

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA UTILIZACIÓN DE LA ENERGÍA EÓLICA EN ARAGÓN

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. LAS RAZONES QUE ACONSEJAN EL ESTUDIO DEL DECRETO 279/1995, DE 19 DE DICIEMBRE, DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN. — II. ASPECTOS FORMALES: SU POSIBLE IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DEL DENOMINADO RECURSO INDIRECTO CONTRA REGLAMENTOS. — III. CUESTIONES DE FONDO: 1. La regulación de las autorizaciones para la instalación y explotación de Parques Eólicos que configura el Decreto aragonés 279/1995. A) Los preceptos. Una reflexión previa. B) Sobre la naturaleza de la autorización regulada por el Decreto autonómico. C) Sobre la validez inicial del Decreto autonómico a la luz de nuestro sistema de fuentes. D) Sobre la vulneración de las exigencias que dimanarían del principio y derecho constitucional a la libertad de empresa. E) Las limitaciones a la propiedad que genera la aprobación de un Plan Eólico. En especial, la afectación a los bienes de las Entidades Locales. 2.— El Decreto 279/1995 tras la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. — IV. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. LAS RAZONES QUE ACONSEJAN EL ESTUDIO DEL DECRETO 279/1995, DE 19 DE DICIEMBRE, DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN

Los grandes principios que inspiran, orientan y regulan actualmente las actividades relacionadas con la producción, distribución y suministro de energía eléctrica pueden quedar reducidos a meras declaraciones propagandísticas si no van acompañados de la modificación y adaptación a la nueva realidad de algunas normas autonómicas, que constriñen, limitan, menoscaban y vulneran dichos principios y las normas en que cristalizan, tal como vamos a analizar al hilo del estudio del Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Con este estudio se pretende analizar un aspecto concreto, el de los requisitos necesarios para la construcción y puesta en funciona-

miento de las instalaciones productoras de electricidad a partir de la energía eólica, que ha merecido una especial atención y una regulación específica por la Comunidad Autónoma de Aragón. El referido Decreto, que representa la opción política de esta Comunidad Autónoma al respecto, se ha justificado en la necesidad de que los recursos económicos que genera esta actividad productiva se capten y reinviertan en Aragón. Pues bien, aunque dicha finalidad resulte loable —aunque incumplida en la práctica—, los medios jurídicos previstos para su consecución distan mucho de ser los adecuados a las exigencias y principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico (1).

Todo ello nos va a permitir, además, analizar algunos aspectos del nuevo Derecho regulador del sector eléctrico, describir la posición jurídica de los agentes sociales intervinientes en el sector y proponer los mecanismos jurídicos que reconduzcan la actual situación a los límites del marco constitucional y de la legalidad de él derivada (2).

II. ASPECTOS FORMALES: SU POSIBLE IMPUGNACION A TRAVÉS DEL DENOMINADO RECURSO INDIRECTO CONTRA REGLAMENTOS

Los particulares pueden impugnar un reglamento que consideran ilegal bien impugnando directamente el reglamento viciado (*recurso directo*) o bien impugnado el acto concreto de aplicación de dicho re-

(1) El Preámbulo del Decreto dice textualmente que «en la Comunidad Autónoma de Aragón existe un elevado potencial de aprovechamiento de la energía eólica pendiente de ser explotado, pudiendo alcanzar una importante contribución al balance de energía de la región, según se deduce del Plan Energético de Aragón. Esta realidad junto al importante papel como factor estratégico de desarrollo y equilibrio social y económico que en la región aragonesa puede alcanzar el desarrollo de este sector, compatible con los objetivos de la planificación energética del Gobierno de Aragón, así como la garantía de una mínima afección medioambiental, hace necesario adoptar una normativa que regule las condiciones y criterios de priorización (*sic*) para su implantación.» Existe un segundo motivo explícito para la aprobación de este Decreto mucho más justificable y que consiste en la necesidad de desarrollar «los criterios que han de regir la autorización de este tipo de instalaciones de generación de electricidad a partir de la energía eólica, siguiendo el procedimiento de unidad de expediente y resolución única» que, en ningún caso, puede afectar a los actos y procedimientos que competen a otras Administraciones Públicas.

(2) Sobre la importancia de las energías no convencionales y particularmente de la eólica puede consultarse el trabajo de Ramón MARTÍN MATEO, *Las leyes de Eolo*, en REDA núm. 102 (1999), pp. 181 a 193.

glamento en base a la ilegalidad de este último (*recurso indirecto*) (3).

Mientras el recurso directo contra reglamentos sólo puede intentarse dentro de un plazo muy breve (en los dos meses siguientes a la publicación del reglamento), el denominado recurso indirecto permite denunciar en cualquier momento los vicios que invalidan el reglamento en cuestión, sea cual sea el tiempo transcurrido, a través de la impugnación de los actos de aplicación del mismo. Esta posibilidad, ilimitada en el tiempo, no está condicionada tampoco ni por la falta de utilización del plazo del recurso directo ni siquiera por la suerte que hubiera podido correr este en su momento, de forma que es perfectamente posible que, aun en el caso de desestimación del recurso directo, pueda obtenerse más adelante una declaración distinta mediante la estimación de un recurso indirecto interpuesto, pasado el tiempo, contra un acto de aplicación del citado reglamento.

Por otro lado, todo reglamento que rebasa los límites formales y sustanciales que delimitan el ejercicio lícito de la potestad reglamentaria incurre en un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho. No obstante, el Tribunal Supremo ha mantenido en el tiempo líneas jurisprudenciales diferentes en relación al supuesto de que el vicio cometido sea un vicio de forma o procedimiento (4). Ahora bien, con la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Ad-

(3) La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa preserva los que se han dado en denominar recursos directo e indirecto frente a reglamentos y elimina las restricciones de legitimación para recurrir contenidas en la legislación anterior. Además, se contempla, con objeto de atribuir a un solo órgano la decisión judicial —con efectos «erga omnes»— sobre la legalidad de las disposiciones generales, que cuando el órgano competente en un recurso indirecto contra reglamentos sea distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate pueda plantearse la cuestión de ilegalidad. Obsérvese que la nueva regulación no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre el acto que aplica el reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero permite, además, alcanzar una decisión unitaria sobre la validez del mismo, con el consiguiente reforzamiento de la seguridad jurídica.

