DOCUMENTO FUNSEAM

005-2015

LA REGULACIÓN DEL GAS NO CONVENCIONAL ("FRACKING") EN ESPAÑA

Realizado por Marina Serrano González Of Counsel Pérez-Llorca
Abogado del Estado (exc.) Ex Consejera CNE

INFORME ESTRATÉGICO DE LA FUNDACIÓN PARA LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL
Junio de 2015

FUNSEAM - FUNDACIÓN PARA LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL

C\Baldiri Reixac 4, torre I, planta 7, 08028, Barcelona

Tel. 34 - 93 403 37 66

www.funseam.com

TABLA DE CONTENIDO

1. El artículo 9.5 de la LSH 4

2. Declaración de Impacto Ambiental 6

3. Sentencias del Tribunal Constitucional sobre las leyes "*antifracking*" de determinadas Comunidades Autónomas. 10

4. Actuaciones de Otras Comunidades Autónomas 17

5. . Unión Europea 21

6. Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos. 24

7. Consideración final 31

LA REGULACIÓN DEL GAS NO CONVENCIONAL ("FRACKING") EN ESPAÑA

En nuestro ordenamiento jurídico se ha recogido por primera vez el uso de las técnicas de fracturación hidráulica en la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.

Hasta esta fecha el régimen jurídico aplicable al gas no convencional era el previsto de forma general para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, con independencia de las técnicas utilizadas para la realización de las citadas actividades. La distinción entre gas convencional y no convencional carecía de relevancia jurídica, no contemplándose especialidad procedimental alguna.

La Ley 17/2013 modifica con este objetivo dos normas (una sustantiva y otra ambiental), a saber, la ley 34/1998, de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH, en adelante) y el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de Evaluación Ambiental de Proyectos.

En la Exposición de Motivos de la Ley 17/2013, se recogen las razones de esta iniciativa legislativa. Tras constatar que los recursos de hidrocarburos no convencionales despiertan un notable interés por su contribución al autoabastecimiento energético de los países que los explotan y por el desarrollo económico que implican, pero que, sin embargo, su explotación preocupa a la sociedad por su posible impacto ambiental, se pretende, por un lado, clarificar los aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español, para lo que se reconoce su carácter básico. Por otra parte, con el objeto de evaluar los impactos sobre el medio ambiente de los proyectos que requieren la utilización de técnicas de fracturación hidráulica, se incluye la obligación de someterlos al procedimiento previsto en la Sección 1ª del Capítulo II del texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero.

En consecuencia, la utilización de las técnicas de fracturación hidráulica se inserta en nuestro ordenamiento jurídico con una doble vía que comprende la inclusión de su régimen jurídico

sustantivo en el ámbito de la LSH y, al mismo tiempo, la exigencia del mecanismo máximo de protección medioambiental previsto en nuestro sistema jurídico, como es el sometimiento a Declaración de Impacto Ambiental.

1. El artículo 9.5 de la LSH

Para la inclusión de las técnicas de fracturación hidráulica en la LSH, el legislador acude al capítulo I del Título II que contiene las Disposiciones Generales aplicables a la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos; y en concreto, al artículo 9, cuyo epígrafe es "Régimen jurídico de las actividades".

El artículo 9 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 explotación.

También se contempla en este precepto, 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 sistemático, la Ley 17/2013 añade un párrafo 5 al artículo 9 de la LSH del siguiente tenor:

"En el desarrollo de los trabajos a ejecutar en el marco de los títulos señalados en este artículo 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."

El análisis del precepto merece las siguientes consideraciones:

- Se admite de forma expresa la utilización de los métodos que se enumeran en el precepto en el desarrollo de los trabajos a ejecutar bajo los tres tipos de títulos habilitantes recogidos en el artículo 9. Por tanto, se admite su uso en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

- Se recoge de forma expresa la aplicación en los trabajos de métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, la perforación de sondeos verticales o desviados con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, y se cita (abriendo la puerta a la consideración de otras posibles técnicas no recogidas de forma expresa, al incluir la mención "entre ellas") a la técnica de estimulación de fracturación hidráulica, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria. Se trata, en definitiva, de dar soporte legal a métodos fruto de la innovación tecnológica aplicable a los trabajos en materia de exploración y explotación de hidrocarburos.
- Concluye el precepto con la admisión genérica de cualquier otro método aéreo, marino o terrestre, con la indicación de que resulte necesario para su objeto. Deberá, por tanto, acreditarse, para la admisión de técnicas o métodos no recogidos de forma expresa en el artículo 9.5, que su utilización resulta necesaria para los trabajos de la exploración, investigación o explotación de que se trate.

Por todo ello, se configura la fracturación hidráulica 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.

La solicitud para su empleo 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. Deberá incluirse la descripción de las técnicas de fracturación hidráulica a utilizar en los programas de trabajo de las solicitudes correspondientes[1] .

La Administración competente será aquella a la que competa el otorgamiento del título de que se trate. Por consiguiente, corresponderá a la Administración General del Estado (Ministerio de Industria, Energía y Turismo) cuando las técnicas de fracturación hidráulica se empleen en los trabajos propios de una autorización de exploración o permiso de investigación que afecte al ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma, en zonas del subsuelo marino así como cuando su ámbito comprenda a la vez zonas terrestres y del subsuelo marino. Las restantes autorizaciones de exploración y permisos de investigación corresponden a la Comunidad Autónoma en la que radiquen los terrenos.

[1] Ver Artículo 14.2 LSH (autorizaciones de exploración), artículo 16.2 LSH (permisos de investigación) y artículo 25.1 (concesiones de explotación

Las concesiones de explotación de hidrocarburos son, en todo caso, competencia de la Administración General del Estado[2].

2. Declaración de Impacto Ambiental

La Ley 17/2013, como hemos indicado, al incluir las técnicas de fracturación hidráulica en nuestro ordenamiento jurídico tuvo en consideración la preocupación medioambiental existente y abordó su control ambiental.

Para ello, al mismo tiempo que modificaba la LSH, incluyó un nuevo párrafo e) al Anexo I, Grupo 2 del TR de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, con la siguiente redacción:

"e) 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".

La inclusión de un proyecto en el Anexo implica que los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta Ley[3].

Por tanto, para la autorización de los proyectos que utilicen técnicas de fracturación hidráulica es exigible, desde 2013, una previa declaración de impacto ambiental favorable. Hasta entonces no era 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 realizarse esta modificación legal, los proyectos de *fracking*, quedarían 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 Ambiental.

[2] Artículo 3.2 a) y b) LSH
[3] Artículo 3 del TR de la ley de Evaluación Ambiental de proyectos, aprobado por RD legislativo 1/2008, del 11 de enero.

Esta modificación, en consecuencia, no atiende al nivel de producción sino a la técnica utilizada. Siempre que para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos se utilicen técnicas de *fracking*, es exigible la Declaración Ambiental favorable.

El TR de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, ha sido derogado y sustituido por la 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

La Ley 21/2013 (LEA, en adelante) 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 adaptación de ambas regulaciones. Incorpora también las mejoras técnicas fruto de la experiencia adquirida en los veinticinco años de aplicación en España para convertirla en una herramienta útil para asegurar la sostenibilidad del desarrollo económico. 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.

