

COMPETENCIAS E INSTRUMENTOS JURÍDICOS AUTONÓMICOS PARA LIMITAR EL USO DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA¹

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ
Universidad de Málaga

Cómo citar/Citation

Ávila Rodríguez, C. M. (2019).
Competencias e instrumentos jurídicos autonómicos
para limitar el uso de la fracturación hidráulica.
Revista de Administración Pública, 209, 349-389.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.11>

Resumen

Desde el año 2013 diversas comunidades autónomas (Cantabria, La Rioja, Navarra y Cataluña) han aprobado leyes que regulan la prohibición expresa del uso de la técnica de la fracturación hidráulica en sus territorios basándose en las competencias de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; protección del medio ambiente y de los ecosistemas; sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud; industria, y régimen minero y energético. El Tribunal Constitucional ha sido rotundo en el control de esas leyes al afirmar que la prohibición que establecen contraviene de manera radical e insalvable la legislación básica de régimen minero y energético en virtud del art. 149.1, 25º de la CE. Asentada esta jurisprudencia, el País Vasco, Castilla-La Mancha y la Región de Murcia han aprobado, en 2015, 2017 y 2018 respectivamente, leyes que incorporan a su ordenamiento jurídico medidas adicionales de protección, una para el medio ambiente y otras para la salud, que limitan

¹ Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación de excelencia DER 2017-86637-C3-2-P-B, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

el uso de la fracturación hidráulica. Estas leyes respetan el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional.

Palabras clave

Fracturación hidráulica; energía; protección del medio ambiente; conflicto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas.

Abstract

Since 2013, several Autonomous Communities (Cantabria, La Rioja, Navarra and Catalonia) have passed laws that regulate the express prohibition of fracking in their territories. This prohibition is based in autonomy competences over town and country planning and housing; environmental protection management; health and hygiene and organisation of mining and energy. The Constitutional Court has affirmed that this prohibition is contrary to the distribution of competences between the State and the Autonomous Communities. In 2015 and 2017 País Vasco, Castilla-La Mancha y Región de Murcia have approved laws that incorporate additional legal protection techniques on the environment and health, which limit the use of fracking. All laws respect the distribution of powers between the State and the Autonomous Communities according to recent constitutional jurisprudence.

Keywords

Fracking; Energy; environmental protection management; conflict of competences between the State and the Autonomous Communities.

SUMARIO

I. LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA: CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA. II. LA UNIÓN EUROPEA Y SUS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA. III. LA COMPETENCIA ESTATAL PARA REGULAR LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA: 1. Marco constitucional y desarrollo a través de la Ley 34/1988, de 7 de octubre del sector de los hidrocarburos como regulación sustantiva de la fracturación hidráulica. 2. Normativa básica estatal de protección ambiental aplicable a la fracturación hidráulica. IV. LAS PREVISIONES LEGALES REGULADORAS DE LA TÉCNICA DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA APROBADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. La prohibición genérica e incondicional de la práctica de la fracturación hidráulica en los territorios autonómicos: el caso de Cantabria, La Rioja, Navarra, y Cataluña. 2. Leyes autonómicas de prevención y control ambiental y su remisión a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental: el caso de Andalucía, Extremadura, Cantabria, Cataluña, La Rioja, Navarra y Aragón. 3. Instrumentos de control sectoriales de las Comunidades Autónomas para limitar el uso de la fracturación hidráulica: 3.1. *El mapa de vulnerabilidad de contaminación de acuíferos como límite al uso de la fracturación hidráulica: el caso del País Vasco.* 3.2. *El Plan Estratégico de la Utilización de la fracturación hidráulica como límite al uso de esta técnica: el caso de Castilla-La Mancha y la Región de Murcia.* V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA: CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA

La fracturación hidráulica o *fracking* es la técnica utilizada para la extracción de gas natural procedente de yacimientos de hidrocarburos no convencionales. Los hidrocarburos no convencionales son aquellos que se encuentran en rocas de baja permeabilidad, a una gran profundidad, para los que no es posible el empleo de las habituales tecnologías extractivas. En estos casos, el gas se encuentra acumulado en los poros y fisuras de ciertas rocas sedimentarias estratificadas de grano fino o muy fino, generalmente arcillosas o margosas, cuya poca permeabilidad impide la migración del metano a grandes

bolsas de hidrocarburos. Dado que suele tratarse de formaciones geológicas de esquistos, se le viene denominando como gas de esquistos o *shale gas*². La técnica se basa en la construcción de conductos subterráneos de gran profundidad —de más de dos kilómetros—, en primer lugar, verticales, hasta llegar a la roca y, a partir de ahí, horizontales, a lo largo de la estructura geológica. Una vez hecho esto, se inyecta, a través de los conductos, un compuesto líquido de agua, aditivos químicos y arena a altísima presión para fracturar la estructura geológica en la que el gas natural está atrapado. El gas de esquisto es, de esta forma, liberado y reconducido a la superficie a través de estos conductos, donde es almacenado y preparado para que pueda ser objeto de aprovechamiento energético. La fracturación hidráulica es por tanto solo una fase del proceso de exploración del gas.

Hasta el momento, la experiencia en Europa ha estado centrada fundamentalmente en la fracturación hidráulica de bajo volumen en algunos yacimientos convencionales y de gas de baja permeabilidad, principalmente en pozos verticales, que constituyen solo una pequeña parte de las operaciones relacionadas con el petróleo y el gas en el pasado en la UE. Basándose en la experiencia de los Estados Unidos, donde se ha generalizado la aplicación de la fracturación hidráulica de alto volumen, los operadores están realizando nuevos ensayos con esta práctica en la UE³.

Esta técnica viene generando en diversos países, y también en España, un intenso debate social; en él se contraponen la preocupación por su impacto medioambiental y el interés que los hidrocarburos no convencionales pre-

² Las traducciones del término *shale gas* que suelen aparecer en la bibliografía son «gas de pizarras» o «gas de esquisto». El término *shale*, en inglés, se emplea tanto para hablar de pizarra como de esquisto o de lutitas, aunque la traducción más correcta, en términos geológicos, sería esta última. El esquisto es una roca metamórfica que no contiene materia orgánica (la materia orgánica se convierte en grafito en el proceso de metamorfismo). Las lutitas, cuando poseen gran cantidad de materia orgánica, reciben vulgarmente el nombre de pizarras y son muy comunes en las formaciones del Carbonífero. Sobre las diferencias entre el gas convencional y el gas no convencional y los distintos tipos de gases no convencionales véase E. Álvarez Pelegrí y C. Suárez Díez (2016), *Gas no convencional: share gas. Aspectos estratégicos, técnicos, medio ambientales y regulatorios*, Madrid: Marcial Pons.

³ La fracturación hidráulica de alto volumen es la inyección en un pozo de 1000 m³ o más de agua por fase de fracturación, o de 10000 m³ o más de agua durante todo el proceso de fracturación. Véase el punto 2,a) de la Recomendación de la Comisión, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen.

sentan por su contribución al autoabastecimiento energético y el desarrollo económico que implican en términos de inversiones y creación de empleo⁴.

Entre los impactos ambientales, los ecologistas han señalado la contaminación de las aguas subterráneas, la contaminación atmosférica, la emisión de gases de efecto invernadero (metano), la producción de terremotos (sismicidad inducida), la contaminación acústica, los impactos paisajísticos, los impactos relacionados con el tráfico de camiones para transportar el gas extraído, el consumo de agua y la ocupación del territorio⁵. Desde el año 2011 no solo se han creado plataformas ciudadanas y asociaciones para luchar contra el *fracking*, sino que existen posiciones institucionales claramente contrarias, pues hay cerca de 400 municipios que se han declarado libres de esta técnica y diversas comunidades autónomas han aprobado leyes que es-

⁴ Véase J. L. Cuberos Marcos (2015), «Derechos de la ciudadanía y mecanismos de intervención ambiental para la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fracturación hidráulica (*fracking*)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170, págs. 123-156 y J. M. Ayllón Díaz-González (2014), «El agua, sin gas, por favor: la controversia jurídica en torno al «*fracking*» en España», *eXtoikos*, 15, págs. 35-44.

⁵ Respecto al agua: el proceso de fractura hidráulica consume enormes cantidades de agua. Se ha calculado que se requieren entre 9000 y 29000 metros cúbicos para las operaciones de un solo pozo, de ahí que suponga un problema en cuanto a la sostenibilidad de los recursos hídricos. Se sabe muy poco de los peligros ambientales asociados con los productos químicos que se añaden a los fluidos usados para fracturar la roca, productos que equivalen a un 2% del volumen de esos fluidos. Entre un 15 y un 80% del fluido que se inyecta para la fractura vuelve a la superficie como agua de retorno, y el resto se queda bajo tierra, conteniendo aditivos de la fractura y sus productos de transformación. Entre las sustancias disueltas a partir de la formación rocosa, donde está el gas durante el proceso de fractura, se encuentran metales pesados, hidrocarburos y elementos naturales radiactivos. No se puede descartar una posible contaminación de los acuíferos subterráneos y de las aguas superficiales debido a las operaciones de la fractura hidráulica y a la disposición de las aguas residuales. Respecto a la contaminación atmosférica, se ha registrado benceno, un potente agente cancerígeno, en el vapor que sale de los «pozos de evaporación», donde a menudo se almacenan las aguas residuales del *fracking*. Las fugas en los pozos de gas y en las tuberías contribuyen a la contaminación del aire y a aumentar las emisiones de gases de efecto invernadero. Las operaciones de perforación causan una degradación severa del paisaje y contaminación acústica que pueden afectar a las poblaciones cercanas y a la fauna local a través de la degradación del hábitat. Véase <https://go.nature.com/2Yz1GDQ>, <https://bit.ly/2ppmixI> y <https://bit.ly/2XiA30k> (consulta el 25 de noviembre de 2018). Sobre los pros y los contra ambientales del *fracking*, <https://bit.ly/2FR8IBX> (consulta el 29 de noviembre de 2018).

tablecen la prohibición de esta técnica del *fracking* en su territorio⁶. En 2012, la Dirección General de Acción por el Clima de la Unión Europea encargó un estudio a la AEA en el que se puso de manifiesto que en función de las tecnologías disponibles en la actualidad se necesitaban muchos pozos y una considerable infraestructura para extraer gas de esquistos y esto podía generar importantes impactos sobre la fragmentación territorial, sobre el tráfico viario local y la biodiversidad, entrando en claro conflicto con otros usos del suelo como el turístico o el agrícola⁷.

II. LA UNIÓN EUROPEA Y SUS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA

Es parte del derecho soberano que cada Estado decida sobre sus fuentes de abastecimiento energético *ex art.* 194.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aunque esto impide a las instituciones comunitarias prohibir el aprovechamiento de un recurso energético, no es óbice para que se pronuncie sobre esta técnica a través de decisiones, recomendaciones o informes, como ha sido el caso⁸.