(4) Hubo una primera jurisprudencia que admitió la posibilidad de aducir vicios de carácter procedimental en el recurso indirecto, con objeto de propiciar la declaración de nulidad de la disposición de carácter general (SSTS de 19 de octubre de 1962, 28 de enero de 1964 y 3 de febrero de 1968, entre otras). Posteriormente, y como consecuencia especialmente de las STS de 2 de junio de 1987 y de la Sentencia de la Sala de Revisión del TS de 29 de octubre de 1987 se consolida una jurisprudencia que declara la improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de las normas de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar la disposición (SSTS de 12 de febrero de 1988, 13 de mayo de 1988, 17 de julio 1989, 13 de marzo de 1990, 18 de junio de 1992 y 17 de noviembre de 1993, entre otras).

ministrativa, y en el marco del procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad en ella previsto, creo posible un control pleno de todos los aspectos de la disposición reglamentaria, que se hará por el Tribunal competente. De lo contrario, los defectos formales sólo comportarían un vicio de anulabilidad, convalidable por el tiempo, lo que es expresamente contrario a todas las previsiones legales al respecto.

En cuanto a los vicios formales que pueden aducirse en relación a la elaboración del procedimiento de elaboración del reglamento en cuestión cabe citar los siguientes:

a) Omisión de los informes preceptivos. En este punto cabe recordar que, en la medida que estamos ante una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y dado que se desarrolla parcialmente la legislación estatal sobre la materia, dicho Dictamen correspondería al Consejo de Estado. Bien es verdad que el Tribunal Constitucional decidió, en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, que la competencia sobre el dictamen previo y preceptivo correspondía a los órganos consultivos autonómicos establecidos al efecto, siempre que fuesen «equivalentes», lo que no ocurre con la composición de la Comisión Jurídica Asesora creada en el ámbito de la Comunidad Autónoma aragonesa.

b) La omisión del trámite preceptivo de la audiencia a los interesados —o información pública, en su caso—. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1986 existe una línea jurisprudencial que considera nulos de pleno derecho los reglamentos en los que se ha omitido este trámite (5), que, en algunas Sentencias, se entiende esencial porque viene exigido por la propia naturaleza del artículo 105.a) de nuestra Constitución, tal como ya se había establecido la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1985, de 8 de mayo (6).

(5) Véase, a tal efecto, las SSTS de 2 de marzo de 1987 y 20 de diciembre de 1990.

(6) Véase, a tal efecto, las SSTS de 30 de marzo de 1992, 25 de febrero de 1994, 8 de marzo de 1997, 1 de julio de 1997, 8 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998. No obstante, existe otra línea jurisprudencial que defiende el carácter potestativo de la información pública, cuyas Sentencias más recientes datan de 1997 (SSTS de 28 de enero de 1997 y 17 de marzo de 1997). Esta jurisprudencia ha surgido al hilo de la interpretación del art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. En la actualidad, el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al regular el procedimiento de elaboración de los reglamentos, dispone en su apartado 1.c) lo siguiente:

«Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones re-

III. CUESTIONES DE FONDO

1. La regulación de las autorizaciones para la instalación y explotación de Parques Eólicos que configura el Decreto aragonés 279/1995

A) Los precedentes. Una reflexión previa

La Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), estableció dos regímenes diferentes para regular la producción de energía eléctrica. En efecto, junto al régimen ordinario previó un régimen especial para la producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables, cuya regulación más detallada se acometió a través del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre (ambas normas fueron publicadas en el BOE de 31 de diciembre de 1994) (7).

En este contexto, se promulga el Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, que resulta ser una copia prácticamente literal del Decreto 205/1995, de 6 de julio, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia.

Lo sorprendente de este supuesto es que la regulación específica de la energía eólica por estas Comunidades Autónomas, y posteriormente por las de Navarra (8), Castilla y León (9), La Rioja (10), As-

conocidas por la ley que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La disposición sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que aprueba la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado ...»

(7) Un análisis de la situación jurídica emanada de la LOSEN puede encontrarse en Francisco de Borja LÓPEZ-JURADO y Jesús TRILLO-FIGUEROA, *La regulación del sector eléctrico*, Madrid, Cívitas, 1996.

(8) Decreto Foral 125/1996, de 26 de febrero, por el que se regula la implantación de los parques eólicos y Decreto Foral 685/1996, de 24 de diciembre, por el que se suspende la aprobación de nuevos parques eólicos.

(9) Decreto 189/1997, de 26 de septiembre, por el que se regula el procedimiento para la autorización de instalaciones de producción de electricidad a partir de la energía eólica; Decreto 107/1998, de 4 de junio, (modificado por Decreto 50/1999, de 11

turias (11), Castilla-La Mancha (12), supone establecer un régimen especial dentro del régimen especial de la producción eléctrica (13).

Y dicha especialidad tiene su mayor arraigo en Aragón, cuyo Gobierno aprobará, también, el Decreto 93/1996, de 28 de mayo, por el que se regula el procedimiento de autorización de instalaciones de innovación y desarrollo para el aprovechamiento de la energía eólica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

B) Sobre la naturaleza de la autorización regulada por el Decreto autonómico

En primer lugar, cabe señalar que la aprobación de un Plan Eólico predetermina ya al titular de las ulteriores autorizaciones, dado que, siguiendo una terminología propia de la Ley de Minas, la aprobación del correspondiente Plan Eólico Estratégico conlleva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, el derecho a la investigación de las áreas en los términos previstos en dicha aprobación, así como el derecho preferente, en el área aprobada, a la autorización de instalaciones de aprovechamiento de la energía eólica contenidas en el referido Plan, en caso de existir proyectos en competencia. La aprobación del Plan constituye en sí misma una autorización que predetermina quién va a ser en ese ámbito territorial el futuro titular del resto de autorizaciones previstas en la normativa aludida.

de marzo, por el que se adoptan medidas temporales en los procedimientos para la autorización de instalaciones de producción de electricidad a partir de la energía eólica

(10) Decreto 48/1998, de 24 de julio, por el que se regula el procedimiento para la autorización de instalaciones de producción de electricidad a partir de la energía eólica

(11) Decreto 13/1999, de 11 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación de parques eólicos en el Principado de Asturias.

