros apartados de la Disposición adicional, que no fueron impugnados. Sus quejas iban dirigidas, en primer término, al exceso de detalle con el que, según su parecer, otros apartados de esta Disposición (del tercero al octavo) abordaban la regulación de la Red, y en segundo lugar y sobre todo, a la falta de respeto que dicha regulación mostraba, siempre en su opinión, hacia las competencias autonómicas en materia de montes, vías pecuarias y espacios naturales protegidos, espacios por los que discurren ya o habrían de discurrir los nuevos caminos integrantes de esa Red Nacional. Tales reproches, como puede verse de índole más bien general, no se proyectaban luego con suficiente precisión sobre todos y cada uno de los preceptos de los seis apartados objeto de impugnación, lo que llevaría a la Sentencia (FJ 2), habiendo sido advertido de ello por la Abogacía del Estado, a delimitar de forma mucho más estricta el objeto del recurso, es decir, a desestimarlo parcialmente por no haberse levantado íntegramente la carga de argumentación.

El Abogado del Estado situó la controversia en unos términos más precisos, aunque de manera tal vez a la postre contraproducente, al proporcionar a la Sentencia el planteamiento adecuado y las claves para una estimación parcial del recurso. Sin descartar otros posibles títulos coadyuvantes (las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica *ex* art. 149.1.13 CE), el Abogado del Estado empezó encuadrando preferentemente la disputa en el ámbito de la protección del medio ambiente, materia en la que la Constitución reserva al Estado la legislación básica (art. 149.1.23 CE), que era además, como vimos, el título competencial esgrimido por el propio legislador. No sin razón, a mi juicio, continuaba defendiendo que la falta de mención por parte de la Disposición impugnada de las competencias autonómicas en materia de montes y vías pecuarias no tenía por qué interpretarse como un desconocimiento de las mismas, como tampoco de otras responsabilidades autonómicas en materia ambiental (EIA, etc.), para entrar finalmente en el meollo del asunto, que no era otro que la problemática atribución a la Administración General del Estado por parte de la referida Disposición de ciertas funciones de índole inequívocamente ejecutiva (incorporación de caminos a la Red, realización de obras, etc.) en una temática previamente catalogada como de naturaleza ambiental. A este respecto, el Abogado del Estado, aun sin excesiva convicción, intentó justificar la constitucionalidad de la indicada asignación en base fundamentalmente al alcance supracomunitario de los recorridos (lo que ciertamente sólo valdría para algunos, no todos) y a la titularidad estatal de los espacios acondicionados (lo que igualmente, en efecto, tampoco sería predicable de todos los caminos naturales, sino exclusivamente, en todo caso, de las llamadas “vías verdes”).

C) La Sentencia

Tras depurar convenientemente el objeto del recurso por el motivo antes indicado, rechazando entrar en el examen de todos aquellos preceptos respecto de los cuales no se hubiera levantado la carga de argumentación (FJ 2), y hacer una breve referencia a los antecedentes de la Disposición impugnada, dando un protagonismo tal vez inmerecido, aunque no carente de intención, a la Ley de desarrollo sostenible del medio rural, por servir de marco para la aprobación del “primer programa de desarrollo rural” (aprobado por Real Decreto 752/2010, de 4 de junio), que integraba las actuaciones de la Red sobre una base de colaboración con las Comunidades Autónomas, que por lo demás, como vimos, no era estrictamente novedosa (FJ 3), la Sentencia pasa inmediatamente a encuadrar competencialmente el asunto y a recordar la doctrina constitucional sobre el reparto de competencias en la materia seleccionada (FFJJ 4 y 5).

Siguiendo el criterio del Abogado del Estado y también, aunque con menor claridad, de la Junta de Andalucía (se dice, no obstante, que no hay desacuerdo al respecto), la Sentencia (FJ 4) sitúa resueltamente la disputa en el ámbito de la protección del medio ambiente, como materia más específica. A continuación, la Sentencia (FJ 5) hace un repaso esencialmente correcto de la doctrina constitucional pertinente, aunque sin seguir la mejor costumbre de citar directamente las Sentencias de cabecera y no indirectamente a través de otras posteriores que reiteran su contenido. Se recuerda así el carácter esencialmente normativo de la competencia estatal en materia de protección del medio ambiente (“ordenación mediante mínimos”) y la pertenencia a las Comunidades Autónomas, en principio (en situación de normalidad), de todas las funciones ejecutivas en la materia (“la gestión sin fisura alguna del entero bloque normativo”). Y se recuerda igualmente, por su relevancia para la decisión del caso, que la “supraterritorialidad” no es razón suficiente que justifique la retención por el Estado de funciones ejecutivas en esta materia, y que la titularidad estatal de ciertos bienes de dominio público (aquí, por ejemplo, líneas ferroviarias) tampoco supone *per se* un título atributivo de competencias.