⁶ El mapa de los municipios libres de fracking se puede consultar en <https://bit.ly/1D-BFxYy> (consulta el 15 de enero de 2019).

⁷ AEA 2012, Climate impact of potential share gas production in the UE. <https://bit.ly/2JrSquZ> (consulta el 20 de febrero de 2018). Es interesante destacar que es precisamente en el ámbito de la pérdida de biodiversidad en el que el Parlamento Europeo ha instado a los Estados miembros a que no autoricen nuevas operaciones de fracturación hidráulica en la UE, sobre la base del principio de precaución y del principio de que deben tomarse medidas preventivas, teniendo en cuenta los riesgos y los efectos climáticos, medioambientales y para la biodiversidad negativos que conllevan la fracturación hidráulica para la extracción de hidrocarburos no convencionales y las deficiencias detectadas en el régimen regulador de la UE para las actividades de gas de esquisto. Véase el Informe de 7 de enero de 2016 sobre la revisión intermedia de la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad [2015/2137(INI)], Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria. Ponente: Mark Demesmaeker <https://bit.ly/2XL7e0M> (consulta el 7 de marzo de 2019).

⁸ Véase J. M. Ayllón Díaz-González (2015), «La política de la Unión Europea referente al «fracking»: ¿el «drill, baby, drill» a la europea?», en Isabel González Ríos (dir.), Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos, págs. 137-168 y R. J. Santamaría Arinas (2014), «Las claves jurídicas del debate sobre el fracking», Revista Catalana de Dret Ambiental, V, 1, págs. 32-36.

En noviembre de 2012, el Parlamento Europeo adoptó dos resoluciones: una sobre las repercusiones medioambientales de la extracción de gas y petróleo de esquisto⁹, y otra sobre los aspectos industriales, energéticos y otros del gas y del petróleo de esquisto¹⁰. En estas resoluciones, la UE concluía que, aunque esta técnica aliviaría la dependencia energética, no implicaría en ningún caso un autoabastecimiento. Del mismo modo afirmaba que, aunque el gas de esquisto contribuiría a alcanzar el objetivo de la Unión de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 80-90% en 2050, se debían aplicar rigurosas medidas para minimizar los impactos ambientales que se pudieran derivar de su uso. Estas afirmaciones se realizaban en el contexto de una política de transformación del sistema energético europeo que considera el gas de esquisto como un recurso idóneo de transición del abandono de los combustibles fósiles contaminantes hacia la producción de energía plenamente sostenible, es decir, se configura como el paso intermedio entre el abandono del carbón y el petróleo hacia la producción íntegra y completa de energías renovables.

En octubre de 2013, el Comité de las Regiones publicó un dictamen¹¹ en el que reflejaba la perspectiva de las autoridades locales y regionales sobre los hidrocarburos no convencionales. La mayoría de los participantes en una consulta pública organizada por la Comisión entre diciembre de 2012 y marzo de 2013 instaron a que se adoptaran medidas suplementarias a nivel de la UE en relación con los proyectos relativos a hidrocarburos no convencionales (como el gas de esquisto) en la UE¹². En mayo de 2013, el Consejo Europeo solicitó que se desarrollaran recursos energéticos autóctonos para reducir la dependencia energética externa de la UE y estimular el crecimiento económico, e insistió en la necesidad de asegurar la extracción segura y sostenible, con una relación coste-eficacia adecuada, respetando al mismo tiempo la elección de cada Estado miembro en materia de combinación energética¹³.

Posteriormente, la UE aprueba una serie de comunicaciones y recomendaciones entre las que hay que destacar las de la Comisión Europea, «Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030»¹⁴, «Hoja de Ruta de la Energía para 2050»¹⁵ y la Comunicación de la Comisión

⁹ Consultar en: <https://bit.ly/30e59bs>. (consulta el 2 de marzo de 2018)

¹⁰ Consultar en: <https://bit.ly/2xEWWMJ>. (consulta el 2 de marzo de 2018).

¹¹ Consultar en: <https://bit.ly/2XmGdMX>. (consulta el 6 de marzo de 2018).

¹² <https://bit.ly/2LxeUx0> (consulta el 6 de marzo de 2018).

¹³ Véase <https://bit.ly/2NwTFht>. (consulta el 12 de febrero de 2019).

Véase <https://bit.ly/2RVuS5p> (consulta el 13 de enero de 2019).

¹⁴ Véase <https://bit.ly/2Qwv3S9> (consulta el 12 de febrero de 2019).

¹⁵ Véase <https://bit.ly/2RVuS5p> (consulta el 27 de enero de 2019).

al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE (COM/2014/023 final/2)¹⁶. Entre las recomendaciones, señalamos la de la Comisión de 22 de enero de 2014 relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen (2014/70/UE). En esta recomendación, la Comisión invita a los Estados miembros a que, cuando apliquen o adapten su legislación relativa a la utilización de la fracturación hidráulica de alto volumen en relación con los hidrocarburos, velen para que:

- se realice una evaluación ambiental estratégica antes de autorizar actividades de exploración y/o producción de hidrocarburos en las que se prevea que se aplique la fracturación hidráulica de alto volumen, con objeto de analizar y planificar cómo prevenir, gestionar y mitigar los impactos acumulativos y los posibles conflictos con otros usos de los recursos naturales o del subsuelo;
- se realicen evaluaciones y una caracterización de riesgos específicas, tanto en relación con el subsuelo como con la superficie, para determinar si una zona es idónea para la exploración y la producción seguras y protegidas de hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen; entre otras cosas, deben indicarse los riesgos de vías de exposición subterráneas, como fracturas inducidas, fallas existentes o pozos abandonados;
- se realice un informe sobre la situación de referencia (en relación, por ejemplo, con el agua, el aire, la sismicidad, etc.) que sirva de comparación en el seguimiento posterior o en caso de incidente;
- se informe a la población sobre la composición del fluido utilizado para la fracturación hidráulica en cada pozo, así como sobre la composición del agua, los datos de referencia y los resultados del seguimiento;
- el pozo esté convenientemente aislado de las formaciones geológicas circundantes, en particular para evitar la contaminación de las aguas subterráneas;
- el venteo (liberación de gases a la atmósfera) se limite a los casos más excepcionales de seguridad operacional, que se minimice la combustión en antorcha (combustión controlada de los gases) y que el gas se capture para su uso posterior (por ejemplo, en el emplazamiento o a través de

¹⁶ Véase <https://bit.ly/2znevHi> (consulta el 27 de enero de 2019).

- gasoductos); esto resulta necesario para mitigar los efectos negativos de las emisiones sobre el clima y sobre la calidad del aire a nivel local;
- se aseguren de que las empresas apliquen las mejores técnicas disponibles (MTD), si procede, y buenas prácticas industriales para prevenir, gestionar y reducir los impactos y riesgos asociados a los proyectos de exploración y producción¹⁷.

La Recomendación de la Comisión de 22 de enero de 2014 relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen (2014/70/UE) pone claramente en conexión la fracturación hidráulica con numerosos ámbitos donde la Unión Europea sí tiene asignadas competencias en sus tratados: la protección del medio ambiente, la industria extractiva, la gestión de sus residuos, la seguridad y salud de los trabajadores en este sector. De ahí que cuando los Estados regulen el uso de la fracturación hidráulica, tengan que respetar las normas comunitarias, entre otras: la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos que tiene carácter administrativo al regular dichas concesiones y autorizaciones; la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas; la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a los residuos; las Directivas 1992/104/CEE y 1992/91/CEE en materia de equipos de trabajo y sobre seguridad y salud de los trabajadores en las industrias extractivas; la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas; la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro;

¹⁷ Véase 2014/70/EU: Commission Recommendation of 22 January 2014 on minimum principles for the exploration and production of hydrocarbons (such as shale gas) using high-volume hydraulic fracturing. <https://bit.ly/325fCYi> (consulta el 27 de diciembre de 2018). La Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea elabora unos estudios sobre la aplicación de esta recomendación. El estudio más reciente es «Application in relevant Member States of the Commission recommendations on minimum principles for the exploration and production of hydrocarbons (such as shale gas) using high-volume hydraulic fracturing and related developments relevant for hydrocarbon activities», ha sido publicado el 25 de junio de 2018 y se puede consultar en <https://bit.ly/2Lyp80h> (consulta el 30 de diciembre de 2018).

el Reglamento (CE) 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) y por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos; la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas; la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013; la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, entre otras¹⁸.

Hasta aquí, cabe concluir que es a los Estados miembros a quienes les corresponde decidir si quieren proceder a la exploración y producción de gas natural a partir de formaciones de esquisto u otros recursos de hidrocarburos no convencionales. No obstante, la UE, en el desarrollo de la competencia en materia de medio ambiente, debe aprobar un marco para la extracción segura y protegida de hidrocarburos no convencionales en la UE con los objetivos de garantizar que los Estados miembros que lo decidan puedan aprovechar con efectividad y seguridad las oportunidades de diversificar el suministro energético y de aumentar la competitividad. De este modo el marco normativo ofrecerá claridad y previsibilidad tanto a los ciudadanos como a los operadores del mercado, incluso en relación con los proyectos de exploración. Por su parte, los Estado miembros, en aras de respetar el ordenamiento comunitario, cuando practiquen la fracturación hidráulica, tienen que asegurarse antes de que existan las condiciones adecuadas, adoptando las medidas para prevenir, gestionar y reducir los riesgos asociados a tales actividades. Los Estados miembros también tienen que aplicar e implementar adecuadamente la legislación comunitaria, sin perder de vista que el objetivo a largo plazo de la UE es convertirse en una economía hipocarbónica que haga un uso eficiente de los recursos.

¹⁸ Sobre la normativa de la Unión Europea aplicable a la fracturación hidráulica, véase el exhaustivo estudio de D. Fernández de Gatta Sánchez (2014), «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*, 99-100 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), págs. 1331-1351.