Resulta destacable que la LEA diseña 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.

El Anexo I de la LEA recoge la lista de proyectos sometidos a evaluación ambiental ordinaria.

Incluye entre los proyectos sometidos a evaluación ambiental ordinaria del Anexo I, Grupo 2, Industria Extractiva, letra d):

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

Al igual que en el TR aprobado por RDL 1/2008, la utilización de técnicas de fracturación hidráulica, con independencia de que se trate de trabajos de exploración, investigación o explotación, y sin otros requisitos, exige la tramitación del procedimiento de evaluación ambiental ordinaria.

Asimismo la LEA amplia el ámbito de aplicación en cuanto considera también a las perforaciones para almacenamientos de CO2, de gas y la geotermia de media y alta entalpía, que utilicen técnicas de *fracking*.

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*.

Conviene en este punto recordar alguno de los elementos del régimen jurídico de las Declaraciones de Impacto Ambiental.

La LEA distingue entre "órgano sustantivo" y "órgano ambiental", siendo el primero el que tiene la competencia para autorizar el proyecto y el segundo el que realiza el análisis técnico de los expedientes de evaluación ambiental y formula la Declaración de Impacto Ambiental. La competencia para autorizar un proyecto determina el órgano ambiental competente, de tal modo que si la Administración General del Estado es la competente para la autorización del proyecto de que se trate, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente será el competente para su evaluación ambiental[4].

Si la competencia radica en una Comunidad Autónoma, como es el caso de las autorizaciones de exploración y permisos de investigación que utilicen técnicas de fracturación hidráulica, y que se desarrollan en el territorio de una sola Comunidad Autónoma, el órgano ambiental será el órgano que determine la legislación de esa Comunidad Autónoma[5].

[4] Artículo 11 LEA
[5] Artículo 11.2 LEA

Debe recordarse asimismo que carecerán de validez los actos de autorización de proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley no se hayan sometido a evaluación ambiental, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder[6]. Asimismo la LEA prevé que la falta de emisión de la declaración de impacto ambiental en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso, podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable[7].

La LEA prevé, con carácter previo al inicio del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinario, de forma potestativa para el promotor, la solicitud de que el órgano ambiental elabore un "documento de alcance del estudio de impacto ambiental"[8].

En el procedimiento ordinario, el promotor deberá 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 ambiental[9].

El proyecto y el estudio de impacto ambiental son sometidos a información pública por un periodo de treinta días, previo anuncio en el BOE o en el diario oficial que corresponda, así como de forma simultánea a consulta de las Administraciones Públicas afectadas y las personas interesadas. 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[10].

---

[6] Artículo 9.1 LEA
[7] Artículo 10 LEA
[8] Artículos 33 y 34 LEA
[9] Artículo 35 LEA. EL Anexo VI de la LEA desarrolla la información que constituye el contenido mínimo del estudio de impacto ambiental.
[10] Artículo 37.2 LEA

Una vez finalizado el análisis técnico, el órgano ambiental formulará la declaración de impacto ambiental, en la que deberán incluirse 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 determinante"[11]. Debe determinar si procede o no, a los efectos ambientales, la realización del proyecto y, en su 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[12], sin perjuicio de los que procedan en vía administrativa y judicial frente al acto por el que se autoriza el proyecto.

Tiene una vigencia de cuatro años desde su publicación en el BOE o diario oficial correspondiente, por lo cual la Declaración de Impacto Ambiental cesará en la producción de sus efectos si no hubiera comenzado la ejecución del proyecto o actividad en ese plazo, salvo que se haya solicitado su prórroga[13].

3. Sentencias del Tribunal Constitucional sobre las leyes "*antifracking*" de determinadas Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas de Cantabria[14], La Rioja[15] y Navarra[16] aprobaron leyes por las que prohibían el uso de la técnica de fracturación hidráulica en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Estas leyes consideraban aplicable la prohibición a todos los títulos concedidos o en

[11] Artículo 41.2 LEA
[12] Artículo 9.4 LEA
[13] Artículo 43 LEA
[14] 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.
[15] 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.
[16] 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.

tramitación y ordenaban la paralización de las actividades ya iniciadas. El empleo de la técnica se tipifica como una infracción administrativa, de naturaleza urbanística, en las leyes cántabra y navarra, y de carácter medioambiental en la ley de La Rioja.

Se fundamenta la prohibición cántabra en el "principio de precaución" muy utilizado en derecho medioambiental. En virtud del principio de precaución, cuando un daño incierto, según el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible al medio ambiente, las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por la puesta en marcha de procedimientos de evaluación de riesgos y la adopción de medidas proporcionales y proporcionadas para evitar el daño.

Con esta justificación, la ley cántabra prohíbe la utilización de la técnica de fracturación hidráulica en Cantabria dado que la fractura hidráulica "plantea en la actualidad interrogantes tanto desde el punto de vista de la salud como desde la perspectiva de la protección medioambiental, fundamentalmente por la posibilidad de que, con la utilización de esta técnica, pueda producirse contaminación en los acuíferos subterráneos dada la inyección de productos tóxicos y contaminantes, que resultan necesarios para la utilización de esta técnica"[17].

La Ley de La Rioja, en su Exposición de Motivos, cita los principios de acción preventiva y cautela, recogidos en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), considerando que pueden adoptarse medidas, en aras de la reducción de los riesgos ambientales, sin necesidad de que exista una plena certeza científica, que determine el riesgo en cuestión. Al existir importantes interrogantes sobre el uso de la fractura hidráulica y los riesgos para las personas y el medio ambiente, la ley opta por la prohibición de su utilización en tanto no exista evidencia científica que determine con exactitud la existencia o no de consecuencias medioambientales.

Desde el punto de vista competencial, las Comunidades Autónomas que prohíben el *fracking* invocan sus competencias exclusivas en materia: de ordenación del territorio y del litoral, 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.

[17] Preámbulo Ley cántabra, citado por la sentencia del Tribunal Constitucional 106/2014, de 24 de junio.

Las leyes de prohibición absoluta del *fracking* fueron recurridas por el Gobierno al considerarlas contrarias al orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En concreto, el Gobierno impugna las leyes alegando el carácter básico de la ley estatal, por lo que las leyes autonómicas citadas vulnerarían los títulos competenciales exclusivos a favor del Estado recogidos en los artículos 149.1. 13 de la Constitución Española (CE, en adelante) relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y en el artículo 149.25 CE, relativo a las bases de régimen minero y energético.

Además el Estado invoca los artículos 128.1 CE ("Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general ") y el 130.1 CE ("los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos…."), que considera igualmente vulnerados.

El Tribunal Constitucional ha dictado las sentencias siguientes: STC 106/2014, de 24 de junio de 2014, (Cantabria), STC 134/2014, de 22 de julio de 2014 (La Rioja) y STC 208/2014, de 15 de diciembre de 2014 (Navarra), en las que estima los recursos de inconstitucionalidad y declara la nulidad de las leyes autonómicas citadas.

