

Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2016, de 14 de abril [BOE n.º 122, de 20-V-2016]

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN CATALANA DEL USO DE LA TÉCNICA DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA;... REAFIRMANDO, UNA VEZ MÁS, LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO

Los imposibles intentos de prohibir la obtención de hidrocarburos no convencionales, principalmente gas [ÁLVAREZ PELEGRY, E. y SUÁREZ DIEZ, C. 2016: *Gas No Convencional: Shale Gas. Aspectos estratégicos, técnicos, medioambientales y regulatorios*. Madrid: Ed. Instituto Vasco de Competitividad-Fundación Deusto-Ed. Marcial Pons y ZENDEHBOUDI, S. y BAHADORI, A. 2015: *Shale Oil and Gas Handbook: Theory, Technologies and Challenges*. Oxford (United Kingdom): Gulf Professional Publishing-Elsevier, mediante el uso de la técnica de fracturación hidráulica [MOREU CARBONELL, E. 2012: «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (Fracking)». *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, 2012, n.º 2: 1-43; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, de 19 de junio de 2014, n.º 8336: 8-16, y especialmente «El régimen jurídico europeo y español de la extracción de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, n.º 167: 45-78, y [“Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España”](#). *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, Número especial «Demetrio Loperena Rota In memoriam», vol. II: 1331-1351, y SÁNDEZ ARANA, J. D. *Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea*. Trabajo Final del Máster en Derecho y Medio Ambiente. Tutora: Profa. Dra. R. Giles Carnero. Universidad Internacional de Andalucía-Universidad de Huelva, curso 2013-2014] por parte de algunas Comunidades Autónomas han continuado a pesar de los nítidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que ha venido declarando inconstitucionales y nulas las sucesivas leyes regionales prohibitivas [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (*fracking*) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 21 de julio de 2014, n.º 8358, 9-13, y «Reafirmación competencial del Estado para regular la obtención de hidrocarburos no convencionales mediante la técnica de fracturación hidráulica y su régimen futuro». *Diario La Ley*, 2015, n.º 8501: 8-12, y ALEGRE ÁVILA, J. M. 2015: «La fractura hidráulica (“Fracking”) ante el Tribunal Constitucional (Las sentencias del Tribunal Constitucional 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio y 208/2014, de 15 de diciembre)». *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2015, n.º 31 (Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo, vol. II), 525-566; también publicado en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2015, n.º 299: 131-188]. En este proceso, ahora le ha tocado el turno a la legislación de la Comunidad catalana que

intentó dicha prohibición, aunque de una manera menos directa, que la STC 73/2016, de 14 de abril, también ha declarado su inconstitucionalidad.

Esta Comunidad aprobó la Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público (DOGC del 30), cuyo artículo 167-1.º, sin hacer referencia alguna en su Preámbulo, añade el apdo. 10.º al artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (DOGC del 5), que pretende establecer una prohibición indirecta de la fractura hidráulica, al prescribir que, en la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no se permite su utilización cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma.

Teniendo en cuenta tanto el informe de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 3 de julio de 2014, como el dictamen n.º 732/2014, de 23 de julio de 2014, del Consejo de Estado, que aprecian la procedencia de la impugnación, el Consejo de Ministros de 24 de octubre de 2014 solicitó al presidente del Gobierno la impugnación ante el Tribunal Constitucional, entre otros, del artículo 167-1.º de la Ley catalana citada.

Interpuesto efectivamente el recurso de inconstitucionalidad contra el precepto citado, el Tribunal Constitucional lo admitió a trámite mediante providencia de 18 de noviembre de 2014, y procede a suspender la vigencia y aplicación del precepto impugnado (teniendo en cuenta, en relación con la procedencia de la suspensión del precepto impugnado, debe resaltarse el informe de 17 de diciembre de 2014 de la Directora General de Política Energética y Minas, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo). Suspendida la ley, al invocarse en el recurso la aplicación del artículo 161-2.º-CE, posteriormente el Tribunal Constitucional, mediante Auto 63/2015, de 17 de marzo (BOE del 27), acordó el levantamiento de la suspensión citada.

Finalmente, como era de esperar, la STC 73/2016, de 14 de abril, ha declarado inconstitucional y nulo el apartado 10 del artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de la Comunidad catalana, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, añadido por el artículo 167.1 de la Ley 2/2014 [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2016: «El Tribunal Constitucional confirma nuevamente las competencias del Estado sobre la fracturación hidráulica: la STC 73/2016, de 14 de abril, y otros pronunciamientos jurisprudenciales». *Diario La Ley*, de 17 de junio de 2016, n.º 8785: 12 pp.].

