



GOBERNANTZA PUBLIKO ETA
AUTOGOBERNU SAILA
Araubide Juridikoaren Sailburuordetza
Estatutuaren Garapenerako Zuzendaritza

DEPARTAMENTO DE GOBERNANZA
PÚBLICA Y AUTOGOBIERNO
Viceconsejería de Régimen Jurídico
Dirección de Desarrollo Estatutario

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 65/2018, DE 7 DE JUNIO, QUE RESUELVE EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO CONTRA DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA LEY DE CASTILLA – LA MANCHA POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA Y DEL MEDIO AMBIENTE PARA LA EXPLORACIÓN, INVESTIGACIÓN O EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS UTILIZANDO LA TÉCNICA DE LA FRACTURA HIDRÁULICA.

I.- Introducción.

La STC 65/2018, de 7 de junio, ha declarado la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Castilla – La Mancha que establecen medidas adicionales de protección de la salud pública y del medio ambiente para la exploración, la investigación o la explotación de hidrocarburos mediante el empleo de la técnica del fracking, que habían sido impugnados por el Presidente del Gobierno por presunta vulneración de los títulos competenciales de los números 13 (bases y coordinación general de la planificación económica), 23 (normas básicas de protección del medio ambiente) y 25 (bases del régimen minero y energético) del art. 149.1 de la Constitución.

De la lectura de esta sentencia y, especialmente, de las exposiciones argumentales que contiene la misma entre las que se incluyen reiteradas referencias a otros pronunciamientos de este mismo Tribunal en relación con leyes autonómicas que han pretendido regular (o prohibir) la utilización de la técnica de la fractura hidráulica - como la aprobada por el Parlamento Vasco como consecuencia de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) – se puede sostener que este es el pronunciamiento culminante de esa serie de resoluciones del TC que se iniciaron con la STC 106/2014 en la que se declaró la inconstitucionalidad y la nulidad de una Ley de Cantabria que estableció la prohibición absoluta e incondicionada de la técnica del fracking para la extracción de hidrocarburos.

Casi sin solución de continuidad, las SSTC 134/ 2014 y 208/2014, dictadas en relación con sendas normas con rango de Ley de La Rioja y Navarra, respectivamente, tuvieron el mismo destino que la Ley cántabra, esto es, su declaración de inconstitucionalidad y nulidad por el mismo motivo que la primera de estas leyes autonómicas: a juicio del TC ambos textos legislativos contenían una prohibición absoluta e incondicionada del uso de la técnica del fracking para la extracción de hidrocarburos.

Con la STC 73/2016 - que se pronunció sobre la Ley catalana reguladora de la utilización del fracking en esa Comunidad Autónoma - el TC, aunque no llegó a declarar la constitucionalidad del texto legislativo propuesto por la Generalitat de Cataluña, comenzó a desvelar una posible línea de actuación autonómica que podría hacer posible la implantación - con fundamento en títulos competenciales autonómicos - de instrumentos normativos limitadores de la utilización de esa técnica de extracción de hidrocarburos, línea

que fue seguida por la Ley 6/2015, de 30 de junio, del Parlamento Vasco, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales, de la que el TC declaró inconstitucionales el art. 3 por el que se modificaba el art. 28 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, el inciso “los hidratos de metano enterrados en el mar” contenido en el art. 2 y la disposición transitoria primera por su relación con el art. 3 anterior.

II.- La Sentencia 65/2018, de 7 de junio. Ley de las Cortes de Castilla- La Mancha 1/2017, de 9 de marzo, por la que se establecen medidas adicionales de protección de la salud pública y el medio ambiente para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos utilizando la técnica del fracking.

1.- Objeto del recurso de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad se dirige contra el art. 3¹, las disposiciones transitorias primera² y segunda³ y la disposición final primera⁴ de la Ley de Castilla – La Mancha.

¹ Art. 3. Plan Estratégico de la utilización de la fractura hidráulica.

1.La consejería competente en materia de medio ambiente elaborará en coordinación con las consejerías que ostenten competencias de salud pública, energía y ordenación del territorio, un plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica en Castilla- La Mancha (en adelante, plan estratégico) para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud pública y el medio ambiente derivados de esta técnica en su territorio, que deberá ser aprobado por el Consejo de Gobierno mediante decreto a la mayor brevedad, en todo caso en el plazo de dieciocho meses.