Con estos mimbres se procede ya la resolución de las impugnaciones supervivientes (FJ 6), distinguiendo en principio con toda lógica entre los preceptos que quepa interpretar como circunscritos al ámbito normativo (“ordenación mediante mínimos”) de aquellos otros que supongan la atribución a la Administración General del Estado de funciones puramente ejecutivas en materia de “camino naturales”.

Así, la Sentencia considera básicas las tareas de “decidir sobre la inclusión de nuevos itinerarios en la Red Nacional de Caminos Naturales”

[ap. 4 c)], “determinar el trazado y diseño de los caminos naturales a incluir en la Red” [ap. 4 h)] y “acordar la incorporación de otros itinerarios construidos por otras Administraciones a la Red Nacional de Caminos Naturales” (ap. 8), todas ellas por cumplir una función de “ordenación mediante mínimos”; así como la atribución al Ministerio de la “iniciativa” para la construcción de los caminos naturales, indistintamente con otras administraciones territoriales (ap. 5: “Los Caminos Naturales podrán construirse a iniciativa del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente o a instancia de otras administraciones territoriales”), interpretada como simple facultad para “promover, proponer, convenir, e incluso acordar la construcción con la Administración competente, mediante la firma de los oportunos acuerdos o convenios de colaboración”, no para decidir por sí mismo su construcción [FJ 6 iii)], interpretación conforme que es llevada al fallo.

En cambio, la Sentencia niega carácter básico, por su carácter estrictamente ejecutivo e invadir en consecuencia las competencias autonómicas en materia ambiental, a las funciones también asignadas por la Disposición al Ministerio de “ejecutar las obras y realizar el mantenimiento de los caminos naturales promovidos [por él]” [ap. 4 d)], y “asumir la ejecución de las obras de los caminos naturales de nueva incorporación a la Red” [ap. 4 e)], así como a la posibilidad de “actuar de forma directa” en caminos de la red básica y de “instar la declaración de interés general” de trazados de la red secundaria (ap. 6 y 7, respectivamente).

La Sentencia cuenta con un Voto particular firmado por los Magistrados Roca Trías, Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, que entiende que todas las funciones salvadas por la Sentencia de la declaración de inconstitucionalidad (a excepción de la “iniciativa” del ap. 5) debieran haber corrido la misma suerte que las censuradas, por ser todas ellas, al igual que éstas, funciones estrictamente ejecutivas o de gestión, sólo muy forzosamente reconducibles al ámbito normativo, que es el propio de la “ordenación mediante mínimos”. Añade el Voto, no sin razón, que “cabe calificar de paradójico el modelo de gestión de la red nacional de caminos naturales que aparece como resultante de la estimación parcial, en cuanto supone disociar la decisión estatal de incluir o trazar itinerarios de su posterior construcción, que queda en manos de la Administración autonómica”.

D) Tres Redes Nacionales, tres sistemas distintos: la extraña complejidad de nuestro reparto competencial

Planteada la disputa, como se hizo, en el terreno estrictamente ambiental, sin el apoyo de títulos competenciales de tipo económico, la regulación de los “camino naturales” efectuada por la Disposición adicional sexta de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, recibió, todo hay que decirlo, un justo correctivo, que aún podría haber sido mayor de no recibir esas otras funciones que acabamos de mencionar la extraña consideración de tareas normativas y no, como parece que son y denunciaba el Voto particular, de tipo puramente ejecutivo.

