



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 73/2016, de 14 de abril de 2016

Pleno

Rec. de inconstitucionalidad núm. 6513/2014

(BOE de 20 de mayo de 2016)

SUMARIO:

Libertad de establecimiento. Implantación de establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada. Fracking. Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales. Inconstitucionalidad de preceptos autonómicos. La disposición transitoria octava de la Ley catalana 2/2014 constituye, sin duda alguna, una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales que, en cuanto tal, debe estar justificada en razones imperiosas de interés general. Como consecuencia de ella sigue virtualmente suprimida la posibilidad de que estos establecimientos comerciales se ubiquen en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la trama urbana consolidada. La Ley controvertida no exterioriza motivo alguno para limitar tan fuertemente la implantación de establecimientos comerciales de más de 800 m². La exposición de motivos y la disposición transitoria octava nada dicen a este respecto. La única mención de «razones imperiosas de interés general» es la incluida en la disposición adicional vigésima séptima, que al declarar vigente la redacción originaria de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, se remite expresamente a las «detalladas» en «su exposición de motivos». La Ley controvertida se refiere de este modo a las razones aducidas para justificar un régimen que admite la implantación de establecimientos comerciales fuera de las tramas urbanas consolidadas en una serie de casos, pero no a la disposición transitoria octava, que -al suspender la vigencia de ese régimen de excepciones- restringe fuertemente la libertad de apertura de establecimientos comerciales. La disposición impugnada presenta esta restricción como provisional. Se está ante una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales sin que su afirmada provisionalidad libere en modo alguno al legislador catalán de la exigencia de apoyarla en razones imperiosas de interés general debidamente justificadas. Al establecer una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales con ausencia de todo razonamiento, el legislador autonómico ha contradicho frontalmente el art. 11 de la Ley 17/2009 y el art. 6 LOCM. Consecuentemente, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición transitoria octava de la Ley catalana 2/2014.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 149.1.13, 17, 23 y 25.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 57, 64, 80 y 81.

Ley 7/1996 (Ordenación del comercio minorista), art. 6.

Ley 17/2009 (Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), art. 11.

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), arts. 66 y 75.

Decreto-Ley Cataluña 1/2009 (ordenación de los equipamientos comerciales), art. 9.

DLeg. Cataluña 1/2010 (TR de la Ley de urbanismo), art. 47.10.



www.civil-mercantil.com

Ley Cataluña 2/2014 (medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público), art. 167.1 y disp. trans. quinta y octava.

Decreto-ley Cataluña 7/2014 (reforma de la ordenación de los equipamientos comerciales), art. único.

Ley Cataluña 3/2015 (medidas fiscales, financieras y administrativas), art. 102.

PONENTE:

Don Andrés Ollero Tassara.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trias, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Rios, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 6513-2014, interpuesto por el Abogado del Estado en representación del Presidente del Gobierno contra el art. 167.1 y las disposiciones transitorias quinta y octava de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña, publicada en el «Boletín Oficial de la Generalitat de Cataluña» núm. 6551, de 30 de enero de 2014. Han intervenido la Abogada de la Generalitat de Cataluña y los Letrados del Parlamento de Cataluña. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 30 de octubre de 2014, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, interpone recurso de inconstitucionalidad contra el art. 167.1 y las disposiciones transitorias quinta y octava de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña.

2. El recurso de inconstitucionalidad, tras invocar los arts. 161.2 CE y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) a fin de que se produzca la suspensión de la aplicación de los preceptos controvertidos, argumenta las impugnaciones, que afectan a materias distintas: la explotación de recursos naturales mediante la técnica de la fracturación hidráulica (artículo 167.1), la autorización de establecimientos comerciales (disposición transitoria octava) y el régimen transitorio aplicable al Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, suprimido por la disposición adicional vigésima de la Ley (disposición transitoria quinta).



a) El art. 167.1 de la Ley controvertida añade un apartado 10 al art. 47 del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, conforme al que: «En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica 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 Generalidad».