2. En la elaboración del plan estratégico se contará obligatoriamente desde el principio con la participación de la población afectada, de conformidad con lo estipulado en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, así como en su evaluación ambiental. No obstante, en ambos supuestos resultará, además, preceptivo el trámite de información pública e informe del Consejo Asesor de Medio Ambiente.

3. El plan estratégico será objeto de evaluación ambiental estratégica en los términos marcados por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, y su legislación de desarrollo. En esta evaluación ambiental se deberán analizar con especial atención los riesgos derivados de la técnica sobre la salud humana y el medio ambiente, las necesidades de recursos hídricos, la gestión de los residuos generados, la gestión de todas las aguas de operación y los vertidos y las emisiones de contaminantes atmosféricos y de gases de efecto invernadero.

4. El plan estratégico incluirá un informe de la Oficina de Cambio Climático de Castilla-La Mancha que informe y analice el impacto de dicho plan sobre la consecución de los objetivos establecidos en la Estrategia Regional de mitigación y adaptación frente al cambio climático.

5.El plan estratégico deberá contener las siguientes determinaciones:

a)La adecuada evaluación de riesgos a escala regional que permita valorar las posibilidades de fugas o migraciones de fluidos de perforación, fluidos de fractura hidráulica, material en estado natural, hidrocarburos y gases desde los pozos o las formaciones geológicas objetivo a las aguas superficiales o subterráneas, así como la sismicidad inducida que pudiera generarse y los posibles efectos de inestabilidad geológica.

Para el Estado, resulta aplicable la doctrina fijada por el TC en los casos de las leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra que prohibieron de forma absoluta e incondicionada el fracking en sus territorios, así como los argumentos expuestos para declarar la inconstitucionalidad de la ley catalana.

A juicio del Abogado del Estado, y a modo de síntesis, del carácter formal y materialmente básico de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH) y de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA), confirmado por las SSTC sobre las leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra en materia de fracking, se deriva que esas prohibiciones autonómicas se proyectan sobre una técnica admitida expresamente por la legislación básica estatal, cuya utilización ha de ponderarse caso por caso mediante la evaluación de impacto ambiental.

Por su parte, y también de forma sintética, el Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha, tras detallar un amplio listado de competencias autonómicas sobre las que fundamentar los preceptos impugnados, concluye que la ley aprobada se limita, sin alterar el ordenamiento jurídico básico y de forma razonada y proporcionada al fin propuesto, a establecer medidas adicionales de protección de la salud pública y del medio ambiente para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos obtenidos a

b) Una zonificación del territorio que diferencie las zonas donde quede restringida la técnica de fractura hidráulica, con el fin de dar protección a la salud humana y la biodiversidad, por los riesgos para la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas, por la naturaleza de la potencial sismicidad inducida, para evitar afecciones sobre las áreas y recursos naturales protegidos, para evitar impactos sobre el patrimonio cultural, así como una afección relevante sobre el resto de elementos geológicos, ambientales, paisajísticos y socioeconómicos.

c) Esta zonificación incluirá el establecimiento de las distancias mínimas de protección que deberán guardarse entre las zonas aptas para aplicación de la fractura hidráulica y sus zonas de exclusión, así como limitaciones en relación con la distancia mínima en profundidad entre la zona del subsuelo que va a fracturarse y cualquier masa de agua subterránea. Asimismo, con el objeto de prevenir un aumento de sedimentos en las aguas superficiales que se produce cuando existe una alta densidad de pozos se deberán establecer distancias mínimas de los pozos a los cuerpos de agua artificial".

² Disposición transitoria primera. Otorgamiento de nuevas autorizaciones de exploración, permisos de investigación o concesiones de explotación.

No se concederán nuevas autorizaciones de explotación, permisos de investigación ni concesiones de explotación de hidrocarburos obtenidos a través de fractura hidráulica en tanto no se apruebe el plan estratégico sectorial al que hace referencia el artículo tres.

³ Disposición transitoria segunda. Autorizaciones de exploración, permisos de investigación o concesiones de explotación ya concedidas o en tramitación.

Las previsiones establecidas en el articulado de la presente norma se aplicarán a los trabajos específicos de las autorizaciones de exploración, permisos de investigación o concesiones de explotación de hidrocarburos obtenidos a través de fractura hidráulica ya concedidas o en tramitación en el territorio de Castilla-La Mancha.

⁴ Disposición final primera. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio u de la Actividad Urbanística, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, de 18 de mayo.