III. LA COMPETENCIA ESTATAL PARA REGULAR LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA

1. MARCO CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO A TRAVÉS DE LA LEY 34/1988, DE 7 DE OCTUBRE, DEL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS COMO REGULACIÓN SUSTANTIVA DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA

El art. 149.1.25 de la Constitución española se limita a reservar al Estado la competencia exclusiva para fijar las bases del régimen minero y energético. A partir de aquí, son las comunidades autónomas quienes ostentan las competencias de desarrollo legislativo en materia energética, respetando siempre las bases y la ordenación de la actuación económica general y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149.1.11^a y 13^a de la Constitución. Pues bien, centrándonos en el recurso energético de los hidrocarburos, el Estado ha aprobado la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante LSH), cuya norma de desarrollo es el Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974 y que está vigente en todo lo que no se oponga a la LSH¹⁹. Esta ley contiene una regulación integral de todo el sector de hidrocarburos, desde su producción en un yacimiento

¹⁹ La facturación hidráulica es una técnica que normalmente se practica en el subsuelo terrestre por sus características, pero en el caso en que se practicara en el lecho marino sería de aplicación el Decreto Ley 16/2017, de 17 de noviembre, por el que se establecen disposiciones de seguridad en la investigación y explotación de hidrocarburos en el medio marino. La explotación de hidrocarburos de un yacimiento requiere de dos actos administrativos de diferente naturaleza: por un lado, un permiso de investigación o una concesión de explotación de yacimientos de hidrocarburos que son títulos demaniales que otorgan exclusividad a su titular para investigar o explotar los hidrocarburos existentes en un área determinada y, por otro lado, una autorización administrativa para la ejecución de los trabajos necesarios para realizar tal investigación o explotación, entre ellos, por ejemplo, la perforación de un sondeo o la construcción de una instalación, como puede ser una plataforma marina. Pues bien, si bien el objeto del título II LSH se centra en el primer grupo, es decir, el procedimiento de otorgamiento de permisos y concesiones, el Decreto Ley 16/2017 se centra, aunque no exclusivamente, en el segundo grupo de actos administrativos para los cuales no existe un marco específico exhaustivo que regule los aspectos relacionados con los riesgos graves derivados de los mismos. De este modo, el Real Decreto Ley tiene por objeto establecer los requisitos mínimos que deben reunir las operaciones relacionadas con la investigación y explotación de hidrocarburos en el medio marino, para prevenir accidentes graves y limitar sus consecuencias.

subterráneo hasta su consumo, pasando por todos los procesos intermedios de transformación, tratamiento y transporte²⁰. En cuanto a la distribución de competencias, el Estado ostenta las competencias de planificación general y aprobación de las bases sobre hidrocarburos²¹ y le corresponde otorgar las autorizaciones de exploración y de investigación cuando afectan al ámbito territorial de más de una comunidad autónoma y en todo caso las concesiones

²⁰ El legislador ha insistido en las medidas liberalizadoras sobre el transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de productos petrolíferos (supresión de autorizaciones y de requisitos para algunas actividades, liberalización total o parcial de precios...), la exploración, investigación y explotación, en cuanto que recae sobre bienes demaniales, sigue sometida a la intervención pública, pues es el Estado y, en su caso, las comunidades autónomas quienes otorgan los títulos administrativos que habilitan para su aprovechamiento.

²¹ Respecto a la planificación en materia de hidrocarburos, es interesante destacar que es el Gobierno, con la participación de las comunidades autónomas, quien elabora la planificación en materia de hidrocarburos para ser posteriormente presentada al Congreso de los Diputados. Esta planificación tiene carácter obligatorio para lo que se refiere a las instalaciones integrantes de la red básica de gas natural, a la red de transporte secundario, a la determinación de la capacidad de regasificación total de gas natural licuado necesaria para abastecer el sistema gasista, a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos líquidos y de almacenamiento básico de gas natural, a las instalaciones de transporte secundario y a la determinación de criterios generales para el establecimiento de instalaciones de suministro de productos petrolíferos al por menor. Por su parte, que tiene un carácter indicativo para la garantía de suministro de hidrocarburos. El contenido de esa planificación se refiere entre otros aspectos a: a) la previsión de la demanda de productos derivados del petróleo y de gas natural; b) la estimación de los abastecimientos de productos petrolíferos necesarios para cubrir la demanda; c) las previsiones relativas a las instalaciones de transporte y almacenamiento de productos petrolíferos de acuerdo con la previsión de su demanda, con especial atención de las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas; d) las previsiones de desarrollo de la red básica de transporte de gas natural y de la capacidad de regasificación total de gas natural licuado necesaria para abastecer el sistema gasista; e) la definición de las zonas de gasificación prioritaria, expansión de las redes y etapas de su ejecución; f) las previsiones relativas a instalaciones de transporte y almacenamiento de combustibles gaseosos, así como de las plantas de recepción y regasificación de gas natural licuado; g) el establecimiento de criterios generales para determinar un número mínimo de instalaciones de suministro de productos petrolíferos al por menor en función de la densidad, distribución y características de la población y, en su caso, la densidad de circulación de vehículos; h) los criterios de protección medioambiental que deben informar las actividades en el sector de los hidrocarburos. Véase el art. 4 de la LSH.

de explotación. Por su parte, corresponde a las comunidades autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución de la normativa básica, la planificación en coordinación con la realizada por el Gobierno y el otorgamiento de las autorizaciones de exploración y permisos de investigación de hidrocarburos cuando afecten a su ámbito territorial. La LSH ha sufrido numerosas modificaciones. Fue la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extra peninsulares, la que de manera expresa introduce en el texto del art. 9.3 de la LSH la posibilidad de aplicar la fracturación hidráulica en trabajos de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos²², declarando expresamente que los proyectos que comporten el uso de la fractura hidráulica están sometidos al procedimiento previo de evaluación de impacto ambiental (EIA)²³. Es la disposición final primera de la LSH la que establece que el art. 9.3 tiene carácter básico de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.13.^a y 25.^a de la Constitución, de ahí que se deba garantizar y asegurar la unidad de criterio en todo el territorio nacional. De esta forma, la utilización de la técnica de fracturación hidráulica se inserta en el ordenamiento jurídico con una doble vía que comprende la inclusión de su régimen jurídico sustantivo en la LSH y, al mismo tiempo, el sometimiento al mecanismo de protección medioambiental más exigente, cual es la EIA.

Los yacimientos de hidrocarburos no convencionales son recursos mineros que forman parte del dominio público estatal. El art. 9 de la LSH recoge los derechos y facultades de los titulares de cada uno de los títulos habilitantes para las actividades contempladas por la ley, esto es, autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación²⁴. También contempla la obligación, con carácter previo a la iniciación de los trabajos autorizados, de constituir un seguro de responsabilidad civil, a fin de responder de posibles daños a personas o bienes, como consecuencia de las actividades a desarrollar. En este contexto, las actividades de exploración, investigación y explotación de los yacimientos son usos demaniales controlados por la Administración y la fracturación hidráulica se configura como una técnica o método de estimulación, con cobertura legal, para ser utilizado en los trabajos desarrollados al amparo de autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación y almacenamiento subterráneo de hidrocarburos.

²² Véase el art. 9.5 de la LSH añadido por la disposición final 2 de la Ley 17/2013, de 29 de octubre.

²³ En la actualidad, la fractura hidráulica se sitúa entre los proyectos para los que la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, exige evaluación de impacto ambiental de carácter ordinario (anexo I, grupo 2, d).

²⁴ Véase el art. 2 de la LSH.

Los preceptos del título II relativos a exploración, investigación y explotación de hidrocarburos son de aplicación general en todo el territorio nacional al amparo de lo previsto en el art. 149.1.13.^a, 18.^a y 25.^a de la Constitución²⁵. Por ello, en todo el territorio nacional para realizar actividades mineras de prospección que implique la realización de perforaciones no profundas, se precisará una autorización de exploración. Para labores de prospección más profundas, se precisará un permiso de investigación²⁶. La competencia para el otorgamiento de ambas es compartida entre el Estado y las CC. AA. con arreglo a criterios territoriales. Si el territorio para el que se solicita está dentro de una sola comunidad autónoma, será esta la competente para tramitarlo, otorgarlo o, en su caso, denegarlo. Si, por el contrario, el territorio a explorar o investigar está a caballo entre dos o más comunidades autónomas, o bien abarca o afecta al lecho marino, entonces la competencia es estatal, concretamente del Gobierno, mediante Real Decreto²⁷.

La explotación de yacimientos de hidrocarburos es, consecuentemente, un uso privativo de un bien demanial y requiere, por tanto, estar en posesión de una concesión de explotación. En el momento en el que el titular de un permiso de investigación descubra en su área, durante la vigencia del mismo, yacimientos de hidrocarburos susceptibles de ser explotados, además de comunicarlo de inmediato a la Administración, se encontrará en disposición de poder explotar el yacimiento, para lo cual habrá de solicitar la correspondiente concesión²⁸. Una vez otorgada, la concesión da derecho a la explotación en exclusiva de cuantos yacimientos de hidrocarburos se localicen en el área concernida, medido en cuadrículas mineras, tanto si se trata de hidrocarburos no convencionales como convencionales. La competencia para el otorgamiento es exclusiva del Estado, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros; si bien, con informe previo de la comunidad autónoma donde la explotación va a tener lugar. Dicho informe autonómico no es, sin embargo, vinculante²⁹.

²⁵ Se excluyen de este carácter básico las referencias a los procedimientos administrativos, que serán regulados por la Administración competente, ajustándose en todo caso a lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁶ Véanse los arts. 9 y 15 de la LSH.

²⁷ Véase el art. 3.2 de la LHS.

²⁸ Véase el art. 22.3 de la LSH.

²⁹ Véase el art. 25.2 de la LSH. Véase D. Fernández de Gatta Sánchez y P. Fernández de Gatta Pérez (2017), «Fracking» y gas no convencional, régimen jurídico, Valencia: Tirant lo Blanch y J. Ochoa Monzó (2015), «El régimen jurídico de la fractura hidráulica o fracking en España», en D. Zegarra Valdivia (coord.), El derecho del medio

En este contexto, la solicitud para el empleo de la fracturación hidráulica se incardina en la tramitación administrativa del título de que se trate, en la que deberá justificarse que su utilización resulta necesaria para la actividad que se pretende. En dicha solicitud deberá incluirse la descripción de las técnicas de fracturación hidráulica a utilizar en los programas de trabajo de las solicitudes correspondientes³⁰.

Hemos visto que en la sociedad existe una falta de aceptación en el uso de esta técnica y cómo, especialmente, las comunidades autónomas y los entes locales muestran su oposición. El legislador, consciente de ello, aprobó la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. Esta ley trata de facilitar la explotación de hidrocarburos al incentivar la aceptación social, posibilitando que reviertan sus resultados al conjunto de la sociedad y, en especial, a las zonas más afectadas y a los propietarios de los terrenos.

La ley diseña cuatro medidas. En primer lugar, crea el Impuesto sobre el valor de la extracción de gas, petróleo y condensados («IVEGPC»). Se trata de un impuesto, de carácter directo y naturaleza real, que grava el valor de los productos del dominio público de gas, petróleo y condensados extraídos en territorio español, en el que se entiende incluido el subsuelo del mar territorial, plataforma continental y demás fondos marinos que estén bajo soberanía nacional³¹.

En segundo lugar, se modifica el canon de superficie relativo al dominio público. El canon de superficie es una tasa que grava los derechos de utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público estatal de hidrocarburos con ocasión del otorgamiento de determinadas autorizaciones de exploración, de los permisos de investigación y de las concesiones de explotación reguladas en el título II de la LSH, a la que se añade ahora la ocupación de terrenos, subsuelo o fondos marinos, para la perforación de sondeos y la adquisición de datos sísmicos. Las nuevas tarifas (tercera y cuarta) afectan a las actuaciones relativas al *fracking*, pues tienen por objeto actividades necesarias como la perforación de sondeos de investigación y de explotación, y la

ambiente y los instrumentos de tutela administrativa: Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo, págs. 161-173.