A la vista de la doctrina constitucional (SSTC 197/1996, de 28 de noviembre; 223/2000, de 21 de septiembre; 8/2013, de 17 de enero, y 134/2014, de 22 de julio), los apartados 25 (bases del régimen energético) y 13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) del art. 149.1 CE habilitarían el dictado de legislación básica sobre extracción de gas mediante la técnica de fractura hidráulica. Por eso habría de reputarse básica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, LSH) cuyo art. 2 «reconoce la libre iniciativa para el ejercicio de las actividades a que se refieren los Títulos III y IV de la presente Ley», sometiéndola a un régimen de previa autorización destinado a comprobar el cumplimiento de determinados requisitos técnicos. Esta Ley atribuye específicamente al Estado la competencia para otorgar las autorizaciones de exploración y los permisos de investigación cuando el ámbito territorial afectado exceda del de una Comunidad Autónoma (artículo 3.1). Por otra parte hace lo propio con todas las concesiones de explotación a que se refiere el título II, cualquiera que sea el ámbito territorial afectado, así como las autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación en las zonas de subsuelo marino. 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), el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental) y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, salvaguardan los intereses medioambientales estableciendo que los proyectos que utilicen la técnica del fracking estén sujetos a la evaluación de impacto ambiental.

Según el Abogado del Estado, la previsión impugnada, en lugar de desarrollar las bases, las comprime en contra de la doctrina constitucional (SSTC 182/2013, de 23 de octubre). Transformaría la posibilidad de autorización o concesión de licencia en un supuesto de hecho verdaderamente excepcional. Establecería una prohibición general de la técnica de la fractura hidráulica y apunta hacia una serie de posibles excepciones a través de criterios extremadamente genéricos que abren un margen de discrecionalidad tan amplio que supondrían la derogación práctica del régimen básico de libertad sometido a autorización. La indefinición de los criterios medioambientales conforme a los que la autoridad autonómica debe valorar los proyectos podría llegar a bloquear e impedir la actividad de fractura hidráulica de proyectos concretos que hayan obtenido licencia de acuerdo con la legislación estatal, teniendo en cuenta que la evaluación ambiental corresponde al Estado respecto de sus propios proyectos (STC 13/1998, de 22 de enero).

b) La disposición transitoria octava establece, en su primer inciso, que «en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno debe presentar al Parlamento un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse». El segundo inciso añade: «Mientras no se apruebe este proyecto de ley queda suspendida la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3.b y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales».



www.civil-mercantil.com

El art. 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM) tiene carácter básico ex art. 149.1.13 CE (STC 193/2013, de 21 de noviembre). Esta previsión estatal, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, establece un régimen de libertad, sin sujeción a régimen de autorización, para la apertura, traslado o ampliación de instalación de establecimientos comerciales (apartado 1). Ante determinados riesgos (daños sobre el medio ambiente, el entorno urbano o el patrimonio histórico-artístico) y sólo si tales riesgos no pueden afrontarse mediante un régimen de declaración responsable o comunicación previa, podrá exigirse motivadamente una única autorización (apartado 2). Los requisitos que se exijan habrán de ser no discriminatorios, proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes y accesibles. Deben estar justificados en razones imperiosas de interés general, vinculados específicamente a la instalación o infraestructura y basados en la evitación de daños sobre el medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico-artístico (apartado 3). El otorgamiento de la autorización no puede supeditarse en caso alguno a requisitos de naturaleza económica como la prueba de una necesidad económica, demanda en el mercado o exceso de oferta comercial, la evaluación de los efectos económicos posibles o reales de la actividad, la apreciación de si tal actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente o los directa o indirectamente dirigidos a la defensa de un determinado modelo económico o empresarial (apartado 4). Los regímenes de intervención administrativa se ajustarán en todo caso a las Leyes 17/2009, de 23 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades y su ejercicio, y 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

El Abogado del Estado recuerda que la Ley 17/2009, igualmente declarada básica por el Tribunal Constitucional (STC 193/2013), dispone que «en ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento» de «requisitos de naturaleza económica» [artículo 10 e)]. A su vez, prohíbe con carácter general la subordinación del acceso a «restricciones cuantitativas o territoriales» y, concretamente, «a límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores». La normativa reguladora sólo podrá introducir tales restricciones de manera excepcional ante una razón imperiosa de interés general si no son discriminatorias ni desproporcionadas y sin que puedan invocarse como justificación «fines económicos» como la garantía de la «viabilidad económica de determinados prestadores» [apartados 1 a) y 2 del artículo 11].

