

La Adecuación de la Normativa Para Regular la Técnica del *Fracking*: el Caso Español

Santiago Garrido de las Heras*
David Antón Vega**

Resumen:

Los autores nos brindan una aproximación general al modelo regulatorio de las actividades de exploración y producción de hidrocarburos en España. En ese sentido, centran su análisis en el uso, cada vez más extendido, de la técnica de la fractura hidráulica, más conocida como *fracking*. En particular, analizan el caso de la negativa de algunas Comunidades Autónomas españolas respecto a la implementación de esta técnica y cómo ha afrontado el Gobierno Central dicha oposición.

Palabras clave:

Fractura hidráulica – Hidrocarburos no convencionales – Exploración y producción de hidrocarburos – Comunidades Autónomas de España – Competencias en materia de hidrocarburos

Abstract:

The authors bring us a general approximation of the regulatory model related to hydrocarbon exploration and production activities in Spain. In this sense, the analysis is focused in the increased use of the hydraulic fracturing technique, better known as «fracking». In particular, the authors analyze the case of the refusal of some Spanish Autonomous Communities regarding the implementation of this technique and how the Central Government has faced that opposition.

Keywords:

Fracking – Non-conventional hydrocarbons – Exploration and production of hydrocarbons – Autonomous Communities of Spain – Competence in the area of hydrocarbons

Sumario:

1. Introducción – 2. Los hidrocarburos no convencionales y la técnica del fracking – 3. Breve referencia al marco regulatorio español de la exploración y producción de hidrocarburos – 4. Varias Comunidades Autónomas han prohibido el fracking – 5. Reacción del Gobierno Central frente a las Comunidades Autónomas: modificaciones de la legislación estatal y recursos de inconstitucionalidad – 6. Fundamentos jurídicos competenciales en materia de hidrocarburos – 7. Conclusión: el reparto de competencias en materia de hidrocarburos y otros títulos competenciales

* Dirige el área de Sectores Regulados y Medio Ambiente del estudio Hogan Lovells de Madrid. Es un reconocido experto en sectores como medio ambiente, energía, minas y cambio climático.

** Es abogado por la Universidad Autónoma de Madrid, es Asociado Senior del área de regulación y Medio Ambiente del estudio Hogan Lovells. Se ha especializado en Derecho energético, Medio Ambiente y Recursos Naturales.

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto ofrecer una visión general de la regulación de las actividades de exploración y producción de hidrocarburos en España, con especial hincapié en el uso de la técnica de la fractura hidráulica o *fracking* con relación a los llamados hidrocarburos no convencionales.

Analizaremos la situación actual tras la aprobación por parte de tres Comunidades Autónomas de Leyes prohibiendo el uso del *fracking* en sus territorios, y cómo ha reaccionado el Estado central.

Se estudiarán los argumentos que puede emplear el Estado frente a dichas Leyes autonómicas, con base en el reparto de títulos competenciales que recoge la Constitución Española sobre materias relacionadas con los hidrocarburos, así como la ordenación del territorio y el urbanismo y la protección del medio ambiente.

2. Los hidrocarburos no convencionales y la técnica del *fracking*

Merece la pena que, antes de adentrarnos en el análisis jurídico, nos detengamos unos instantes en comentar a qué nos referimos al hablar de hidrocarburos no convencionales y la técnica del *fracking*.

En realidad, los hidrocarburos no convencionales no se distinguen del petróleo o del gas natural en nada en cuanto a su composición y poder energético. La característica que los diferencia es la complejidad para su extracción.

Mientras que los hidrocarburos convencionales requieren de técnicas más simples y consolidadas (básicamente perforaciones verticales en tierra firme o mediante plataformas marinas que perforan el lecho marino), gracias a que los yacimientos se encuentran almacenados en bolsas, los hidrocarburos no convencionales están contenidos en el interior de piedras o mezclados con arenas. Se trata del gas de esquisto o de pizarra, arenas bituminosas y otras formas.

Por tanto, tratándose de la misma o muy similar composición química del hidrocarburo, algunos expertos señalan que, en lugar de referirnos a hidrocarburos no convencionales, deberíamos hacerlo a técnicas no convencionales para su extracción.

Los métodos tradicionales no sirven para lograr extraer toda la cantidad de hidrocarburos no convencionales. Es por ello que se han ideado nuevas técnicas para lograrlo. Así, puede destacarse la llamada perforación horizontal y,

el objeto de este artículo, la fractura hidráulica o *fracking*. Esta técnica consiste esencialmente en la inyección a altas presiones de arena, agua y productos químicos que producen roturas en las rocas, lo que libera el hidrocarburo.

El motivo último de la expansión de las técnicas de extracción de hidrocarburos no convencionales se halla, sin duda, en el incremento del precio en los mercados internacionales. Solamente en un contexto de precios altos es posible la implementación de técnicas que permitan el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales, pues su extracción conlleva costes mucho más elevados que en el caso de los hidrocarburos convencionales.