Antes de entrar a examinar los razonamientos jurídicos de las sentencias, debe reseñarse que el Tribunal Constitucional reconoce que la técnica de fracturación hidráulica ha suscitado un importante debate técnico y social por el riesgo medioambiental que se entiende asociado a la misma, a nivel nacional e internacional, en el que se ponen de manifiesto las ventajas e inconvenientes de su utilización. Y a continuación dice textualmente:

"No corresponde a este Tribunal tomar postura sobre un tema de tan debatido alcance, sino únicamente dictaminar si la ley impugnada ha incurrido o no en inconstitucionalidad, por extralimitación –alegada por el Gobierno- de sus competencias en la materia"[18]

Centra el Tribunal Constitucional, por tanto, los términos de su juicio, que se ciñe a la constitucionalidad de las normas autonómicas y por tanto, si Cantabria, La Rioja y Navarra se han extralimitado en el uso de sus competencias al aprobar leyes "*antifracking*".

[18] Fundamento Jurídico 2 de la STC 106/2014.

En relación con el "principio de precaución", en el que se fundamenta la prohibición, y la normativa europea aplicable al respecto, el Tribunal recoge dos consideraciones de interés. En primer lugar constata que no existe ninguna norma comunitaria que prohíba la explotación del gas no convencional mediante la técnica del *fracking*. Y a continuación que la Unión Europea (en adelante, UE) reconoce la prerrogativa exclusiva de los Estados Miembros de explotar sus recursos energéticos y, por tanto, su competencia para decidir acerca del empleo de la técnica, si bien la UE advierte sobre la importancia de garantizar la protección del medio ambiente en su empleo.

Entrando en la cuestión central de la controversia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Alto Tribunal considera que se encuadra en el ámbito material de **la energía**, no obstante la incidencia que los recursos mineros y gasísticos y su explotación tienen en otras materias, en especial la protección del medio ambiente.

Por ello, afirma el Tribunal Constitucional de forma textual que, **el título competencial prevalente es el relativo a la energía**, en tanto que la fractura hidráulica es una técnica de investigación, exploración y explotación de gas no convencional.[19]

Por consiguiente, si la controversia se refiere a la energía hay que acudir a la distribución de competencias que la CE realiza sobre esta materia.

El Estado tiene competencia exclusiva para dictar las bases de régimen minero y energético, mientras que las Comunidades Autónomas tienen las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en esta materia. En términos del propio Tribunal Constitucional "corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de éste el subsector gasístico, mediante la aprobación de la legislación básica; y a las Comunidades Autónomas corresponden las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado"[20].

[19] En sentido técnico estricto la fractura hidráulica es una técnica de estimulación de almacenes (convencionales y no convencionales) con baja permeabilidad y/o porosidad, que se aplica tanto para la extracción de gas como la de petróleo, además de para otros usos industriales como geotermia.

[20] SSTC 135/2012, FJ 2, y 8/2013, FJ 3, citadas en el FJ 4 de la STC 106/2014.

El Estado ha regulado el régimen jurídico del *fracking*, como hemos visto al inicio, mediante la Ley 17/2013, de 29 de octubre[21], con el carácter de básico. Debe, por tanto, examinar el TC si el régimen jurídico de la fractura hidráulica cumple los requisitos de ser formal y materialmente básico. Si lo fuera estaríamos ante el ejercicio legítimo de la competencia estatal ex artículos 149.1.13 y 149.125 CE, lo que implicaría que las leyes autonómicas solo serían constitucionales si fueran compatibles con la ley estatal. Por el contrario, no lo serían si entrasen en contradicción insalvable con la normativa básica estatal.

La doctrina del Tribunal Constitucional, para la inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto (que es la que nos ocupa), viene reiteradamente exigiendo la concurrencia de dos circunstancias:

- Que la norma estatal infringida sea, en el **doble sentido material y formal**, una norma básica, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título que la Constitución haya reservado al Estado.
- Que la **contradicción** entre ambas normas, estatal y autonómica, sea **efectiva** e **insalvable** por vía interpretativa.

En relación con el primero de los requisitos, el TC concluye que la normativa estatal reseñada es básica **en sentido formal**, pues se aprueba mediante una ley (Ley 17/2013), que expresamente le atribuye este carácter, en su disposición final cuarta.

En cuanto al **sentido material**, debe recordarse que las bases o la legislación básica son el "común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias"[22]. Se trata del marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, a partir del cual podrá "cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto"[23].

Desde este punto de vista, como cita su propia exposición de motivos (se regula para garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español), la ley 17/2013, que introduce el apartado 5 en el artículo 9 LSH, ha de considerarse materialmente de carácter básico por cuanto "constituye un

[21] Disposiciones Finales Segunda y Tercera.
[22] STC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 3.
[23] STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 16.

marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional, referido al empleo de una técnica habitual en la industria para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional."[24]. Al fijar el Estado, con carácter básico, unos criterios uniformes en cuanto a las técnicas que pueden ser utilizadas trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas.

Asimismo, y en aplicación de la teoría del interés, el TC considera que el interés que lleva consigo el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales por su contribución al abastecimiento energético justifica igualmente su carácter básico, ya que no puede olvidarse que la **garantía del suministro energético tiene inequívocamente carácter básico[25].**

Por otra parte, la Ley 17/2013 al regular los requerimientos medioambientales que deben cumplir los trabajos de fracturación hidráulica, exigiendo la previa declaración de impacto ambiental favorable, reúne igualmente, a juicio del TC, la condición de "básica en sentido material" al derivar de la competencia exclusiva del Estado para dictar la legislación básica en materia de protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas para establecer normas adicionales de protección (art.149.1.23 CE). Con la exigencia legal de esa previa declaración de impacto ambiental favorable para la autorización de los proyectos, la regulación estatal, de manera transversal, cumple una función de ordenación mediante mínimos, que deberá ser respetada en todo caso, y sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan establecer niveles de protección más altos.

Respecto al segundo de los requisitos, esto es, que la ley autonómica resulte contradictoria de un modo insalvable con la normativa básica estatal, concluye el TC que al contener una prohibición **absoluta e incondicionada** de la técnica de la fractura hidráulica en el territorio de Cantabria contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en el artículo 9.5 LSH. El legislador autonómico no se ha limitado a establecer las peculiaridades que estime convenientes dentro de su marco competencial con respeto a las bases establecidas por el Estado, sino que ha prohibido radicalmente el uso de la técnica. Por ello, vulnera la competencia estatal al entrar en conflicto con la eficacia de la legislación básica.

[24] STC 106/2014, FJ 6 c).
[25] STC 18/2011, de 3 de marzo, citada en el FJ 6 c).

Además la prohibición no puede considerarse como una norma adicional de protección en materia medioambiental, conforme a la doctrina constitucional al respecto[26], que pueda dictar la Comunidad Autónoma de Cantabria al amparo de su competencia de desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado.

