

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6513-2014.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo en lo relativo a la desestimación de la impugnación del art. 167.1 de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña, por el que se incluye un apartado 10 en el art. 47 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, para regular la técnica de fractura hidráulica en la extracción de gas.

1. Planteamiento.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia toma como punto de partida los precedentes de las SSTC 106/2014, de 24 de junio; 134/2014, de 22 de julio, y 208/2014, de 15 de diciembre, en que también se enjuiciaron leyes autonómicas sobre la extracción de gas mediante la técnica de la fractura hidráulica. Las leyes impugnadas en aquellos casos establecían una prohibición absoluta del uso de esta técnica en sus territorios. Se concluía que dicha prohibición contradecía de manera radical e insalvable lo dispuesto con carácter de legislación básica en materia de régimen energético en el art. 9.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH), y en la 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA), conformes a la cuales se permite el uso de la técnica de fracturación hidráulica con sujeción a requisitos técnicos y a la exigencia de la previa declaración de impacto ambiental.

En un caso muy distinto, como el que ahora se enjuicia, la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, bajo una aparente aplicación de la misma doctrina, concluye que la normativa impugnada en este recurso también resulta inconstitucional ya que (i) convierte en excepcional la posibilidad de utilización de esa técnica y (ii) no precisa ni establece requisitos razonables y proporcionados con fines de protección medioambiental.

La opinión mayoritaria descarta la solución que propuse en la deliberación, consistente en formular la interpretación constitucional de que la norma impugnada debe entenderse que se limita a establecer la obligación de que el órgano autonómico deniegue la licencia correspondiente (si tiene la competencia decisoria) o manifieste su oposición a la concesión en el expediente de evaluación ambiental (si carece de aquella competencia decisoria) en el caso de

que la actividad proyectada pudiera producir efectos negativos. Se dice que, con tal interpretación, la norma enjuiciada vendría a ser una reiteración del contenido de la norma estatal.

2. No se tiene en consideración la jurisprudencia inveterada sobre concurrencia de competencias en el mismo espacio físico.

En el voto concurrente que formulé de manera conjunta en la citada STC 106/2004 se puso de manifiesto que este tipo de normativas es una manifestación del complejo fenómeno de concurrencia que tiene lugar cuando, en el mismo espacio físico, se proyectan competencias estatales y autonómicas con distinto objeto jurídico. Se afirmó que el método de análisis debía ser, y no era, el tradicional en la doctrina constitucional, conforme al cual los títulos competenciales en presencia se limitan y contrapesan recíprocamente, y no es razonable propiciar un vacío recíproco de su contenido.

3. No se tiene en cuenta el papel prevalente del derecho a la salud.

En aquel voto particular se decía también que no se habían ponderado adecuadamente los riesgos sobre la salud humana, habida cuenta de que la técnica de fractura hidráulica suscita un importante debate técnico y social por el riesgo medioambiental que se entiende asociado a la misma consistente en el incremento de contaminantes clásicos en el aire y el empleo de importantes cantidades de agua, con riesgo de contaminación de acuíferos por el empleo de aditivos químicos. Lamento la reiteración de esta posición mayoritaria, la cual se añade a otros pronunciamientos anteriores en los que, a mi juicio, se infravaloran los postulados del Estado social proclamado en la CE y se sobrevalora la competencia del Estado para sentar las bases del régimen energético.

4. Procedencia, en este caso, de la desestimación del recurso.

En aquel caso, mi voto fue concurrente ya que la prohibición absoluta, por su carácter general e incondicionado, no resultaba compatible con el complejo y delicado equilibrio que reclaman los supuestos de concurrencia de competencias. En el presente caso, atendiendo a la concreta regulación que se realiza en la normativa impugnada de esta técnica, mi discrepancia no solo alcanza a la metodología de análisis desarrollada en la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, sino también al fallo. Considero que una adecuada ponderación de las competencias concurrentes debía haber llevado a concluir la constitucionalidad de esta normativa por las razones que a continuación expongo.

5. La normativa impugnada no provoca un vacío de la competencia estatal básica en la materia que permite el uso de esa técnica.

La normativa impugnada no prohíbe con carácter absoluto la técnica de fracturación hidráulica en Cataluña, sino que la condiciona a que no se verifique que pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad. Ciertamente, el enunciado de la norma es negativo, pues establece un principio general de prohibición de la técnica con excepciones, y no un principio general de permisión de la técnica con limitaciones. Pero lo relevante no es la técnica legislativa utilizada, toda vez que, como ha sido reiterado en numerosas resoluciones, no es función de este Tribunal el control de la calidad técnica de las normas (por ejemplo, STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 4). La norma, materialmente, no formula una prohibición absoluta de esa técnica, sino que establece una regulación de los supuestos en que puede ser desarrollada en el ámbito territorial catalán.

Por tanto, la primera conclusión, a mi juicio obligada, es que la normativa impugnada no provoca un vacío de la competencia estatal básica en la materia que permite el uso de esa técnica.

6. Los condicionantes establecidos en la normativa impugnada se proyectan sobre competencias propias de la comunidad autónoma.