Se habla de la revolución que en todo el mundo suponen los hidrocarburos no convencionales para las relaciones geopolíticas en torno a la energía, pues están alterando el predominio de los países productores de petróleo y gas natural, permitiendo que países ricos en hidrocarburos no convencionales puedan reducir considerablemente su dependencia exterior. Es destacable el caso de Estados Unidos, que gracias al empleo del *fracking* logrará próximamente convertirse en un exportador neto de hidrocarburos. Una mayor industria de exploración y producción de hidrocarburos no convencionales en la Unión Europea (UE) reduciría la dependencia de los recursos de Rusia (con lo que los efectos de crisis como la de Ucrania no serían tan perjudiciales para los intereses de la UE). Sin embargo, la técnica del *fracking* ha levantado mucha polémica, ello se debe a varias cuestiones.

En primer lugar, se emplean grandes cantidades de agua. Ello puede conllevar un agotamiento de los acuíferos o un importante trasiego de vehículos transportando el agua necesaria.

En segundo lugar, se advierte el riesgo de que los recursos hídricos de la zona, además de agotarse, puedan ser contaminados debido a filtraciones y vertidos. También supone la producción de un importante volumen de aguas residuales.

En tercer lugar, aunque el porcentaje de productos químicos presente en el compuesto utilizado para la fracturación de las rocas es muy reducido, se ha alertado de que pueden tener efectos nocivos para la salud de las personas, la flora y la fauna. Las empresas que emplean el *fracking* suelen ampararse en la normativa de protección de secretos industriales para no revelar la composición química de ese compuesto.

En cuarto lugar, se ha señalado el riesgo de accidentes y de fuga del hidrocarburo, incrementando el riesgo de contaminación.

En quinto lugar, también se ha puesto de manifiesto el riesgo de producir vibraciones y seísmos, con los consiguientes efectos para la zona colindante.

En sexto lugar, puede mencionarse que la industria ligada a los pozos de extracción conlleva un gran incremento del paso de vehículos, producción de ruido y alteración del paisaje.

En séptimo lugar, se ha denunciado que esa industria no es compatible con las actividades económicas más tradicionales de las zonas donde se alzan los pozos, con el consiguiente impacto social.

Evidentemente, las empresas dedicadas a la exploración y producción de hidrocarburos alegan de contrario que todos los riesgos pueden controlarse y que existe una gran experiencia en el sector, con pozos que llevan operando en Estados Unidos desde hace décadas. Pero, como se comprenderá, los argumentos de los detractores del *fracking* son cuanto menos llamativos y captan fácilmente la atención de las comunidades locales y los grupos ecologistas. Tampoco puede obviarse el hecho de que se han publicado estudios por parte de centros de prestigio alertando de sus riesgos, aunque posiblemente en igual número que los informes señalando su inocuidad y la seguridad de las medidas aplicadas por la industria. No obstante, recientemente ha recaído en Estados Unidos la primera sentencia (si bien no es firme) condenando a una de estas empresas por los perjuicios ocasionados a una familia, debiendo abonar una indemnización por los gastos médicos, el daño moral y la pérdida de valor de las tierras.

La situación en España respecto de los hidrocarburos no convencionales y el uso del *fracking* se encuentra aún en un momento incipiente. España apenas tiene yacimientos de hidrocarburos convencionales, por lo que más del 90% de las materias primas energéticas proceden del exterior. Tras realizarse los primeros estudios sobre el potencial de hidrocarburos no convencionales, existe discrepancia de criterios, si bien parece que algunos yacimientos (principalmente de *shale gas*, ubicados en el norte del país) podrían ser económicamente rentables.

Sin embargo, no ha sido posible corroborar tales estudios con pruebas de campo, pues hasta el momento no se ha iniciado ninguna actividad exploratoria en materia de hidrocarburos no convencionales en España.

Esto se debe a que, a pesar de que algunos permisos de investigación se han otorgado previendo expresamente la búsqueda de hidrocarburos no convencionales, ningún pozo se ha levantado aún.

La causa de ello hay que encontrarla, principalmente, en el conflicto de competencias existente entre el Gobierno central y las Comunidades Autónomas.

3. Breve referencia al marco regulatorio español de la exploración y producción de hidrocarburos

Resulta conveniente que hagamos un breve repaso sobre el marco normativo de las actividades de exploración y producción de hidrocarburos que existe en España. Creemos que esto resulta especialmente útil debido a las diferencias con otros países en los que la presencia de yacimientos es muy superior y, por tanto, llevan décadas regulando la manera de instrumentar jurídicamente la exploración y producción. Así, se trata de países en los que sus regulaciones prevén licitaciones internacionales para la adjudicación de bloques de exploración y la subsiguiente firma de contratos entre las autoridades nacionales y la entidad adjudicataria, una vez llegada la fase de explotación de los yacimientos.

Sin embargo, en España los títulos habilitantes para desarrollar estas actividades son de carácter administrativo, no contractual.

La Constitución Española de 1978 no contempla expresamente los hidrocarburos, si bien éstos pueden entenderse integrados entre los recursos naturales que la Constitución califica como bienes de dominio público, se precisa acudir a la legislación sectorial para una regulación más concreta y extensa.

