

**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN
DEL MEDIO AMBIENTE
(PRIMER SEMESTRE 2018)**

JORDI JARIA-MANZANO

Profesor agregado Serra Húnter de Derecho constitucional y ambiental

Universitat Rovira i Virgili

Sumario: I. El principio de no regresión en materia de montes. II. Normativa hidrológica e informe previo autonómico. III. La extinción de la concesión de la instalación de almacenamiento subterráneo de gas “Castor”. IV. La fractura hidráulica: enésimo episodio. V. El fondo de carbono para una economía sostenible y la distribución constitucional de competencias.

1. EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN MATERIA DE MONTES

La Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2017, de 14 de noviembre de 2017 (BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017) resuelve el recurso de inconstitucionalidad, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, contra la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 2/2017, de 24 de marzo, de segunda modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre, de montes y ordenación forestal. El recurso en cuestión se fundamenta en la contradicción entre la legislación básica estatal y la legislación asturiana, así como en una eventual violación del art. 45 CE por parte de la normativa autonómica controvertida. Según entendieron los recurrentes, “si bien puede admitirse que el acotamiento al pastoreo no sea norma obligatoria aplicable en todos los supuestos en que un monte resulte asolado por el fuego y de manera independiente a los factores concurrentes, como tipo de manto vegetal existente o pendiente del terreno, existen supuestos en los que el pastoreo puede dificultar o impedir la adecuada regeneración de un terreno y ello no puede ser obviado por el legislador autonómico, que no ha justificado debidamente el cambio normativo, que debe siempre cumplir ciertas exigencias” (AH 1).

En cuanto a la dimensión competencial del recurso, el Tribunal Constitucional entiende que, habiendo modificado el legislador básico estatal la normativa correspondiente, a través de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, cabe entender que “si anteriormente las medidas preceptivas de acotamiento temporal de aprovechamientos o actividades incompatibles con la regeneración de la cubierta vegetal afectada debían incluir inexcusablemente el pastoreo, sin perjuicio de un levantamiento anticipado del acotado por autorización expresa del órgano autonómico competente, a partir de la entrada en vigor de la modificación de 2015 ya no tienen por qué incluirlo en todo caso”. De este modo, continúa el

Tribunal “[a]nte la ausencia total de indicaciones o elementos interpretativos acerca del sentido y la finalidad de la modificación normativa pretendida en 2015, ya sea en el preámbulo o en los trabajos parlamentarios de elaboración de la Ley 21/2015, la interpretación más cabal es que el legislador básico decidió en 2015 prescindir del carácter obligatorio del acotamiento temporal del pastoreo en los terrenos afectados por un incendio” (FJ 3), por lo que la norma asturiana no contradice la legislación básica estatal.

En cuanto a la dimensión sustantiva del recurso, los recurrentes consideran que la contradicción entre la norma asturiana y la Constitución se deriva de la violación del principio de no regresión, en la medida que se levante parcialmente la prohibición del pastoreo en los montes devastados por el fuego, que existía en la legislación anterior. El Tribunal Constitucional, como es sabido, se había referido al principio de no regresión, si bien de manera incidental, en la STC 233/2015, de 5 de noviembre. En este caso, el Tribunal precisa más la dimensión constitucional del principio mencionado, señalando que

la Ley impugnada no introduce una mera regla de sentido contrario a la establecida en 2004: sigue prohibiendo el pastoreo en los mismos términos que antes (temporalidad mínima de un año y reserva de dispensa) en los bosques o montes arbolados incendiados y solo elimina la prohibición temporal con respecto a los demás terrenos forestales, categoría en la que, de acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley asturiana de montes y ordenación forestal, se incluyen los siguientes terrenos: terrenos en los que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas; bosques de ribera; terrenos yermos, roquedos y arenales; terrenos baldíos colindantes con los montes o enclavados en ellos; terrenos declarados adecuados por plan para la forestación o reforestación; y terrenos en los que la actividad agrícola haya sido abandonada durante un plazo igual o superior a diez años y hayan sido declarados recuperables para fines forestales. En suma, la norma que prohíbe el pastoreo se mantiene intacta para todo el bosque o monte arbolado. Debe subrayarse que el bosque o monte arbolado constituye una parte importante de la superficie forestal de Asturias: ocupa 451.000 hectáreas de las 765.000 hectáreas de superficie forestal, lo que implica el 42,5 por 100 de la superficie total de la Comunidad Autónoma (de acuerdo con el estudio *El monte en Asturias*, publicado en 2011 por la Consejería de Medio Rural y Pesca del Gobierno de Asturias, p. 19).

Además, debe recordarse que se siguen prohibiendo, también temporalmente, los demás aprovechamientos y actividades incompatibles con la regeneración de cualesquiera montes incendiados.

