|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 171/2016 |
| Fecha | de 6 de octubre de 2016 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 1941-2016 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 1941-2016 |
| Fallo | Levantar la suspensión de los arts. 2 (inciso “los hidratos de metano enterrados en el mar”), 3, 5, y 6 (inciso “así como la reposición de la situación alterada a su estado originario”) y las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o fracking. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 11 de abril de 2016, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 2 (inciso “los hidratos de metano enterrados en el mar”), 3, 5, y 6 (inciso “así como la reposición de la situación alterada a su estado originario”) y las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley del Parlamento Vasco 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o fracking.

En esencia, el Abogado del Estado sostiene que los arts. 3 y 5 de esa Ley, que modifican las Leyes de urbanismo y aguas del País Vasco, respectivamente, limitando o prohibiendo el uso de la técnica del fracking o fractura hidráulica en sus respectivos ámbitos de aplicación “pretende[n] dejar sin eficacia” las normas dictadas por el Estado en ejercicio legítimo de sus competencias en materia de economía (art. 149.1.13 CE) y bases del régimen minero (art. 149.1.25 CE) para permitir el empleo de esa técnica, posibilidad prevista en el art. 9.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, añadido por la disposición adicional segunda de la Ley 17/2013, de 29 de octubre, con las medidas de protección medioambiental igualmente establecidas por el Estado en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Por este mismo motivo considera que son igualmente inconstitucionales y nulos un inciso del art. 6 y las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 6/2015, por su carácter “instrumental” o por su “conexión” con los anteriores. Finalmente, entiende que un inciso del art. 2 permite a la Comunidad Autónoma extender sus competencias sobre el mar territorial sin concurrir los requisitos excepcionales para ello establecidos por la doctrina de este Tribunal.

El Abogado del Estado invocó el art. 161.2 CE, en relación con el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a fin de que se produjese la suspensión del inciso del precepto de la Ley recurrida.

2. El Pleno del Tribunal, mediante providencia de 26 de abril de 2016, acordó admitir a trámite el presente recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran pertinentes. Se acordó, asimismo, tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 CE, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso para las partes del proceso, y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el “Boletín Oficial del Estado” para los terceros, así como también publicar la incoación del recurso en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Boletín Oficial del País Vasco”.

3. El Letrado del Parlamento Vasco presentó sus alegaciones ante este Tribunal el 9 de junio de 2016, solicitando la desestimación del recurso interpuesto y sin hacer alegaciones sobre el levantamiento de la suspensión de los preceptos recurridos.

4. Por escrito registrado en este Tribunal el 13 de junio de 2016, la representación del Gobierno Vasco formuló alegaciones solicitando la desestimación del recurso de inconstitucionalidad. Asimismo, solicitó por otrosí el levantamiento de la suspensión acordada. Recuerda que es doctrina consolidada de este Tribunal que el plazo de cinco meses previsto en el art. 161.2 CE opera como límite máximo para ratificar o levantar la suspensión, pero que se incluye entre las potestades del Tribunal Constitucional la de pronunciarse al respecto antes del transcurso de esos cinco meses, y expone luego una consideraciones de carácter general sobre los criterios a los que, a su juicio, debe atender este Tribunal para adoptar esa decisión, que son la presunción de legitimidad de las normas, la ponderación de los intereses en presencia, tanto el general y público como los particulares o privados de terceras personas afectadas, y la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación que puede producir la suspensión de la norma.

A continuación, recuerda que tampoco concurren en este caso las circunstancias excepcionales admitidas por la doctrina de este Tribunal que justifican el mantenimiento de la suspensión sin necesidad de acreditar la producción de daños de imposible o difícil reparación, que son: a) supuestos en los que la competencia estatal está palmariamente reconocida por el bloque de constitucionalidad, y b) supuestos en los que la norma impugnada reconoce expresamente haberse dictado con la única finalidad de dejar en suspenso una competencia estatal cuya legitimidad se discute. En este caso, prosigue, no concurren ninguno de esos dos presupuestos: ni la Ley 6/2015 se ha dictado con la finalidad de bloquear el ejercicio de competencias estatales, ni puede afirmarse en este trámite liminar que la competencia estatal esté reconocida de forma palmaria en el bloque de la constitucionalidad, pues la norma autonómica se ampara en la competencia autonómica para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente [art. 149.1.23 CE y 11.1 a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV].