(12) Decreto 58/1999, de 18 de mayo, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica a través de parques eólicos.

(13) El artículo 26 de la LOSEN estableció que las actividades de producción de energía eléctrica en el sistema integrado tendrán la consideración de producción en régimen especial en los casos de cogeneración y cuando se utilicen como energía primaria, energías renovables no hidráulicas, o residuos agrícolas, industriales o urbanos o todo tipo de biocarburantes siempre que no superen los 100 MVA de potencia instalada. En la actualidad, el art. 27 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico fija dicho límite en los 50 Mw. Por tanto, la producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica puede enmarcarse apriorísticamente tanto en el régimen ordinario como en el régimen especial, aunque por la propia naturaleza de las instalaciones, en la práctica, les será de aplicación exclusivamente el régimen especial.

La normativa objeto de estudio parece confundir cuál es la verdadera naturaleza jurídica de los actos administrativos de autorización de instalaciones dedicadas a la producción de energía eólica, dado que la regulación que establece se aproxima mucho más a los rasgos típicos y esenciales de la llamada concesión administrativa que a los que se predicen y desprenden de las llamadas autorizaciones administrativas.

La autorización es un acto de control y fiscalización de determinados presupuestos contemplados en la correspondiente normativa con objeto de permitir a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos subjetivos o la consolidación de sus intereses legítimos. En consecuencia, la autorización es un típico acto declarativo, en cuanto se limita a acreditar un hecho o una situación jurídica sin incidir en su contenido, lo que la distingue de la concesión, que representa el típico acto constitutivo, esto es, que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas subjetivas en los destinatarios del acto o en la propia Administración (14).

Es más, por algunas referencias contenidas en la normativa que analizamos, se entrevé una analogía del régimen jurídico de las autorizaciones en ella reguladas con el establecido respecto de la concesión minera en la correspondiente legislación sectorial. Pero no hemos de olvidar que, por mandato legal, todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental son bienes de dominio público. *Y he ahí la gran diferencia con el aprovechamiento de*

(14) A veces es complicado hallar el mínimo común denominador de una institución jurídica cuando el entramado legislativo es tan variopinto. No obstante, y en relación a la naturaleza jurídica de las concesiones, me parece obligada la remisión al trabajo de Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas*, en «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica» núm. 243 (1989), pp. 563 y ss. En él se delimitan, al hilo de la jurisprudencia existente, los criterios que permiten la distinción entre concesiones y autorizaciones demaniales. No obstante, la última jurisprudencia rezuma no sólo eclecticismo sino también escepticismo. En efecto, en la STS de 4 de noviembre de 1997 se reconoce que la diferenciación entre concesión y autorización, sobre todo en la utilización de bienes de dominio público, es una de las cuestiones menos pacíficas en la teorización del Derecho administrativo. Por ello, la solución jurídica no vendrá dada por el cauce de la semántica, sino analizando las circunstancias reales en que se cedió la utilización de los bienes. Obsérvese que el elemento de comparación son las autorizaciones demaniales, que, por estar vinculadas al uso especial del dominio público, propician un mayor despliegue de ciertas competencias y potestades administrativas. En el caso que nos ocupa, al no operar sobre un bien de dominio público, tanto las posibilidades del legislador al conformar el régimen jurídico de la autorización como las facultades de la Administración están constreñidas por el carácter eminentemente reglado que cabe predicar de la autorización.

la energía eólica, pues, en este último caso, ni el aire es formalmente un bien de dominio público ni esta actividad está reservada, en sentido estricto, al sector público.

Es más, el hecho de que el Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, parezca estar regulando una concesión administrativa se pone de manifiesto en los siguientes aspectos:

a) Existe una absoluta discrecionalidad de la Administración tanto a la hora de proceder al otorgamiento de la correspondiente autorización como a la hora de modificar o extinguir los derechos que conlleva. A tal efecto, hay que recordar que la autorización tiene, por definición, carácter reglado —y sólo excepcionalmente podemos encontrar algunas autorizaciones parcialmente discrecionales—, dado que si introducimos plenamente el componente discrecional vaciamos de contenido los derechos que previamente ostenta el solicitante de la autorización. En el caso que nos ocupa, la situación jurídica del administrado es incluso peor que la del concesionario, ya que en determinadas circunstancias la discrecionalidad puede ceder ante un ejercicio simple y llanamente arbitrario de las potestades administrativas previstas (15).

b) Otro aspecto que debe destacarse es que la transmisión de los derechos dimanantes de la correspondiente aprobación del Plan Eólico requiere, asimismo, previa autorización del Consejero, lo que altera nuevamente el régimen jurídico predicable con carácter general de las licencias. En efecto, éstas son transmisibles, en principio, aunque en ocasiones se exija la previa comunicación al órgano administrativo competente del negocio jurídico por el que se procede a la transmisión de los derechos, a no ser que entendamos que estamos en presencia de una autorización personal, lo que obviamente no ocurre en este supuesto ya que estamos ante la típica autorización real (que se concede por motivos centrados en un objeto material).

(15) Analicemos un acto administrativo de aplicación del Decreto, con objeto de detectar en la práctica las consecuencias jurídicas que acarrea. En la Orden de 17 de junio de 1998 del Departamento de Economía, Hacienda y Fomento, por la que se aprueba el Plan Eólico Estratégico de Molinos de Ebro, S.A.-3 (publicada en el BOA de 15 de julio), se especifica incluso la posibilidad de que el Consejero pueda excluir del Plan cualquier área, traspasando los derechos existentes a otro titular que, a juicio del Consejero (*sic*), garantice la construcción de la mejor opción posible. Ni siquiera se hace alusión alguna a los trámites necesarios para determinar la caducidad de la autorización ni existe referencia alguna a una posible indemnización por los derechos «expropiados» o por los daños y perjuicios que se le pueden inferir a la empresa titular de la autorización.