A este respecto, debe señalarse que la Ley 17/2013 estableció, igualmente con carácter básico, la exigencia de una previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar los proyectos que requieran la utilización de la técnica del *fracking*. Es en este procedimiento de evaluación ambiental (con periodo de información pública, consultas a Administraciones públicas afectadas y a personas interesadas…) donde se hará efectivo el "principio de precaución", de tal modo que se denegará la autorización del proyecto si el resultado de la evaluación de impacto ambiental es negativo. La Comunidad Autónoma puede imponer, como hemos indicado, cargas adicionales de protección del medio ambiente, requisitos no previstos por la legislación estatal, e incluso la limitación de actividades en determinados casos concretos, pero no la prohibición con carácter general[27]. Reitera el TC que *"la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma"*[28].

Concluye la sentencia que, ante la radical e insalvable contradicción entre la normativa básica estatal y el precepto autonómico impugnado, debe declararse que los preceptos de la ley cántabra son inconstitucionales y nulos, por invadir la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en materia de régimen minero y energético (art. 149.1.25 CE), así como en materia de ordenación general de la economía (art.149.1.13 CE) y de protección del medio ambiente (art. 149.123 CE).

Recuerda el Tribunal, como viene señalando reiteradamente, que la competencia "exclusiva" en materia de ordenación del territorio y urbanismo de las Comunidades Autónomas no autoriza a desconocer las competencias que, con el mismo carácter de exclusivas, vienen reservadas al Estado. Por ello, no pueden prevalecer sobre las normas que el Estado ha dictado autorizando el empleo de la fractura hidráulica.

[26] SSTC 170/1989, FJ 2; 102/1995, FFJJ 8y 9; 33/2005, FJ 6; y 69/2013, FJ 1.
[27] STC 64/1982, FJ 6.
[28] FJ 8 STC 106/2014.

Formulan a la sentencia voto particular tres magistrados[29], que comparten el fallo de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley Cántabra, aunque disienten parcialmente de la fundamentación jurídica de la misma.

4. Actuaciones de Otras Comunidades Autónomas

Además de las leyes autonómicas de Cantabria, La Rioja y Navarra, declaradas inconstitucionales como acabamos de examinar, diversas Comunidades Autónomas han adoptado iniciativas en relación con el *fracking* a través de distintos instrumentos, normativos, en unos casos y en otros a través de proposiciones no de ley y mociones en los Parlamentos autonómicos.

Cataluña ha incluido una disposición sobre la fracturación hidráulica en su Ley de Urbanismo, en la que matiza la prohibición del *fracking.*

Así, Cataluña optó por modificar el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo[30] y no permitir el uso del *Fracking* en la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable cuando ello pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalitat.

Esta disposición fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, y en aplicación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, esta norma fue suspendida por un plazo de 5 meses tras haberse presentado recurso por el Gobierno. El Pleno del Tribunal Constitucional acordó el pasado 17 de marzo del 2015 levantar la suspensión.[31]

Habrá que esperar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si la ley catalana impugnada contiene una prohibición total o no del *Fracking*.

---

[29] El voto particular ha sido formulado por la Magistrada Dña. Adela Asua Batarrita y los Magistrados D. Fernando Valdés Dal-Re y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

[30] Artículo 167 de la ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, que añade un apartado 10 al artículo 47del TR de la Ley de Urbanismo, aprobada por el RD Legislativo 1/2010, de 3 de agosto.

[31] Auto de 17 de marzo, dictado en el recurso de inconstitucionalidad n° 6513-2014., publicado en el BOE el pasado 27 de marzo de 2015.

Asimismo debe citarse en relación con la comunidad autónoma de Cataluña, que ha sido aprobada la reciente Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas de Cataluña[32], en donde se somete a procedimiento de evaluación de impacto y de autorización ambiental a los proyectos de exploración o investigación en donde sea requerido el uso del *Fracking*.

Con rango de ley autonómica se ha aprobado muy recientemente por el Parlamento Vasco la Ley 6/2015, de 30 de junio, *de medidas adicionales de protección ambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fracturación hidráulica o "fracking".*[33]

Esta Ley, que tiene como origen una iniciativa legislativa popular, tiene por objeto, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco, establecer medidas adicionales de protección medioambiental para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos[34].

Por tanto, el título competencial sobre el que se legisla, a diferencia de las leyes antes citadas y examinadas por el Tribunal Constitucional, es la facultad de las Comunidades Autónomas para dictar normas adicionales de protección ambiental recogida en el artículo 149.1.23 CE[35] y en el marco de competencias recogidas en el Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Se definen en la ley 6/2015 los conceptos de recursos no convencionales[36] y la fractura hidráulica o *fracking*, considerándose esta última como "aquella técnica de extracción de hidrocarburos consistente en fracturar hidráulicamente un estrato rocoso, introduciendo, a gran presión, un fluido de fractura de baja fricción al que se añaden una serie de agentes químicos".

---

[32] Publicada en el DOGC el 13 de marzo de 2015.
[33] Publicada en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco n° 128, de 9 de julio de 2015.
[34] Artículo 1 de esta Ley.
[35] El artículo 149.1.23 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la "legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección". El artículo 148.1.9 CE establece que la Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre la gestión en materia de protección del medio ambiente.
[36] Artículo 2.1: "Los hidrocarburos líquidos o gaseosos que estuvieran atrapados en la roca-madre y cuya permeabilidad sea inferior a 1 milidarcy; los hidrocarburos gaseosos que estuvieran atrapados en vetas de carbón o de hulla y que no saldrían sin la acción humana y los hidratos de metano enterados en el mar".

Se exige una Evaluación medioambiental estratégica para cualquier plan, programa o estrategia sectorial que contemple la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos, y señala específicamente la Ley, también para la estrategia energética vasca[37].

La Ley 6/2015 modifica la Ley del Suelo y Urbanismo[38] en el sentido de no permitir el uso del *fracking* en terrenos clasificados como suelo no urbanizable 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. La redacción de este precepto es muy similar a la ley catalana de urbanismo, que se encuentra recurrida de inconstitucionalidad.

Asimismo modifica la Ley vasca de Aguas[39], prohibiendo el uso de la técnica de 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 Vasca.

La Ley recoge que las autoridades y funcionarios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco velarán por el respeto y cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley y adoptarán, dentro de sus respectivas competencias, las medidas oportunas para la paralización de las actividades que se realizaran contraviniendo lo dispuesto en ella, así como la reposición de la situación alterada a su estado originario.

La modificación de la Ley del Suelo y Urbanismo es aplicable a los permisos ya concedidos o en tramitación en el territorio de la Comunidad Autónoma Vasca[40], así como también la exigencia de evaluación medioambiental estratégica que se aplicará a los planes, programas y estrategias en vigor aprobados definitivamente con posterioridad al 21 de julio de 2006[41].

Existen otras iniciativas en diferentes Comunidades Autónomas, con distinta naturaleza jurídica y eficacia, que aún no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico autonómico respectivo.

---

[37] Artículo 4.
[38] Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, a la que incorpora un nuevo punto 7 a su artículo 28.
[39] Ley 1/2006, de 23 de junio, a la que añade un nuevo párrafo a su artículo 29.1.
[40] Disposición Transitoria Primera.
[41] Disposición Transitoria Segunda.