Se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, de la manera siguiente:

Se añade una nueva letra c) al apartado 3º del punto 1 del artículo 54, con el siguiente texto:

c) Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO₂, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.

través de la técnica de la fractura hidráulica. Y dice, también, que los preceptos impugnados son diferentes a los que han sido revisados por el TC, entre los que incluye los de la Ley vasca.

2. Análisis y argumentos del TC.

Desde el comienzo de su análisis, el TC acude a sus pronunciamientos anteriores en esta materia (SSTC 106/2014- Cantabria; 134/2014- La Rioja; 208/2014-Navarra; 73/2016-Cataluña) en los que, a su juicio, se examinaron contenidos normativos que establecían una prohibición absoluta e incondicionada de la técnica del fracking, y, también, a la STC 8/2018 – País Vasco, sobre la que entiende que contempla un precepto sustancialmente idéntico al de la Ley catalana en lo que respecta a los instrumentos de ordenación del territorio y urbanismo y, por tanto, inconstitucional, no así en lo referido a la protección de acuíferos en el que la prohibición de uso del fracking afectaba a una superficie que representaba el 37% del territorio de la CAE y, únicamente, en relación a los acuíferos calificados de vulnerabilidad media, alta o muy alta, que el TC declaró ajustado al orden constitucional.

Hecho este recordatorio de su doctrina en relación con esta materia, el TC comienza validando la constitucionalidad de la Ley de Castilla – La Mancha al afirmar que, a diferencia de las leyes autonómicas enjuiciadas hasta la fecha por el TC en esta serie sobre el fracking, el art. 3 de la Ley impugnada (plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica), *“ni contiene una prohibición legal expresa de esta técnica de carácter absoluto ni incondicionado como en el caso de las SSTC 106/2014; 134/2014 y 208/2014), ni efectúa tampoco una remisión incondicionada o en blanco a la Administración para que regule su posible uso (reformas de las leyes del suelo de Cataluña y País Vasco declaradas inconstitucionales en las SSTC 73/2016 y 8/2018...contiene en definitiva una norma novedosa y no examinada hasta la fecha, consistente en habilitar a la Administración autonómica para que ésta efectúe un “zonificación” del territorio de la Comunidad Autónoma y delimite áreas donde la técnica del fracking quede excluida, restringida o permitida en atención a los criterios que la ley señala y que, a diferencia de lo acontecido en las reformas de las leyes del suelo de Cataluña y País Vasco anuladas antes aludidas SSTC 73/2016 y 8/2018, no incluyen una referencia final a cualquier ámbito competencial de la Comunidad Autónoma” (FJ.4):*

Este argumento expuesto con esta claridad en el comienzo del análisis anticipa el sentido del fallo del TC: la declaración de constitucionalidad de los preceptos impugnados.

Lo que el TC exige para validar un texto legal autonómico que pretenda regular la utilización de la técnica del fracking es, por un lado, que no exista una prohibición absoluta ni incondicionada del uso del fracking, y, por otro lado, que ese texto legal no contemple remisiones en blanco o incondicionadas a la normativa autonómica sectorial (singularmente en materia de ordenación del territorio), y que, finalmente, verificadas esas dos premisas, la norma autonómica de que se trate habilite a la Administración autonómica competente para que establezca una zonificación del territorio de la Comunidad Autónoma delimitando áreas de actuación en las que, en base a criterios legalmente predeterminados, se excluya, restrinja o permita la técnica del fracking.

Puede afirmarse que el germen de esta reflexión se avanzó en la STC 8/2018 que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley vasca reguladora del fracking. A estos efectos, en esa STC se decía lo siguiente, aunque en ese caso el pronunciamiento se formulara en términos de reproche jurídico:

“Los representantes del Parlamento y del Gobierno Vasco resaltan la remisión efectuada en el citado art. 3 a <<lo que establezcan los instrumentos de ordenación territorial urbanística y/o ambiental>> inexistente en el precepto catalán. A su juicio, ello justificaría una solución distinta a la contenida en el mencionado precedente. Sin embargo, esta precisión adicional no tiene incidencia en la razón de decidir de la STC 73/2016: en primer lugar, porque evidentemente también en el caso

catalán el mandato de la ley debería luego aplicarse en un acto resolución o decisión administrativa; y en segundo lugar, porque la razón determinante para declarar la nulidad del precepto catalán no fue la indeterminación de los instrumentos donde se pudiese plasmar la prohibición, sino la falta de <determinación precisa de requisitos razonables y proporcionados al fin de protección medioambiental>, o en otros términos, la <indeterminación> de los <criterios enunciados> en la norma (STC 73/2016.FJ.9) Y en esto uno y otro precepto son idénticos (FJ.4.a)”