³⁰ Véase el art. 14.2 de la LSH.

³¹ Véanse los arts. 9 a 20 de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

adquisición de datos sísmicos en permisos de investigación o concesiones de explotación³².

En tercer lugar, la ley prevé la obligación de realizar un pago a los propietarios de los terrenos suprayacentes a las formaciones geológicas que alberguen los hidrocarburos. La finalidad de este pago es compensarles y permitirles que se beneficien de la extracción de los hidrocarburos. La obligación surge para los titulares de la concesión de explotación y se configura como una obligación de derecho público, integrante de las condiciones de la concesión administrativa, tanto es así que el impago se considera incumplimiento de las condiciones de otorgamiento y puede dar lugar a la extinción de la concesión de explotación. En el procedimiento de otorgamiento de la concesión deben determinarse los propietarios de los terrenos suprayacentes beneficiarios de este pago que tendrán la consideración de interesados en el procedimiento administrativo de otorgamiento de la concesión. Por otro lado, nada impide que el propietario pueda renunciar a este derecho, tan solo tiene que notificarlo al Ministerio competente. La ley exige que la obligación de pago se establezca en cada uno de los reales decretos de otorgamiento de la concesión de explotación de que se trate. Se exceptúan de esta obligación a los titulares de concesiones de almacenamientos subterráneos³³.

En cuarto lugar, y en relación con los rendimientos derivados de las figuras tributarias mencionadas con anterioridad, la ley prevé unos criterios para que los mismos reviertan con especial intensidad en las comunidades autónomas y en los municipios donde se ubiquen las actividades, de modo que se ajusten de manera más equitativa las esferas de los beneficios públicos nacionales y los regionales que origina la producción de hidrocarburos. De este modo, la ley establece, previa la correspondiente dotación presupuestaria, incentivos para las comunidades autónomas y entidades locales en los que se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. Así se desarrolla un sistema de subvenciones que se adjudican para paliar los efectos que las citadas actividades puedan producir en los territorios que las soporten de modo directo y próximo. Es necesario aclarar dos aspectos, por un lado, que la ley crea la cobertura jurídica para incluir dotaciones

³² Véase el art. 21 de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

³³ Véase el art. 22 de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

de este tipo en la ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año, pero su inclusión no es segura, sino que está sujeta a las disponibilidades financieras existentes, por otro lado, que el importe, la distribución y el régimen jurídico de las dotaciones se rige por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones³⁴.

2. NORMATIVA BÁSICA ESTATAL DE PROTECCIÓN AMBIENTAL APLICABLE A LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA

La Ley 17/2013, de 29 de octubre, no solo modificó el art. 9 de la LSH, modificó también el Anexo I, Grupo 2 del texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, al incorporar el párrafo e) con la siguiente redacción: «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». Esto implicó que los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I debían someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en el texto refundido.

Con esta reforma legal, a los proyectos que utilizaran técnicas de fracturación hidráulica les era exigible, desde 2013, una previa declaración de impacto ambiental favorable. Hasta entonces no había sido obligatoria debido al umbral mínimo a partir del cual era preceptiva la evaluación ambiental en el caso de proyectos de extracción de petróleo y gas natural para fines comerciales. De no haberse realizado esta modificación legal, los proyectos de *fracking* seguirían quedando fuera de la evaluación ambiental, al no alcanzar los umbrales exigidos, fundamentalmente por tratarse de varias perforaciones en pozos diferentes que se tramitaban por separado, y que cada una de ellas no alcanzaba la producción mínima requerida. No surgía, por tanto, la obligación legal de someter el proyecto a Declaración de Impacto Ambiental³⁵. Una conclusión clara se extrae de esta reforma, la exigencia de la Declaración de Impacto Ambiental no atiende al nivel de producción, sino a la técnica utili-

³⁴ Véase el art. 7 de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

³⁵ Véase M. Serrano González (2015), «La regulación del gas no convencional (fracking) en España», Informe Estratégico de la Fundación para la Sostenibilidad Energética y Ambiental, FUNSEAM, junio.

zada. Siempre que para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos se utilicen técnicas de *fracking*, es exigible la Declaración Ambiental favorable.

Hoy la normativa aplicable de protección medioambiental es la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (en adelante LEA), así, a las actividades que entre sus técnicas tengan previstas la de la fracturación hidráulica les es de aplicación esta norma. La LEA reúne en un único texto el régimen jurídico de la evaluación de planes, programas y proyectos, y establece un conjunto de disposiciones comunes que aproximan y facilitan la aplicación de ambas regulaciones. La obligación principal que establece la ley es la de someter a una adecuada evaluación ambiental todo plan, programa o proyecto que pueda tener efectos significativos sobre el medio ambiente, antes de su adopción, aprobación o autorización, o bien, si procede, en el caso de proyectos, antes de la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa.

La eficacia de la Evaluación Ambiental exige que el procedimiento sea común en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la facultad constitucional de la que disponen las comunidades autónomas para establecer normas adicionales de protección. Se diseñan dos procedimientos, tanto para la evaluación ambiental estratégica como para la evaluación de impacto ambiental: el ordinario y el simplificado. Se someten al procedimiento ordinario, en línea con lo establecido por las directivas europeas sobre la materia, aquellos planes, programas o proyectos que, en todo caso (presunción «*iuris et de iure*»), tendrán efectos significativos sobre el medio ambiente y, por tanto, deben ser evaluados antes de su aprobación, adopción o autorización. Pues bien, el anexo I, grupo 2, contempla entre las actividades sometidas a esta ley 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 5 media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica. La consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de esta obligación, expresamente señalada en la propia ley, es que carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos, o en su caso, cuando proceda la declaración responsable o la comunicación previa, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder. La LEA considera que no se incluyen, sin embargo, las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigos previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.

Al igual que el resto de proyectos incluidos en el grupo 2 del anexo 1, se incluye la evaluación de las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del

mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos. Por tanto, las instalaciones accesorias de la actividad principal deben someterse, junto con el proyecto principal, a la evaluación ambiental ordinaria. Entre ellas revisten especial importancia, en las técnicas de fracturación hidráulica, las balsas y abastecimiento de agua, y el fluido de retorno, ya que esta técnica requiere de agua en grandes cantidades, lo que constituye una de las mayores preocupaciones medioambientales del *fracking*.

Pues bien, en el procedimiento ordinario, el promotor debe elaborar el estudio de impacto ambiental. La LEA establece el contenido mínimo del mismo: descripción general del proyecto y previsiones en el tiempo sobre la utilización del suelo y otros recursos naturales (en el *fracking* debe tenerse muy en consideración la utilización del agua necesaria en esta técnica), estimación de los tipos y cantidades de residuos vertidos y emisiones de materia o energía resultantes; exposición de las principales alternativas estudiadas (incluida la alternativa cero o no realización del proyecto) y justificación de la elegida desde el punto de vista de sus efectos ambientales; evaluación (con su cuantificación, si procede) de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre la población, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural; las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos al medio ambiente y un programa de vigilancia ambiental³⁶. El proyecto y el estudio de impacto ambiental se someten a información pública por un periodo de treinta días, previo anuncio en el *BOE* o en el diario oficial que corresponda, y de forma simultánea se somete a consulta de las Administraciones públicas afectadas y las personas interesadas³⁷. Es en esta fase del procedimiento donde, en relación con el dominio público hidráulico afectado por las técnicas de *fracking*, deberá solicitarse informe con carácter preceptivo al órgano de la Administración hidráulica con competencias en la materia.

Concluido el análisis técnico, el órgano ambiental formula la declaración de impacto ambiental, incluyendo las condiciones que se establezcan y las condiciones que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente. La Declaración de Impacto Ambiental tiene la naturaleza de informe preceptivo y determinante³⁸. Debe determinar si procede o no, a los efectos ambientales, la realización del proyecto y, en su

³⁶ Véanse el art. 35 de la LEA y el anexo VI que desarrolla la información que constituye el contenido mínimo del estudio de impacto ambiental.

³⁷ Véase el art. 37.2 de la LEA.

³⁸ Véase el art. 41.2 de la LEA.

caso, las condiciones en las que pueda desarrollarse, las medidas correctoras y las medidas compensatorias. Debe publicarse en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* o diario oficial correspondiente. La declaración de impacto ambiental no puede ser objeto de recurso independiente, sin perjuicio de los que procedan en vía administrativa y judicial frente al acto por el que se autoriza el proyecto³⁹. La vigencia de la Declaración de Impacto Ambiental es de cuatro años desde su publicación en el *BOE* o diario oficial correspondiente, por tanto, sus efectos cesarán si no hubiera comenzado la ejecución del proyecto o actividad en ese plazo, salvo que se haya solicitado su prórroga⁴⁰.

Otra norma aplicable y complementaria a la LEA, con igual carácter básico, es el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas que regula, entre otras cuestiones, la autorización de vertidos y la autorización para la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas⁴¹. Además, le serán también de aplicación, como normas de desarrollo de este, el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro y el Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental. El primer real decreto tiene entre sus objetivos establecer las medidas destinadas a prevenir o limitar la entrada de contaminantes en las aguas subterráneas y evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea⁴². Completando lo anterior, el segundo real decreto tiene entre sus objetivos establecer las disposiciones mínimas para el intercambio de información sobre el estado y calidad de las aguas entre la Administración General del Estado y las Administraciones con competencias en materia de aguas, en aras del cumplimiento de legislación que regula los derechos de acceso a la información y de participación pública. Estas disposiciones mínimas para el intercambio de información serán aplicables también a las aguas subterráneas⁴³.

³⁹ Véase el art. 41.4 de la LEA.

⁴⁰ Véase el art. 43 de la LEA.

⁴¹ Véase el art. 102 que establece que cuando el vertido pueda dar lugar a la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar los acuíferos o las aguas subterráneas, solo podrá autorizarse si el estudio hidrogeológico previo demostrase su inocuidad.

⁴² Véase el art. 6 del Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro.

⁴³ Véase el art. 30 del Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental.

En los casos en los que se diera una alta concentración de pozos o sondeos de fracturación hidráulica también será de aplicación el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire. En este real decreto se establecen, entre otros, los objetivos de calidad del aire para diversos contaminantes, los requisitos necesarios para la evaluación de las concentraciones de diversos contaminantes, la evaluación de la calidad del aire y la ubicación de los puntos de muestreos para la medición de las concentraciones.