Así se puede citar la proposición de ley tomada en consideración por el Pleno del Parlamento de Andalucía el 10 de diciembre de 2014[42], por la que se regula la utilización de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La toma en consideración implica el inicio de su tramitación parlamentaria hasta su aprobación final como Ley[43]. Se establecía en la misma, como medida preventiva y en base al principio de precaución, una moratoria de dos años en la aplicación de la fracturación hidráulica como técnica de investigación, exploración y extracción del gas de esquisto o convencional. Este plazo podría ser prorrogado hasta tanto no existan estudios científicos que determinen, con el máximo nivel de certeza que la utilización de esta técnica no tiene afección negativa para las personas, las aguas y el medio ambiente en general.

El Parlamento de Galicia aprobó, el 21 de febrero de 2013, una Proposición No de Ley por la que se insta a la Xunta de Galicia a acordar una moratoria para la utilización del *fracking* en Galicia mientras no se garantice la seguridad e inocuidad de esta técnica para el medio ambiente y las personas de acuerdo con la legislación básica que la desarrolle[44].

Las Cortes de Aragón aprobaron, en sesión plenaria, celebrada los días 23 y 24 de mayo de 2013, una moción relativa a política general de extracción energética en la Comunidad Autónoma de Aragón, con especial atención en el *fracking*, por la que se acuerda "dirigirse al Gobierno del Estado para que, en el marco de sus competencias, prohíba la utilización de la técnica de fractura hidráulica o *fracking* en la investigación y explotación de hidrocarburos o gases no convencionales en el conjunto del Estado hasta que no haya garantías para la seguridad de la salud humana y el medio ambiente avaladas por la Unión Europea". Asimismo se solicita al Gobierno del Estado que paralice un permiso de investigación ya concedido en el territorio de Aragón y que en los permisos de investigación que puedan autorizarse en la Comunidad Autónoma de Aragón, se excluya como

[42] Proposición de Ley 9-14/PPL-000003. Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm.586, IX Legislatura, 18 de diciembre de 2014.
[43] Su tramitación decayó por la disolución del parlamento andaluz y la convocatoria de elecciones.
[44] Nº expediente 09/PNC-000184. El acuerdo aprobado se encuentra publicado en el BOPG nº 46, de 22 de febrero de 2013. Con posterioridad, se presentó en el Parlamento de Galicia otra Proposición No de Ley (BOPG nº 342, 17-09-2014), por la que se instaba a la Xunta a no dictar resolución favorable y suspender los procedimientos de evaluación ambiental de proyectos de *fracking* hasta que no se desarrolle normativamente la Recomendación 2014/70/UE. Esta iniciativa fue rechazada por la Comisión de Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente y Servicios del Parlamento en su sesión de 6 de noviembre de 2014 (BOPG nº 370, de 7 de noviembre de 2014).

técnica minera la denominada fractura hidráulica, limitando la investigación para la evaluación del recurso a las técnicas utilizadas en la investigación de gas convencional hasta que la Unión Europea determine las condiciones técnicas que garanticen la protección, la salud y el medio ambiente[45].

5. Unión Europea

Tanto la legislación general como la legislación ambiental de la Unión Europea se aplican a las operaciones de exploración y producción de hidrocarburos en las que se utiliza el *fracking*. Por ello, existen múltiples disposiciones, desde diversos ámbitos, a las que debe ajustarse la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.

Así pueden citarse, entre otras, las Directivas sobre la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; sobre las disposiciones mínimas sobre la extracción de minerales por sondeos; sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos; también las relativas al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH); sobre aguas subterráneas, emisiones contaminantes, gases efecto invernadero, residuos de las industrias extractivas, evaluación de impacto ambiental, protección de la flora y la fauna.

Ahora bien, no existe un marco jurídico específico referido al *fracking*. El debate social generado por la utilización de estas técnicas y el establecimiento por los Estados Miembros de normativas de signo opuesto[46], ha llevado a la Comisión Europea, tras diversos informes del Parlamento Europeo[47], a la aprobación de la **Recomendación (2014/70/UE), de 22 de enero de 2014**, relativa a

[45] Moción núm. 43/13, publicada en el BOCA nº 153, VIII Legislatura.
[46] Puede citarse como ejemplo que Francia ha prohibido por ley la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (Ley 835/2011, de 13 de junio), mientras Polonia es abiertamente partidaria de su uso. El Gobierno alemán ha aprobado un proyecto de ley (1 de abril de 2015) para su remisión al Parlamento en el que se limita el uso del *fracking*, al admitir su uso únicamente cuando la responsabilidad por los riesgos pueda ser asumida y exista una evaluación concluyente, con intención de que entre en vigor la nueva ley el 1 de enero de 2016.
[47] Entre otros:
(i) "Repercusiones de la extracción de gas petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana", encargado por el Parlamento Europeo y presentado el 15 de junio de 2011; o (ii) *"Final report on unconventional gas in Europe"*, encargado por la Comisión Europea y presentado el 27 de enero de 2012. Véase también las Resoluciones del Parlamento Europeo de 21 de noviembre de 2012, así como la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo (COM 2014/23) sobre la

unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen[48].

La Recomendación parte de la premisa de que los Estados Miembros tienen derecho a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, siempre y cuando respeten la necesidad de preservar, proteger y mejorar la calidad del Medio Ambiente. Tiene por objeto establecer los principios mínimos necesarios para apoyar a los Estados Miembros que deseen realizar estas actividades, garantizando al mismo tiempo la preservación de la salud pública, el clima y el medio ambiente, el uso eficiente de los recursos y la información del público.

Los principios mínimos recogidos en la Recomendación, que deben aplicarse como base común para la exploración y producción de hidrocarburos mediante la fracturación hidráulica, se refieren a la planificación, la evaluación de las instalaciones, las autorizaciones, el comportamiento operativo y ambiental y la clausura, así como a la participación del público y difusión de la información.

Debe destacarse la importancia que la Recomendación concede a la **planificación estratégica y evaluación de impacto ambiental**. Así, antes de conceder una autorización, los Estados miembros deben preparar una evaluación ambiental estratégica para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud humana y el medio ambiente. De la misma manera, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que se realice una evaluación de impacto ambiental.

Se contempla, como elemento determinante para la selección de un emplazamiento la **Evaluación de Riesgos** del emplazamiento potencial, de la superficie circundante y del subsuelo, que deben realizar los operadores, determinando la Recomendación los criterios para su elaboración y su contenido. Solamente podría seleccionarse un emplazamiento si la evaluación de riesgos demuestra que la fracturación hidráulica no va a provocar un vertido directo de contaminantes a las aguas subterráneas ni va a causar daños a otras actividades que se realicen en las proximidades de la instalación.

Otro de los instrumentos que recoge la Recomendación es el **Estudio de Referencia**, en el cual el operador debe determinar el estado medioambiental del emplazamiento antes del inicio de las

exploración y producción de hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen.

[48] Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 8 de febrero de 2014.

operaciones de *fracking* en relación a determinados parámetros que indica la Recomendación como la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, la calidad del aire, la condición del suelo, la presencia de metano y otros componentes orgánicos volátiles en el agua, la sismicidad o la biodiversidad, entre otros. El objeto del Estudio de Referencia, que debe ser remitido a las autoridades competentes, es permitir el seguimiento periódico de la instalación y de la superficie circundante y del subsuelo que puedan verse afectados por las operaciones, mediante su comparación con los parámetros iniciales. Igualmente se prevé un estudio tras la clausura de cada instalación para comparar el estado medioambiental del emplazamiento al cierre en relación con el Estudio de Referencia previo al inicio de las actuaciones.