Es decir, lo que el TC achacó a la ley vasca no fue su remisión a la normativa sectorial, sino la ausencia de determinación de requisitos precisos, razonables y proporcionados destinados a la regulación del fracking con finalidad de protección medioambiental, lo que no se produce en el caso de la Ley de Castilla-La Mancha, en la que, en opinión del TC, el art. 3 - en el que se regula el Plan Estratégico de la utilización del fractura hidráulica - se erige en el elemento nuclear de esta regulación en la medida en la que el legislador de Castilla – La Mancha ha sido capaz de diseñar su texto normativo adecuándolo a la doctrina que el TC ha ido marcando en relación a las leyes autonómicas destinadas a la regulación del fracking en sus respectivos ámbitos territoriales.

Ahora bien, aunque esta argumentación que el TC hace en el inicio de su análisis anticipe el fallo de la Sentencia, ello no impide que también se refiera a otras cuestiones planteadas por las partes. Así, en primer lugar, el Alto Tribunal encuadra la cuestión litigiosa en “ordenación del territorio y medio ambiente”, descartando su encuadramiento en materia de protección y prevención de la salud y esto aun cuando el art. 1 de la Ley de Castilla – La Mancha cite de forma expresa este título competencial en su art.1. (FJ.7).

Pues bien, encuadrada ya la materia en cuestión, el TC afirma que, según consolidada doctrina constitucional “en la materia de protección del medio ambiente no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a los recursos naturales, sino solo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora” (STC 102/1995, de 26 de junio) (FJ.7.a).

En todo caso, lo relevante para el TC en este proceso es que desde uno u otro título – ordenación del territorio, competencia exclusiva; o medio ambiente, competencia de desarrollo de bases estatales y ejecución - la Comunidad Autónoma pueda crear un instrumento normativo como el “plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica”, cuyo objeto específico es la actividad del fracking, alejado de la perspectiva global e integradora que requiere la ordenación del territorio (STC 36/1994).

Asimismo, el TC admite que no existe una única planificación estatal con fines de protección medioambiental, sino que deja abierta esa posibilidad a las CCAA para que puedan establecer otros instrumentos con el mismo fin de protección medioambiental, como es el caso del art. 17.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, en relación con los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN).

Una vez efectuado un análisis detallado de los títulos competenciales citados (ordenación del territorio y protección del medio), sobre los que la Sentencia sustenta la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla – La Mancha para dictar un texto legal que regula la utilización del fracking, y cuyo precepto nuclear es el art. 3 dedicado al “plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica”, el TC recuerda que la habilitación al Gobierno autonómico para que zonifique su territorio a los efectos de prohibir, restringir o permitir el fracking, no implica que quede validado el ejercicio que de esa habilitación legal haga la Administración. Es decir, una cosa es declarar constitucionales los preceptos legales en cuestión y otra distinta el ejercicio que de esas previsiones legales haga la Administración correspondiente cuya actividad deberá plasmarse en ese plan estratégico, ya referido.

Y es aquí (FJ.9) cuando la Sentencia contiene una referencia expresa al mapa de acuíferos de la CAPV, como ejemplo de identificación de zonas determinadas donde queda impedida la utilización del fracking.

Con base en estas argumentaciones el TC declara la constitucionalidad del art. 3 de la Ley impugnada y, por conexión con él, de la disposición transitoria primera, dada su condición instrumental o accesorio.

Restan por comprobar los argumentos expresados por el TC en relación con la disposición final primera de la Ley impugnada.

La modificación legislativa que se realiza por medio de esta DF dice que *“en los terrenos clasificados como suelo rústico de reserva podrán realizarse los siguientes actos...previa obtención de la preceptiva calificación urbanística en los términos establecidos en esta ley y siempre que la ordenación urbanística y territorial no los prohíba, los siguientes: ...los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamientos de CO2, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpia, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica”*.(FJ.11).

El TC define el suelo rústico de reserva como el preservado de la urbanización por razones estrictamente urbanísticas. De acuerdo con la norma recurrida, en esta clase de suelo pueden desarrollarse proyectos que requieran la utilización del fracking, previa obtención de la preceptiva calificación urbanística y siempre que la ordenación territorial y urbanística no prohíban esa clase de proyectos.