Las actividades de exploración y producción de hidrocarburos se regulan en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (la «**LSH**»), que ha sido modificada numerosas veces desde su aprobación.

El desarrollo reglamentario de las disposiciones de la LSH hay que encontrarlo en una norma muy anterior en el tiempo a la LSH, como es el Reglamento de la Ley sobre investigación y explotación de hidrocarburos, aprobado por Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio (el «**RIEH**»), que se promulgó bajo la ya derogada Ley de Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974 (esto es, se trata de normativa preconstitucional). El RIEH continúa en vigor sin apenas modificaciones, si bien ha de entenderse que sus preceptos deben aplicarse de tal manera que no contradigan la Constitución, el Derecho de la Unión Europea ni la LSH.

Así, la LSH y el RIEH conforman el marco regulatorio de los hidrocarburos y las actividades relacionadas con ellos que se aplica en España.

La LSH y el RIEH distinguen tres títulos jurídicos habilitantes distintos atendiendo a la actividad que se pretenda llevar a cabo: las autorizaciones de exploración, los permisos de investigación y las concesiones de explotación.

(a) La autorización de exploración permite a su titular realizar campañas, aunque sin poder llevar a cabo perforaciones profundas. La autorización puede abarcar grandes superficies (no cubiertas por permisos de investigación ni concesiones de explotación previamente otorgados), pero el titular de la autorización no dispone de un derecho en exclusiva para las actividades de exploración ni tampoco para la adquisición de permisos de investigación sobre esa área.

Por ello, en la práctica es poco frecuente acudir a esta autorización, sino que se solicita directamente el permiso de investigación.

(b) El permiso de investigación sí otorga a su titular un derecho en exclusiva para realizar tareas exploratorias y también perforaciones profundas. La superficie máxima abarca áreas de entre 10.000 y 100.000 hectáreas. Además, el titular del permiso de investigación tiene el derecho en exclusiva de obtener una concesión de explotación dentro de esa superficie.

El permiso de investigación tiene una vigencia de seis años, prorrogable por otros tres años más (si bien debiendo renunciar al 50% de la superficie).

El permiso de investigación se otorga, por lo general, tras un procedimiento de concurrencia de interesados, si bien no suele ser la Administración la que convoca el proceso, sino que éste se inicia cuando una empresa interesada en obtenerlo solicita el permiso de investigación sobre una zona concreta. En ese caso, la Administración deben publicar un anuncio en el Boletín Oficial correspondiente, en el que se abre un plazo de dos meses para que otras empresas interesadas en realizar tareas de investigación en el mismo área presenten sus solicitudes. Una vez concluido el plazo, la Administración comprobará que todas las solicitudes cumplen con los requisitos formales exigidos (entre ellos, deberán acreditar la capacidad legal, técnica y económico financiera y aportar un plan de investigación, que comprenderá el programa de trabajos, el plan de inversiones, las medidas de protección medioambientales y el plan de restauración). Respecto de aquellas solicitudes que cumplan tales requisitos, la Administración evaluará la oferta presentada por cada solicitante atendiendo al plan de investigación presentado, que puede incluir compromisos de inversión, calendarios de ejecución de trabajos y una previsión de solicitud de la concesión de explotación y supuestos en los

que, de no hallar hidrocarburo en condiciones de ser extraído, se pueda renunciar al permiso. La Administración adjudicará el permiso de investigación al solicitante que presentase la mejor oferta, para lo que se tendrán en cuenta, entre otras cuestiones, la mayor cuantía de las inversiones comprometidas, la rapidez de ejecución del programa de inversión y la prima ofrecida por encima del valor del canon de superficie; en todo caso, la decisión de la Administración debe justificarse (resultan de aplicación los principios de objetividad, transparencia y no discriminación), y la resolución de otorgamiento se hará pública.

Con la adjudicación del permiso se establecerán los trabajos mínimos que deberán realizarse por el adjudicatario, incluidas las labores de protección medioambiental y, asimismo, se fijará la garantía que el adjudicatario debe depositar ante la Administración para atender a sus obligaciones de inversión, fiscales, de la Seguridad Social y de restauración. Una vez otorgado el permiso de investigación, el titular deberá presentar cada año un plan de labores especificando el programa de trabajos y las inversiones a acometer en el correspondiente año.

(c) La concesión de explotación es el título habilitante para el aprovechamiento del yacimiento, esto es, para proceder a la extracción del hidrocarburo e, igualmente, podrá continuar con las labores de investigación. El titular de la concesión podrá vender libremente los hidrocarburos extraídos. Para obtener la concesión, el solicitante (titular de un permiso de investigación, que podrá solicitar la concesión en cualquier momento de vigencia del permiso una vez concretada a presencia del hidrocarburo) deberá aportar una memoria técnica detallando la situación, extensión y datos técnicos de la concesión, el plan general de explotación, el programa de inversiones, el estudio de impacto ambiental, el plan de desmantelamiento y abandono de las instalaciones y recuperación del medio una vez finalizada la explotación.