De todas formas, depurado el texto de la Disposición de los preceptos reputados inconstitucionales (y aunque a la limpieza se hubieran sumado también esos otros), las cosas no parece que vayan a cambiar de manera sustancial. La Red Nacional de Caminos Naturales va a seguir existiendo, la financiación e incluso la ejecución de las obras de acondicionamiento podrá seguir corriendo a cargo de la Administración General del Estado en el marco de los pertinentes convenios de colaboración, y sólo la incorporación de nuevos caminos a la Red, bajo las condiciones establecidas por la legislación básica estatal, va a requerir necesariamente en adelante la aprobación de las Administraciones autonómicas, sin que pueda ya producirse, como en ocasiones sucedía hasta ahora, como una actuación propia de la Administración estatal sobre terrenos de su titularidad (por ejemplo, vías férreas) o en comunicación directa con las entidades locales interesadas.

Complejo sistema el nuestro, sin duda, de distribución competencial, en el que cabe advertir la presencia de tres Redes Nacionales en materias afines sometidas a regímenes diferentes:

(1) El más favorable para las competencias autonómicas es, desde luego, el de las *vías pecuarias*, ámbito en el que desde un principio la legislación básica se limitó a su papel de ordenación mediante mínimos, sin conferir al Estado ningún tipo de tareas ejecutivas, y en el que la Red Nacional no es sino un simple agregado de ciertas vías pecuarias autonómicas⁴⁹.

(2) En un lugar intermedio se sitúa ahora (tras la STC 118/2017) la *Red Nacional de Caminos Naturales*, concebida en un primer momento (en

⁴⁹ Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias (art. 18).

el que todavía no estaba del todo perfilada la doctrina constitucional sobre el reparto de competencias en materia ambiental) y desarrollada durante mucho tiempo como una actuación *concurrente* del Estado en una materia en la que, por supuesto, las Comunidades Autónomas también ostentaban competencias, y podían y de hecho venían realizando ya distintas actuaciones⁵⁰. Y que ahora queda en una situación, por así decirlo, de *concurrentia imperfecta* con las actuaciones de parecido signo que se desarrollen a escala autonómica, en la medida en que la intervención estatal requiere en todo caso la aprobación autonómica.

Y (3), finalmente, la *Red de Parques Nacionales*, figura determinante, como es sabido, en el desarrollo de la propia doctrina constitucional sobre el reparto de competencias en materia ambiental⁵¹, y que como resultado de esa propia doctrina y en su regulación actual, precisa de una intervención inicial (la declaración de un espacio como Parque Nacional) todavía estatal y en forma de ley, aunque a iniciativa conjunta con la o las Comunidades Autónomas afectadas⁵².

5.2. PASTOREO EN TERRENOS FORESTALES INCENDIADOS (SSTC 132 Y 147/2017)

A) Antecedentes

Uno de los aspectos más polémicos de la reforma parcial de la Ley de Montes (Ley 43/2003, de 21 de noviembre) llevada a cabo por la Ley 21/2015, de 20 de julio, fue la modificación del apartado 1 del art. 50 (mantenimiento y restauración del carácter forestal de los terrenos incendiados), que vino a suavizar la duración mínima de treinta años de la prohibición de cambio de uso de los terrenos forestales, establecida por la anterior reforma parcial de la Ley de Montes de 2006 (Ley 10/2006, de 28 de abril) y cuyo carácter básico había sido confirmado por las SSTC 84 y 97/2013, de 11 y 23 de abril, respectivamente, permitiendo a las Comunidades Autónomas y al propio Estado acordar, mediante ley, “con carácter excepcional (...) el cambio de uso forestal cuando concurren razones imperiosas de interés público de primer orden”. Pero frente a esta modificación, que fue objeto de arduos debates durante la tramitación

⁵⁰ Vid., por eje., la Ley 5/2003, de 26 de marzo, reguladora de La Red de Itinerarios Verdes de La Rioja.

⁵¹ Vid., al respecto, por todos, LOPEZ RAMON, F., *Política ecológica y pluralismo territorial (Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad)*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009.

⁵² Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales (art. 8).

parlamentaria, no se llegó a interponer ningún recurso de inconstitucionalidad.

Hubo, en cambio, en aquella reforma otra modificación parcial del mencionado art. 50 de la Ley de Montes, la de su apartado 2, que conservaba por entonces su redacción originaria, que pasó mucho más inadvertida (no se propusieron enmiendas ni fue objeto de debate alguno, como recordarán las partes y las propias Sentencias que luego comentaremos), pero que fue la que finalmente llegó, de forma indirecta, a conocimiento del Tribunal en los procesos que ahora nos ocupan.