Además, señala una serie de circunstancias que a su juicio deben conducir al levantamiento de la suspensión: en primer lugar, la Ley ha estado en vigor por un periodo de nueve meses sin que se haya producido ningún perjuicio conocido ni a los intereses públicos ni a terceros; en segundo lugar, la prohibición introducida en la Ley del suelo (artículo 3) no es incondicionada, sino que depende de lo que dispongan los instrumentos de ordenación y gestión, que en la actualidad no prevén esa prohibición de la técnica extractiva, de modo que el levantamiento de la suspensión no produciría ningún efecto inmediato; en tercer lugar, la prohibición introducida en la Ley de aguas (artículo 5, que añade un apartado 2 al artículo 29 de esta última Ley) es en realidad una particularización o ejemplificación singular de la prohibición general de actividades susceptibles de provocar directa o indirectamente la contaminación o degradación de las aguas prevista en el apartado 1, por lo que en realidad el levantamiento de la suspensión tampoco modificaría esa realidad normativa; y finalmente, por lo que respecta a la disposición transitoria primera, que prescribe la aplicación de la Ley a los permisos ya concedidos o en tramitación, considera que el levantamiento de la suspensión tampoco produciría perjuicios irreparables teniendo en cuenta que en la actualidad solo hay permisos de investigación concedidos, no permisos de explotación, y aquéllos no atribuyen a su titular el derecho a obtener un permiso de explotación, sino solo “un derecho de prioridad para su tramitación”, según jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, los posibles perjuicios económicos quedarían cubiertos por el instituto de la responsabilidad patrimonial del estado legislador.

5. Por providencia de 21 de junio de 2016, el Pleno del Tribunal acordó incorporar a los autos los escritos de alegaciones formulados por el Letrado del Parlamento Vasco y de los servicios jurídicos centrales de la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en representación de dicha Cámara y de su Gobierno, respectivamente, y, en cuanto a la solicitud que formula este último por otrosí sobre el levantamiento de la suspensión de los preceptos objeto del recurso, dar traslado al Abogado del Estado y a la representación legal del Parlamento Vasco para que, en el plazo de cinco días, pudieran exponer lo que estimasen procedente al respecto.

6. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 29 de junio de 2016, interesando el mantenimiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados.

Tras hacer un recordatorio de los criterios que según la doctrina consolidada de este Tribunal deben manejarse para resolver sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión, recuerda que casos similares a este se han resuelto ya, en favor de la competencia del Estado, en las SSTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio, y 208/2014, de 15 de diciembre, en relación con normas similares de Cantabria, La Rioja y Navarra, respectivamente; y, singularmente, en la STC 73/2016, de 14 de abril, en relación con una norma catalana que presenta una “indudable analogía o similitud intensa con este caso” por presentarse también como una medida adicional de protección del medio ambiente que fue sin embargo rechazada por el Tribunal. Por lo tanto, considera aplicable la doctrina del fumus boni iuris para justificar el mantenimiento de la suspensión.

Acto seguido, desgrana los perjuicios que el levantamiento de la suspensión podría generar tanto para el interés general como para intereses particulares o privados.

Por lo que respecta al interés general, señala que el levantamiento de la suspensión privaría a España de una importante fuente de recursos energéticos, teniendo nuestro país una dependencia energética del 99,5 por 100 y un saldo negativo entre las importaciones y las exportaciones de productos energéticos de 26.085,5 millones de euros, según se acredita en el informe de la Secretaría de Estado de Comercio que acompaña a la demanda. Todo ello sin perjuicio de la repercusión en el producto interior bruto (4,3 por 100) y en la generación de empleo (260.000 puestos de trabajo) de esta actividad de explotación de gas no convencional, y de los ingresos tributarios que, como cualquier actividad empresarial, reportaría.

Identifica además una serie de perjuicios para intereses privados. Apunta en particular a los efectos del levantamiento de la suspensión sobre los permisos de investigación ya existentes, que afectan además a Comunidades Autónomas limítrofes, y que se identifican en los informes que acompañan a la demanda. Los titulares de los citados permisos están desarrollando los trabajos comprometidos, y con el levantamiento de la suspensión verían frustrada su legítima expectativa de recuperar la inversión comprometida, que en lo que a la Comunidad Autónoma del país Vasco se refiere asciende a 80 millones de euros. A ello hay que sumar el impacto que el levantamiento de la suspensión podría generar en la inversión extranjera, que podría desviarse a otras áreas geográficas con “un marco regulatorio más estable”.