La concesión de explotación se otorga por un período de treinta años, prorrogable por dos períodos sucesivos de diez años cada uno.

Con el otorgamiento de la concesión se deberá proceder al depósito de la garantía.

Al finalizar el plazo de vigencia de la concesión, la Administración decidirá si se desmantelan todas las instalaciones; en caso de conservarse algunas de ellas, éstas revertirán gratuitamente y libre de cargas a la Administración.

Resulta posible que los permisos de investigación y las concesiones de explotación sean de titularidad compartida entre varias empresas. En tal caso, debe nombrarse un operador, que actuará como

interlocutor ante la Administración, si bien todos los titulares comparten una responsabilidad solidaria.

Como requisito común a todos los títulos administrativos, se exige que el titular suscriba un seguro de responsabilidad civil que responda de posibles daños a personas y las cosas.

La Administración competente para otorgar estos permisos administrativos varía:

- (a) Respecto de la autorización de exploración y el permiso de investigación, los otorga la Administración General del Estado (a través del Ministerio de Industria, Energía y Turismo) si la superficie a ocupar excede del ámbito de una Comunidad Autónoma o incluye parte del mar territorial; si la superficie se circunscribe a una sola Comunidad Autónoma, corresponderá a ésta su otorgamiento.
- (b) Respecto de las concesiones de explotación, corresponde a la Administración General del Estado en todo caso, previo informe de las Comunidades Autónomas afectadas.

Ahora bien, la obtención del permiso administrativo correspondiente no es suficiente de por sí para iniciar los trabajos y labores específicos (sondeos, perforaciones, etc.). El titular deberá obtener, además, las licencias municipales y los permisos medioambientales oportunos previamente al inicio de tales trabajos. Por tanto, será preciso tratar con otras Administraciones al margen de la Administración competente para otorgar los permisos administrativos relativos a la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos.

4. Varias Comunidades Autónomas han prohibido el *fracking*

En los últimos años, algunas empresas de exploración y producción han solicitado y obtenido permisos de investigación en los que se señalaba que se buscaba la presencia de yacimientos de hidrocarburos no convencionales y preveían hacer uso de la técnica del *fracking* para su extracción. Algunos de esos permisos de investigación fueron otorgados por la Administración General del Estado (al encontrarse en territorios de varias Comunidades Autónomas o por proyectarse sobre una parte del mar territorial) y otros por algunas Comunidades Autónomas (al encontrarse íntegramente comprendidos dentro de sus respectivos territorios).

Sin embargo, el otorgamiento de tales permisos de investigación conllevó una alerta por los riesgos derivados del uso del *fracking*. Tal alerta ha sido considerada de manera muy diferente por cada

Administración. Pero hay tres que han reaccionado con una oposición absoluta al *fracking*.

Nos referimos a las Comunidades Autónomas de Cantabria, La Rioja y Navarra (todas ellas situadas en zonas con potencialidad de yacimientos de *shale gas*), cuyos Parlamentos autonómicos han aprobado leyes que prohíben el uso de la técnica del *fracking* en sus respectivos territorios (Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional; 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 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).

Para proceder de tal manera, esas Comunidades Autónomas han esgrimido el principio de precaución, ante los riesgos inherentes al *fracking* para la salud de las personas y el medio ambiente. Además, esas Comunidades Autónomas aducen el ejercicio de varios títulos competenciales para la aprobación de normas jurídicas que les reconoce la Constitución Española y los respectivos Estatutos de Autonomía, entre los que destacan los correspondientes al urbanismo y la ordenación del territorio, la protección del medio natural y el régimen energético y minero.

Así, mediante esas leyes autonómicas, se prohíbe en el territorio de esas Comunidades Autónomas toda actividad de exploración y producción de hidrocarburos no convencionales en la que se emplee el *fracking*. La prohibición afecta tanto a empresas que pretendiesen solicitar los correspondientes títulos habilitantes como a los titulares de permisos de investigación ya otorgados.

Esas leyes autonómicas de prohibición del *fracking* han supuesto una reacción por parte del Gobierno central para contrarrestarlas, que, al margen de mostrarse más proclive al empleo de esa técnica, pretende defender sus competencias.

Téngase en cuenta que esas prohibiciones, al margen de otras cuestiones que pudieran estar relacionadas, suponen la imposibilidad total de efectuar la investigación y la explotación de yacimientos utilizando la técnica del *fracking*. Esto afecta a títulos competenciales del Estado central, que –como ya hemos indicado– es la Administración competente para otorgar permisos

de investigación si la superficie abarca más de una Comunidad Autónoma y, en todo caso, es la Administración que otorga las concesiones de explotación.

5. Reacción del Gobierno Central frente a las Comunidades Autónomas: modificaciones de la legislación estatal y recursos de inconstitucionalidad

Decidido a defender sus competencias sobre la materia frente a la Comunidades Autónomas de Cantabria, La Rioja y Navarra, el Gobierno central decidió introducir una modificación en la LSH, para lo que tramitó el correspondiente proyecto de ley, que, finalmente, fue aprobado por las Cortes Generales (nombre que recibe el Parlamento de España).