En efecto, desde su redacción inicial (que se mantuvo inalterada tras la reforma de 2006) el art. 50.2 de la Ley de Montes señalaba expresa y singularmente el “pastoreo” como una de las actividades que, por su potencial dañino para la regeneración de la cubierta vegetal de los terrenos forestales incendiados, debía ser objeto de prohibición temporal por las Comunidades Autónomas en caso de incendio: “El órgano competente de la comunidad autónoma fijará las medidas encaminadas a la retirada de la madera quemada y a la restauración de la cubierta vegetal afectada por los incendios que, en todo caso, incluirán el acotamiento temporal de aquellos aprovechamientos o actividades incompatibles con su regeneración y, *en particular, el pastoreo*, por un plazo que deberá ser superior a un año, salvo levantamiento del acotado por autorización expresa de dicho órgano” (la cursiva es nuestra).

Pues bien, la reforma de 2015 (sin dar razón del cambio en su Preámbulo ni poderse deducir los motivos, como ya se ha señalado, a partir del *iter* legislativo) vino a eliminar esa mención específica del pastoreo dentro de las actividades de obligada prohibición en los referidos acotados, manteniendo por lo demás en sus mismos términos (es decir, con la sola supresión del inciso destacado en cursiva) la redacción del precepto.

Una vez aprobada la reforma, en el Principado de Asturias (del que cabe conjeturar estuviera detrás de aquélla) volvió a cobrar vida una vieja iniciativa destinada a excluir el pastoreo, al menos parcialmente, de las actividades prohibidas en los terrenos forestales incendiados, para la que hasta ahora siempre se había visto como un obstáculo insalvable el propio tenor de la legislación básica estatal, y que vendría motivada por las quejas de los ganaderos, que se sentían víctimas (inocentes) de un sistema que acarreaba para ellos frecuentes multas (por el tránsito de sus ganados por

terrenos forestales acotados tras un incendio), a su entender, injustas por la ausencia de daños para la regeneración de los terrenos⁵³.

Así, en efecto, en virtud de una proposición de ley presentada por el grupo parlamentario popular, el Parlamento de Asturias aprobó finalmente, con el voto favorable de todos los grupos parlamentarios a excepción de Podemos, la Ley 2/2017, de 24 de marzo, de segunda modificación de la Ley 3/2004, de 23 de noviembre, de Montes y Ordenación Forestal, reformando en el sentido indicado ciertos preceptos de la Ley del Principado, que hasta ese momento venían a concordar puntualmente con lo establecido por la legislación básica.

Concretamente, la Ley 2/2017 se componía de un artículo único, con cuatro apartados, dos disposiciones transitorias, una derogatoria y dos finales. El precepto fundamental era el contenido en el apartado uno del mencionado art. único, por el que se daba nueva redacción al apartado 2 del artículo 66 de la Ley 3/2004, en virtud de la cual el pastoreo dejaba de ser una actividad susceptible de prohibición por las resoluciones administrativas de acotamiento de terrenos forestales incendiados, salvo en el caso de bosques (o montes arbolados), condicionándose además, en principio, la ilicitud de la actividad (cuando esté prohibido el pastoreo) al cercado del monte por su propietario:

“La Consejería competente en materia forestal acotará temporalmente los montes incendiados de aquellos aprovechamientos o actividades incompatibles con su regeneración por un plazo superior a un año, que podrá ser levantado por autorización expresa de dicho órgano, *quedando excluido del acotamiento el pastoreo, salvo que se realice en alguno de los montes a que se refiere la letra g) del apartado 1 del artículo 5 [bosques o montes arbolados]*. Para evitar la entrada de reses a la zona acotada al pastoreo, *corresponderá al propietario del monte el cercado* de la misma, cuando éste proceda respetando la legislación vigente” (las cursivas son nuestras)⁵⁴

⁵³ Tomo esta explicación de los debates habidos con motivo de la tramitación parlamentaria de la Ley del Principado de Asturias 2/2017, que inmediatamente examinaremos. Diario de Sesiones de la Junta General del Principado de Asturias (X Legislatura), serie P, núm. 101, de 24 de marzo de 2017, pp. 15 y ss.