c) Con todo, lo más llamativo del Decreto radica en que la solicitud para la aprobación de un Plan Eólico Estratégico o, incluso, la simple solicitud de autorización para la instalación de un Parque Eólico abre un procedimiento donde se contempla la posibilidad de que se presenten «solicitudes en competencia» (16). La competencia en el marco de un procedimiento administrativo sólo tiene sentido en el ámbito de la contratación pública. Por ello, y en el ámbito concreto que analizamos, deberíamos asimilar estos procedimientos a los de otorgamiento de una concesión demanial o de actividad, cuya naturaleza contractual subyacente es indudable. Pero volvemos al punto de partida, esto es, a la inexistencia alguna de reserva demanial o de servicio público a favor de la Administración y, por tanto, a lo absurdo de esta regulación. Bien es cierto, no obstante, que el art. 27.3 de la LOSEN estableció, en consonancia con lo dispuesto en el art. 23 en relación a la producción de energía eléctrica en régimen ordinario, que «la construcción, explotación y modificación de determinadas unidades de producción en régimen especial podrán ser autorizadas por procedimientos que garanticen o promuevan la libre concurrencia entre los interesados». A tal respecto, es preciso dejar sentadas las siguientes premisas: a) el Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, se limita a regular un procedimiento normal para el otorgamiento de la autorización —previéndose el silencio administrativo positivo en caso de inactividad administrativa—, en el que no se prevé ningún tipo de concurrencia, y al que han de atenerse todas las Administraciones Públicas en la medida en que, según los supuestos, el órgano competente para la resolución definitiva puede pertenecer al Estado o a las Comunidades Autónomas; b) la producción de energía eléctrica en régimen especial afecta a supuestos muy diferentes, por lo que tal vez podríamos encontrar alguno en el que el otorgamiento de la co-

(16) No obstante, el Decreto incurre en una contradicción manifiesta al postular que las correspondientes autorizaciones se sometan a un procedimiento de concurrencia —ya que se contempla una fase en la que se pueden presentar proyectos en competencia— y establecer, a su vez, un derecho preferente en el otorgamiento de autorizaciones para los beneficiarios de la aprobación de un Plan Estratégico en las extensísimas áreas comprendidas en el mismo. La aplicación de derecho preferente, tal como está regulado en el Decreto y ya hemos analizado, no comporta la existencia de un criterio más en la definición de la mejor oferta sino que implica la predeterminación del futuro beneficiario de las correspondientes autorizaciones en las referidas áreas. Dicho de otro modo, supone eliminar la competencia —cuya mejor defensa consistiría en la mera aplicación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico con el correspondiente otorgamiento de autorizaciones regladas sobre proyectos concretos en terrenos específicos— en la mayoría de las áreas donde es posible la utilización de la energía eólica. Con ello se provoca una situación de oligopolio, absolutamente contraria a los principios liberalizadores contenidos en la normativa comunitaria y en la legislación estatal, tal como veremos más adelante.

responsable autorización impidiera a otros sujetos acometer actividades similares, lo que no ocurre —obviamente— con la energía eólica; c) el resultado que genera la aplicación de la normativa aragonesa es el contrario al que persigue el citado precepto de la LOSEN, pues no sólo no garantiza o promueve la libre concurrencia sino que la limita y restringe, propiciando de hecho un oligopolio; y d) la nueva Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en su art. 28, no recoge la previsión contenida en el apartado tercero del art. 27 de la LOSEN, por lo que actualmente ha de reputarse, sin ningún género de dudas, absolutamente ilegal cualquier procedimiento que prevea una fase de presentación de solicitudes en concurrencia (17).

C) Sobre la validez inicial del Decreto autonómico a la luz de nuestro sistema de fuentes

Y toda esta regulación, a la vez que atentaba contra la naturaleza de las instituciones jurídico-administrativas en juego, vulneraba los principios esenciales que conforman nuestro sistema de fuentes y las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

En efecto, tal como establecía el artículo 27 de la LOSEN, la construcción, explotación, modificación y transmisión de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial estaría sometida al régimen de la autorización administrativa previa, de conformidad con los criterios de planificación que se establecerían en un Real Decreto aprobado por el Gobierno de la Nación. Además, y como ya hemos indicado, el Estado complementó el régimen jurídico relativo a esta materia mediante la aprobación del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables.

Por todo ello, parece oportuno recordar en este momento que el Decreto 279/1995, de la Diputación General de Aragón, no debía ni podía vulnerar, en atención al principio competencia, ni la Ley de

(17) La Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que analizaremos posteriormente y que se ha incorporado a nuestro Derecho a través de la Ley 54/1997, establece expresamente en su art. 4 que «para la construcción de nuevas instalaciones generadoras, los Estados miembros podrán optar entre un procedimiento de autorización o de licitación». Por tanto, estamos en presencia de procedimientos que se excluyen por su propia naturaleza. En cualquier caso, en ambos procedimientos se ha de procurar el máximo respeto al principio de libre concurrencia, porque, tal como se establece en el referido artículo, «tanto las autorizaciones como las licitaciones deberán seguir criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios».

Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, promulgada en el ámbito de competencias que corresponden al Estado en esta materia, ni los Reales Decretos de desarrollo, en cuanto son fruto del ejercicio de las referidas competencias estatales, que la Comunidad Autónoma puede desarrollar pero no alterar o modificar.

De ahí, la sorpresa que produce constatar que el citado Decreto autonómico no se limita a regular el procedimiento administrativo y los órganos competentes para el otorgamiento de la referida autorización, tal como parecía desprenderse del art. 3.4.b) de la LOSEN, sino que establece una regulación completamente distinta de la prevista en la normativa estatal. Como consecuencia de ello, se exige la aprobación de un Plan Eólico Estratégico cuando se solicite la implantación de dos o más parques eólicos. Por tanto, el Decreto aragonés, lejos de limitarse a regular en su estricto ámbito de competencias aquellas cuestiones relacionadas con el otorgamiento de la autorización, va más allá y proceder a formular una regulación absolutamente independiente, incidiendo en una potestad distinta y diferenciada, cual es la potestad de planificación (18).