Finalmente, recuerda que si la Ley recurrida se justifica en atención a los posibles riesgos que la actividad de la fractura hidráulica puede generar para el medio ambiente, la protección de éste se encuentra ya garantizada por la legislación del Estado, que impone el sometimiento de todo proyecto de estas características al trámite de evaluación ambiental. Y que la prohibición introducida en la Ley de aguas afecta al 36 por 100 del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, llegando, en el caso de Álava, al 50 por 100.

Termina alertando sobre el riesgo de proliferación de este tipo de iniciativas contrarias al fracking en otras Comunidades Autónomas si se levanta la suspensión de los preceptos impugnados.

7. El Letrado del parlamento Vasco presentó sus alegaciones ante este Tribunal el 6 de julio de 2016, adhiriéndose expresamente a lo manifestado por la representación del Gobierno Vasco mediante otrosí en su escrito de alegaciones al recurso de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente resolución consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión de los artículos de la Ley del Parlamento Vasco 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o fracking, que son objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 1941-2016 interpuesto por el Presidente del Gobierno.

En su recurso, el Abogado del Estado considera que la citada Ley 6/2015 contraviene la posibilidad general de emplear la técnica de la fractura hidráulica, admitida en el art. 9.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, cuya cobertura competencial ex art. 149.1.13 (economía) y 25 (bases del régimen minero) CE ha admitido ya este Tribunal en las SSTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio, 208/2014, de 15 de diciembre, y STC 73/2016, de 14 de abril, dictadas con ocasión de recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno contra normas similares de otras Comunidades Autónomas.

Los representantes del Parlamento y Gobierno autonómicos entienden, por el contrario, que los preceptos e incisos recurridos encuentran cobertura competencial en los títulos de protección del medio ambiente [arts. 149.1.23 de la Constitución y 11.1 a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco: EAPV], ordenación del territorio y urbanismo (art. 10.31 EAPV) y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aguas minerales, termales y subterráneas (art. 10.11 EAPV) asumidos por la Comunidad Autónoma del País Vasco; y enfatizan además que la Ley impugnada no contiene una prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica incompatible con las bases estatales, en los términos ya proscritos por las SSTC 106/2014, 134/2014 y 208/2014, citadas de contrario, sino que establecen limitaciones razonables y proporcionadas al fin propuesto (protección del medio ambiente), respetando así la citada jurisprudencia constitucional.

2. Expuestos sucintamente los términos del recurso de inconstitucionalidad, cuyo contenido no compete resolver en este momento procesal, hemos de centrarnos en la cuestión de si procede o no procede levantar la suspensión de vigencia de las disposiciones impugnadas por el Estado, tal y como han solicitado las representaciones del Gobierno y del Parlamento autonómicos.

Sobre este tipo de incidentes de suspensión es reiterada nuestra doctrina según la cual para su resolución es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración debe efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda. En este sentido, ha de recordarse que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no sólo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que es igualmente necesario demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, ya que debe partirse en principio de la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto (así, entre otros muchos, AATC 157/2013, de 11 de julio, FJ 2, y 67/2015, de 14 de abril, FJ 1).

3. Con todo, el Abogado del Estado alude como primer motivo de suspensión al criterio del fumus boni iuris, teniendo en cuenta los pronunciamientos anteriores de este Tribunal, ya citados, declarando inconstitucionales y nulas normas autonómicas que prohibían el empleo de la técnica del fracking.

Efectivamente, este Tribunal ha admitido excepcionalmente que pueda tenerse en consideración el criterio del fumus boni iuris para resolver este tipo de incidentes, como ocurre señaladamente cuando los preceptos impugnados sobre los que versa el incidente de suspensión contienen previsiones muy similares (una “similitud intensa o coincidencia literal”) con otras normas ya declaradas inconstitucionales y nulas por Sentencia de este Tribunal (así, AATC 78/1987, de 22 de enero, FJ 2; 183/2011, de 14 de diciembre, FJ 4; 182/2015, de 3 de noviembre de 2015, FJ 6, y 41/2016, de 16 de febrero, FFJJ 2 y 3).

En el presente caso, las tres primeras Sentencias antes citadas (SSTC 106/2014, 134/2014 y 208/2014) no pueden servir para aplicar el criterio de la apariencia de buen derecho. Como el propio Abogado del Estado reconoce en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, la norma aquí impugnada se diferencia de las allí examinadas en que no contiene una “prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio de la Comunidad Autónoma”, como se apreció en aquellos otros casos [SSTC 106/2014, FJ 8 a), 134/2014, FJ 2 f) y 208/2014, FJ 2 f)]. Por lo tanto, no pueden servir de soporte a la suspensión. Esta misma resolución se adoptó ya en el ATC 63/2015, de 17 de marzo, FJ 2, dictado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6513-2014, en el que recayó la última de las Sentencias citadas (STC 73/2016).