⁵⁴ La redacción anterior era la siguiente: “La Consejería competente en materia forestal *acotará al pastoreo* los montes incendiados por un plazo mínimo de un año y máximo igual al necesario para la recuperación de las especies afectadas o para su restitución a la situación anterior al incendio. *Para evitar el pastoreo no será necesario proceder al cercado de las zonas quemadas*, correspondiendo al propietario de las reses velar para que éstas no invadan la zona

En orden de importancia, le seguía la modificación de la infracción grave tipificada en la letra g) del apartado 1 del artículo 91 de la Ley 3/2004. En consonancia con el cambio antes comentado en la regulación sustantiva, la Ley ya no consideraba sancionable “el pastoreo o permanencia de ganado en las zonas *acotadas* al mismo por causa de un incendio” (redacción inicial), sino única y exclusivamente “el pastoreo o permanencia del ganado en las zonas *cercadas* por causa de un incendio” (nueva redacción) (las cursivas son nuestras).

Por fin, y dentro de este resumen de los preceptos más relevantes de la reforma de la Ley de montes asturiana, las Disposiciones transitorias, en coherencia con todo lo anterior, venían a ordenar a la Consejería competente la extinción de los efectos de los acotamientos al pastoreo vigentes e improcedentes de acuerdo con la nueva regulación (primera); así como el archivo de los expedientes sancionadores todavía en curso por conductas que hubieran dejado de ser típicas y la revocación de las resoluciones sancionadoras por estos mismos hechos que no hubieran ganado firmeza (segunda).

Pues bien, frente al conjunto de la Ley asturiana 2/2017 se interpusieron dos recursos de inconstitucionalidad, por similares motivos (sustantivos y competenciales), el primero por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, y el segundo por la Defensora del Pueblo, resueltos (y, como habremos de ver a continuación, íntegramente desestimados) por las SSTC 132/2017, de 14 de noviembre, y 147/2017, de 14 de diciembre, respectivamente, que se van a complementar en el examen de unas u otras de las impugnaciones.

B) La permisión del pastoreo (STC 132/2017)

El recurso del Grupo Parlamentario Podemos achacaba al conjunto de la Ley impugnada la vulneración, por un lado, de la legislación básica estatal en materia de montes, y por otro, la infracción del art. 45 CE, en relación con el mandato, a su juicio subsumible en el mismo, de “no regresión” de la legislación ambiental.

La STC 132/2017 (FJ 2) comienza depurando el objeto del proceso, que va a dejar reducido al examen del precepto que antes hemos calificado como fundamental, el relativo a la nueva redacción dada por la Ley 2/2017

acotada. La Consejería competente en materia forestal podrá levantar total o parcialmente los acotamientos en función de las características de la vegetación afectada” (las cursivas son nuestras).

al art. 66.2 de la Ley asturiana de montes, por falta de argumentación suficiente (y consiguiente incumplimiento de la carga que pesa sobre el recurrente) de la impugnación del resto de su articulado.

Entrando ya en el fondo del asunto, la Sentencia (FJ 3) comienza, como suele ser costumbre, con el examen del posible vicio competencial, que resuelve con relativa facilidad.

No ofreciendo dudas el encuadramiento competencial de la controversia en el ámbito de la materia de “montes” (art. 149.1.23 CE y concordante estatutario), y tratándose de un problema de eventual inconstitucionalidad “mediata” o “indirecta” del precepto impugnado por posible contravención del art. 50.2 de la Ley estatal de montes, la Sentencia aplica el esquema habitual de enjuiciamiento en estos casos, que consiste en comprobar, primero, el carácter formal y materialmente básico del precepto estatal de contraste (cuestiones que en este caso no eran objeto de polémica), para resolver después sobre la existencia o no de una “contradicción insalvable” entre ambos, que era justamente el extremo debatido en el proceso.

A juicio del recurrente, la modificación antes comentada del art. 50.2 de la Ley 43/2003 llevada a cabo en 2015 no podía ser interpretada como una autorización del pastoreo en los terrenos forestales incendiados, porque tanto antes como ahora el pastoreo constituía una actividad en principio “incompatible” con la regeneración del monte, de obligada inclusión, por tanto, en principio en el acotamiento ordenado por la legislación básica, y no susceptible, pues, de una dispensa general (y no casuística) respecto de ciertas clases de terrenos forestales como la prevista ahora por la ley asturiana.