Así, se introdujo un nuevo precepto en la LSH, que es del siguiente tenor:

«En el desarrollo de los trabajos a ejecutar en el marco de los títulos señalados en este artículo [se refiere a las autorizaciones de exploración, los permisos de investigación y las concesiones de explotación] podrán aplicarse métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, perforación de sondeos verticales o desviados con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, entre ellas, la fracturación hidráulica, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria y aquéllos otros métodos aéreos, marinos o terrestres que resulten necesarios para su objeto».

Conviene resaltar dos cuestiones en relación a este nuevo precepto de la LSH:

- (a) Por un lado, resulta totalmente novedoso el hecho de que se regulen técnicas (*fracking*) de exploración y extracción de hidrocarburos, y no meramente actividades (exploración, investigación, explotación), como venía siendo hasta el momento. De hecho, la regulación de técnicas con un nivel de concreción y un ámbito tan amplio resulta también novedoso atendiendo al conjunto del ordenamiento jurídico español.
- (b) Por otro lado, este nuevo precepto ha sido introducido entre los artículos de la LSH sobre los que el Estado ostenta competencias exclusivas reconocidas por la Constitución Española, de tal manera que tiene la consideración de legislación estatal de carácter básico. Esto implica que ninguna ley de las Comunidades Autónomas puede contradecir lo regulado en ese precepto, debiendo limitarse a respetar su regulación y, en su caso, a aprobar normas de desarrollo de rango infralegal (que se limiten a especificar

algunos aspectos, sin que sea posible que dichas normas reglamentarias autonómicas se opongan al precepto básico estatal) y a la ejecución de la normativa básica estatal (por ejemplo, otorgando permisos de investigación en sus respectivos territorios de conformidad con la norma básica estatal).

De esta manera, puede apreciarse que el Estado ha hecho ejercicio de la atribución que le reconoce la Constitución al aprobar una norma con rango de ley de carácter básico. El título competencial ejercitado ha sido el de bases del régimen minero y energético.

Sin embargo, la aprobación de este nuevo precepto de la LSH no es suficiente para la derogación de las leyes autonómicas de Cantabria, La Rioja y Navarra prohibiendo el uso de la técnica del *fracking*. Es por ello que el Gobierno central ha decidido hacer uso de otra de sus facultades que le reconoce la Constitución y, a través del Presidente del Gobierno, ha procedido a impugnar ante el Tribunal Constitucional tales leyes autonómicas.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional tiene encomendada, entre otras, la función de dirimir los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Para ello, la Constitución y la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional contemplan un mecanismo denominado recurso de inconstitucionalidad por medio del que es posible la impugnación de normas jurídicas con rango de ley.

Pues bien, el Gobierno ya ha presentado recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de Cantabria y de La Rioja, y se espera que haga lo mismo con la de Navarra.

Aún llevará un largo tiempo hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si las leyes autonómicas son acordes con el reparto de competencias previsto en la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía o si esas Comunidades Autónomas se han excedido en el ejercicio de sus atribuciones. Sin embargo, al ser el Gobierno el que ha interpuesto los recursos de inconstitucionalidad, ello lleva aparejado el efecto de dejar en suspenso las leyes autonómicas hasta que recaiga la resolución del Tribunal Constitucional.

Desconocemos los fundamentos jurídicos en los que el Gobierno y las Comunidades Autónomas se basarán para defender sus respectivas posturas. No obstante, a continuación ofrecemos un análisis sobre los principales argumentos que pueden aducirse y que pueden llevar a resolver los recursos de inconstitucionalidad.

6. Fundamentos jurídicos competenciales en materia de hidrocarburos

6.1 Competencia sobre los hidrocarburos

En el Derecho Constitucional español, la consideración de una norma como básica conlleva determinadas implicaciones. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 48/1988 y 62/2004), se trata del denominador normativo común que la Constitución Española concede al Estado central a fin de integrar la regulación sobre una determinada materia en todo el territorio nacional, con el objetivo de evitar la disgregación regulatoria y que intereses autonómicos se impongan sobre el interés superior estatal que abarca al conjunto de los ciudadanos y Administraciones. Así, se trata de legislar de manera común con independencia del territorio. Las normas de carácter básico se plasman en leyes aprobadas por el legislador estatal. Las normas jurídico-políticas que contienen el régimen de cada Comunidad Autónoma se recogen en los Estatutos de Autonomía, que son aprobados, en última instancia, por las Cortes Generales. En los Estatutos de Autonomía se recogen las competencias de cada Comunidad Autónoma, que deben ir en línea con lo dispuesto en la Constitución.