En efecto, es preciso distinguir entre el acto administrativo de autorización y el ejercicio de la potestad de planificación en un determinado sector de la actividad económica, pues estamos ante dos formas completamente diferentes de intervención administrativa. La planificación eléctrica, tal como establecía el art. 4 de la LOSEN, es competencia básica del Estado, pues incide en competencias claramente reservadas a éste —tales como la gestión integrada de los recursos energéticos, la política de ahorro y gestión de la demanda, y la racionalización y objetiva retribución de los costes incurridos en el ejercicio de las actividades eléctricas (artículos 149.1.13 y 149.1.25 de la Constitución), la protección del medio ambiente (149.1.23 de la Constitución) y, por último, la garantía de los derechos de los consumidores y usuarios (STC 15/1989, de 26 de enero)—. Por tanto, estamos ante una competencia material del Estado de coordinación, cuyo

(18) En idéntico sentido se pronuncian Vicente ÁLVAREZ GARCÍA y Rafael DUARTE MARTÍNEZ, *Administración Pública y Electricidad*, Madrid, Cívitas, 1997, pp. 48 a 50, en las que se dice que, en relación a las potestades que pueden desplegar las Comunidades Autónomas en torno a las instalaciones de producción eléctrica que caen bajo su ámbito de competencia, su Administración podrá desempeñar las mismas funciones que la Administración General del Estado sobre las instalaciones de su competencia. Pues bien, dichas funciones, según los referidos autores, son: otorgar «en los términos y condiciones establecidas en la Ley 40/1994 y sus disposiciones de desarrollo» las correspondientes autorizaciones, inspeccionar las condiciones impuestas en las autorizaciones y sancionar, en su caso, su incumplimiento.

contenido, finalidad y posible alcance, ya fueron objeto de análisis, con carácter general, en la STC 45/1991, de 28 de febrero (19).

Por todo ello, resulta extraordinariamente sorprendente lo dispuesto en la Disposición Final Primera del Decreto aragonés, donde se dice que «en todo lo no previsto en el mismo será de aplicación la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, el Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables y demás normativa aplicable», lo que supone un claro desconocimiento del funcionamiento de nuestro sistema de fuentes y de las relaciones que existen entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos autonómicos.

Tampoco puede tener ninguna relevancia la permanente alusión a los Reales Decretos de Transferencias que se hace en las normas aragonesas y actos administrativos de aplicación de las mismas. Y ello por dos motivos fundamentalmente.

En primer lugar, los Reales Decretos de Transferencias no pueden vulnerar el orden de distribución competencial contenido en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las normas que, en el legítimo ejercicio de sus competencias, promulgue el Estado para delimitar los ámbitos competenciales atribuidos a cada Ente territorial, sobre todo en el caso de la definición de lo que ha de entenderse por legislación básica. Y, en segundo lugar, porque los Reales Decretos aludidos se limitan a transferir meras competencias ejecutivas en relación a la materia que nos ocupa. En efecto, en relación a la energía, el Real Decreto 539/1984, de 8 de febrero, establece que «sin perjuicio de lo que establezcan las bases del régimen energético, la Diputación General de Aragón asumirá las funciones que correspondan al Ministerio de Industria y Energía en relación con las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Co-

(19) El art. 5 del Decreto aragonés, al regular la documentación técnica que será preciso adjuntar a la instancia de solicitud de aprobación de un Plan Eólico Estratégico, hace referencia a un estudio acerca de «la incidencia en la planificación energética regional y estatal, así como su incidencia en otras Comunidades Autónomas, especificado para cada uno de los parques previstos». Es más, como establece el art. 7, el Consejero de Economía, Hacienda y Fomento procederá a aprobar o denegar las solicitudes presentadas atendiendo a una serie de criterios, cuya enumeración se inicia con el que hace referencia a la «planificación energética». Como podemos observar se incide claramente en la competencia ejecutiva reservada para el Estado en el art. 149.1.22 de la Constitución cuando se le atribuye la competencia exclusiva para la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad.

munidad Autónoma». En consecuencia, se está haciendo alusión, como no podía ser de otra manera, a funciones meramente ejecutivas, pues estamos ante Reales Decretos que se limitan a transferir los medios precisos para ejercitar los servicios ya traspasados o en trance de cesión (20).

Pues bien, como consecuencia de lo analizado en el siguiente apartado, se puede colegir la existencia de una extralimitación competencial, ya que la normativa aragonesa invade ámbitos reservados al Estado como legislación básica o, incluso en algún caso, plena.

D) Sobre la vulneración de las exigencias que dimanen del principio y derecho constitucional a la libertad de empresa

Ahora bien, las irregularidades anteriormente analizadas tienen mayor relevancia si se repara en que cualquier restricción al ejercicio por los particulares de sus derechos en relación a la producción de energía eléctrica constituye una vulneración de su derecho constitucional a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, tal como se reconoce en el art. 38 de la Constitución.

Pero en este supuesto, además, la vulneración del principio de libertad de empresa no sólo se ha producido materialmente, al impedir arbitrariamente a ciertas empresas el ejercicio de una actividad económica en las áreas predeterminadas en el Plan Estratégico, sino también desde la perspectiva formal, dado que, como ha establecido de manera inequívoca el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 83/1984, de 24 de julio, cualquier restricción legítima a la libertad de empresa está sometida a reserva de ley, lo que impide a la Administración (estatal o autonómica) dictar normas sin la suficiente habilitación legal. Obviamente, en el reglamento autonómico no sólo no hay habilitación legal previa, sino contravención legal (21).

(20) Los conflictos competenciales planteados entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas, que han tenido por objeto la interpretación del art. 149.1.22, anteriormente citado, han surgido como consecuencia de la discrepancia que mantienen las partes acerca de si la energía producida por una determinada instalación generadora de electricidad era transportada fuera de la Comunidad Autónoma de origen o incidía en el aprovechamiento extracomunitario de la energía eléctrica, tal como se deduce de las SSTC 67/1992, de 30 de abril, y 74/1992, de 14 de mayo. Por tanto, dicha discrepancia no se ha centrado propiamente en la distribución de competencias en la materia, sino en su aplicación práctica a la concreta autorización que se discutía.

(21) Y no sólo se vulnera lo establecido en la LOSEN sino también lo dispuesto en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que prevé su aplicación a las actividades de generación, distribución y suministro de la energía y productos energéticos, «en lo no previsto en su legislación específica». Dicha Ley, en su artículo cuarto, que lleva por rúbrica «libertad de establecimiento», reconoce «la libertad de establecimiento para

De hecho, el Tribunal Constitucional sólo ha admitido ciertas restricciones a la libertad de empresa como consecuencia del ejercicio de una determinada actividad administrativa cuando ha existido una previa declaración del bien como dominio público (STC 17/1990, de 7 de febrero, en relación a la declaración del transporte de agua como servicio público en Canarias) o de la actividad como servicio público, en sentido estricto (STC 127/1994, de 5 de mayo, en relación a la declaración de la televisión como servicio público).