El argumento era, sin duda, bueno, pero la Sentencia toma nota, como no podía ser de otra forma en un caso de posible inconstitucional “mediata”, del cambio habido en la redacción del precepto básico. Así, y sin entrar a discutir los posibles riesgos del pastoreo para la regeneración de los terrenos incendiados, cuestión sobre la que reconoce existen, y las partes habían aportado, opiniones técnicas contrapuestas (pues no es misión del Tribunal juzgar la oportunidad ni la calidad técnica de las leyes), la Sentencia se limita a constatar que, a la vista de su nueva redacción, la regulación asturiana impugnada no presenta con él una “contradicción insalvable”, desestimando en consecuencia el recurso desde el estricto punto de vista competencial ahora considerado.

No mayores dificultades le plantea a la STC 132/2017 (FJ 4) la desestimación del recurso por las razones sustantivas también alegadas. En

efecto, la Sentencia comienza reprochando la interpretación “peculiar” efectuada en el recurso de la STC 233/2015, de 5 de noviembre (sobre la reforma de la Ley de Costas llevada a cabo por la Ley 2/2013, de 29 de mayo), que lo que justamente vino es a negar la incardinación del “principio no regresión” dentro de los mandatos constitucionales derivados del art. 45 CE. Concede, no obstante, la Sentencia, a continuación, que, como también se dijera en aquella ocasión, una grave desprotección legal, vinculada o no a un cambio normativo, de los recursos naturales podría resultar contraria a los referidos mandatos [medidas “de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva”, FJ 4 a)]. Pero no es éste el caso, a juicio del Tribunal. Además de reiterar la disparidad de pareceres técnicos en la materia, en la que no le correspondería terciar, la Sentencia se remite en este punto a un dato que entiende suficiente para descartar esa supuesta grave desprotección, y es el mantenimiento por la nueva regulación de la prohibición inicial del pastoreo en terrenos forestales incendiados cuando se trate de montes arbolados o bosques, que, sobre ser los más valiosos desde el punto de vista ambiental, representan en el Principado de Asturias el 42,5 por 100 de la superficie forestal [FJ 4 b)].

C) El aparato sancionador (STC 147/2017)

Para la STC 147/2017, dictada en el recurso interpuesto por la Defensora del Pueblo, quedaba el conocimiento de la impugnación de los restantes preceptos de la Ley 2/2017, que en este caso sí satisfacía la carga argumentativa insoslayable, y en particular el del que denominamos segundo en importancia, el relativo al cambio de tipificación de cierta infracción grave (siendo respecto de la impugnación relativa al primero, como es lógico, una Sentencia de remisión a la decisión y argumentos de la anterior).

La Defensora del Pueblo entendía (era ésta una impugnación por motivos competenciales) que la nueva tipificación de la infracción grave prevista en el art. 91.1, letra g), de la Ley 3/2004 (“el pastoreo o permanencia del ganado en las zonas cercadas por causa de un incendio”) suponía una rebaja de los estándares de protección ofrecidos a este respecto por la legislación básica, al limitar la conducta sancionable al pastoreo o permanencia del ganado en terrenos “cercados” por los propietarios, frente a la más amplia tipificación de esa conducta por la Ley estatal de montes para la que resultaría suficiente el “acotamiento” del terreno forestal incendiado. En efecto, el art. 67, letra j), de la Ley 43/2003 considera infracción administrativa: “El pastoreo o la permanencia de reses en los montes *donde se encuentre prohibido* o se realice en violación de las normas establecidas al efecto por el órgano forestal de la comunidad

autónoma” (la cursiva es nuestra)⁵⁵; infracción calificable como muy grave, grave o leve en función de la producción o no de daños al monte y de la entidad de los mismos (art. 68)⁵⁶.