La normativa impugnada establece los condicionantes para la utilización de esa técnica vinculándolo, exclusivamente, a competencias autonómicas. En ese sentido, frente al objetivo sistémico en materia de energía perseguido por el legislador estatal básico, la normativa impugnada proyecta competencias de control de riesgos medioambientales y de otro tipo, que pueden limitar y contrapesar las estatales, de las que no queda desapoderada la comunidad autónoma, de acuerdo con la doctrina constitucional sobre el fenómeno de concurrencia.

Por tanto, una segunda conclusión es que no solo no se provoca un vacío de la competencia estatal básica en la materia, sino que los condicionantes seleccionados son una manifestación de competencias propias de la comunidad autónoma en un espacio de concurrencia con las del Estado de las que no ha sido desapoderado.

7. Los condicionantes establecidos en la normativa impugnada no contradicen la normativa básica estatal.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia imputa a la regulación impugnada abrir un ámbito de discrecionalidad por la falta de precisión de los condicionantes y

sostiene que la finalidad de esta normativa es hacer absolutamente excepcional el uso de esta técnica en Cataluña.

La regulación autonómica podría haber establecido criterios más precisos e incluso no cabe descartar, como afirma la letrada de la Generalidad, que se trate solo de una regulación marco que pueda desarrollarse de manera más pormenorizada en cada norma sectorial. Sin embargo, al margen de cuál sea el juicio de intenciones, lo cierto es que la regulación básica estatal sobre el uso de esta técnica abre por sí misma un importante ámbito de discrecionalidad. En efecto, como se ha venido reconociendo en los distintos pronunciamientos del Tribunal y se reitera ahora por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, las competencias estatales básicas dan plena cobertura a que la autorización de la fracturación hidráulica quede sujeta a determinados requisitos técnicos y a la exigencia de la previa declaración de impacto ambiental. El necesario cumplimiento de esos requisitos técnicos representa un elemento reglado de la decisión administrativa de autorización. Sin embargo, el sometimiento a la previa declaración de impacto ambiental, máxime al tratarse de una evaluación ambiental por el procedimiento ordinario, lo que supone una presunción de su negativa incidencia en el medioambiente, así como la obligación de emisión de informes preceptivos por las Administraciones públicas afectadas y de información pública, son una manifestación de que la decisión administrativa sobre el particular es de carácter discrecional y el funcionamiento real de estos procedimientos (al margen de la opinión que pueda tenerse sobre su grado de eficacia) confirma esta apreciación. Como se establece en el art. 41 LEA, la declaración de impacto ambiental tiene por objeto determinar si procede o no, a los efectos ambientales, la realización del proyecto y, en su caso, las condiciones en las que puede desarrollarse, las medidas correctoras y las medidas compensatorias.

Pues bien, en este contexto normativo básico, los elementos introducidos por el precepto impugnado no establecen en el ejercicio de las competencias autonómicas afectadas unas cuotas de discrecionalidad superiores a las que son inherentes a la propia técnica de sometimiento a declaración de impacto ambiental. Al contrario, establecen determinadas precisiones que, más allá del uso final de una cláusula abierta, permiten delimitar aquellos ámbitos en que debe valorarse el eventual efecto negativo del uso de esta técnica como son las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas.

Por tanto, la tercera conclusión que debe extraerse es que la normativa impugnada está en línea de coherencia con la normativa estatal básica de sometimiento del uso de esta técnica a una decisión discrecional de la Administración vinculada a los eventuales efectos negativos que puedan ponerse de manifiesto en los diferentes informes preceptivos y que no puede apreciarse,

salvo como recurso retórico, que se trate de una repetición de la norma estatal (imposible, por principio, cuando se trate de la regulación por la comunidad autónoma de competencias autonómicas).

8. *Conclusión.* En atención a todo lo expuesto, considero que el precepto impugnado no invade competencias estatales básicas ya que, proyectando un juicio de proporcionalidad propio de los supuestos de concurrencia competencial, (i) los criterios establecidos responden a intereses constitucionales dignos de protección que, siendo competencia de la comunidad autónoma, deben ser ponderados con los intereses generales de carácter básico en materia energética; (ii) no provoca un vacío de la competencia estatal básica de regulación del uso de esa técnica; (iii) son criterios que no resultan contradictorios con la normativa básica estatal ni en cuanto al ámbito de discrecionalidad que proyectan ni en cuanto a su ámbito objetivo y (iv) son criterios especialmente relevantes y dignos de protección desde la perspectiva del Estado social de Derecho.

Considero, finalmente, que la solución propugnada por la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia (i) al rechazar una interpretación constitucional de la ley autonómica infravalora la presunción de constitucionalidad que no solo es aplicable a la ley estatal; y (ii) comporta una interpretación de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas que tiende a apoyarse en el principio de jerarquía y a reformular los criterios hasta ahora escrupulosamente basados en el principio de competencia, fundamento capital, según la jurisprudencia antigua del Tribunal, del Estado autonómico.

Madrid, a catorce de abril de dos mil dieciséis.