Entre las materias que la Constitución Española califica como básicas y, por tanto, reserva al Estado se encuentran las bases del régimen minero y energético. Por tanto, la normativa que se apruebe al respecto (contenida en la LSH en lo que se refiere a hidrocarburos) será de aplicación en todo el territorio nacional sin distinciones y sin margen de apreciación, mucho menos de regulación, por parte de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, los Estatutos de Autonomía con carácter general y, concretamente, los correspondientes a las Comunidades Autónomas de Cantabria, La Rioja y Navarra recogen la competencia sobre el régimen minero y energético, si bien en todo caso teniendo en cuenta que el ejercicio de esta competencia debe realizarse de acuerdo con las bases establecidas por el Estado.

Al respecto de las bases del régimen minero y energético, el Tribunal Constitucional en su Sentencias 24/1985 y 197/1996 analizó la competencia del Estado y las limitaciones de las Comunidades Autónomas con relación a la regulación de los hidrocarburos. Según el Tribunal Constitucional, la política energética conlleva repercusiones en todo el territorio nacional, por lo que la imposición de limitaciones o prohibiciones al ejercicio de una actividad tiene implicaciones para el conjunto de la economía. La propia Exposición de Motivos de la LSH así lo recoge,

haciendo referencia a ambas Sentencias, al indicar que el mercado de hidrocarburos es único y global.

El Tribunal Supremo también ha incidido en la repercusión directa que la regulación en materia de minas y energía tiene para la vida económica del país. En su Sentencia de 19 de junio de 2012, relativa al régimen minero (equivalente a estos efectos al energético, encontrándose en el mismo precepto de la Constitución), afirma que los yacimientos y demás recursos son una riqueza fundamental para la vida económica del país, por lo que se precisa de un denominador común normativo que asegure los intereses generales de manera unitaria y en condiciones de igualdad en todo el territorio.

Existe otro título competencial sobre una base que también es preciso comentar. Se trata de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, que la Constitución reserva, igualmente, al legislador estatal.

Aunque podría entenderse que se trata de un título competencial genérico respecto de las bases sobre el régimen minero y energético, la doctrina del Tribunal Constitucional los distingue, afirmando que ambos títulos se entremezclan y complementan (Sentencias 197/1996, 223/2000, 18/2011 y 135/2012). Señala el Tribunal Constitucional que las competencias de ordenación o dirección general de la economía, incluyendo la planificación y ordenación de los sectores económicos, entre los que se encuentra el energético, ha de efectuarse de manera conjunta y armónica. Así, el título competencial sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica no sólo comprende la aprobación de normativa básica, sino también la coordinación de los distintos sectores de la economía.

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 12 de abril de 2012 y 10 de octubre de 2012, sigue esa línea argumental a la hora de conjugar ambos títulos competenciales.

La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se acaban de señalar resultan relevantes para el caso planteado por las Leyes autonómicas de Cantabria, La Rioja y Navarra al respecto de la prohibición de las actividades de exploración y producción de hidrocarburos a partir del uso de la técnica de *fracking*.

No debe olvidarse que una prohibición consiste, en *última ratio*, que un legislador puede ejercitar a la hora de regular una materia, pues es la medida que más incidencia puede tener sobre un sector económico. Por ello, y dado que en el fondo se está

tratando la regulación (a través de una prohibición) de una actividad económica comprendida, además, dentro del sector energético, una primera conclusión a la que podría llegarse es que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para aprobar prohibiciones en tal sentido, pues sólo el legislador estatal, a través de los dos títulos competenciales relativos a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y las bases sobre el régimen minero y energético, puede hacerlo.

Puede aludirse a la Sentencia de 3 de noviembre de 2010 del Tribunal Supremo, en la que se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982, y se llega a la conclusión de que una normativa autonómica que prohibía la actividad extractiva de determinados recursos mineros resulta excesiva. La misma conclusión puede trasladarse al caso de los hidrocarburos.

Por tanto, en atención a lo anterior, parece difícil sostener que una Comunidad Autónoma pueda justificar desde el punto de vista constitucional la aprobación de una ley prohibiendo una actividad económica con incidencia en el sector energético, al no resultar competente para la adopción de una medida de tal impacto.

6.2 Competencia sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

Las Leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra resaltan el hecho de haber sido aprobadas en ejercicio de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Tal es así, que el régimen infractor y sancionador para aquellos sujetos que contravengan la prohibición se remite a lo dispuesto en la respectiva normativa urbanística autonómica.

La Constitución Española otorga a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio, sin reservar al Estado título competencial alguno relativo a la aprobación de normativa básica. Además, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1997.