Pues bien, la STC 147/2017 (FJ 3), siguiendo el parecer del Letrado de la Junta General (Parlamento) del Principado, entendió que el referido cambio normativo no suponía una rebaja de los estándares de protección exigidos por la legislación básica, porque la Ley de montes asturiana (Ley 3/2004), seguía catalogando como infracción el pastoreo o permanencia de reses en zonas no autorizadas (entre las que se encontrarían las acotadas como consecuencia de un incendio), con independencia de su cercado o no (“El pastoreo o permanencia de reses en montes sin autorización cuando tal requisito fuera preceptivo o realizado en zonas o épocas acotadas o en contravención de los Planes de aprovechamiento o de las ordenanzas”), siempre que produzca “cualquier alteración negativa o que ocasione la pérdida de calidad del suelo”; infracción calificable como muy grave si el tiempo de recuperación de la pérdida de la calidad del suelo excediera los diez años [art. 90.2, letra g)] y como grave, en caso contrario [art. 91.2, letra g)]; preceptos que no habrían sido modificados.

“Así, la norma autonómica impugnada sigue considerando como infracción el pastoreo o permanencia de reses en el monte, que sea realizado en zonas acotadas, por lo que no se puede considerar que exista una efectiva contradicción entre la norma básica estatal y la norma autonómica, lo que nos debe llevar a desestimar la impugnación realizada” (FJ 3 *in fine*).

La argumentación de la Sentencia a este respecto (como la del Letrado de la Junta General, en la que se basa) no me parece satisfactoria, porque parece dar a entender que, a efectos sancionadores, no habría habido ningún cambio relevante en la legislación asturiana, lo que carece de toda lógica y pugna con el sentido general de la reforma. A mi juicio,

⁵⁵ Nueva redacción dada a este tipo por la Ley 21/2015, de 20 de julio. Su redacción inicial era: “El pastoreo en los montes donde se encuentre prohibido o se realice en violación de las normas establecidas al efecto por el órgano forestal de la comunidad autónoma”.

⁵⁶ Muy grave, “cuando los hechos constitutivos de la infracción hayan causado al monte daños con unos costes de reposición iguales o superiores a 1.000.000 euros o cuyo plazo de reparación o restauración sea superior a 10 años”; grave, cuando se trate de daños con “costes de reposición iguales o superiores a 10.000 euros e inferiores a 1.000.000 euros o cuyo plazo de reparación o restauración sea inferior a 10 años y superior a seis meses”; y leve en los demás supuestos, es decir, cuando “no hayan causado daños al monte o cuando, habiendo daño, tenga unos costes de reposición inferiores a 10.000 euros o el plazo para su reparación o restauración no exceda de seis meses” (la cursiva es nuestra). También, en la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 21/2015, de 20 de julio.

resulta evidente (ésta era, además, como vimos, una de las finalidades, si no la principal, de la reforma) que en el Principado de Asturias ha dejado de ser sancionable el “pastoreo o permanencia de reses” en montes acotados como consecuencia de un incendio (que, como ya sabemos, sólo pueden ser ahora los montes arbolados o bosques) si tales montes no se encuentran “cercados” por sus propietarios, al menos si tales conductas no producen una “alteración negativa o pérdida de calidad del suelo”, lo que hasta ahora, sin embargo, sí era sancionable [que es lo que explica la existencia del art. 91.1, letra g) como infracción autónoma].

Que ello pugne o no con el tipo antes señalado de la legislación básica [el art. 67, letra j), de la Ley 43/2003: “El pastoreo o la permanencia de reses en los montes *donde se encuentre prohibido* o se realice en violación de las normas establecidas al efecto por el órgano forestal de la comunidad autónoma” (la cursiva es nuestra)], que, por cierto, no exige, como vimos, la producción de daños (si no los hay, la infracción será leve), es un problema de interpretación no abordado por la Sentencia. En mi opinión, cabría defender que no existe contradicción, porque a partir de ahora, de acuerdo con la legislación asturiana (art. 66.2), el pastoreo o permanencia de reses en terrenos incendiados acotados, pero no cercados, no constituye una conducta “prohibida” (al menos, si no se producen daños), y la Sentencia, aunque sin profundizar en ello, tampoco ha puesto reparos a este cambio regulatorio (el cercado) desde el ángulo sustantivo.

La impugnación de las transitorias se desestima obviamente con facilidad (FFJJ 4 y 5) a la luz de la respuesta dada por las dos Sentencias a las cuestiones principales.