La redacción inicial del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña prohibía con carácter general la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de las tramas urbanas consolidadas de los municipios «de más de 50.000 habitantes o los asimilables a éstos o que fueran capital de comarca» (apartados 3 y 4). No obstante, la permitía excepcionalmente en determinadas circunstancias.

Posteriormente, el art. 114 de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica de Cataluña dio nueva redacción a los apartados 3 y 4 del art. 9 del indicado Decreto-ley, eliminando la posibilidad de implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de las tramas urbanas consolidadas. La STC 193/2013, de 21 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del art. 114 de la Ley 9/2011 al no ajustarse a la citada legislación básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.13 CE. El Abogado del Estado insiste en que el Tribunal Constitucional valoró que la nueva redacción de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-Ley 1/2009 establece un régimen sustancialmente más restrictivo que el anterior y que no responde a objetivos urbanísticos, de ordenación territorial o protección medioambiental adecuadamente justificados ni, por tanto, a una razón imperiosa de interés general que desconoce a la vez la prohibición general de restricciones a la libertad de acceso y ejercicio de



actividades de servicios de orden cuantitativo poblacional y territorial no suficientemente motivadas.

Afirma el Abogado del Estado que el legislador catalán ha adoptado la Ley controvertida a la vista de esta declaración de inconstitucionalidad. En consonancia con la STC 193/2013, la disposición adicional vigésima séptima habría recuperado la redacción original de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, que permitía en determinadas circunstancias la implantación de grandes establecimientos comerciales dentro de las tramas urbanas consolidadas. En particular, declara «vigentes los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Decreto ley 1/2009 ... en la redacción que tenían en el momento de entrar en vigor el 29 de diciembre de 2009, de acuerdo con los criterios y los objetivos de este decreto ley, que se fundamentan en las razones imperiosas de interés general que lo sostienen, detalladas en su exposición de motivos».

No obstante, la disposición transitoria octava –objeto de impugnación– suspende temporalmente «la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3 b) y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-Ley 1/2009». De esta manera, «mientras no se apruebe» «un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias», se mantiene la prohibición de establecimientos de grandes superficies comerciales fuera de la trama urbana de los municipios. Esta «suspensión de las excepciones» refuerza la prohibición general de modo tal que el acceso y ejercicio de una actividad de servicios quedan nuevamente supeditados a restricciones cuantitativas y territoriales en contra de la legislación básica estatal: se introduce el criterio de la población para condicionar la posibilidad de instalación de los medianos y grandes establecimientos comerciales y limitando su implantación fuera de las tramas urbanas consolidadas sin que lo justifiquen razones imperiosas de interés general. Con ello, el legislador autonómico desconocería, no sólo las competencias que el art. 149.1.13 CE atribuye al Estado, sino también el mandato constitucional del art. 164.1 CE: «Las sentencias del Tribunal Constitucional ... tienen plenos efectos frente a todos».

c) Se impugna la disposición transitoria quinta cuyo apartado segundo dispone: «Los bienes integrantes del patrimonio de la entidad gestora de la Seguridad Social que se suprime se incorporan al patrimonio de la Generalitat y se adscriben al departamento competente en materia de servicios sociales. El departamento competente en materia de servicios sociales se subroga en todos los derechos y obligaciones de los bienes de titularidad de la Tesorería General de la Seguridad Social cuyo uso y gestión hayan sido atribuidos al Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales». El Abogado del Estado dirige dos reproches diferenciables a esta disposición transitoria. Uno se refiere a la calificación del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales como «entidad gestora de la Seguridad Social»; el otro a la previsión de que los «bienes integrantes del patrimonio» de esta entidad deben adscribirse «al departamento competente en materia de servicios sociales».

Respecto de la primera cuestión, afirma el Abogado del Estado que, en el marco del art. 149.1.17 CE (legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social), el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de julio, emplea la fórmula «Entidad gestora de la Seguridad Social» para referirse a los organismos enunciados en su artículo 57 e incluye una reserva de denominación en su artículo 64: «Ninguna entidad pública o privada podrá usar en España el título o los nombres de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, ni los que puedan resultar de la adición a los mismos de algunas palabras o de la mera combinación, en otra forma, de las principales que los constituyen. Tampoco podrán incluir en su denominación la expresión Seguridad Social, salvo expresa autorización del Ministerio de



www.civil-mercantil.com

Trabajo y Seguridad Social». Comoquiera que el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales no es una entidad gestora de la Seguridad Social ni puede ser considerada como tal, la disposición impugnada entraría en contradicción con la legislación básica estatal, invadiendo las competencias que el art. 149.1.17 CE atribuye al Estado.