Y he ahí la gran diferencia con el aprovechamiento de la energía eólica, pues, en este caso, y como ya hemos dicho anteriormente, ni el aire es formalmente un bien de dominio público ni esta actividad está reservada, en sentido estricto, al sector público.

Todo ello es especialmente relevante si se tiene en cuenta que el derecho a la libertad de empresa puede ser considerado en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional desde una doble perspectiva. En efecto, por un lado, y desde la perspectiva institucional, se garantiza objetivamente la libertad empresarial como regla para el mantenimiento del sistema de economía social de mercado. Pero, además, y desde su vertiente individual, los particulares pueden oponer al legislador y al resto de poderes públicos su derecho subjetivo a la libertad de empresa, siempre y cuando la medida de intervención estatal no esté amparada en la satisfacción del interés general o dicha medida sea desproporcionada, afectando al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. Por tanto, frente a cualquier intromisión ilegítima de los poderes públicos, el derecho a la libertad de empresa será tutelable ante los Tribunales por los procedimientos ordinarios establecidos.

Queda, por último, discernir qué ha de entenderse por el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, que configura ese ámbito invulnerable e intangible incluso para el legislador (cuanto más para la Administración). En las SSTC 84/1983, de 8 de marzo, y 225/1993, de 8 de julio, se aborda esta cuestión. En esta última se

la instalación, ampliación y traslado de las actividades industriales». En el apartado segundo de dicho precepto se establece que se requerirá autorización administrativa previa «cuando así lo establezca una Ley (*sic*) por razones de interés pública» (no estamos ante una reserva formal sino ante la recepción de la reserva material establecida en la Constitución) ó «cuando se establezcan reglamentariamente para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de tratados y convenios internacionales». Sobre el significado de esa Ley y los principios en ellas contenidos, puede consultarse el trabajo de Jordi CONDE I CASTEJÓN y María del Mar PÉREZ I VELASCO, *Notas sobre la regulación industrial: comentario a la Ley de Industria*, en «Autonomías» núm. 16 (1993), pp. 197 y ss.

concreta el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa como:

«el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial "en libertad", ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad...».

Pues bien, resultaría redundante insistir nuevamente en que no existe ninguna previsión legal relativa a la ordenación económica de este sector que justifique la regulación autonómica reglamentaria que estamos analizando, claramente atentatoria al derecho constitucional a la libertad de empresa (22).

E) Las limitaciones a la propiedad que genera la aprobación de un Plan Eólico. En especial, la afección a los bienes de las Entidades Locales

La aprobación de un Plan Eólico genera una serie de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de los titulares dominicales de los fondos afectados y de quienes tienen derechos reales, de naturaleza civil o administrativa, en los mismos, de tal envergadura que puede impedir el más elemental ejercicio del derecho de propiedad en su triple vertiente de uso, disfrute y disposición sobre un bien.

Además, las limitaciones a la propiedad que se producen no son de carácter general, no afectan a un número indeterminado e indeterminable de bienes, ni vienen establecidas en una norma de rango legal, pues la aprobación del Plan Eólico es un acto administrativo que provoca una «privación singular» de ciertos derechos dominicales en áreas concretas y determinadas. Es decir, no estamos ante un límite normal del derecho de propiedad que afecta a un conjunto indeterminado de bienes, y que los propietarios deben soportar como consecuencia de las cargas inherentes al concepto de función social de la

(22) Se puede encontrar un exhaustivo estudio en relación al sector que estamos estudiando en VV.AA., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Madrid, Cívitas, 1998.

propiedad; estamos, por el contrario, ante un supuesto donde se produce la constitución de auténticas servidumbres sobre fundos concretos, como consecuencia de la aprobación de un acto administrativo específico.

Por ello, la defensa de la posiciones jurídicas del propietario y de los titulares de derechos reales sobre esos bienes, con el fin de obtener una compensación económica justa a la privación singular de sus derechos, puede articularse a través de los siguientes mecanismos:

1) Lo que puede producirse, de momento, es una ocupación temporal, figura prevista en los arts. 108 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa, y que genera el correspondiente derecho a indemnización.

2) Cuando los derechos generados por la aprobación del Plan Eólico se quieran consolidar definitivamente, el Decreto aragonés conduce a una situación absurda, que sólo puede resolverse si llegan a un acuerdo privado quienes tienen derechos sobre los terrenos y quienes gozan del derecho preferente, en las áreas aprobadas por el plan, a la obtención de la autorización de las instalaciones de aprovechamiento de la energía eólica. Y ello es así porque el art. 8 del Decreto condiciona dicho derecho preferente a la obtención por el beneficiario del derecho a utilizar los terrenos. A tal efecto, cabe recordar que el art. 52 de la Ley 54/1997, en consonancia con lo que establecía el art. 51 de la LOSEN, declara de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación «a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento». Sin embargo, para que se proceda a la expropiación ha de obtenerse necesariamente la previa autorización industrial, condicionada por el Decreto aragonés a la previa obtención de los terrenos, por lo que no es aplicable dicho precepto de la Ley a los supuestos que analizamos (23).

(23) Sobre la necesidad de la obtención de la autorización industrial de las instalaciones como requisito de validez de las expropiaciones eléctricas, véase ELOY COLOM PIAZUELO, *La Expropiación Forzosa en el Sector Eléctrico*, Barcelona, CEDECS, 1998, pp. 141 y ss. Es cierto que el Decreto autonómico prevé, al amparo de lo que se disponía en el Título IX de la LOSEN, el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de las instalaciones incluidas en su ámbito de aplicación. Dicho reconocimiento deberá solicitarlo simultáneamente con la autorización de las instalaciones, incluyendo en el proyecto presentado al efecto la relación concreta e individualizada de los bienes o derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación, indicando motivadamente las razones por las que no ha sido posible llegar a acuerdos que eviten la expropiación. Ahora bien, la contradicción radica en que, al condicionar la existencia del derecho preferente a la previa obtención del derecho a utilizar los terrenos, la autorización para construir la instalación podrá recaer sobre cualquier empresa del sector y, en especial, sobre aquella que pueda esgrimir cualquier derecho a utilizar los terrenos donde van a construirse las instalaciones de producción de energía eléctrica, dejando, en gran medida, sin efecto las previsiones legales.