Teniendo muy en cuenta las previas SSTC 106/2014, 134/2014 y 208/2014, el Tribunal afirma (FJ n.º 8) que el problema de la fracturación hidráulica se analiza desde una perspectiva exclusivamente jurídico-competencial, pues «no corresponde a este Tribunal tomar postura sobre un tema de tan debatido alcance», ni sobre «las ventajas e inconvenientes de la fractura hidráulica como técnica de exploración y

explotación de hidrocarburos no convencionales», que han dado lugar a un amplio debate no sólo técnico, sino también social, a nivel nacional e internacional, sino que, añade, le corresponde «únicamente dictaminar si la Ley impugnada ha incurrido o no en inconstitucionalidad, por extralimitación –alegada por el Gobierno– de sus competencias en la materia», y que el Tribunal concluyó en aquellas sentencias que la «prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio» autonómico –prevista en leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra– «contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 9 de la Ley del sector de hidrocarburos» y, con ello, invade las competencias estatales ex artículo 149-1.º-13.ª y 25.ª-CE.

Seguidamente, y siguiendo la doctrina de las tres Sentencias citadas, el Tribunal Constitucional señala (FJ n.º 7), con claridad, que «[ya] ha declarado que la autorización de la fracturación hidráulica con sujeción a requisitos técnicos y a la exigencia de la previa declaración de impacto ambiental dispone de plena cobertura competencial (apartados 13 y 25, por un lado, apartado 23, por otro, todos del artículo 149.1 CE)». Del mismo modo, refiriéndose a la legislación estatal sobre evaluación ambiental, tanto a la anterior como a la Ley de Evaluación Ambiental de 2013, el Tribunal ha declarado, en las Sentencias citadas, que es formal y materialmente básica ex artículo 149.1.23 CE la exigencia de una «previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar los “proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica”».

Además, según lo afirmado en la STC 106/2014, continúa la STC 73/2016 (FJ n.º 8), la regulación autonómica de la tecnología de la fracturación hidráulica no puede entenderse amparada en las competencias estatutarias sobre ordenación del territorio y medio ambiente, pues, como ha señalado reiteradamente el propio Tribunal, la competencia «exclusiva» que en esas materias tienen estatutariamente atribuidas las Comunidades Autónomas no autoriza a desconocer las competencias que, con el mismo carácter de exclusivas, vienen reservadas al Estado por virtud del artículo 149-1.º-CE, y, además, su ejercicio puede lícitamente condicionar la competencia de las Comunidades Autónomas. Añadiendo que las competencias de las Comunidades Autónomas, ni sus propias leyes ni normas, en modo alguno pueden prevalecer sobre las normas que el Estado ha dictado autorizando el empleo de la fractura hidráulica, en ejercicio legítimo de sus competencias exclusivas sobre bases de régimen minero y energético (art. 149-1.º-25.ª-CE) y sobre ordenación general de la economía (art. 149-1.º-13.ª-CE: bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).

Por otro lado, en relación al título competencial relativo a la protección del medio ambiente, el Tribunal afirma (STC 73/2016, FJ n.º 8), siguiendo a la STC 106/2014, que la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previsto por la legislación estatal, pero sin alterar el

Ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético, y que la prohibición de la técnica del *fracking* que se establece [en el art. 1 de la Ley cántabra impugnada en ese recurso] vulnera la competencia estatal ex artículo 149-1.º-13.ª y 25.ª-CE.

Es más, se reafirma (STC 73/2016, FJ n.º 8), siguiendo de nuevo la STC 106/2014, que la Legislación básica estatal ha intentado dar respuesta a las preocupaciones medioambientales que suscita el empleo de esta técnica industrial, mediante la exigencia de una previa declaración de impacto ambiental favorable, que supone un preceptivo trámite de información pública, consultas a las Administraciones Públicas afectadas y a personas interesadas sobre el proyecto y el estudio de impacto ambiental presentado, que ha de comprender las medidas adecuadas para que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar, los posibles efectos adversos de la actividad sobre el medio ambiente, así como un programa de vigilancia ambiental para garantizar el cumplimiento de las medidas preventivas, correctoras y compensatorias, en todas las fases del proyecto.