A este Tribunal no le corresponde determinar si, atendiendo a las condiciones del suelo, la vegetación, la orografía y la ganadería propia del Principado de Asturias, la autorización del pastoreo en los terrenos forestales incendiados distintos de los bosques o montes arbolados es una medida adecuada o no para la regeneración del monte incendiado en general y de la cubierta vegetal en particular en la superficie no arbolada, pues el nuestro no es un juicio de eficacia ni de acierto técnico sobre la legislación impugnada, sino un juicio específico sobre el cumplimiento del deber de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente que emana del artículo 45 CE en los términos antes referidos. Desde esta perspectiva, y considerando los elementos normativos expuestos, no apreciamos en el presente caso «un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva», por lo que no concurre el presupuesto necesario para aplicar nuestro escrutinio específico derivado del artículo 45 CE.

En consecuencia, el Tribunal desestima las pretensiones de los recurrentes, aunque valida la virtualidad del principio de no regresión en el control de constitucionalidad de las leyes, lo que puede dar lugar a resoluciones de mayor calado en el futuro. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2017, de 14 de diciembre de 2017 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018), se pronuncia en los mismos términos y, además, valida la letra g) del apartado primero del art. 91, en la medida que “la norma autonómica impugnada sigue considerando como infracción el pastoreo o permanencia de reses en el monte, que sea realizado en zonas acotadas, por lo que no se puede considerar que exista una efectiva contradicción entre la norma básica estatal y la norma autonómica, lo que nos debe llevar a desestimar la impugnación realizada” (FJ 3); así como las disposiciones transitorias primera y segunda, de acuerdo con los términos de la STC 132/2017, de 14 de noviembre de 2017, antes comentada.

2. NORMATIVA HIDROLÓGICA E INFORME PREVIO AUTONÓMICO

Otra cuestión relativa a la legislación de montes, en este caso la estatal, ha sido resuelta por la Sentencia 155/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018), que se pronuncia sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes. Sin embargo, a pesar del tenor literal del título de la Ley controvertida, lo que en realidad se discute son disposiciones relativas a la política hidrológica y, en particular, a la cuestión de los trasvases, que, como es sabido, son particularmente sensibles para la Diputación General de Aragón. Por otra parte, las disposiciones en cuestión, de acuerdo con el recurso presentado por el Gobierno aragonés, no son más que una reiteración de normas contenidas en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, que habían ya habido sido enjuiciadas por el Tribunal Constitucional.

El Gobierno de Aragón considera que “[l]a nueva aprobación por ley del Estado, sin el informe previo que establece el artículo 72.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr), de los preceptos impugnados supone un vicio procedimental determinante de la inconstitucionalidad del conjunto del régimen del trasvase entre cuencas de distintas demarcaciones hidrográficas, régimen introducido en un proyecto de ley de reforma de la legislación forestal básica” (Antecedente 1). Por su parte, la representación procesal de las Cortes sostiene que hubo la correspondiente solicitud del mencionado informe, sin que fuera emitido, circunstancia que el Tribunal Constitucional, por su parte, considera suficientemente acreditada (FJ 1).

Finalmente, el Tribunal Constitucional considera planteado el contencioso en los términos siguientes:

[E]l legislador habría conculcado, de nuevo, lo que impone el tantas veces citado artículo 72.3 EAAr, no habiendo tenido ocasión la Comunidad Autónoma de informar sobre las enmiendas que, presentadas en el Congreso de los Diputados, dieron finalmente lugar a las disposiciones recurridas. Y, en segundo lugar, porque aquellas mismas enmiendas, al margen ya de este reproche, habrían carecido de toda conexión material u homogeneidad mínima con el objeto del proyecto de ley al que en este punto modificaron, proyecto que perseguía la reforma de una legislación de

montes que ninguna relación guardaría con la ordenación, reintroducida por estas enmiendas, de un trasvase entre cuencas hidrográficas (FJ 2).

En relación con la segunda cuestión, el Alto Tribunal considera que

la voluntad parlamentaria no puede calificarse aquí alterada, con consecuencia tan grave como la inconstitucionalidad de la ley, por cuanto las disposiciones impugnadas carecieron de todo alcance innovador sustantivo, reiterativas como eran, con plena literalidad, de otras adoptadas por las propias Cortes Generales, en esa misma legislatura, y que resultaban aún vigentes y aplicables al tiempo de la aprobación de las recurridas, por más que declaradas inconstitucionales y llamadas a desaparecer del ordenamiento, por vía de la anulación también dictada, cuando se cumpliera un año desde la publicación de la STC 13/2015; esto es, el 2 de marzo de 2016. Al aprobar una vez más estas mismas normas, en definitiva, las Cortes Generales buscaron llevar a cabo lo que en alguna ocasión hemos intitulado, aunque ante problema distinto, una «intervención legislativa reparadora» de la inconstitucionalidad anterior en la que incurrieron (STC 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13), confirmación o reiteración legislativa que no era, según se ha razonado, un imperativo de aquella Sentencia constitucional, pero sí condición inexcusable para que las normas en las que se plasmó la voluntad del Parlamento pudieran, renovadas por otro acto de legislación, subsistir como tales. Se trataba de nuevas disposiciones, pero no de nuevas reglas jurídicas, que hubiesen deparado la menor alteración de una voluntad parlamentaria ya cabalmente expresada en la misma legislatura. Basta con constatarlo así, y con recordar que no es este Tribunal juez de la mejor o peor técnica de legislar, para desestimar, en cuanto a este punto, el recurso del Gobierno de Aragón (FJ 3).