En relación con la similitud apreciada por el Abogado del Estado entre el artículo 3 aquí impugnado y el precepto catalán declarado inconstitucional y nulo en la mencionada STC 73/2016, resulta obligado advertir que el precepto vasco contiene una remisión a “lo que establezcan los instrumentos de ordenación territorial urbanística y/o ambiental” que no existía en el precepto catalán, y que los representantes del Gobierno y del Parlamento Vascos fundamentan en esta divergencia la diferente solución que, a su juicio, debe adoptar este Tribunal, según es de ver en sus escritos de alegaciones. En consecuencia, la similitud no alcanza el grado necesario para aplicar el criterio del fumus boni iuris, excepcional como queda dicho en la doctrina de este Tribunal, y por tanto de aplicación restrictiva.

Lo dicho respecto a las diferencias entre el precepto objeto de este recurso y el examinado en la STC 73/2016 conduce asimismo a rechazar que nos encontremos ante otro de los supuestos excepcionales que permiten mantener la suspensión sin entrar a valorar los perjuicios de imposible o difícil reparación que ello generaría: el bloqueo de competencias estatales. Según se recuerda en el citado ATC 63/2015, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal “[t]al bloqueo podría llegar a producirse, bien porque la competencia estatal afectada está palmariamente reconocida por el bloque de constitucionalidad y no es discutida por las partes (ATC 336/2005, de 15 de septiembre, FJ 5); bien porque la norma autonómica impugnada reconoce expresamente que se ha dictado con la única finalidad de dejar en suspenso el ejercicio de una competencia estatal cuya legitimidad se discute (ATC 146/2013, de 5 de junio, FJ 4); bien, finalmente, porque concurren a la vez ambos requisitos: una competencia incontrovertida del Estado y una norma autonómica dictada con el propósito confesado de evitar que sea menoscabada por el ejercicio por el Estado de sus propias competencias (ATC 104/2010, de 28 de julio, FJ 5)”.

Ninguna de las circunstancias descritas concurre en este caso: ni la competencia estatal es incontrovertida, pues la Ley recurrida se ampara en la competencia autonómica para dictar normas “adicionales” de protección del medio ambiente; ni existe evidencia alguna de que la Ley se haya dictado con el propósito de bloquear el ejercicio de las competencias del Estado.

4. Al no ser aplicables los criterios anteriores, debe atenderse al criterio general y resolver si los perjuicios que ha alegado el Abogado del Estado tienen la gravedad y la consistencia necesarias como para prevalecer sobre la presunción de constitucionalidad de los preceptos impugnados.

Los concretos perjuicios que se derivarían, según el Abogado del Estado, del levantamiento de la suspensión han quedado detallados en el apartado de los antecedentes. Resumidamente, alude a la pérdida, al menos provisional, de una fuente de recursos energéticos importante en un país como España con un alto grado de dependencia energética del exterior (perjuicio al interés general), y a las pérdidas que el levantamiento de la suspensión podría suponer para los titulares de los permisos de investigación ya concedidos, con inversiones comprometidas con el Estado por valor de 80 millones de euros (perjuicio al interés particular).

Ninguno de estos perjuicios puede considerarse de imposible o difícil reparación.

En cuanto al primero, el propio informe al que alude el Abogado del Estado, fechado el 6 de abril de 2016, afirma que existe “incertidumbre” en cuanto al “volumen de reservas de hidrocarburos no convencionales en España”, así como en cuanto a la posibilidad de su “recuperación” y “su viabilidad económica”, señalando además que “todos los permisos se encuentran en una fase preliminar y no parece factible la perforación de ningún sondeo con fractura hidráulica antes de dos años”. Por lo tanto, el mantenimiento de la suspensión no producirá el perjuicio alegado; todo lo más mantendrá la situación existente en España en tanto se resuelve el fondo del recurso.

Y por lo que respecta a las pérdidas que puedan sufrir los titulares de permisos de investigación, se trataría de perjuicios de naturaleza económica y por tanto indemnizables, razón por la cual deben ceder ante la presunción de constitucionalidad de la Ley impugnada (ATC 181/2011, de 13 de diciembre, FJ 5).

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Levantar la suspensión de los arts. 2 (inciso “los hidratos de metano enterrados en el mar”), 3, 5, y 6 (inciso “así como la reposición de la situación alterada a su estado originario”) y las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o fracking.

Madrid, a seis de octubre de dos mil dieciséis.