También es de aplicación la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, cuya finalidad es regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales que puedan producir en el ejercicio de su actividad económica. Para esta ley se entiende por daño medioambiental los daños y las amenazas inminentes de daños a las aguas, a la ribera del mar y de las rías, al suelo y a las especies de flora y fauna silvestres, así como a los hábitats. Y la responsabilidad que contempla se clasifica en dos: objetiva o subjetiva. La objetiva se aplica a todas las actividades incluidas en el anexo III de la ley que obliga al operador a adoptar las necesarias medidas de prevención (aquellas que, si se produce una amenaza inminente de daño medioambiental, el titular de la actividad responsable debe adoptar con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño), evitación (aquellas que, una vez producido un daño medioambiental, el titular de la actividad responsable debe adoptar para limitar o impedir mayores daños medioambientales) y reparación (aquellas que tengan por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados), con independencia de que se actuara o no con dolo, culpa o negligencia. La subjetiva se aplica al resto de actividades, en la que se limita la adopción de medidas de reparación a los casos en que exista dolo, culpa o negligencia.

Todas estas normas tienen naturaleza jurídica de legislación básica de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.23 de la Constitución en la medida en que resulta un complemento necesario indispensable para asegurar el mínimo común normativo en la protección del medio ambiente aplicable para todo el territorio nacional⁴⁴.

⁴⁴ Véase la disposición final octava de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; la disposición final primera del Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; la disposición final primera del Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental; la disposición final segunda del Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del

IV. LAS PREVISIONES LEGALES REGULADORAS DE LA TÉCNICA DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA APROBADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Por lo que se refiere al desarrollo de las comunidades autónomas en materia de hidrocarburos, hay que señalar que una vez que se reforma el art. 9.5 de la LSH en el 2013, un conjunto de comunidades autónomas decidieron establecer una prohibición absoluta del uso de la técnica de la fracturación hidráulica en sus territorios, mientras que otras decidieron establecer una prohibición relativa y proporcionada en función de los riesgos medioambientales previstos en los instrumentos de protección de determinados recursos naturales y en su normativa territorial y urbanística.

1. LA PROHIBICIÓN GENÉRICA E INCONDICIONAL DE LA PRÁCTICA DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA EN LOS TERRITORIOS AUTONÓMICOS: EL CASO DE CANTABRIA, LA RIOJA, NAVARRA Y CATALUÑA

Las comunidades autónomas que decidieron establecer por ley una prohibición absoluta e incondicional del uso de la técnica de la fracturación hidráulica fueron Cantabria, La Rioja, Navarra y Cataluña. Las leyes autonómicas aprobadas aludían al ámbito de las competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; protección del medio ambiente y de los ecosistemas; sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud; industria, y régimen minero y energético, para determinar la aprobación de las mismas.

La Comunidad Autónoma de Cantabria aprobó la Ley 1/2013, de 15 de abril, y la Comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre. En ambas leyes, además de quedar expresamente prohibido el uso de la fractura hidráulica⁴⁵, se establecía que las autoridades y funcionarios públicos de la respectiva comunidad autónoma, así como las de las Administraciones locales, tenían que velar por el respeto y cumplimiento de la ley mencionada y tenían que adoptar, dentro de sus respectivas competencias,

aire y la disposición final primera de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

⁴⁵ Véase el art. 1 de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional y de la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

las medidas oportunas para la paralización de las actividades que se realizaran contraviniendo lo dispuesto en las leyes citadas, así como para la reposición de la situación alterada a su estado originario⁴⁶. Además, el empleo de esta técnica era considerado, por ambas leyes, un uso del suelo prohibido en el territorio de la comunidad autónoma y por tanto tenía la consideración de infracción urbanística con arreglo a las respectivas normativas autonómicas de ordenación territorial y régimen urbanístico⁴⁷. Ambas leyes se aplicaban no solo a las solicitudes que se formularan a partir de su entrada en vigor, sino también a los permisos y títulos habilitantes ya concedidos o en tramitación⁴⁸.

La Comunidad Autónoma de La Rioja aprobó la Ley 7/2013, de 21 de junio, que preveía no solo la prohibición expresa del uso de la técnica de la fracturación hidráulica⁴⁹, sino que establecía un régimen sancionador por el cual el empleo de esta técnica y la concesión de permisos o títulos habilitantes que permitieran su utilización constituían infracciones muy graves, que podían ser sancionadas con una multa de entre 250001 y 2500000 euros. Además, se preveía que la resolución sancionadora impusiera al infractor la obligación de reponer los bienes a su estado anterior a la comisión de la infracción, así como de abonar la correspondiente indemnización por los daños

⁴⁶ Véase el art. 2 de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional y de la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

⁴⁷ Véase el art. 3 de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional y de la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

⁴⁸ Véase la disposición transitoria única de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional y de la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

⁴⁹ Véase el art. 1 de la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

y perjuicios causados⁵⁰. Si el obligado no reparase el daño causado o no suspendiese la actividad una vez realizado el requerimiento a tal efecto, el órgano competente para sancionar podía acordar la imposición de multas coercitivas cuya cuantía no podía exceder de 10000 euros⁵¹. La ley se aplicaba no solo a las solicitudes que se formularan a partir de su entrada en vigor, sino también a los permisos y títulos habilitantes ya concedidos o en tramitación⁵².

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, en cuyo art. 167 añadía el apdo. 10 al art. 47 del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto. El nuevo párrafo establecía que en la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no estaba permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pudiera tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad de Cataluña.

Sobre estas leyes ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en las sentencias: 106/2014, de 24 de junio⁵³; 134/2014, de 22 de julio⁵⁴; 208/2014, de 15 de diciembre⁵⁵ y 73/2016, de 14 de abril⁵⁶, respectivamente⁵⁷. Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el

⁵⁰ Véase el art. 3 de la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

⁵¹ Véase el art. 4 de la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

⁵² Véase la disposición transitoria única de la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

⁵³ Véase *BOE*, 177, de 22 de julio de 2014, págs. 75-98. <https://bit.ly/2JaVRXS> (consulta el 4 de agosto de 2018).

⁵⁴ Véase *BOE*, 199, de 16 de agosto de 2014, págs. 101-105. <https://bit.ly/2Xq5DcJ> (consulta el 4 de agosto de 2018).

⁵⁵ Véase *BOE*, 17, de 20 de enero de 2015, págs. 98-106. <https://bit.ly/2J95vu7> (consulta el 4 de agosto de 2018).

⁵⁶ Véase *BOE*, 122, de 20 de mayo de 2016, págs. 33705-33732. <https://bit.ly/2xt8siv> (consulta el 4 de agosto de 2018).

⁵⁷ Sobre estas sentencias véanse D. Fernández de Gatta Sánchez (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 jurisdiccionales».

presidente del Gobierno que dieron lugar a estas sentencias son de contenido esencialmente competencial, pues se produce, a juicio del TC, una insalvable contradicción de las leyes autonómicas con la legislación básica, formal y material del Estado. A juicio del TC, la controversia se encuadra en el ámbito material de la energía, sin perjuicio de la incidencia que los recursos mineros y gasísticos, el régimen jurídico de los hidrocarburos líquidos y sólidos y su explotación tiene sobre otras materias; en especial la protección del medio ambiente y la salud. El título competencial prevalente es, por tanto, el relativo a la energía, ya que la fracturación hidráulica es una técnica de investigación, exploración y explotación de gas no convencional. En dicha materia el Estado ostenta competencia exclusiva para dictar las «bases de régimen minero y energético» (art. 149.1.25 CE). A su vez, las comunidades autónomas citadas tienen atribuidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía competencias de desarrollo legislativo y ejecución en esta materia. Pero la prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio de esas comunidades, a juicio del TC, contradice de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que autoriza la mencionada técnica y somete a evaluación ambiental las actividades extractivas que conlleven su empleo, de modo que la Administración que resulte competente en cada caso para autorizar los proyectos que impliquen la utilización de la técnica de la fractura hidráulica, ya sea el Estado o la comunidad autónoma, deberá llevar a cabo, de forma previa y con la finalidad de proteger el medio ambiente, la correspondiente evaluación de impacto ambiental de cada proyecto, en la que habrá de hacerse efectivo el principio de precaución, de suerte que se podrá denegar la autorización del proyecto que suponga el empleo de la técnica del *fracking* si el resultado de la evaluación de impacto ambiental del mismo es negativo. A juicio del TC tampoco puede fundamentarse la prohibición del *fracking* en el territorio de estas comunidades autónomas en las competencias asumidas estatutariamente en materia de sanidad, pues la competencia exclusiva del Estado para regular la técnica de la fractura hidráulica en la exploración, inves-

prudenciales», *Diario La Ley*, 8785 y G. Valencia Martín (2016), ««Bienvenido Mr. Fracking» un pequeño análisis jurisprudencial», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 33 (Homenaje a D. Ramón Martín Mateo), págs. 409-452; J. Jordano Fraga (2015), «El fracking en el estrado: recogiendo el guante arrojado por el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, págs. 9-34 y J. M. Alegre Ávila (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*, 31 (Homenaje a D. Ramón Martín Mateo (II)), págs. 525-566.

tigación y explotación de hidrocarburos no convencionales no puede resultar excluida por la competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de protección de la salud.

Desoyendo esta jurisprudencia constitucional, el Parlamento catalán aprobó la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático, en cuyo art. 19.4 se establece que el Gobierno autonómico no concederá permisos de exploración para la obtención de gas y petróleo de esquisto por fracturación hidráulica horizontal, incluida la relacionada con la obtención de gas metano de capas de carbón con utilización de fracturación inducida. Frente a este artículo se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad, declarando el Tribunal la suspensión de vigencia del mismo en el Auto de 21 de marzo de 2018⁵⁸.

2. LEYES AUTONÓMICAS DE PREVENCIÓN Y CONTROL AMBIENTAL Y SU REMISIÓN A LA LEY 21/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL: EL CASO DE ANDALUCÍA, EXTREMADURA, CANTABRIA, CATALUÑA, LA RIOJA, NAVARRA Y ARAGÓN

Por su parte, otras comunidades autónomas, en lugar de optar por aprobar leyes que prohíban de forma genérica e incondicional la práctica de la fracturación hidráulica en su territorio, han optado por someter expresamente estas actuaciones a los instrumentos de prevención y control ambiental regulados en sus normas.

Así, encontramos la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión de la Calidad Ambiental de Andalucía, modificada por la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de Medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, en cuyo anexo I, apdo. 1.8 se prevé que quedan sometidos a la autorización ambiental unificada 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, excepto las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica. Si se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso

⁵⁸ Véase el recurso de inconstitucionalidad 5334-2017, contra determinados preceptos de la Ley de la Generalidad de Cataluña 16/2017, de 1 de agosto, del Cambio Climático. *BOE*, 294, de 4 de diciembre de 2017, págs. 117412-117412 (1 pág.). <https://bit.ly/2FQSm71> y <https://bit.ly/3292zoM> (consulta el 29 de marzo de 2019).

nuevos⁵⁹. De modo idéntico se pronuncia la Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón en su anexo I, apdo. 2.4 y la Ley 16/2015, de 23 de abril, de protección ambiental de Extremadura en su anexo IV, apdo. 2 d).