Pasando a analizar el precepto impugnado de la legislación catalana, la Sentencia 73/2016 afirma de forma nítida que el precepto impugnado responde claramente a una finalidad tuitiva del medio ambiente, pero, continúa, aunque responda a esta finalidad tuitiva, no determina de forma precisa los requisitos razonables y proporcionados al fin de protección medioambiental, sin reducción de la eficacia de la legislación básica minera y energética, pues, en realidad,

el precepto no desarrolla ni complementa las bases estatales; las reformula bajo una perspectiva radicalmente distinta: la legislación básica contempla la fracturación hidráulica como tecnología que debe autorizarse siempre que el proyecto cumpla determinados requisitos de carácter técnico y medioambiental; en cambio, la previsión controvertida la contempla en sentido inverso como tecnología que debe prohibirse por sus posibles efectos perjudiciales ante cualquiera de las múltiples circunstancias enunciadas.

A reglón seguido, el Tribunal Constitucional (FJ n.º 9) afirma que el precepto impugnado no introduce sólo un cambio de perspectiva, pues

... En primer lugar, la ambigua reformulación de las bases se presta a equívocos. Al disponer que «no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica», «en relación con» los «ámbitos competenciales de la Generalidad», da pie a una interpretación manifiestamente contraria a la legislación básica estatal; el *fracking* queda prohibido con carácter absoluto en el territorio de Cataluña siempre que su utilización concierna cualquier «ámbito competencial» de la Generalidad. A su vez, el tenor de la disposición puede dar lugar también a que se entienda que el competente para pronunciarse sobre la utilización del *fracking* es el órgano urbanístico correspondiente; lo que, tal como razona el recurso, contradice la LSH, que atribuye la función al Estado o a la Comunidad Autónoma según el ámbito territorial afectado, previa declaración favorable de impacto ambiental. Asimismo, la redacción del precepto puede dar a entender, en

contra de lo concretamente establecido en las bases, que la autoridad competente dispone de un amplio margen decisorio y que, en todo caso, su resolución ha de ser denegatoria cuando aprecie cualquier suerte de posible efecto negativo sobre aquella amplia e inconcreta serie de circunstancias. La Abogada de la Generalitat admite en este sentido que el precepto adolece de indeterminación y no precisa mínimamente el grado o intensidad de aquellos efectos negativos.

En segundo lugar, alguno de los criterios enunciados y su indeterminación, si no son directamente incompatibles con la legislación básica estatal, desde luego reducen, dificultan o impiden su eficacia. Así, en particular, la prohibición de esta tecnología en relación con cualesquiera «ámbitos competenciales de la Generalidad» o ante «efectos negativos» sobre las características «socioeconómicas de la zona». La propia Abogada de la Generalidad afirma que este último criterio es «discordante». Hay que tener en cuenta, además, que el Estado ha adoptado el régimen básico sobre la fracturación hidráulica con el preciso objetivo de «clarificar aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y de garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español» [SSTC 106/2014, fj 6 c), 134/2014, fj 2 c), 208/2014, fj 2 c)]...

En conclusión, la STC 73/2016, de 14 de abril (FJ n.º 9) confirma respecto del precepto impugnado lo que la STC 106/2014 (FJ n.º 8, a) declaró con relación a la Ley cántabra: «El legislador autonómico no se limita pues a establecer las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto, siempre “respetando las bases establecidas por el Estado” (SSTC 135/2012, FJ 2 y 8/2013, FJ 3); vulnera la competencia estatal al entrar en conflicto con la eficacia de la legislación básica que se dicta al amparo de la misma en el territorio de Cantabria».

Pero, además, aunque pudiera interpretarse que el precepto impugnado no hace más que reiterar la legislación básica relativa a la fracturación hidráulica, no por ello desaparecerían sus problemas de constitucionalidad, pues, afirma la Sentencia, la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no sólo cuando contradice la normativa básica estatal, sino también cuando penetra el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases, y, en el presente caso, es evidente que el precepto recurrido no es una reproducción o reiteración fiel de las bases que pretenda facilitar la comprensión de un desarrollo autonómico, por lo que ha de entenderse que vulnera las competencias constitucionales del Estado.

Consecuentemente con la doctrina anterior, y como parecía de forma indudable y clara, la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2016, de 14 de abril, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 47-10.º del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, en la redacción dada por el artículo 167-1.º de la Ley catalana 2/2014.

Esta Sentencia ha tenido dos Votos Particulares, uno de los magistrados Asua Barrantita y Valdés Dal-Re y otro del magistrado Xiol Rius, que, una vez más, muestran su

posición contraria a esta técnica y a la propia Sentencia, que confirma las indudables competencias del Estado en la materia.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es