Además de los parámetros ambientales, los Estados miembros deben velar por que el operador realice el seguimiento de determinados parámetros operativos como la composición exacta del fluido de fracturación utilizado en cada pozo, el volumen de agua utilizado en cada pozo, la presión aplicada durante la fracturación de alto volumen, los fluidos que emergen a la superficie tras la fracturación hidráulica y las emisiones atmosféricas de metano, otros compuestos orgánicos volátiles y otros gases que puedan tener efectos nocivos para la salud humana y/o el medio ambiente.

Se recomienda que el operador proporcione una garantía financiera o equivalente que cubra las condiciones de la autorización y las responsabilidades potenciales por daños al medio ambiente, antes de dar comienzo a las operaciones.

Es destacable que la Recomendación incida en la transparencia, de esencial importancia cuando se trata de una materia que centra un intenso debate social, contemplando obligaciones relativas a la difusión de la información, tanto la que tiene que realizar el operador como la que corresponde a las autoridades competentes y el plazo en que deben ser publicadas.

Por último, se invita a los Estados miembros a aplicar los principios mínimos de la Recomendación y a informar a la Comisión Europea anualmente de las medidas adoptadas al respecto. La Comisión revisará la efectividad de la Recomendación a los dieciocho meses después de su publicación. A la vista de ello, decidirá si resulta necesario presentar propuestas legislativas con disposiciones jurídicamente vinculantes sobre la exploración y producción de hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen.

6. Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos[49].

Uno de los principales objetivos de la reciente modificación de la LSH, junto con la creación de un mercado mayorista organizado de gas, es la introducción de determinadas disposiciones, tributarias y no tributarias, relativas al régimen jurídico de la investigación y explotación de hidrocarburos.

El objetivo perseguido, según la Exposición de Motivos, es armonizar el riesgo comercial y las rentabilidades generadas, inherentes a la explotación de hidrocarburos con el interés general, de modo que las rentas económicas derivadas del descubrimiento de nuevos yacimientos reviertan también en el conjunto de la sociedad.

Los yacimientos de hidrocarburos del subsuelo español tienen la consideración de bienes de dominio público, cuyo aprovechamiento puede asignarse a personas físicas o jurídicas privadas conforme a un título administrativo concesional. Este régimen administrativo presenta, por tanto, sustanciales diferencias con otros sistemas de régimen de propiedad del subsuelo existente en los países de derecho anglosajón, en los que el propietario del suelo, lo es también de subsuelo y de todo lo que se encuentre en él. En estos sistemas no es necesario, por tanto, un título jurídico-administrativo como la concesión, con la consiguiente complejidad en su tramitación, sino que (sin perjuicio, por supuesto de las autorizaciones administrativas exigibles, de control técnico y medioambiental) se instrumentan a través de acuerdos privados con el propietario, con la ventaja de una mayor flexibilidad en su negociación, la determinación clara de la zona de explotación y el retorno inmediato de ventajas al propietario del terreno.

La Ley 8/2015 trata de paliar algunas lagunas existentes en nuestra regulación así como facilitar la explotación de hidrocarburos al incentivar la aceptación social de estas actuaciones, 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.

Para ello recoge las cuatro medidas siguientes:

[49] El nombre completo 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.

- Se crea el Impuesto sobre el valor de la extracción de gas, petróleo y condensados ("IVEGPC").
- Se modifica el canon de superficie relativo al citado dominio público.
- Se contemplan incentivos para las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en los que se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.
- Se regula el pago a los propietarios de los terrenos

1.- Impuesto sobre el valor de la extracción de gas, petróleo y condensados ("IVEGPC").

Se crea "como instrumento que persigue que parte de la riqueza derivada del aprovechamiento de los bienes de dominio público revierta a la sociedad, a la que en virtud de la Constitución y la ley le pertenecen dichos bienes"[50].

Se trata de un impuesto, de carácter directo y naturaleza real, que grava el valor de los productos del dominio público 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 nacional.

Constituye el hecho imponible del IVEGPC la extracción de gas, petróleo y condensados en las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos a las que hace referencia el Título II de la LSH. En consecuencia, será aplicable a las concesiones de explotación que utilicen tanto técnicas convencionales como no convencionales.

La base imponible del IVEGPC está constituida por el valor de extracción del gas, petróleo y condensados. Se entenderá por valor de extracción la suma del valor de los productos incluidos en el ámbito objetivo del impuesto que hayan sido extraídos durante el periodo impositivo una vez realizado el primer tratamiento de depuración y separación. El valor de extracción se calculará aplicando al precio de referencia, aprobado mediante orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, el volumen total de producto extraído.

[50] Exposición de Motivos (IV) de la Ley 8/2015.

El precio de referencia de cada producto será el resultado de calcular la media aritmética de los precios de los doce meses en cada periodo impositivo. Dichos precios mensuales se calcularán tomando como referencia la cotización de cada producto en los mercados más representativos.

La escala de gravamen del Impuesto aplicable a la extracción de gas[51] distingue de forma expresa según se trate de extracción en tierra convencional o no convencional, para atribuirle un tipo impositivo diferente, inferior para las explotaciones no convencionales, como se recoge a continuación:

Volumen extraído periodo impositivo	Tipo impositivo		
	Explotación marina	Explotación en tierra	
	Convencional	Convencional	No convencional
Hasta 32.850.000 m^3	1%	3%	1%
De 32.850.000 hasta 164.250.000 m^3	3%	4%	3%
Más de 164.250.000 m^3	4%	5%	4%

En este precepto de la ley (artículo 17.2), encontramos una definición legal de extracción no convencional a estos efectos, se entenderá *"aquélla que requiere la previa aplicación de técnicas de fracturación hidráulica de alto volumen, consistentes en la inyección en un pozo de 1.000 m3 o más de agua por fase de fracturación, o de 10.000 m3 o más de agua durante todo el proceso de fracturación".*

Por el contrario, la extracción convencional es definida como aquélla que se realiza mediante el uso de las restantes técnicas.

2.- Canon de superficie relativo al citado dominio público.

Según la regulación actual[52], 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 determinas 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

[51] Artículo 17.2 de la ley 8/2015.
[52] Hasta ahora estaba recogido en la Disposición Adicional Primera de la LSH, derogada por la ley 8/2015.

añade ahora, la ocupación de terrenos, subsuelo o fondos marinos, para la perforación de sondeos y la adquisición de datos sísmicos.

La Ley 8/2015 adecúa su estructura a la de cualquier tributo y ordena sus tarifas que pasan a ser cuatro. Se introduce la tarifa tercera por emplazamiento de sondeos en los permisos de investigación y en las concesiones de explotación y la cuarta por la adquisición de datos sísmicos en autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación.

Las nuevas tarifas (tercera y cuarta) afectarán a las actuaciones relativas al *fracking*, al tener por objeto actividades necesarias como son la perforación de sondeos de investigación y de explotación, así como también lo son la adquisición de datos sísmicos en permisos de investigación o concesiones de explotación.