En definitiva, más allá del juicio sobre la técnica legislativa utilizada, no puede considerarse que la aprobación de las disposiciones controvertidas contravenga el marco constitucional que asegura la adecuada formación de la voluntad del legislador a partir del debate correspondiente. En cuanto al segundo motivo de inconstitucionalidad, aun reconociendo algunas irregularidades en la tramitación en el Congreso, el Tribunal Constitucional concluye que

[e]l Gobierno autonómico, en definitiva, ni remitió informe alguno a las Cortes Generales, al Senado, según queda dicho, cuando aun manifiestamente

podía hacerlo, ni hizo valer ante el Parlamento nacional, además o alternativamente, la atribución estatutaria cuya vulneración hoy denuncia, actuaciones, unas u otras, que pudo haber llevado a cabo aun estando en funciones. En todo caso, un Gobierno en funciones no estaba legalmente privado del ejercicio y defensa de su competencia a tal efecto, pues la que le correspondía para emitir el informe ex artículo 72.3 EAAr no figura, ciertamente, entre las negadas al Gobierno en tal situación por el artículo 6.4 de la ya citada Ley 2/2009, del Presidente y del Gobierno de Aragón. En fin, tampoco consta que se hiciera nada en tal sentido ni por la Diputación Permanente de las Cortes de Aragón, a la que correspondía, entre otros cometidos, «velar por los poderes de las Cortes de Aragón cuando estas no estén reunidas o queden disueltas» (art. 70.1 del Reglamento entonces vigente de la asamblea autonómica) ni por la Asamblea autonómica, constituida, tras las elecciones, el 18 de junio, fecha también anterior a aquella en la cual, por decirlo una vez más, el Senado procedió, el día 25 del mismo mes, a su votación final del proyecto. El 10 de junio había entrado en vigor la Ley 10/2014, de aguas y ríos de Aragón, cuya disposición adicional primera atribuyó el «[i]nforme sobre transferencias de aguas» a las Cortes autonómicas.

En suma, la Comunidad Autónoma de Aragón fue requerida, aunque de modo y en circunstancias formalmente poco atentas, para emitir su informe. Y ni lo llegó a evacuar, pudiendo haberlo hecho ante el Senado, ni invocó tampoco ante las Cortes Generales, en curso todavía el procedimiento legislativo, el menoscabo de la atribución propia que hoy defiende, menoscabo que pudo acaso haberse reparado en aquel procedimiento y que no es dable aducir frente a la ley cuando, como aquí es de ver, no se intentó en modo alguno. Por consiguiente, no es razonable imputar a la actuación del Congreso de los Diputados un vicio de invalidez de las disposiciones de ley que se impugnan. El artículo 72.3 EAAr consiente una cierta presencia de la Comunidad Autónoma, por vía de informe, en procedimientos estatales y entre ellos, como aquí era el caso, en el proceso de elaboración de la ley. La norma vincula, obviamente, a las instituciones y órganos del Estado en cada supuesto afectados. Pero también compromete a los titulares de este derecho de participación en orden a poner el debido celo en su ejercicio o a denunciar, llegado el caso, su merma en el curso del procedimiento en el que se padeció tal menoscabo. Si lo primero no se realizó, la ley, desde

luego, no nació viciada y así es de entender ahora. Tampoco podría esperarse conclusión diferente, por lo demás, cuando no se reaccionó oportunamente frente a un proceder que, sin protesta previa alguna, se trae ante esta jurisdicción para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de normas de ley.

Las circunstancias poco atentas, sobre las que el Tribunal Constitucional pasa de puntillas para salvar la constitucionalidad de la normativa controvertida, son consideradas como determinantes por el voto particular firmado por el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón, para el que la disposición estatutaria establece un mandato de cooperación en el contexto de un Estado compuesto, que debe ser tratado con la máxima diligencia por las instituciones centrales del Estado. El voto particular considera que “debe garantizarse que la Comunidad Autónoma tenga realmente la oportunidad de ser oída antes de que las Cámaras se pronuncien definitivamente sobre la iniciativa legislativa, y ello solo puede materializarse mediante la fijación de un plazo determinado para ello, con la consiguiente suspensión del procedimiento parlamentario en curso”. A partir de ahí, concluye que, de nuevo, el legislador estatal no fue respetuoso con el art. 72.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, que constituye el canon de constitucionalidad en el caso. Efectivamente, más allá de los detalles concretos de la tramitación parlamentaria en este caso, cabe concluir, con el magistrado discrepante, que existe un interés objetivo en recabar en el informe, que condiciona el procedimiento legislativo estatal hasta el punto de interrumpirlo hasta que se haya producido la correcta evacuación del trámite.