Ahora bien, la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística (entre ellos, los llamados planes generales de ordenación urbana, en cuya aprobación intervienen tanto el municipio como la Comunidad Autónoma, y que tienen rango de norma reglamentaria) no puede desconocer la existencia de otros títulos competenciales que se ejercen sobre el mismo territorio.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que, debido a la superposición o solapamiento entre el urbanismo (siempre presente, pues toda actividad

requiere de un espacio físico) y las actividades económicas, debe distinguirse entre qué título competencial prevalece atendiendo a si se trata de un título ejercitado de manera genérica o específica para cada caso (Sentencias 32/1983, 153/1989, 170/1989, 102/1995 y 15/1999).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en algún caso en el que, a través del ejercicio de la competencia en urbanismo, se ha afectado el régimen energético. En la Sentencia de 8 de octubre de 2010 resolvió que el título competencial sobre el urbanismo no puede ejercitarse frente al régimen energético si ello conlleva la exclusión o desdén de la competencia sobre este último; así, la competencia urbanística queda condicionada sin que pueda llegar a suponer una restricción ilimitada, resultará legítima solamente en la medida en que es imprescindible para el cumplimiento de determinadas funciones. En el caso enjuiciado en dicha Sentencia, el Tribunal Supremo concluye que el urbanismo actúa como título genérico y el régimen energético como título específico, por lo que éste debe prevalecer sobre aquél.

A mayor abundamiento, la LSH contempla la manera en que deben conjugarse ambos títulos competenciales, disponiendo que las restricciones previstas en los instrumentos de ordenación del territorio o de planificación urbanística que afecten a las actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no podrán tener carácter genérico y deberán estar motivadas.

De esta manera, la ordenación del territorio y el urbanismo no supone un título competencial suficiente por sí mismo para que una Comunidad Autónoma pueda prohibir incondicionalmente el ejercicio de actividades de exploración y producción de hidrocarburos.

6.3 Competencia sobre el medio ambiente

Otro de los títulos competenciales aducidos por las Comunidades Autónomas de Cantabria, La Rioja y Navarra para la aprobación de las Leyes prohibiendo en sus territorios la exploración y producción de hidrocarburos empleando el *fracking* es la protección del medio ambiente.

Aunque la Constitución Española reserva al Estado la competencia sobre la aprobación de legislación de carácter básico sobre protección del medio ambiente, matiza que ello es así sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. Ello, unido a las competencias atribuidas a través de los Estatutos de Autonomía, ha dado lugar a un sistema normativo en que el Estado aprueba los estándares y los umbrales

mínimos de protección medioambiental aplicables en todo el territorio nacional, pero permitiendo que cada Comunidad Autónoma apruebe normas adicionales estableciendo umbrales de protección mayores para atender a sus necesidades y particularidades. Así lo ha refrendado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 170/1989, 196/1996 y 306/2000.

Ahora bien, este juego de competencias en materia de protección del medio ambiente entre el Estado y las Comunidades Autónomas no puede dar como resultado un impedimento absoluto al desarrollo de actividades económicas.

Desde temprano, el Tribunal Constitucional dejó planteada su doctrina a este respecto en la Sentencia 64/1982, posteriormente reiterada en la Sentencia 102/1995. En ella afirmaba la necesidad de integrar y armonizar la regulación entre el interés público propio de la actividad económica y el de la preservación del medio ambiente. Así, afirma el Tribunal Constitucional que no puede sustraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considere de interés general aduciendo otras finalidades como la protección del medio ambiente.

La solución puede encontrarse en el establecimiento de requisitos y cargas que, sin llegar a impedir por completo la actividad económica, garanticen un suficiente grado de protección del medio natural (por ejemplo, a través de la exigencia de obtención de permisos medioambientales o la imposición de una serie de condiciones y controles). Pero, incluso en tales casos, el Tribunal Constitucional señala que las cargas y requisitos que puedan imponerse no deben alterar el ordenamiento básico y, en todo caso, deben ser razonables y proporcionados al fin propuesto (Sentencias 64/1982 y 170/1989). De esta manera, la protección de valores ambientales merecedores de protección cualificada debe ser debidamente justificada y ponderada con los otros intereses en juego, adoptándose medidas de salvaguarda razonables y adecuadas que permitan a los operadores económicos el mayor margen de actuación posible.

El Tribunal Supremo sigue la misma senda trazada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 3 de noviembre de 2009 y de 3 de noviembre de 2010, en las que afirma que la normativa autonómica de protección del medio ambiente no puede anular o impedir el desarrollo de actividades económicas ni, en concreto, actividades encuadradas en el sector energético, sino que debe limitarse a prever los mecanismos complementarios a los contemplados en la normativa estatal básica (si es que éstos no son suficientes por sí mismos para garantizar

la adecuada protección del medio natural) para prevenir los impactos derivados de tales actividades.

De esta manera, la normativa autonómica no puede llegar a impedir el ejercicio de una actividad económica por la imposición de determinaciones medioambientales, sino que debe limitarse a exigir a los operadores económicos garantías que minimicen el riesgo para el medio ambiente. Por tanto, el Tribunal Supremo se muestra contrario al establecimiento de prohibiciones absolutas como regla general, de tal forma que sólo resulta admisible establecer prohibiciones cuando exista un valor ambiental claramente identificado, recogido en la correspondiente figura de protección (por ejemplo, un parque natural) y que cuente con un régimen de protección adecuado y previamente aprobado.

Una cuestión adicional al respecto de la competencia sobre protección del medio ambiente es el carácter supra-autonómico de las actividades.