3) En último extremo, las indemnizaciones por los daños que se infieren de esta situación, cuando no puedan obtenerse por vía expropiatoria, deberán articularse a través de la vía de la responsabilidad administrativa, lo que puede suponer una elevación de su cuantía, dado que al existir una actuación administrativa ilegal e ilícita puede solicitarse una compensación económica que abarque tanto el daño emergente como el lucro cesante, tal como se ha establecido por una reiterada jurisprudencia sorprendentemente unánime.

Es más, cuando se vean afectados bienes de las Entidades Locales, puede estar vulnerándose algunos de los postulados que emanan del principio de autonomía local. Por las propias características de los terrenos donde se localizan o ubicarán las instalaciones destinadas a la producción de electricidad a partir de la energía eólica, nos encontraremos con un régimen jurídico aplicable a los mismos muy peculiar. En efecto, los terrenos más propicios se localizan en lo alto de montes que, por sus condiciones, carecen de aprovechamiento alguno ni de carácter forestal, ni de carácter agrícola o ganadero. En la mayoría de los supuestos estaremos ante bienes patrimoniales propiedad de las Entidades Locales, y, en concreto, de titularidad municipal. Pues bien, la aplicación del Decreto conduce a un problema jurídico de envergadura que podría suponer un atentado al principio constitucional de la autonomía local. En efecto, tanto la enajenación de bienes patrimoniales —que requiere de la celebración de la correspondiente subasta pública (art. 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local —TRRL—) y art. 188 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón— como su arrendamiento —que ha de regirse en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (art. 83 TRRL e, incluso, con mayor exigencia de requisitos, art. 184 de la referida Ley de Cortes de Aragón 7/1999)— exigen la existencia de un procedimiento administrativo donde se garantice la publicidad, la libre concurrencia y la adjudicación al mejor postor de los que concurren. Por ello, y como consecuencia de la existencia de una previa autorización administrativa autonómica, o bien estos procedimientos legales pueden carecer de sentido alguno o su puesta en práctica puede irradiar una contradicción entre el titular de la autorización autonómica y la persona o entidad a las que se ha enajenado o arrendado dichos terrenos. Esta es una contradicción que sólo se produce como consecuencia del régimen jurídico previsto en el Decreto y su permanente confusión con la técnica concesional, en la que se presume la titularidad del bien o servicio por la correspondiente entidad pública. Pues bien, ninguna

contradicción se produciría si se aplicara el régimen de autorizaciones regladas previsto en la Ley del Sector Eléctrico, pues la autorización industrial sería el último requisito una vez acreditado el derecho a utilizar los terrenos donde se pretende construir la correspondiente instalación generadora. De hecho, las contradicciones serían aun más patentes si afectan a bienes de naturaleza demanial o cuando se incide en terrenos de particulares, cuyo uso y disposición quedan afectados por un mero acto administrativo basado en una norma de carácter reglamentario, que bien podría ser calificada de reglamento independiente.

2. El Decreto 279/1995 tras la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico

La actual Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico no sólo se ha limitado a recoger los principios anteriormente citados sino que ha profundizado en las consecuencias que dimanarían de los mismos, al proclamar su propósito liberalizador, limitar la planificación estatal al ámbito de las instalaciones de transporte y reconocer expresamente, en lo que concierne a la generación de energía eléctrica, el derecho a la libre instalación, lo que determina que la organización de su funcionamiento se articule bajo el principio de libre competencia. Y con ello se produce, a su vez, la transposición de algunos de los principios que inspiran la Directiva 96/92/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (24), que

(24) El Tratado de Amsterdam guarda silencio, a pesar de afectar a cuestiones específicamente mencionadas en Maastricht para su futura revisión, en lo que hace referencia a la inclusión en el Tratado de la Comunidad Europea de Títulos dedicados a la protección civil, la energía y el turismo. No obstante, la existencia de esta Directiva comunitaria, en concreto, y el acervo de principios comunitarios en relación a la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales permiten definir una política y Derecho de la Comunidad que, sin llegar al detalle de prejuzgar las vías o itinerarios, sí marca unos concretos objetivos de carácter irrenunciable e indisponibles por los Estados miembros (véase, a tal efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 23 de octubre de 1997, en la que se enjuicia si nuestra Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional establece derechos exclusivos de importación o exportación a favor de la sociedad estatal REDESA). Por ello, resultan tan chocantes ciertas previsiones del Decreto, y en especial a aquellas que condicionan la aprobación de un Plan Estratégico a la presentación de una documentación que contenga «la incidencia socioeconómica del proyecto en la Comunidad Autónoma de Aragón, empleo directo e indirecto a generar e impacto económico que tendrá el proyecto sobre su área de implantación» (art. 5.3.g). En ese sentido, parece evidente que se contravienen los más elementales principios comunitarios cuando se supedita la aprobación o denegación de un Plan Estratégico, paso previo e imprescindible en la práctica para desarrollar la actividad económica propia de este

además sirvieron de base para la firma del Protocolo Eléctrico suscrito entre el Ministerio de Industria y Energía y las principales empresas del sector el 11 de diciembre de 1996 (25).

Ahora bien, cuando se indica que la nueva reguladora del sector eléctrico se caracteriza por su filosofía liberalizadora, es preciso aclarar que, en la fase de generación o producción, nunca existió, ni en los momentos en que hubo mayor intervención administrativa, una reserva formal al sector público, por lo que la «liberalización» constituye, en este caso, un reconocimiento expreso y manifiesto del derecho a la libre instalación —apoyado, que no sometido, en la técnica autorizatoria—. Por cierto, y como ya hemos indicado con anterioridad, se elimina cualquier referencia a la posibilidad de que terceros concurren a los procedimientos de otorgamiento de la correspondiente autorización, pues la libertad de empresa y los derechos de los usuarios se garantizan mejor a través de la organización de un mercado mayorista en el régimen ordinario y, en cualquier caso, mediante el libre ejercicio de sus actividades por los agentes y empresas del sector.