Respecto del régimen de adscripción de los bienes del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, habría que tener en cuenta que la Ley general de la Seguridad Social, al amparo del art. 149.1.17 CE, establece que «las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del patrimonio del Estado» (el artículo 80.1) y que «la titularidad del patrimonio único de la Seguridad Social corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social» (artículo 81). Ello es relevante porque el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales cuenta, no sólo con los bienes que le ha adscrito la Generalitat, sino con los que le ha transferido el Estado. El Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio (sobre traspasos de servicios de la seguridad social a la Generalitat de Cataluña en materia de seguridad social), reconoce expresamente el carácter patrimonial de los bienes transferidos, que forman parte del patrimonio único de la Seguridad Social, en el que deben continuar a todos los efectos. En consonancia con la legislación básica, establece que «la adscripción de los bienes patrimoniales de la Seguridad Social se entiende sin perjuicio de la unidad del patrimonio de ésta, distinto del Estado y afecto al cumplimiento de sus fines específicos, cuya titularidad corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social» (apartado C.5 del anexo). La transferencia se refiere pues sólo al uso de los inmuebles, en ningún caso a su titularidad o propiedad, que sigue correspondiendo a la Tesorería General de la Seguridad Social. Consecuentemente, la expresión «los bienes integrantes del patrimonio del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales se incorporan al patrimonio de la Generalitat», incluida en la disposición impugnada, sólo podría referirse a los bienes propios de dicho Instituto, no a los transferidos, que siguen rigiéndose por la Ley general de la Seguridad Social y el citado Real Decreto (además del núm. 46/1993, de 15 de enero, por el que se traspasa el Instituto Guttman). Por tal razón la disposición transitoria quinta incurriría en inconstitucionalidad mediata.

3. Mediante providencia de 18 de noviembre de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional acuerda admitir a trámite el presente recurso, dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, así como a la Generalitat y al Parlamento de Cataluña, al objeto de que puedan personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, acuerda tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 CE, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado, y publicar la incoación del recurso y la suspensión efectuada en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario oficial de la Comunidad Autónoma».

4. Por escritos registrados en el Tribunal Constitucional el 26 y 28 de noviembre de 2014, los Presidentes del Senado y del Congreso de los Diputados, respectivamente, comunican el acuerdo de la Mesa de la Cámara correspondiente de personarse en el proceso ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Por escrito registrado en este Tribunal el 12 de diciembre de 2014, la Abogada de la Generalitat de Cataluña, en la representación que legalmente ostenta, comparece en el proceso y formula las alegaciones siguientes:



www.civil-mercantil.com

a) El apartado 10 del art. 47 del Decreto Legislativo 1/2010, añadido por el art. 167.1 de la Ley controvertida, debería encuadrarse de modo prevalente, no en las materias de energía y medio ambiente, respecto de las que el Estado tiene competencia para dictar legislación básica, sino en urbanismo, ámbito que corresponde en exclusiva a la Generalitat (art. 133.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en adelante EAC). Tal conclusión se apoya en razones de orden tanto formal como material. El artículo 167.1 forma parte del capítulo I del título VI de la Ley 2/2014 sobre «modificaciones legislativas en materia de vivienda y urbanismo»; el art. 47 del Decreto Legislativo 1/2010 se refiere al «régimen de uso del suelo no urbanizable» y tiene un efectivo contenido urbanístico. El apartado 10 agregaría a las normas sobre los usos del suelo no urbanizable una nueva regla destinada a evitar el deterioro de los valores protegidos mediante la clasificación del suelo como tal: que el aprovechamiento de estos suelos mediante la técnica de la fractura hidráulica no produzca efectos negativos a las características de los terrenos. Se estaría ante una norma materialmente urbanística insertada en la directriz del art. 10.1 a) del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; ello, según la STC 141/2014, refleja «el reconocimiento de un valor medioambiental a todo suelo rural y no sólo al especialmente protegido» cuyo objetivo es la preservación de los valores de los terrenos que hayan fundado su clasificación como suelo no urbanizable.