3. LA EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN DE LA INSTALACIÓN DE ALMACENAMIENTO SUBTERRÁNEO DE GAS “CASTOR”

La Sentencia 152/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018) resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos, respectivamente, por el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, en relación con el Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares. Como dice el Tribunal Constitucional:

Componen esta norma de urgencia seis artículos, dos disposiciones adicionales, otras tantas transitorias, una derogatoria y tres disposiciones finales. Con la sola excepción de la ya mencionada disposición adicional segunda —rubricada «Adaptación de la titularidad de las centrales nucleares a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear»—, las previsiones de todos los preceptos tratan de hacer frente, según se dice en la exposición de motivos del propio Decreto-ley, a la «extraordinaria y urgente necesidad de atender a la compleja situación técnica existente... en el almacenamiento subterráneo de gas natural “Castor”, situado en el subsuelo del mar a 21 km aproximadamente de la costa... especialmente tras la renuncia a la concesión presentada por su titular. A este fin se acuerda la hibernación de las instalaciones y la asignación de su administración a la sociedad Enagás Transporte, S.A.U.». Las medidas arbitradas para salir al paso de esta situación son controvertidas de consuno por todos los actores, de suerte que los motivos comunes de impugnación de su validez comprenden las disposiciones que no han sido objeto de un análisis específico (disposiciones adicional primera, transitorias primera y segunda, derogatoria única —en cuanto afecte a normas relativas a la mentada instalación de almacenamiento de gas— y finales primera, segunda y tercera), pues lo que discuten tanto el Gobierno de la Generalitat de Cataluña como los diputados recurrentes es la validez de las medidas adoptadas por el Decreto-ley, evaluadas en su globalidad y no solo por referencia a algunos de sus concretos extremos [FJ 1].

En consecuencia, los recurrentes discuten las medidas tomadas por el Decreto controvertido en relación con el sistema de almacenamiento de gas natural Cástor, el titular de cuya concesión renunció a ella. Los hechos en cuestión, son descritos por el propio Tribunal Constitucional del siguiente tenor:

La fase de explotación se inició con el Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, que otorgó la concesión a la empresa Escal-UGS, S.L. En el «Boletín Oficial del Estado» de 11 de noviembre de 2009 se publicó la resolución de la Secretaría de Estado de Cambio Climático de 23 de octubre de 2009, por la que se formulaba declaración de impacto ambiental del proyecto almacén subterráneo de gas natural Amposta. Tras ello, por resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 7 de junio de 2010 —publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del siguiente día 15 del mismo mes y año— se otorgó a la empresa Escal-UGS, S.L., autorización

administrativa y reconocimiento de la utilidad pública de las instalaciones y servicios necesarios para el desarrollo del proyecto de almacenamiento subterráneo «Castor». Como bien se reseña en el preámbulo del Real Decreto-ley 13/2014, el 5 de julio de 2012 se levantó acta de puesta en servicio provisional para el conjunto del almacenamiento que, además de habilitar para la inyección del gas colchón, establecía «el inicio del devengo de la retribución regulada de la instalación». A partir de ese momento se sucedieron una serie de acontecimientos que la propia norma de urgencia narra en los siguientes términos:

«La inyección de dicho gas colchón estaba programada en varias fases, que de forma gradual, debían permitir la validación y puesta en marcha de la instalación. La primera tuvo lugar entre el 14 y el 25 de junio de 2013 y la segunda, entre el 19 y el 23 de agosto de 2013, etapas que tuvieron lugar sin incidencias significativas. Durante la tercera fase de inyección, en el mes de septiembre de 2013, la red sismográfica de monitorización del almacenamiento detectó una serie de eventos sísmicos, con una evolución caracterizada por una primera fase con un comportamiento de sismicidad inducida, donde el cese de las inyecciones fue seguido rápidamente por un decrecimiento de la actividad, y una segunda fase de sismicidad disparada. Estos eventos fueron sentidos con intensidad macrosísmica II y III en la escala macrosísmica europea EMS-98, generando una notable alarma social, lo que motivó la suspensión temporal de la operación del almacenamiento, decretada inicialmente por resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de septiembre de 2013 y prorrogada posteriormente por resolución de fecha 18 de junio de 2014.»

Ante la imposibilidad de «emitir una conclusión definitiva sobre las eventuales consecuencias de una vuelta a la operación», el Real Decreto-ley 13/2014 procede, como se ha indicado, a la hibernación de la instalación. El 18 de julio de 2014 Escal-UGS, S.L., había formalizado ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo el ejercicio de su derecho a la renuncia de la concesión, instando la autorización administrativa de tal renuncia conforme a lo previsto en el artículo 14 del Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, a fin de recibir la correspondiente compensación por las inversiones realizadas; inversiones que el Real Decreto-ley fija en «1.461.420 miles de euros, importe al que habría que descontar la retribución provisional ya abonada de 110.691,36 miles de euros», de modo que la compensación

reconocida a Escal-UGS, S.L. asciende, según el artículo 4.1 del Real Decreto-ley 13/2014, a 1.350.729 miles de euros. El artículo 4.2 del Real Decreto-ley prevé el abono de la referida indemnización en un solo pago y «en el plazo máximo de 35 días hábiles desde la entrada en vigor de este real decreto-ley» por Enagás Transporte, S.A.U., a la que, como contrapartida, se le reconoce un derecho de cobro con cargo al sistema gasista (art. 5) [FJ 2].