Los cánones se devengarán cuando comiencen los trabajos destinados a la campaña sísmica o a la perforación del sondeo. La ley presume que, salvo prueba en contrario, se presumirán comenzados a la emisión del último de los actos de control municipal preceptivo[53].

En todo caso, la Ley determina que, a estos efectos, no tendrá la consideración de nuevo sondeo, y por tanto no estará sujeto al pago del canon:

- Cuando se perforen uno o varios sondeos nuevos en un emplazamiento terrestre donde se hubiese perforado un sondeo que hubiese devengado la correspondiente tasa durante los dos años anteriores.
- Cuando la perforación consista en una re-entrada en un sondeo previamente perforado para su reprofundización o perforación de nuevos sondeos desviados a partir de algún punto de la trayectoria del primero.
- Cuando los sondeos tengan una finalidad diferente a la de investigación o explotación, como es el caso de los sondeos de toma de testigos, de reinyección de flujos, de monitorización u otros.[54]

[53] Artículo 21.10 de la Ley 8/201 La ley define como emplazamiento terrestre *"la superficie del terreno, delimitada de forma claramente identificable, tanto en los proyectos técnicos como in-situ, mediante cierre que no permita el acceso del público en general, en la que se han realizado trabajos de acondicionamiento y construcción de obra civil para la posterior instalación de una torre de perforación y el restante equipamiento auxiliar y de apoyo, para la perforación de un sondeo y su posterior abandono temporal o definitivo."*

[54] El MINETUR en la Memoria del proyecto de ley estimaba unos ingresos por las nuevas figuras impositivas entre 11 y 320 millones de euros anuales.

3.- Incentivos para las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en los que se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

Bajo este epígrafe la Ley introduce la obligación de un compromiso social con las comunidades locales en las que se desarrollan tales actividades que permita un equilibrio adecuado entre la producción de hidrocarburos y las necesidades de tales comunidades[55].

Se pretende que los rendimientos derivados de las figuras tributarias arriba consideradas puedan revertir con especial intensidad en las Comunidades Autónomas y en los municipios donde se ubiquen tales actividades[56]. Para ello, determina el artículo 7 de la Ley 8/2014 que los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con las disponibilidades financieras existentes, establecerán dotaciones destinadas a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en cuyos territorios se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de yacimientos de hidrocarburos que constituyan el hecho imponible del IVEGPC y las tarifas tercera y cuarta del canon de superficie regulados en la presente Ley.

En este punto se introduce un marco para que las Administraciones Autonómicas y Locales más directamente afectadas por estas actividades, en cuanto sufren las afecciones negativas de su realización, puedan verse compensadas de alguna manera de los efectos adversos, participando en los resultados de la recaudación de las figuras impositivas que las gravan creadas por la ley 8/2015.

Ahora bien, debe señalarse, que la Ley 8/2015 crea la cobertura jurídica para incluir dotaciones 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, lo cual dista mucho de ser una participación cierta y reglada en los ingresos recaudados por el IVEGPC y el canon de superficie, además de quedar indeterminado absolutamente el porcentaje o parte de los ingresos de la recaudación que nutrirían las dotaciones.

El importe, la distribución y el régimen jurídico de las dotaciones deben regirse por la Ley de Subvenciones[57], según determina el artículo 7.

[55] Según indica la Exposición de Motivos de la Ley 8/2015.
[56] Según indica la Exposición de Motivos de la Ley 8/2015.
[57] Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones

4.- Pago a los propietarios de los terrenos.

Con el objetivo de tratar de compensar a los más afectados, en este caso a los propietarios de los terrenos suprayacentes, y permitirles que se beneficien de la extracción de hidrocarburos, la ley introduce, aquí con carácter plenamente cierto, la obligación a los titulares de las concesiones de explotación, de pagar una cantidad anual a los propietarios de los terrenos comprendidos dentro del perímetro de referencia, fijado de acuerdo con la LSH y demás normativa de aplicación.[58]

Se exceptúan de esta obligación a los titulares de concesiones de almacenamientos subterráneos.

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[59]. Para ello, en el procedimiento de otorgamiento deben determinarse los propietarios de los terrenos suprayacentes beneficiarios de este pago. Los datos relevantes de los propietarios serán suministrados por el órgano competente en materia de gestión catastral. Los propietarios tendrán la consideración de interesados en el procedimiento administrativo de otorgamiento de la concesión.

En consecuencia, la determinación de los propietarios y, la consiguiente obligación de pago, va a constituir, a partir de la ley 8/2015, uno de los requisitos necesarios para el otorgamiento de concesiones de explotación de hidrocarburos, con la naturaleza de condición de su otorgamiento. Los propietarios, además, al tener del carácter de interesados, podrán gozar de un papel activo en la tramitación del procedimiento otorgamiento de la concesión.

Es importante señalar, además, que el pago a los propietarios, que se configura como una obligación de derecho público, integrante de las condiciones de la concesión administrativa, y que es independiente de otras contraprestaciones que pueda obtener el propietario del terreno suprayacente, en virtud de negocios jurídicos privados que pueda alcanzar con el titular de la concesión en relación con la ocupación de terrenos, la instalación de equipos o infraestructuras u otros que puedan resultar necesarios para los trabajos de explotación.

El importe anual del pago a abonar a cada propietario se establece en el 1% de la cantidad de hidrocarburos extraído, mediante la aplicación de la formula recogida en el artículo 22.2 de la Ley,

---

[58] Conviene destacar que el artículo 9.6 de la LSH establece que *"todas las coordenadas geográficas que figuren en las correspondientes delimitaciones de permisos de investigación y de concesiones de explotación de hidrocarburos se definirán a partir del sistema geodésico de referencia oficial en España".*

[59] Véase Artículo 25.2 de la LSH.

que atiende a la superficie de la parcela titularidad del propietario en relación con el perímetro de referencia.

El cálculo de la cantidad de hidrocarburo extraída en el año natural se determinará con los mismos criterios que se establecen para la fijación de la base imponible del IVEGPC, en el artículo 15 de la Ley.

Además, los titulares de la concesión tendrán las siguientes obligaciones en relación con los propietarios de los terrenos:

- Dirigirse a los beneficiarios para solicitarles los datos relevantes para la efectividad del pago.
- Previamente deben informarles de forma individualizada, al menos, sobre el importe del pago a realizar, las bases de cálculo del importe que les corresponda de una forma transparente y fácilmente comprensible.
- Abonar al sujeto beneficiario antes del 1 de junio del año natural de referencia las cantidades correspondientes.

Las cantidades que no hubieran podido ser abonadas en el plazo correspondiente, se consignarán ante la Caja General de Depósitos, hasta su abono definitivo al propietario correspondiente o, en su caso, transferencia al Tesoro al extinguirse la concesión de explotación.

La Ley concede tal importancia a la obligación de pago a los propietarios que, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador que corresponda, el impago tendrá la consideración de incumplimiento de las condiciones de otorgamiento, con lo que podrá dar lugar a la extinción de la concesión.

La Ley recoge la posibilidad de los propietarios de renunciar a su derecho de cobro, notificándolo al Ministerio de Industria, Energía y Turismo[60].