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, dicha Ley, en su artículo 28, se limita a reconocer la competencia de las Administraciones autonómicas en relación al otorgamiento de las autorizacio-

sector, al «grado de viabilidad económica de la solución presentada» y «a la aportación tecnológica y efectos industriales y socio-económicos del plan» (art. 7). Por lo demás, ninguno de estos criterios se contiene en la enumeración contenida en el art. 5 de la Directiva. Es cierto que no ha existido una configuración comunitaria de esta actividad que fijara unas estrictas obligaciones de servicio público que, como en el sector de las telecomunicaciones, condicionan de modo rígido las legislaciones estatales. Pero la aplicación del principio de subsidiariedad, una vez que se ha producido la regulación comunitaria, debe producir efectos similares, aunque tal vez con un mayor grado de inseguridad jurídica.

(25) Un precoz análisis de esta Ley lo encontramos en VICENTE LÓPEZ-IBOR MA-YOR, *La liberalización del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica*, en REDA núm. 98 (1998), pp. 191 a 210. Sobre las exigencias que derivan del Derecho comunitario en relación a una determinada formulación legislativa reguladora del sector se realizó ya en su día un exhaustivo estudio, especialmente interesante todavía en lo que hace referencia a la conceptualización de la noción de servicio público, por JOSÉ MARÍA GIMENO FELLIÚ, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Madrid, Cívitas, 1994. Con posterioridad, resulta de especial interés el trabajo de GASPAR ARIÑO ORTIZ, *El mercado interior de la electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencias en el umbral de 1995*, en «Noticias de la Unión Europea», núm. 125 (1995), pp. 13 y ss. Con anterioridad a la Directiva citada existían otras normas comunitarias que pretendieron abrir el camino hacia un mercado interior en el sector de la electricidad. Nos estamos refiriendo a la Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes, y a la Directiva 90/377/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad.

nes en cuestión, pero en ningún caso les habilita a crear un régimen sustantivo propio, máxime cuando este vulnera claramente los principios y disposiciones establecidos en la legislación estatal.

A mayor abundamiento, cabe recordar que dicho artículo 28 declara, como no podía ser de otra manera, el carácter reglado de la autorización administrativa previa y configura de forma tan exhaustiva su régimen jurídico que incluso alude a los efectos que conlleva, en su caso, la falta de resolución expresa.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley 54/1997 quedaron derogadas la LOSEN y cualesquiera otras normas que se opusieran a lo dispuesto en la misma. A tal efecto, es preciso recordar, como ya hemos aclarado anteriormente, que Ley del Sector Eléctrico, no sólo por su rango —ya que regula algunas materias reservadas a la ley e incorpora a nuestro ordenamiento, además, el Derecho derivado comunitario—, sino también, y sobre todo, por promulgarse en el ámbito de competencias que corresponden al Estado en esta materia, predetermina la eficacia —y, por tanto, la posibilidad de aplicación actual— de la normativa autonómica existente en este sector. Por ello, todos aquellos preceptos jurídicos de los ordenamientos jurídicos autonómicos que contravengan lo dispuesto en la Ley 54/1997 deberán dejar de aplicarse, y habrán sido desplazados por las disposiciones contenidas en la referida norma y establecidas por el Estado en el ejercicio legítimo de sus competencias plenas y básicas sobre esta materia.

IV. RECAPITULACIÓN

De todo lo dicho anteriormente, cabe deducir las siguientes conclusiones:

1) El Decreto 279/1995, de la Diputación General de Aragón, adolecía de graves defectos desde su aprobación, que lo invalidaban desde ese momento. De hecho, supone establecer *un régimen especial al régimen especial de producción eléctrica*, lo que conlleva una extralimitación competencial articulada, además, a través de una norma cuyo rango es intrínsecamente inapropiado e insuficiente.

2) En la regulación de estas actividades, las leyes conforman y configuran los derechos —con respeto al contenido esencial de los derechos constitucionales en juego, y en concreto del derecho de propiedad y del derecho a la libre empresa en el ámbito en que nos movemos— y los reglamentos imponen ciertas condiciones relativas al ejercicio de dichos derechos como consecuencia de las oportunas ha-

bilitaciones legales. Pues bien, estamos en presencia de un Decreto y asistimos a una aplicación del mismo que se caracterizan por permitir la más libérrima arbitrariedad de la Administración autonómica en la concreción y ejercicio de los derechos existentes. El Decreto aragonés, lejos de limitarse a regular aquellos aspectos propios de las denominadas reglamentaciones técnicas (distancia de núcleos habitados, niveles de contaminación acústica, sistemas de protección ambiental, mecanismos de protección de la fauna existente en ese territorio ...), se erige en norma reguladora de los derechos de los empresarios del sector, careciendo para ello de rango suficiente y contraviniendo, para mayor congoja de todos, las disposiciones establecidas por el legislador competente (26).

3) La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico ahonda en la disociación de régimen jurídico entre la normativa estatal y autonómica, por lo que debería, aunque sólo fuera como excusa, servir para que la Comunidad Autónoma asumiera una modificación de su Decreto 279/1995, que permitiera ajustarlo a la legalidad vigente.

(26) De hecho, han existido problemas, incluso, para aplicar las técnicas de protección ambiental básicas. La Directiva 337/85/CE no incluyó en el Anexo I, que enuncia las instalaciones preceptivamente sujetas a Evaluación de Impacto Ambiental, ninguna referencia a las plantas eólicas. Y aunque el Anexo II sometió a este trámite a las instalaciones industriales destinadas a la producción de energía eléctrica, de vapor o de agua caliente, siempre que fueran proyectos no recogidos en el Anexo I, resulta evidente que era imposible encuadrar dentro de este supuesto a los parques eólicos. La revisión realizada por la Directiva II/97/CE sí incluyó en su Anexo II a los parques eólicos. Ahora bien, al tratarse de una Directiva habrá que esperar a su adaptación y transposición al Derecho interno. La actual legislación estatal omite cualquier referencia al respecto, aunque algunas Comunidades Autónomas (Andalucía, Cantabria, Murcia, Madrid o Castilla-La Mancha) sí han previsto el trámite de la Evaluación de Impacto Ambiental en estos supuestos. Véase al respecto, el ya citado artículo de Ramón MARTÍN MATEO, *Las leyes de Eolo*, pp. 191 y 192.