No deja de ser paradójico que a la vez que las comunidades autónomas de Cantabria, Cataluña, Navarra y La Rioja aprobaron sus leyes de prohibición absoluta del uso de la técnica de la fracturación hidráulica en los años 2013 y 2014, en sus respectivas normativas de protección medioambiental prevén el sometimiento de los proyectos que utilizan esta técnica a los instrumentos de control ambiental. Este sometimiento se realiza con la modificación de sus leyes autonómicas de control ambiental y con la obligada referencia a las actividades contenidas en los anexos de la Ley 21/2013 de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que tiene carácter básico, como hemos visto.

De este modo, la Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado de Cantabria fue modificada por la Ley 7/2014, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, en cuyo art. 19 se establece que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria serán objeto de evaluación de impacto ambiental los proyectos que se incluyen en el art. 7 de la LEA, haciendo este artículo remisión al anexo I, en cuyo grupo 2 apdo. d hace referencia a 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, exceptuando las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica, e incluyendo las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos.

En situación semejante nos encontramos con la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de actividades de Cataluña que somete a autorización ambiental, en virtud del anexo I, apdo. 2.2, a las instalaciones consistentes en la realización de perforaciones para la exploración e investigación que requieran la aplicación de métodos geofísicos o

⁵⁹ Sobre el caso andaluz es interesante el trabajo de J. D. SÁNDEZ ARANA (2015), «Fracturación hidráulica y comunidades autónomas a propósito de dos proposiciones de ley presentadas en Andalucía», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 43, págs. 3-29. El autor analiza el contenido de las dos proposiciones de ley sobre *fracking* que se presentaron en el Parlamento andaluz en el año 2014.

geoquímicos que incluyan técnicas de fracturación hidráulica, estimulación de pozos u otras técnicas de recuperación secundaria y otros métodos necesarios para su objeto. Esta previsión se introduce en la ley citada por el art. 80 de la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas.

La Ley 6/2017, de 8 de mayo, de Protección del Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de La Rioja, se aplica a todos los planes, programas, proyectos, instalaciones y actividades, de titularidad pública o privada, realizados por personas físicas o jurídicas, desarrollados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja y susceptibles de producir efectos en el medio ambiente, la seguridad y la salud, sin perjuicio de las intervenciones que correspondan a la Administración General del Estado en las materias de su competencia. La Ley, en su art. 9, prevé que son objeto de una evaluación ambiental estratégica, ordinaria o simplificada, los planes y programas, así como sus modificaciones, señalados por la normativa dictada por el Estado en materia de evaluación ambiental y por el posterior desarrollo reglamentario autonómico de esta materia, luego, aunque no haga expresa mención a la técnica de la fracturación hidráulica, en función del anexo I de la LEA, estos instrumentos serán aplicables a 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 en los términos antes señalados.

Por su parte, la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental de Navarra, no hace expresa mención a los proyectos que practican la técnica de la fracturación hidráulica. De este modo, la comunidad autónoma no ha previsto ninguna medida de protección adicional a la contenida en la legislación básica estatal de la LEA.

3. INSTRUMENTOS DE CONTROL SECTORIALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA LIMITAR EL USO DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA

3.1. *El mapa de vulnerabilidad de contaminación de acuíferos como límite al uso de la fracturación hidráulica: el caso del País Vasco*

La Comunidad Autónoma del País Vasco aprobó la Ley 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o *fracking*. Esta ley se compone de seis artículos y sobre su juicio de constitucionalidad se

ha pronunciado la reciente STC 8/2018, de 25 de enero⁶⁰. El art. 3 de la ley modificaba el art. 28 de la Ley autonómica 2/2006, de Suelo y Urbanismo, creando un nuevo punto 7 con el siguiente texto: «En terrenos clasificados como suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la tecnología de la fractura hidráulica, 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 vasca, en función de lo que establezcan los instrumentos de ordenación territorial, urbanística y/o ambiental». Este artículo se declara inconstitucional y nulo en base a la doctrina constitucional expuesta con anterioridad en el caso de las otras leyes autonómicas analizadas, resumida en que la competencia para establecer normas adicionales de protección del medio ambiente permite a las comunidades autónomas imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstas por la legislación estatal, siempre que tales exigencias sean razonables y proporcionadas al fin propuesto y no alteren el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético. El TC establece en este caso que el precepto, en realidad, procede a reformular las bases estatales, dando lugar a equívocos y a mandatos que reducen, dificultan e impiden la eficacia de esas bases y por tanto resultan incompatibles con ellas⁶¹.

Por su parte, el art. 5 de la Ley autonómica añade un nuevo párrafo al art. 29.1 de la Ley autonómica 1/2006, de Aguas estableciendo que queda prohibido el uso de la técnica de la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos en aquellos espacios clasificados como de riesgo de vulnerabilidad media, alta o muy alta en el mapa de vulnerabilidad a la contaminación de los acuíferos de la comunidad autónoma. Pues bien, el TC hace un examen de la compatibilidad del precepto con las bases medioambientales y por ello estima conveniente traer a colación la normativa aprobada por el propio Estado para prevenir la contaminación de aguas subterráneas al amparo del citado título competencial.

A juicio del TC, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas señala como uno de

⁶⁰ Véase *BOE*, 46, de 21 de febrero de 2018, págs. 20481-20496 <https://bit.ly/2Xoultm> (consulta el 20 de febrero de 2019).

⁶¹ La disposición transitoria de la Ley vasca disponía que la prohibición se aplicará a los permisos ya concedidos o en tramitación para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos en el territorio de la comunidad autónoma vasca, así como a las solicitudes que se formulen a partir de la entrada en vigor. Esta disposición fue declarada también inconstitucional y nula por la Sentencia 8/2018, de 25 de enero, del Tribunal Constitucional.

los objetivos de la protección de las aguas y del dominio público hidráulico el de garantizar la reducción progresiva de la contaminación de las aguas subterráneas y evitar su contaminación adicional. Para la consecución de ese objetivo, la Ley estatal ordena establecer un programa de medidas para cada demarcación hidrográfica, un programa compuesto por las medidas básicas y las complementarias que, en el ámbito de sus competencias, aprueben las Administraciones competentes en la protección de las aguas⁶².

Por su parte, el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro, se autodefine como legislación básica de protección del medio ambiente *ex art.* 149.1.23 CE y regula el establecimiento de normas de calidad y valores umbral para contaminantes a fin de evaluar periódicamente con arreglo a ellos el estado químico de las aguas subterráneas. De acuerdo con esto, la relación de contaminantes y la lista de valores umbral se establece por los organismos de cuenca o por las comunidades autónomas según las aguas subterráneas estén comprendidas en cuencas inter o intracomunitarias y, además, deben actualizarse en función de la evolución de los conocimientos técnicos con objeto de proteger la salud pública y el medio ambiente. Finalmente, el art. 6 establece la obligación de los órganos competentes de incluir en el programa de medidas establecido de conformidad con el art. 92 *quater* del texto refundido de la Ley de aguas antes citado las medidas necesarias para prevenir las entradas de cualquier sustancia peligrosa en las aguas subterráneas y para limitar las entradas en las aguas subterráneas de las sustancias que no se consideren peligrosas de acuerdo con el propio reglamento, pero que, a juicio del órgano competente, presenten un riesgo real o potencial de contaminación, de forma que se garantice que tales entradas no causan deterioro o tendencias significativas y sostenidas al aumento de las concentraciones de contaminantes en las aguas subterráneas. En particular, el citado art. 6 ordena incluir en el programa de medidas las relativas a aquellas actividades, en particular obras subterráneas y construcción de pozos, que puedan facilitar la entrada de contaminantes en el acuífero. Entre las medidas podrá incluirse el establecimiento de perímetros de protección de aguas subterráneas y de captaciones destinadas al abastecimiento de agua potable. A la vista de este análisis, el TC declara que el párrafo introducido al art. 29.1 de la Ley autonómica 1/2006 de Aguas no infringe la legislación estatal básica en materia de medio ambiente.

Además de esto, el TC examina la constitucionalidad de esta prohibición autonómica respecto de su constitucionalidad con las bases del régimen mi-

⁶² Véanse el art. 92,d) y el art. 92 *quáter* del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

nero y energético del art. 149.1.25 CE, en concreto el art. 9.5 LSH. A este respecto concluye que la limitación de la superficie en que rige la prohibición, que representa el 37% del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, impide equiparar este supuesto a las prohibiciones generales sobre todo el territorio de la comunidad autónoma examinadas en las SSTC 106/2014, 134/2014 y 208/2014, antes citadas. Y, por otra parte, la prohibición tampoco puede ser calificada de genérica e incondicionada como en aquellos otros casos, puesto que parte de una previa evaluación de cada uno de los acuíferos por la comunidad autónoma y ciñe la proscripción de la técnica del *fracking* a los que hayan sido ya declarados con un grado de vulnerabilidad media, alta o muy alta de contaminación (no la extiende, por tanto, a los de vulnerabilidad baja o muy baja). Finalmente, el TC concluye que la norma objeto de recurso no puede ser considerada tampoco irrazonable ni desproporcionada en relación con el fin propuesto, ya que la normativa estatal básica de medio ambiente contempla medidas análogas de protección y prevención respecto de las aguas subterráneas, con lo que el fin perseguido por la norma no puede cuestionarse por el Estado. Por otra parte, el TC destaca que la prohibición autonómica recurrida tiende a proteger un recurso esencial del medio ambiente, el agua, cuyas características pueden hacer que se multipliquen exponencialmente y sean irreversibles los efectos contaminantes que, no habiéndose previsto en la evaluación de impacto ambiental, incluso por insuficiencia de los conocimientos técnicos, pudieran, no obstante, producirse⁶³.

3.2. *El Plan Estratégico de la Utilización de la fracturación hidráulica como límite al uso de esta técnica: el caso de Castilla-La Mancha y la Región de Murcia*

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha aprobado la Ley 1/2017, de 9 de marzo, 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. Esta ley se aprueba al amparo de las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; de la planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha y la industria, en particular, las sujetas a la legislación de minas e hidrocarburos; proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la región; aguas minerales y termales; aguas subterráneas cuando discurran

⁶³ Véase el fundamento jurídico 3º de la STC 8/2018 de 21 de febrero de 2018.

íntegramente por el ámbito territorial de la comunidad autónoma, así como ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente por el ámbito territorial de la comunidad autónoma; e igualmente la competencia exclusiva relativa al procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia. Otras competencias que se mencionan son las de desarrollo legislativo y la ejecución en sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud, aprobación de normas adicionales de protección del medio ambiente y de los ecosistemas, y desarrollo del régimen minero y energético. Todas ellas están atribuidas a la comunidad autónoma por los arts. 31.1. 2.ª, 8.ª, 12.ª, 26.ª y 28.ª y por el 32.3,7 y 8 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto.