En tanto una actividad tenga una repercusión más allá del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y, asimismo, el régimen de protección ambiental supere una única Comunidad Autónoma, la ordenación de los recursos naturales y el establecimiento del régimen de protección corresponderán al Estado. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional (Sentencias 329/1993, 102/1995, 108/1996, 13/1998 y 194/2004).

Por tanto, el título competencial relativo a la protección del medio ambiente tampoco puede esgrimirse por parte de las Comunidades Autónomas para imponer una prohibición taxativa como la contenida en las Leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra. Sólo en casos plenamente justificados y que cuenten con la correspondiente normativa ya aprobada sería posible imponer tal prohibición (por ejemplo, un área natural concreta y específica, necesitada de protección y regulada en una norma u otro instrumento jurídico debidamente aprobado).

6.4 Las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad

Aunque el principio de proporcionalidad no se trate de un título competencial en sí mismo, lo cierto es que actúa como un modulador de la actividad legislativa y un límite al ejercicio de competencias por las distintas Administraciones.

Este principio exige que exista una adecuación entre la medida impuesta y el fin perseguido, de tal forma que resulte idónea para alcanzarlo.

Además, exige que el legislador escoja el medio que resulte en una menor intervención en la actividad económica de los particulares.

El Tribunal Constitucional ha declarado contrarias a la Constitución varias normas por no respetar el principio de proporcionalidad (Sentencias 75/1983, 66/1991 y 66/1995), pues tales normas no eran adecuadas, necesarias ni, en definitiva, proporcionadas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha venido reconociendo la necesidad de atender a este principio (Sentencias de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, C-100/01; de 16 de octubre de 2008, Renneberg, C-527/06; de 11 de junio de 2009, Passanheim-van Schoot, C-155/08 y C-157/08; de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, C-169/08; y de 11 de marzo de 2010, Attanasio, C-384/2008).

En tanto, como ya hemos señalado, la prohibición de una actividad es la medida más restrictiva que puede aprobarse, las Leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra podrían no cumplir con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. En ese sentido, podría argumentarse que existen medios menos restrictivos que una prohibición absoluta para controlar las actividades de exploración y producción de hidrocarburos a partir del uso del *fracking*, que garanticen un suficiente control y la implementación de medios de prevención y minimización de impactos.

Sin duda, esto guarda relación directa con lo que se ha expuesto acerca de la protección del medio ambiente. Así, si la normativa medioambiental de aplicación contempla un régimen de obtención de permisos administrativos y la imposición de controles y un plan de actuación ante cualquier incidencia (y ello se complementa con lo dispuesto en la propia LSH al respecto de las garantías a depositar por parte de los titulares de permisos de investigación y concesiones de explotación y la necesidad de presentar para su aprobación un plan de restauración al finalizarse las labores,) podría llegarse a la conclusión de que se trata de medidas suficientes y proporcionadas, para evitar riesgos para el medio natural, sin necesidad de llegar a imponer prohibiciones en el sentido de esas Leyes autonómicas.

7. Conclusión: el reparto de competencias en materia de hidrocarburos y otros títulos competenciales

A la vista de cuanto se lleva expuesto, puede señalarse que los fundamentos constitucionales relativos al reparto de competencias sobre las materias que tienen incidencia en las actividades de exploración y producción de hidrocarburos se decantan, principalmente, del lado del Estado, esto es, las Cortes Generales y la Administración central.

Los títulos competenciales esgrimidos por las Comunidades Autónomas de Cantabria, La Rioja y Navarra para aprobar las Leyes prohibiendo el uso del *fracking* (urbanismo y ordenación del territorio, protección del medio natural y régimen energético y minero) no parecen, a priori, suficientes para justificar tales prohibiciones.

Si a ello añadimos las recientes modificaciones de la LSH para regular expresamente la técnica del *fracking* (y sin olvidarse del carácter de normativa básica que tiene la LSH), esto supone un argumento adicional de peso que, sin duda, el Estado empleará en la defensa de los recursos de inconstitucionalidad que ha interpuesto ante el Tribunal Constitucional contra esas Leyes.

Si el Tribunal Constitucional acaba dando la razón al Estado, tendrá que declarar que tales Leyes son inconstitucionales por una extralimitación en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas esas Comunidades Autónomas.

Cabe concluir preguntándonos por el futuro de las actividades de exploración y producción de hidrocarburos no convencionales en España. La respuesta es difícil, tanto por cuestiones que escapan del contexto eminentemente jurídico (tendencia de los precios en los mercados internacionales, existencia de yacimientos en condiciones de ser explotados, etc.), como por otras de marcado carácter jurídico. No olvidemos que deberemos esperar varios años hasta que el Tribunal Constitucional resuelva los recursos de inconstitucionalidad contra esas Leyes prohibiendo el *fracking*, pero, aunque tales Leyes hayan quedado en suspenso mientras el Tribunal Constitucional tramita los recursos, ¿qué empresas están dispuestas a solicitar títulos habilitantes y empezar los trabajos de investigación en esas Comunidades Autónomas hasta, cuando menos, el momento en que se fallen dichos recursos? 