Ante esta situación, los recurrentes consideran, por una parte, que no se cumple el presupuesto habilitante del Decreto-ley, de acuerdo con el art. 86.1 CE, y que, por lo demás, se trata de una “ley singular y autoaplicativa que no satisface los requisitos identificados por la doctrina de este Tribunal a fin de que el eventual recurso a este tipo de leyes singulares no merme la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial garantizado por el artículo 24.1 CE” (FJ 3). Pues bien, en cuanto al art. 1 del Real Decreto-ley controvertido, esto es, en relación con la decisión sobre la hibernación, el Tribunal Constitucional que, por una parte, se da el presupuesto habilitante y, por la otra, no se trata de una ley singular en el sentido que viene prohibido por la jurisprudencia constitucional. Así, el Alto Tribunal argumenta que:

Pues bien, la toma en consideración de estas dos circunstancias —ausencia de una regulación general de la hibernación de instalaciones de producción o almacenamiento de energía, y diferencias entre esta figura y la suspensión provisional de actividades— nos conduce derechamente a la desestimación de las impugnaciones dirigidas contra el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 13/2014. Justamente porque no se trata de una suspensión provisional de actividades con otro nombre —tanto menos de una simple paralización de actividades—, sino de una medida sustancialmente diferente, no puede acogerse la alegación de que estamos ante una mera confirmación de la medida cautelar acordada por sendas resoluciones de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de septiembre de 2013 y 18 de junio de 2014. Se trata, por consiguiente, de una decisión innovadora sobre cuyo acierto técnico no nos corresponde, obvio parece recordarlo, pronunciarnos. Lo que desde luego nos corresponde es señalar que la adopción de esta medida no podía llevarla a cabo la Administración de manera independiente; la ausencia de regulación de una determinada institución no puede considerarse habilitación para la libre acción de las Administraciones

públicas sino laguna jurídica que únicamente puede colmarse atendiendo al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; un sistema de fuentes en el que la definición de derechos y obligaciones tanto de los ciudadanos como de los diferentes operadores jurídicos y económicos es una tarea que corresponde privativamente al legislador.

Partiendo de estas premisas, debemos concluir que la adopción de la decisión de hibernación de la instalación de almacenamiento subterráneo «Castor» ha sido adoptada respetando la definición constitucional de la figura del decreto-ley, toda vez que la norma de urgencia aquí controvertida ha sido aprobada para hacer frente a una situación «que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (STC 183/2016, FJ 2, ya citada con anterioridad). En efecto, se trata de una medida con la que se pretende conjurar los riesgos que, para personas, bienes y especialmente el medio ambiente, pudiera generar la existencia de una instalación de almacenamiento de gas sita bajo las aguas del mar Mediterráneo, en especial si esta instalación quedara desatendida o se mantuviera la sola suspensión de actividades administrativamente acordada. Tanto en el preámbulo del Real Decreto-ley 13/2014 como en el discurso pronunciado por el Ministro de Industria, Energía y Turismo durante el debate parlamentario de convalidación, se aducen razones bastantes en defensa de la concurrencia de esa situación y de la necesidad de hacerle frente dictando la norma de urgencia que nos ocupa.

Las razones expuestas permiten descartar que el artículo 1 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre vulnere el artículo 86.1 CE, pues concurren las razones de necesidad y urgencia que establece el referido precepto constitucional para que el Gobierno pueda utilizar su potestad legislativa de urgencia.

De igual modo ha de rechazarse la alegación por la que se sostiene que el referido precepto ha vulnerado los límites que, de acuerdo con la doctrina constitucional, deben respetar las leyes singulares. Como se acaba de indicar, al no existir en nuestro ordenamiento una regulación general de la figura de la hibernación de instalaciones de producción o almacenamiento de energía la adopción de esta decisión requiere la atribución de derechos y obligaciones que solo una norma con rango de ley puede establecer. Por

todo ello procede desestimar la impugnación de la hibernación de la instalación de almacenamiento subterráneo de gas «Castor» contemplada en el artículo 1 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre [FJ 5].