La Ley 1/2017, de 9 de marzo, prevé, en el art. 3, que la Consejería competente en materia de medio ambiente elabore un Plan Estratégico Sectorial 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. Este plan tiene que ser aprobado por el Consejo de Gobierno mediante decreto en un plazo máximo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la Ley. La Ley prevé que el plan estratégico sea objeto de evaluación ambiental estratégica en los términos marcados por la LEA y su legislación de desarrollo. Como determinaciones debe contener: 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; b) una zonificación del territorio que diferencie las zonas donde quede restringida la técnica de la 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 por una afección relevante sobre el resto de elementos geológicos, ambientales, paisajísticos o socioeconómicos, y c) esta zonificación incluirá el establecimiento de las distancias mínimas de protección que deberán guardarse entre las zonas aptas para la 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 superficial.

La Ley establece, en su art. 4, una serie de requisitos adicionales a la normativa básica estatal que deben cumplirse de cara a atender la Recomendación de la Comisión Europea de 22 de enero de 2014 a fin de determinar el estado medioambiental de partida antes del inicio de las actuaciones. Estos requisitos son, en primer lugar, realizar una evaluación de riesgos del emplazamiento potencial, de la superficie circundante y del subsuelo para garantizar la idoneidad de la formación geológica del mismo. Esta evaluación de riesgos tendrá en cuenta todas las fases del proyecto: selección del emplazamiento y preparación, diseño, construcción, funcionamiento, cierre, desmantelamiento y postcierre y postdesmantelamiento. Además, se prevé que el emplazamiento solo se podrá seleccionar si la evaluación de riesgos se ha realizado conforme a los puntos 5.1, 5.2 y 5.3 de la Recomendación de la Comisión Europea, de 22 de enero de 2014, y demuestra que la fractura hidráulica no provocará un vertido de contaminantes a las aguas subterráneas ni va a causar daños a otras actividades que se realicen en las proximidades de la instalación⁶⁴.

El segundo requisito consiste en determinar la situación de referencia del emplazamiento de la instalación y de la superficie circundante y el subsuelo afectados potencialmente por las actividades en cuanto a: a) la calidad y las características de flujo de las aguas superficiales y subterráneas; b) la calidad del agua en los puntos de extracción de agua potable; c) la calidad del aire; d)

⁶⁴ Punto 5.1: Los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para garantizar la idoneidad de la formación geológica de un emplazamiento para la exploración y producción de hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen. Deben velar por que los operadores realicen una caracterización y una evaluación de riesgos del emplazamiento potencial, de la superficie circundante y del subsuelo. Punto 5.2: La evaluación de riesgos debe basarse en datos suficientes que permitan caracterizar la superficie potencial donde van a realizarse la exploración y la producción e identificar todas las posibles vías de exposición. De ese modo podrán evaluarse el riesgo de fugas o migraciones de fluidos de perforación, fluidos de fracturación hidráulica, material en estado natural, hidrocarburos y gases desde el pozo o la formación objetivo, así como el riesgo de sismicidad inducida. Punto 5.3: La evaluación de riesgos debe: a) basarse en las mejores técnicas disponibles y tener en cuenta los resultados pertinentes del intercambio de información organizado por la Comisión entre los Estados miembros, las industrias implicadas y las organizaciones no gubernamentales que promueven la protección del medio ambiente; b) anticipar el comportamiento cambiante de la formación objetivo, las capas geológicas que separan el yacimiento de las aguas subterráneas y los pozos existentes u otras estructuras artificiales expuestas a las altas presiones de inyección utilizadas en la fracturación hidráulica de alto volumen y a los volúmenes de fluido inyectados; c) respetar una distancia mínima de separación vertical entre la zona que va a fracturarse y las aguas subterráneas; d) actualizarse durante las operaciones cuando se obtengan nuevos datos.

la condición del suelo; e) la presencia de metano y otros compuestos volátiles en el agua; f) la existencia de materiales radiactivos en el subsuelo, evaluando el tipo de partículas radiactivas, mediciones y medidas de control; g) la sismicidad natural, presentando un registro de la actividad sísmica durante un año en el área de afección del proyecto; h) los usos del suelo; i) la biodiversidad; j) el estado de las infraestructuras y edificios, y k) en su caso, los pozos existentes y las estructuras abandonadas.

El tercer requisito tiene por finalidad garantizar la integridad del pozo mediante un diseño y una construcción correctas y pruebas de integridad que deben ser revisadas por un tercero independiente y cualificado para garantizar el rendimiento operativo del pozo, así como su seguridad ambiental y sanitaria en todas las fases del proyecto y después de la clausura del pozo, de manera que impida fugas y derrames al suelo, al agua o al aire.

El cuarto requisito es presentar planes de gestión de riesgos y las medidas necesarias para prevenir o mitigar los impactos, así como las medidas de respuesta necesarias respecto de: a) los recursos hídricos específicos para el proyecto con objeto de garantizar un uso eficaz del agua y la rastreabilidad de los caudales. Se indicará la estimación de agua necesaria para todo el proyecto y su procedencia. No podrá utilizar fuentes de agua con problemas de escasez; b) las emisiones atmosféricas y la contaminación acústica producidas por la explotación y el aumento del tránsito de vehículos, en general, y los impactos sobre la biodiversidad y la población local en particular; c) los gases para su captura y utilización posterior, minimizando la combustión en antorcha y evitando el venteo. En particular se deben prever y adoptar medidas para garantizar la reducción de las emisiones atmosféricas en la fase de exploración y producción mediante la captura de los gases y su uso posterior; d) los riesgos sísmicos, diseñando y aplicando una gestión adecuada de la presión con objeto de contener las fracturas dentro del yacimiento para evitar los seísmos. Se elaborará un Plan de Monitoreo de la Sismicidad (que se inicie al menos un año antes del comienzo de la actividad y se prolongue hasta el cese de las operaciones) y se introducirán medidas y estudios de predicción que sirvan como indicadores de alerta; e) el riesgo de inicio y propagación de incendios y explosiones, así como de formación de atmósferas explosivas o nocivas; f) el riesgo de erupción, definiendo los dispositivos apropiados a utilizar durante las operaciones de sondeo para el control de pozos; g) el uso del suelo, incluyendo medidas para minimizar la ocupación y evitar su contaminación; h) el almacenamiento en superficie de fluidos de retorno, tratamiento y destino final de residuos, vertidos, lodos y fluidos.

El quinto requisito es utilizar técnicas de fractura que minimicen el consumo de agua y los flujos de residuos. El sexto requisito versa sobre la utilización de sustancias químicas, e impone: a) especificar las sustancias

utilizadas en el proceso, indicando: nombre e identificador de la sustancia, etapa del proceso donde se utilizará y su función técnica, volumen y concentración a utilizar, clasificación de peligrosidad y propiedades toxicológicas; b) cumplir con las obligaciones de registro, evaluación, autorización y restricción de sustancias y preparados químicos que se establecen en el Reglamento (CE) 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, así como con las condiciones establecidas en el Reglamento (UE) 528/2012 de 22 de mayo de 2012, relativo a la comercialización y el uso de los biocidas; c) que las sustancias químicas empleadas se presenten como uso identificado el empleo en técnicas de fractura hidráulica; d) la prohibición de usar sustancias con propiedades peligrosas de elevado grado de preocupación; sustancias que se encuentren clasificadas de acuerdo con el Reglamento (CE) 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, como cancerígenos, mutágenos o tóxicos para la reproducción de categorías 1A o 1B, o que cumplan criterios para ser clasificados como tales; sustancias que estén identificadas o tengan propiedades de alteración endocrina; ni sustancias que cumplan criterios para ser persistentes, bioacumulables y tóxicas, o muy persistentes y muy bioacumulables, de acuerdo con el citado Reglamento (CE) 1907/2006.

La ley concreta que los derechos y obligaciones de los titulares de las autorizaciones, permisos y concesiones serán los establecidos en la LSH y la normativa de desarrollo que le resulte de aplicación, así como la normativa sectorial minera, estando obligados, en particular, a: a) introducir las medidas preventivas necesarias para evitar accidentes y limitar sus consecuencias sobre la salud humana y el medio ambiente; b) realizar un seguimiento periódico de la instalación y de la superficie circundante y del subsuelo que puedan verse afectados por las operaciones durante las fases de exploración, investigación y explotación y, en particular, antes, durante y después de la fractura hidráulica; c) llevar a cabo la inspección sistemática, el mantenimiento y la comprobación de los equipos e instalaciones mecánicos y eléctricos, y d) paralizar las operaciones y realizar urgentemente medidas correctora en caso de accidentes, en general, y ante problemas de inseguridad e integridad del pozo, en particular.

La ley, además, prevé que procede retrasar la emisión de nuevas autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación de hidrocarburos obtenidos a través de fractura hidráulica hasta la necesaria aprobación del plan estratégico sectorial y, asimismo, las autorizaciones de exploración, los permisos de investigación y las concesiones de explotación ya otorgados en el momento de la entrada en vigor de la ley, puesto que sus trabajos específicos quedan sujetos a autorización administrativa por el órga-

no competente sometida a evaluación de impacto ambiental en los casos que proceda, deben ser incluidos en su ámbito de aplicación, de acuerdo con los principios de prevención y cautela para la salvaguarda de los valores afectados, esto es, la salud humana y el medio ambiente⁶⁵.

Por otra parte, es necesario señalar que la Ley incluye una disposición final de modificación del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, al objeto de establecer como un supuesto más de los que requieren previa calificación urbanística en suelo rústico a 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.

Con fecha de 23 de enero de 2018, el Pleno del TC acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad 6240-2017, contra el art. 3, las disposiciones transitorias primera y segunda, y la disposición final primera de la Ley⁶⁶ y el 7 de junio el TC dictó la Sentencia 65/2018 que resolvió el recurso de inconstitucionalidad⁶⁷. En primer lugar, la STC aclara que por su contenido y finalidad, de todas las materias citadas por la ley, aquellas con las que el art. 3 impugnado y relativo al plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica guarda una relación más estrecha son las de ordenación del territorio y medio ambiente y las demás (desarrollo económico de la región, desarrollo de las bases energéticas establecidas por el Estado, especialidades de procedimiento administrativo autonómico y aguas intracomunitarias) tienen escasa vinculación con este plan estratégico, descartando incluso el encuadramiento en materia de protección y prevención de la salud puesto que, a juicio del TC, la protección de la salud humana se persigue a través del plan en él regulado, no directamente, sino mediante la protección del medio ambiente, de tal manera que este debe ser considerado título prevalente y más específico frente al otro. Pues bien, según consolidada doctrina constitucional, en la materia de protección del medio ambiente no se encua-

⁶⁵ Véanse las disposiciones transitorias 1 y 2 de la Ley 1/2017, de 9 de marzo, 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.

⁶⁶ Véase *BOE*, 28 de 31 de enero de 2018. <https://bit.ly/2RVvvMj> (consulta el 20 de agosto de 2018).