Para analizar este precepto, el TC vuelve sobre los mandatos autonómicos que reformulan las bases estatales, es decir, los declarados contrarios a la Constitución, que se concretan en remisiones incondicionadas o en blanco a instrumentos de ordenación urbanística, caracterizados por la falta de determinación precisa de requisitos razonables o proporcionados, con cita expresa la Ley vasca, para luego entender que la Ley de Castilla – La Mancha no se efectúa en esos términos tan amplios y abiertos, *“sino que debe colmarse y ejercerse siempre en o a través del plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica”*, ya declarado conforme con el orden constitucional de distribución de competencias. Ello, sin perjuicio, dice el TC a modo de advertencia, del control que sobre el ejercicio de esa habilitación por la Administración pueda efectuarse por la jurisdicción competente en cada caso.

III.- Valoración final.

La STC 65/2018, que constituye la culminación hasta el momento de una serie de seis pronunciamientos del TC en relación con otras tantas leyes autonómicas que han pretendido regular la utilización de la técnica de la fractura hidráulica, ha supuesto la fijación de un radical cambio en relación con el sentido de los fallos de la mayor parte de las resoluciones recaídas hasta la fecha y, en consecuencia, de la doctrina mantenida por el TC en sus anteriores sentencias.

Partiendo de los tres pronunciamientos iniciales (Cantabria, La Rioja, Navarra), que se pronunciaron sobre textos normativos cuyo objeto esencial era establecer una prohibición absoluta de la utilización del fracking en los territorios de las tres Comunidades Autónomas citadas, los argumentos expuestos por el propio TC han ido revelando desde esos primeros momentos, aunque inicialmente fuera de forma poco perceptible, el modo en el que, con fundamento en títulos competenciales autonómicos, sería posible elaborar normativa autonómica destinada a la regulación del fracking mediante la cual se pudiera prohibir, restringir o permitir la utilización de esta técnica de extracción de hidrocarburos.

Así las cosas, con la Sentencia que se pronunció sobre la ley catalana, y aunque se declarara su inconstitucionalidad, el TC comenzó a mostrar con algo más de nitidez cuáles debían ser los contenidos sustantivos de un texto legal que pretendiera obtener encaje constitucional ante un eventual pronunciamiento del TC.



Las posibles alternativas que iban desprendiéndose de los argumentos vertidos por el TC para resolver esos seis recursos se han hecho mucho más visibles con ocasión de la STC 8/2018, dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/2015, de 30 de junio, del Parlamento Vasco, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales, por cuanto que al declarar la constitucionalidad del precepto de esa ley que modificaba la Ley vasca de aguas para prohibir el uso del fracking en los acuíferos incluidos en el “*mapa de vulnerabilidad a la contaminación de los acuíferos de la CAPV*”, venía a admitir una regulación restrictiva o incluso prohibitiva del uso del fracking en determinados espacios, con características físicas objetivables desde la perspectiva de la protección ambiental, o lo que es lo mismo, una regulación que no supusiera una prohibición absoluta e incondicionada del uso de esta técnica.

Desde esta perspectiva, el TC se ha convertido con la expresión de sus análisis y argumentaciones en esta materia en una suerte de legislador positivo, habida cuenta que, de forma paralela al ejercicio de las funciones que constitucionalmente tiene asignadas (art. 161 CE), ha ido identificando a través de su doctrina los elementos que debería contemplar una regulación autonómica que, fundamentada en los títulos competenciales de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente y con respeto a las bases estatales, pretenda regular la utilización del fracking en su correspondiente ámbito territorial. Y estos elementos se asientan sobre las siguientes premisas: la imposibilidad de dictar normas que prohíban de forma absoluta e incondicionada el uso del fracking, la zonificación o delimitación de los espacios o áreas afectadas por la regulación que se dicte a estos efectos, en todo caso enfocada a la protección del medio ambiente y - en el supuesto de la utilización de normativa en materia urbanística o de ordenación del territorio - la formulación de una regulación que evite remisiones incondicionadas o en blanco a los instrumentos de ordenación territorial y, consecuentemente, la elaboración de una regulación que determine con precisión los criterios razonables y proporcionados en los que se sustenta para regular la utilización del fracking, debiendo evitarse, además, referencias genéricas a ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma.

Vitoria – Gasteiz, 20 de julio de 2018

Dirección de Desarrollo Estatutario