Asimismo, el Tribunal Constitucional se pronuncia favorablemente en relación con la extinción de la concesión, argumentando del modo siguiente:

Pues bien, el Real Decreto-ley 13/2014 viene a situarse en el lugar que el título concesional (Real Decreto 855/2008) reservaba para la «resolución administrativa» de autorización de la renuncia de la concesión. Así se pone claramente de manifiesto en su artículo 2.1, anteriormente reproducido y en el que se declara extinta la concesión de la instalación de almacenamiento «Castor». Ahora bien, esto no supone que la norma legal controvertida venga a cumplir de manera indebida la función que originariamente se atribuyera a una resolución administrativa pues, como ya se ha indicado al examinar el artículo 1 del Real Decreto-ley enjuiciado, la causa de la extinción de la concesión de la instalación no podía estar prevista en el ordenamiento jurídico vigente antes de la aprobación de esta norma de urgencia por la sencilla razón de que ese ordenamiento jurídico estaba ayuno de una regulación de la hibernación, situación en la que pasa a encontrarse, por mandato del propio Real Decreto-ley 13/2014, la instalación Castor. Como ya se ha indicado, la hibernación no es un trasunto de la paralización de la actividad desarrollada por la instalación y ni tan siquiera una suspensión provisional; representa, por ello mismo, una novación de las condiciones del título concesional que no pueden imponerse al concesionario en función de ese mismo título.

No estamos, por consiguiente, ante la declaración de la extinción de la concesión por la simple renuncia del concesionario de la instalación amparada en el título, sino ante una alteración sustancial de las obligaciones que estaría llamado a cumplir. Resulta, por tanto, que, como esta medida no puede adoptarla la Administración en virtud de sus potestades, el establecimiento de la misma a través de una norma con rango de ley no puede considerarse inconstitucional. Por otra parte, que en este supuesto esta norma adopte la forma de decreto-ley se justifica en que la extinción de la concesión otorgada era un requisito necesario para que la Administración pudiera acordar la hibernación, por lo que las mismas razones de urgente y extraordinario necesidad que justifican esta medida, justifican también que en virtud de esta norma se acuerde la extinción de la concesión. Como

sostiene el Abogado del Estado, reiterando en lo sustancial las palabras con las que se abre el preámbulo del Real Decreto-ley 13/2014, la «necesidad de adoptar una solución integral requería la adopción de una norma con rango legal». En consecuencia, la hibernación de la instalación en este caso lleva aparejada la extinción de la concesión (art. 2) y la asignación de su administración a Enagás Transporte, S.A.U. (art. 3), dos medidas íntimamente conectadas y necesarias para acordar la hibernación de las instalaciones.

Por lo expuesto, debemos desestimar la impugnación del artículo 2, a excepción de su apartado segundo, que por su conexión con el artículo 4, su conformidad con la Constitución dependerá de la de este último precepto, y 3 del Real Decreto-ley 13/2014 [FJ 6].

En cambio, el juez de la constitucionalidad considera que la regulación de los efectos de la extinción de la concesión que hace el Decreto-ley controvertido va más allá de lo constitucionalmente admisible, ya que “[a]dmitida la existencia de una situación de urgente necesidad que, por los movimientos sísmicos habidos en el entorno de la instalación de almacenamiento de gas «Castor», pondría en riesgo de personas, bienes y el medio ambiente, hemos de convenir, tras un examen particularizado de las circunstancias concurrentes en el presente caso, en que las medidas adoptadas en los artículos 4 a 6 del Real Decreto-ley 13/2014 no guardan la debida conexión de sentido con dicha situación y su adopción representa una inadecuada alteración del sistema de fuentes del Derecho que no encuentra cobertura en la regulación que del artículo 86.1 contiene nuestra Constitución” (FJ 6).

En conclusión, puede decirse que el Tribunal Constitucional ha realizado en este caso una ponderación bien argumentada del contenido de la norma en relación con la situación de la que trae causa, que separa nítidamente lo que podía ser regulado mediante Decreto-ley sin caer en una normativa singular y autoaplicativa, de lo que, efectivamente, constituye una norma de tal condición, constitucionalmente prohibida, en la medida que limita la posibilidad de desplegar adecuadamente el derecho a la tutela judicial efectiva, circunstancia que, en particular, afecta a la indemnización al concesionario por la extinción de la concesión.

4. LA FRACTURA HIDRÁULICA: ENÉSIMO EPISODIO

La STC 8/2018, de 25 de enero (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018) resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos 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. Este recurso enlaza con los precedentes presentados contra diferentes normativas autonómicas en relación con la fractura hidráulica, previamente resueltos por el Tribunal. De hecho, el Abogado del Estado, en su impugnación invoca las SSTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio y 208/2014, de 15 de diciembre, sobre las respectivas leyes dictadas sobre la materia en Cantabria, La Rioja y Navarra, a las que cabe añadir la 73/2016, de 14 de abril, en relación con la legislación catalana en la materia, todas ellas comentadas en crónicas anteriores.

Había poco margen para la sorpresa, dada la consolidación de la doctrina el Tribunal en la jurisprudencia citada, que ya he criticado con ocasión de las sentencias citadas.