En cuanto al régimen transitorio, los pagos a los propietarios únicamente serán aplicables a las concesiones que se otorguen a partir de la entrada en vigor de la ley 8/2015[61].

[60] Artículo 22.6 de la ley 8/2015.
[61] Disposición Transitoria Tercera de la ley 8/2015.

En relación con la entrada en vigor del conjunto de disposiciones examinadas, en este apartado debe indicarse que su entrada en vigor se difiere al 1 de enero de 2016, con la excepción de las relativas al canon de superficie[62].

Las referidas al mismo (Capítulo III del Título II) han entrado en vigor, como el resto de la ley, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 23 de mayo de 2015.

7. Consideración final

El *Fracking* constituye una técnica novedosa para la extracción de hidrocarburos que viene originando un intenso debate político, económico y social desde hace tiempo. Sin embargo, su incorporación al ordenamiento jurídico ha sido reciente.

En España se ha contemplado por primera vez el uso de las técnicas de fracturación hidráulica en la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.

Hasta esta fecha el régimen jurídico aplicable al gas no convencional era el previsto de forma general para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, con independencia de las técnicas utilizadas para la realización de las citadas actividades. La distinción entre gas convencional y no convencional carecía de relevancia jurídica, no contemplándose en las normas especialidad procedimental alguna.

La Ley 17/2013 da la cobertura jurídica para su uso al amparo de cualquiera de los títulos habilitantes en nuestro Derecho Administrativo en relación con la extracción de hidrocarburos, esto es, autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación.

Asimismo exige para su utilización el nivel más alto de protección ambiental, la Declaración de Impacto Ambiental ordinaria.

El debate social que provoca la facturación hidráulica ha llevado a que las diversas Administraciones, desde las Entidades Locales a las Comunidades Autónomas, hayan adoptado acuerdos o disposiciones normativas con objeto de prohibir o limitar su uso. La concurrencia de competencias diversas sobre esta materia de las diferentes Administraciones (planificación de la

[62] Disposición Final Octava.2 de la ley 8/2015.

actividad económica, bases del régimen minero y energético, medio ambiente, urbanismo, salud, etc.) ha conducido a que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado en el sentido de que nos encontramos ante una materia competencia exclusiva del Estado, que puede dictar la normativa de carácter básico en cuanto "constituye un marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional, referido al empleo de una técnica habitual en la industria para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional."[63]. Al fijar el Estado, con carácter básico, unos criterios uniformes en cuanto a las técnicas que pueden ser utilizadas trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas.

Ha recordado, en la sentencia analizada, el Tribunal Constitucional, que como ha venido señalando reiteradamente, la competencia "exclusiva" en materia de ordenación del territorio y urbanismo de las Comunidades Autónomas no autoriza a desconocer las competencias que, con el mismo carácter de exclusivas, vienen reservadas al Estado. Por ello, no pueden prevalecer sobre las normas que el Estado ha dictado autorizando el empleo de la fractura hidráulica.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la materia, ha recaído, sobre normas autonómicas (cántabra, navarra y de La Rioja) que tenían por objeto la prohibición absoluta del *fracking* y que, en consecuencia, suponían una contradicción de modo insalvable y radical con el artículo 9.5 de la LSH. No se habían limitado a establecer las peculiaridades respecto a la legislación básica estatal, requeridas por el interés de su respectiva Comunidad Autónoma, sino que prohibían las actividades de fracturación hidráulica de modo absoluto. Y ante ello el Tribunal Constitucional declara que "la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma".

Debemos esperar para conocer el criterio del Tribunal en la sentencia que recaiga sobre la ley catalana, cuya redacción es diferente, y hará que el Tribunal se pronuncie sobre si supone también una prohibición absoluta y radical del *Fracking*.

Las Comunidades Autónomas tienen competencias para dictar normas adicionales de protección ambiental, y será en el uso de estas competencias donde podrán incrementar los requisitos

[63] STC 106/2014, FJ 6 c).

medioambientales que estimen adecuados, con un mayor rigor que los establecidos por la normativa estatal, pero nunca prohibir la práctica del *Fracking* de modo absoluto.

El Derecho de la Unión Europea ha aprobado la Recomendación (2014/70/UE), 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. En ella, partiendo de que los Estados miembros tienen derecho a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, siempre y cuando respeten la necesidad de preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente, se establecen unos principios mínimos que los Estados miembros deberían tener en cuenta a la hora de aplicar o adaptar su normativa aplicable a las actividades en que interviene la fracturación hidráulica de alto volumen, con el objeto de garantizar al mismo tiempo la preservación de la salud pública, el clima y el medio ambiente, el uso eficiente de los recursos y la información al público.

La Comisión está siguiendo de cerca la aplicación de la Recomendación, comparando la situación de los Estados miembros, de conformidad con la información que éstos deben remitir a la Comisión y hacer pública. Se prevé la revisión de la efectividad de la Recomendación a los dieciocho meses de su publicación. Será entonces, a la vista de la evaluación realizada, cuando la Comisión decidirá si resulta necesario, o no, iniciar la tramitación de disposiciones legalmente vinculante para Estados miembros sobre el uso del *Fracking*.

Por último, se completa el análisis realizado con la reciente 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 se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

La Ley 8/2015 trata de mejorar la regulación de la explotación de hidrocarburos completándola con incentivos dirigidos a una mayor aceptación social de la extracción de hidrocarburos, posibilitando que reviertan sus resultados al conjunto de la sociedad y, en especial, a las Administraciones de las zonas afectadas y a los propietarios de los terrenos.

Para ello, en el ámbito tributario se crea el Impuesto sobre el valor de la extracción de gas, petróleo y condensados ("IVEGPC"), y se modifica el canon de superficie relativo al citado dominio público, ampliándolo a dos nuevas tarifas (tercera y cuarta) relativas a la perforación de sondeos y a la adquisición de datos sísmicos.

En relación con los ingresos procedentes de las nuevas figuras impositivas, se recoge la posibilidad de incluir dotaciones a favor de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en las que se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, que deberán articularse en la ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año, sujetas a las disponibilidades financieras existentes. El régimen de estas dotaciones (importe, distribución y demás aspectos) se somete a la legislación general sobre subvenciones.

Por último, y como novedad, se regula el pago a los propietarios de los terrenos suprayacentes, como una obligación de los titulares de concesiones de explotación de hidrocarburos, excepto los relativos a almacenamientos subterráneos. Jurídicamente se articula la obligación de pago como una condición del otorgamiento de la concesión, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la extinción de la concesión de explotación.

Tras la ley 8/2015 contamos con un marco normativo que ha incluido elementos novedosos en relación con la actuaciones encaminadas a la explotación de hidrocarburos, de naturaleza tributaria y no tributaria. Sin embargo, sería deseable una regulación específica integrada de las disposiciones que contemplan el uso de técnicas de fracturación hidráulica y que comprendiera también la conexión con la normativa administrativa especial que tiene por objeto la utilización de otros recursos naturales absolutamente necesarios para las técnicas del *fracking*, como son los hídricos.

FUNSEAM

FUNDACIÓN PARA LA SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y AMBIENTAL 2015.