⁶⁷ Véase *BOE*, 164, de siete de julio de 2018. <https://bit.ly/2FPCeTe> (consulta el 29 de octubre de 2018).

dra cualquier tipo de actividad relativa a los recursos naturales, sino solo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora⁶⁸.

Por otra parte, la competencia autonómica sobre ordenación del territorio tiene por objeto formular una política global para su territorio, con la que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones, incluida la estatal. Concretamente, el título de ordenación del territorio tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial, añadiendo que el núcleo fundamental de esta materia competencial está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo.

A juicio del TC, desde uno u otro título (ordenación del territorio, competencia exclusiva, o medio ambiente, competencia de desarrollo de las bases estatales y de ejecución) la comunidad autónoma puede crear un instrumento normativo como el plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica del art. 3. Esto es indiscutible desde la perspectiva de la ordenación del territorio y afirmado expresamente por el TC en otras sentencias que reconocen la competencia de las comunidades autónomas para crear instrumentos de planeamiento distintos de los enunciados en la legislación estatal que aquellas consideren adecuados para llevar a cabo dicha ordenación⁶⁹.

Entrando en el análisis de la constitucionalidad del art. 3 de la Ley que prevé la aprobación de un plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica, la doctrina del TC ya ha admitido que una ley de las comunidades autónomas pueda impedir la técnica de la fractura hidráulica en zonas determinadas de su territorio atendiendo a valoraciones individualizadas efectuadas por la Administración⁷⁰. De acuerdo con ello, la pura habilitación contenida en el art. 3 de la ley debe considerarse conforme con el orden constitucional de distribución de competencias, sin perjuicio de la valoración que pueda merecer el concreto plan que en su día apruebe el Gobierno autonómico desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución o con la norma legal habilitante, si el mismo llegara a ser impugnado por alguno de los cauces previstos en el ordenamiento. El Tribunal afirma que lo mismo debe concluirse desde la perspectiva de la ordenación del territorio, pues la posibilidad de que las comunidades autónomas, al ejercer esta competencia, incidan en el ejer-

⁶⁸ Véase STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3, y otras muchas posteriores en el mismo sentido.

⁶⁹ Véase la STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 6 b) y la STC 36/1994, FJ 6.

⁷⁰ Véase STC 8/2018, FJ 4 b).

cicio de las competencias sectoriales del Estado, como es en este caso la competencia para otorgar determinados permisos, autorizaciones y concesiones de acuerdo con los arts. 14, 15 y 25 de la LSH, ha sido igualmente amparada por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, esta misma jurisprudencia también ha alertado sobre la necesidad de coordinar las competencias concurrentes y de que las comunidades autónomas respeten el legítimo ejercicio por el Estado de sus competencias sectoriales si este las ejercita dentro de los límites propios⁷¹.

Respecto a la disposición transitoria primera, en la que se establece que no se concederán nuevas autorizaciones de exploración, 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 art. 3, el TC considera que el alcance temporal de la prohibición, por un plazo razonable y cierto hacen de esta norma un ejercicio legítimo, razonable y proporcionado de las competencias autonómicas, pues su propósito no es otro que salvaguardar los objetivos que justificaron la regulación del plan estratégico sectorial por el tiempo indispensable para su aprobación. Por lo tanto, el mismo amparo competencial que permite la regulación de ese plan estratégico sectorial presta cobertura a esta prohibición puramente instrumental.

También fue planteada al TC la constitucionalidad de la disposición final primera que introduce un nuevo apartado c) en el art. 54.1. 3º del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística. A juicio del TC, el sentido de la reforma es habilitar a la ordenación territorial y urbanística para que pueda regular la técnica de la fractura hidráulica en todo el suelo clasificado como suelo rural de reserva (el suelo que no tiene un régimen de especial protección por los especiales valores en ellos concurrentes —medioambientales, hidrológicos, agrícolas, forestales, etc.— o por la protección del dominio público); una prohibición que, de aprobarse, impediría incluso una posterior calificación que legitime ese uso singular, pues la calificación urbanística del suelo de reserva para la legitimación de obras, construcciones o instalaciones destinadas a actividades o usos prohibidos solamente se permite siempre que la ordenación urbanística y territorial no los prohíba, de acuerdo con el art. 54.1.3º. Pues bien, en atención a ello, es necesario tener en cuenta que el TC ha considerado que son contrarios a la Constitución mandatos autonómicos que reformulan las bases estatales de modo que redu-

⁷¹ Véanse, entre otras, SSTC 149/1991, FJ 1.B; 36/1994, FJ 3; 56/1986, FJ 3; 61/1997, FJ 5; 40/1998, FJ 30.

cen, dificultan o impiden la eficacia del art. 9.5 LSH⁷². Por lo tanto, lo son igualmente las remisiones incondicionadas o en blanco a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística que permiten llegar al mismo resultado⁷³, aunque teniendo siempre presente que la razón determinante para apreciar la inconstitucionalidad de estas habilitaciones reglamentarias no es esa remisión o habilitación en sí, 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.

De este modo, si la ley hubiera de entenderse como una remisión en blanco o incondicionada a los instrumentos de ordenación territorial o urbanística para que cualquiera de esos instrumentos pudiera prohibir de manera autónoma o aislada la técnica de la fractura hidráulica en su ámbito territorial, haciéndolo además sin sujeción a criterio alguno en la medida en que la norma omite cualquier referencia a ellos, dicha remisión habría de ser declarada inconstitucional. No obstante, una interpretación sistemática de esta modificación legislativa, en relación con el contexto de la Ley 1/2017 en que se integra, permite al TC otorgar a la disposición final primera otra interpretación, y entender que la habilitación contenida en el art. 54.1.3º c) de la Ley de Ordenación Territorial y Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha no se efectúa en esos términos tan amplios y abiertos, llamando a cualquier planificador de manera indistinta, sino que debe colmarse y ejercerse siempre en, o a través, del plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica. Por lo tanto, siendo el art. 3 conforme con la Constitución, esta misma conclusión debe hacerse extensiva a la disposición final primera de la Ley 1/2017 si se entiende, de acuerdo con la interpretación sistemática indicada por el TC, que será en el referido plan estratégico de la utilización de la fractura hidráulica o, en su caso, en otros instrumentos de ordenación del territorio, pero siempre con amparo y cobertura en las previsiones del primero, donde podrán establecerse y precisarse las limitaciones y eventuales prohibiciones a proyectos que requieran la utilización de la fractura hidráulica. Como en el caso del art. 3, este pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la habilitación contenida en la disposición final primera de la Ley 1/2017 debe entenderse sin perjuicio del control que sobre el ejercicio de esa habilitación por la Administración pueda desarrollar la jurisdicción competente en cada caso. Interpretada en estos términos, la disposición final primera de la Ley 1/2017 no es contraria al orden constitucional.

⁷² Véase STC 73/2016, FJ 9, refiriéndose a la modificación de la Ley de urbanismo de Cataluña sobre la prohibición del *fracking* en el suelo no urbanizable de la comunidad.

⁷³ Véase STC 8/2018, FJ 4 a), sobre la modificación de la Ley del suelo del País Vasco.

Muy recientemente, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ha aprobado la Ley 11/2018, de 15 de noviembre, 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. La exposición de motivos de esta ley ya aclara que en la redacción de la norma se han tenido en cuenta los criterios interpretativos plasmados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 65/2018, de 7 de junio de 2018, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 6240-2017, que hemos analizado. La ley murciana es una copia literal de la ley castellano-manchega, ya ajustada al texto constitucional. Esto nos hace predecir que más de una comunidad autónoma seguirá este modelo de ley para prever en su territorio la elaboración de un plan estratégico de la utilización de la fracturación hidráulica.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La política energética de la UE es clara a la hora de fijar su objetivo: la reducción de las fuentes fósiles de energía y la transición hacia una energía limpia y sostenible basada en fuentes renovables. En esta transición energética, la UE ha afirmado que los hidrocarburos no convencionales, entre ellos el gas de esquistos, puede tener un papel importante. Una técnica necesaria para la extracción de estos gases es la fracturación hidráulica. En este contexto, y como consecuencia de las competencias que la UE tiene asignadas en materia de la protección del medio ambiente, la industria extractiva, la gestión de sus residuos, la seguridad y salud de los trabajadores en este sector, tanto la legislación general, como una serie de actos específicos se aplican a las actividades relacionadas con el gas de esquisto, desde su planificación hasta su cese.

En el ámbito del derecho interno español, dentro de las competencias básicas del Estado en materia de energía, este puede contemplar o prohibir el aprovechamiento de recursos mineros o de hidrocarburos, así como las técnicas aplicadas a ello. A la vista de esta competencia, el legislador de Cortes Generales a través de la LSH ha previsto que pueda aplicarse en el territorio nacional la fracturación hidráulica e impone que su puesta en práctica esté precedida de la oportuna evaluación de impacto ambiental. Del mismo modo las actividades que apliquen esta técnica deben respetar el conjunto de normativa ambiental que regulan los recursos naturales que pueden verse afectados (agua, aire, suelos).

Precisamente, en el desarrollo que las comunidades autónomas pueden hacer de la normativa básica estatal en materia de medio ambiente (suelos contaminados, recursos naturales, calidad del aire, aguas, recursos naturales)

es en el ámbito en el que se pueden establecer de manera concreta, justificada y proporcionada excepciones o prohibiciones a la práctica de la fracturación hidráulica. De este modo, es ajustado a la Constitución que se creen instrumentos concretos de planificación que excepcionen porciones del territorio autonómico que por su especial vulnerabilidad o por sus circunstancias singulares de riesgo no hagan recomendable el uso de esta técnica. Todo esto sin perjuicio de que el concreto instrumento aprobado y la singular valoración realizada por la Administración en la aplicación de ese plan sean susceptibles de control judicial. El propio TC incardina el título competencial de protección de la salud en el título de protección del medio ambiente, pues considera que la protección de la salud humana se persigue mediante la protección del medio ambiente, fijando este título como título prevalente y más específico a aquel.

De igual modo, otro de los títulos competenciales a través de los cuales las comunidades autónomas pueden establecer límites al uso de la fracturación hidráulica es el de la ordenación del territorio que tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial, añadiendo que el núcleo fundamental de esta materia competencial está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo. Ahora bien, las excepciones o prohibiciones a la práctica de la fracturación hidráulica deben establecerse de manera concreta, justificada y proporcionada y debe fijarse para porciones de terrenos concretos y delimitados en función de sus características, como podrían ser los usos incompatibles o las distancias a núcleos de población por razones de seguridad.

En síntesis, las comunidades autónomas tienen un amplio margen normativo para imponer deberes y cargas para el otorgamiento de autorizaciones permisos y concesiones mineras con la finalidad de proteger el medio ambiente, siempre que las mismas sean razonables y proporcionadas al fin propuesto y no alteren el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético. Su marco de actuación lo tienen dibujado en la Recomendación de la Comisión, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) y debe quedar amparado en el escrupuloso respeto a la distribución competencial establecida en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía.