Cabe destacar, en cualquier caso, que el Tribunal Constitucional rechaza el recurso en relación con el art. 5 de la Ley impugnada que añade un nuevo párrafo al artículo 29.1 de la Ley 1/2006, de 23 de junio, de aguas del País Vasco, con el siguiente tenor: “En este sentido, queda prohibido el uso de la técnica de la fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos en aquellos espacios clasificados como de riesgo de vulnerabilidad media, alta o muy alta en el mapa de vulnerabilidad a la contaminación de los acuíferos de la CAV”. En relación con esta disposición, el Tribunal constitucional considera que:

Finalmente, la norma objeto de recurso no puede ser considerada tampoco irrazonable ni desproporcionada en relación con el fin propuesto, ya que la normativa estatal básica de medio ambiente contempla medidas análogas de protección y prevención respecto de las aguas subterráneas, con lo que el fin perseguido por la norma no puede cuestionarse por el Estado. Por otra parte, la prohibición autonómica recurrida tiende a proteger un recurso esencial del medio ambiente, el agua, cuyas características pueden hacer que se multipliquen exponencialmente y sean irreversibles los efectos

contaminantes que, no habiéndose previsto en la evaluación de impacto ambiental, incluso por insuficiencia de los conocimientos técnicos, pudieran no obstante producirse. El agua es un recurso «unitario» e integrante de un mismo ciclo (art. 1.3 del texto refundido de la Ley de aguas y STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14) y es además un recurso «vital» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 6) con una influencia decisiva sobre la vida humana, animal y vegetal. Por todo ello, la prohibición autonómica no puede considerarse irrazonable ni desproporcionada [FJ 4].

Con ello, quedan salvadas también algunas disposiciones conexas con el art. 5, aunque el recurso, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal en su jurisprudencia previa, es estimado en todo lo demás, con lo que la línea establecida por el juez de la constitucionalidad en esta materia, que en su día fue controvertida —cabe recordar aquí el voto particular a la STC 106/2014, de 24 de junio —, puede considerarse (lamentablemente) consolidada.

5. EL FONDO DE CARBONO PARA UNA ECONOMÍA SOSTENIBLE Y LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS

La STC 15/2018, de 22 de febrero de 2018 (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018) resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con el Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, por el que se regula el fondo de carbono para una economía sostenible. En particular, en este contencioso, el Gobierno de Cataluña reclama “la intervención que considera que competencialmente le corresponde sobre la parte del fondo que se destina a la adquisición de reducciones verificadas de emisiones de carbono en proyectos ubicados en el territorio catalán y, por tanto, la territorialización de la parte del Fondo a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto 1494/2011 para su gestión autonómica” (A 1). Así el conflicto de competencia se concentra en los artículos 7.4, 8.2, 14 y 15, y la disposición adicional única del Real Decreto controvertido.

El Tribunal Constitucional considera, a partir de la vinculación de la norma controvertida con el desarrollo sostenible, que “las previsiones del Real Decreto 1494/2011 encuentran su principal acomodo, en principio, en los ámbitos

materiales de medio ambiente y economía, y que estamos ante un instrumento de gestión” (FJ 5). A partir de aquí, sin embargo, de acuerdo con la conocida tendencia a ampliar las bases estatales hasta el ámbito de la ejecución, el Tribunal Constitucional considera que

A la luz del impacto del fondo en la generación de modelos de actividad económica baja en carbono y sostenible, y por resultar las previsiones de los preceptos impugnados un complemento claramente necesario para alcanzar sus fines ambientales —por ser imprescindible una dirección y organización unitaria del mismo—, es posible concluir que la competencia estatal en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), concurrente con la que ostenta la Generalitat de Cataluña en materia de medio ambiente en los términos que ya hemos analizado (art. 144 en relación con el art. 114 EAC), justifica que los órganos del fondo asuman las cuestionadas funciones ejecutivas para la adquisición de créditos de carbono [FJ 7].

A partir de aquí, el juez de la constitucionalidad concluye con la desestimación de “las impugnaciones referidas a los arts. 7.4, 14.2 y 15.2 del Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, por el que se regula el fondo de carbono para una economía sostenible” (FJ 7). Por otra parte, en relación con los arts. 14.1 y 15.1, el Tribunal constitucional considera que “el reconocimiento de que las competencias que el artículo 7.4 Real Decreto 1494/2011 atribuye al fondo pueden fundarse legítimamente en el artículo 149.1.23 CE [...], lo que] conlleva que su ejercicio no sea susceptible de fragmentación a través de la territorialización del fondo y de la adquisición por las Comunidades Autónomas de reducciones verificadas de emisiones de gases de efecto invernadero [de modo que] debe rechazarse, consecuentemente, que las Comunidades Autónomas tengan competencias decisorias en dicha gestión” (FJ 8). Sin embargo, en relación con la disposición adicional, el Alto Tribunal considera lo siguiente:

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos de colaboración o coordinación atribuidos a dicha comisión por el artículo 3.1 de la Ley 1/2005 [por ejemplo, el de la letra f), en la que se atribuye a dicha comisión «la elaboración y aprobación de directrices técnicas y notas aclaratorias para la armonización de la aplicación del régimen de derechos de emisión»],

la letra g) de dicho artículo 3.1 no concreta en modo alguno en qué consistirá dicha coordinación o colaboración. A esto se añade que la disposición adicional única del Real Decreto 1494/2011, ahora en cuestión, ha limitado la colaboración de las Comunidades Autónomas a través de la comisión de coordinación de políticas de cambio climático a la de recibir información periódica sobre el funcionamiento del fondo y, en particular, las directrices del fondo para la compra de créditos de carbono, de las propuestas sobre los sectores prioritarios de actuación para la adquisición de reducciones verificadas de emisiones derivadas de proyectos ubicados en el territorio nacional, en relación con las cuales la comisión de coordinación «analizará y velará por la coherencia de las actuaciones del Fondo en este ámbito con las medidas aplicadas por las comunidades autónomas para reducir emisiones de gases de efecto invernadero». No establece, en definitiva, ningún mecanismo concreto que sirva a los efectos de garantizar que las posiciones de las distintas Comunidades Autónomas sean consideradas por el Estado al establecer las directrices del fondo para la compra de créditos de carbono, los criterios y requisitos de selección de las reducciones verificadas de emisiones que puedan ser objeto de adquisición por el fondo, o en el proceso de selección de proyectos que se ubiquen en su territorio para la adquisición de reducciones verificadas de gases de efecto invernadero. Funciones todas estas atribuidas al consejo rector del fondo en el artículo 14.2 del Real Decreto 1494/2011. Sin que lo dispuesto en el apartado primero, letra c) de dicho artículo, que establece la integración de un solo representante de todas las Comunidades Autónomas en dicho órgano, pueda considerarse una fórmula de colaboración suficiente a los efectos de solventar esta carencia, máxime cuando estamos en un ámbito de actuación en el que las Comunidades Autónomas pueden tener criterios o intereses contrapuestos, ya sea con el Estado o entre sí, y que afecta al ejercicio de sus competencias. Por consiguiente, procede declarar inconstitucional la disposición adicional única [FJ 8].

Finalmente, en relación con el art. 8.2, el Tribunal Constitucional argumenta del modo siguiente:

En este caso hay que tener en cuenta que el artículo 8.2 del Real Decreto 1494/2011 permite a la comisión ejecutiva valorar la experiencia que una entidad independiente pueda tener «en materia de verificación en el ámbito del régimen europeo de comercio de emisiones» de cara al

«reconocimiento» de dicha entidad como verificadora de la reducción de emisiones. Pero en el ámbito de dicho régimen —el mercado de emisiones creado y armonizado en la Unión Europea a través de la ya citada Directiva 2003/87/CE— la normativa básica estatal por la que se transpuso a nuestro ordenamiento interno reconoció la competencia de las Comunidades Autónomas a los efectos de designar a organismos de acreditación o de realizar el reconocimiento formal de verificadores (art. 22 de la Ley 1/2005 por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en relación con el art. 4 del Real Decreto 1315/2005 por el que se establecen las bases de los sistemas de seguimiento y verificación de las emisiones de gases de efecto invernadero en las instalaciones sujetas a la Ley 1/2005). Además, se reguló de forma exhaustiva tanto los criterios para la verificación de las emisiones (anexo IV de la Ley 1/2005), como para la acreditación de los verificadores por las Comunidades Autónomas (art. 9 del Real Decreto 1315/2005). En definitiva, para el supuesto de los verificadores que actúan en el marco del régimen europeo de comercio de emisiones, el legislador estatal no consideró en su momento que concurrían los requisitos necesarios para declarar básico, y por tanto competencia del Estado, el reconocimiento de los verificadores ambientales.

Además, ni del texto ni del contexto en el que se sitúa el artículo 8.2 del Real Decreto 1494/2011 se infiere que en este caso sí concurren, por el contrario, los requisitos necesarios para declararlo básico; en particular, no se aprecia que para este supuesto concreto «no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ... y por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado», máxime cuando los criterios que han de cumplir los verificadores ambientales en el ámbito del mercado europeo de emisiones, al que remite el propio artículo 8.2, fueron ya regulados en el Real Decreto 1315/2015 para su aplicación por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, corresponde a la Comunidades Autónomas, conforme a los criterios básicos y puntos de conexión que pueda adoptar el Estado en esta materia, el reconocimiento de dichas entidades.

En conclusión, el artículo 8.2 del Real Decreto 1494/2011, al conferir a la comisión ejecutiva la competencia para «reconocer a entidades independientes para verificar las reducciones de emisiones, a los efectos de

su adquisición por el Fondo», es contraria al orden constitucional de distribución de competencias [FJ 9].

En definitiva, se trata de un pronunciamiento matizado que, en cualquier caso, continúa sosteniendo, parcialmente, la posibilidad de ampliar las bases estatales en materia de medio ambiente a funciones ejecutivas, lo que, aunque se considere excepcional, acaba proyectándose en innumerables áreas de la materia.