La regulación autonómica, al condicionar o restringir los usos del suelo con el fin de preservar determinados valores (naturales, paisajísticos, culturales, geológicos, ambientales o arqueológicos) estaría amparada también en las competencias estatutarias sobre espacios protegidos en aguas interiores (art. 119.2 EAC), espacios naturales protegidos (art. 144.2 EAC), protección del patrimonio cultural [art. 127.1 b), cuarto EAC], aguas (art. 117.1 EAC), medio forestal [art. 116.2 b) EAC], salud pública [art. 162.3 c) EAC] o protección medioambiental (art. 145 EAC). Este último sería el título que complementaría de modo más significativo la competencia autonómica en materia de urbanismo.

A la vista del indicado encuadramiento y de la STC 61/1997, la Abogada de la Generalitat razona que el presente proceso constitucional aborda un supuesto de concurrencia de competencias: la autonómica sobre urbanismo (art. 149.5 EAC) y la estatal en materia de energía (apartados 13 y 25 del art. 149.1 CE). Esta última proporcionaría cobertura a la Ley del sector de hidrocarburos. Ante un conflicto de competencias concurrentes, la Constitución impone a los poderes públicos la articulación de mecanismos de coordinación y colaboración que garanticen el ejercicio simultáneo. Si ello no fuera posible, porque el ejercicio de una competencia interfiere inevitablemente en el de la otra, el Tribunal Constitucional determinará cuál es la competencia prevalente (SSTC 8/2012).

En el presente caso, los cauces de coordinación interadministrativa están previstos en la legislación, tanto urbanística como energética y medioambiental. El informe preceptivo de las Administraciones sectoriales afectadas en la tramitación de los planes urbanísticos (arts. 83.3 y 85.5 del texto refundido de la Ley de suelo) prevé que la obtención de la autorización para emplear la técnica de la fractura hidráulica, operará «sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que los trabajos, construcciones e instalaciones necesarios» para su desarrollo «pudieran requerir por razones fiscales, de ordenación del territorio y urbanismo, de protección del medio ambiente, de protección de los recursos marinos vivos, exigencia de la correspondiente legislación sectorial o seguridad para personas y bienes» (art. 6 LSH). El mismo informe sujeta los proyectos de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos, que empleen la indicada técnica, a la evaluación ambiental, que concluye con la declaración emitida con carácter de informe preceptivo y determinante del órgano ambiental en cada caso competente [arts. 7.1 a) y 41, anexo I, grupo 2, apartado d) de la Ley 21/2013]. Si tales mecanismos no permitieran una solución negociada, que garantice el ejercicio simultáneo



www.civil-mercantil.com

de la competencia urbanística autonómica con la competencia estatal en materia de hidrocarburos, la Administración que estime vulnerada su competencia podrá atacar la decisión de que se trate en la vía judicial ordinaria o ante el Tribunal Constitucional; quien en último término puede determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido. Tal decisión no podría adoptarse prematuramente y de forma preventiva en este proceso.

En este orden de ideas, si el órgano urbanístico de la Generalitat denegase la autorización, no por ello quedarían sin efecto las autorizaciones, permisos y concesiones ministeriales que pudieran amparar la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos mediante la indicada técnica. El sentido discordante de ambas resoluciones obligaría simplemente a iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo que las integre; a falta de acuerdo, podría suscitarse un conflicto judicial ordinario o constitucional para determinar la competencia prevalente y, por tanto, si debe subsistir la decisión que deniega o la que autoriza.

Hay que tener en cuenta que el legislador estatal, aunque incluye la fracturación hidráulica entre las técnicas extractivas permitidas (art. 9.5 LSH), no atribuye un derecho subjetivo a la obtención del título habilitante de la exploración, investigación o explotación correspondiente. La concesión se halla en todo caso sujeta a la evaluación de impacto ambiental (disposición final tercera de la Ley 17/2013) y a las determinaciones resultantes de la correspondiente planificación estratégica. Además, el otorgamiento se produce sin perjuicio de las autorizaciones que pudieran requerirse por otras razones (art. 6 LSH).

La Abogada de la Generalitat admite que el precepto impugnado adolece de cierta indeterminación, ya que prevé la denegación de la autorización urbanística del fracking en suelo no urbanizable si causa efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona o en relación con otros ámbitos competenciales autonómicos. La previsión no precisa el grado o intensidad de tales efectos negativos para que se reputen incompatibles con la indicada técnica. A su vez, la referencia a las características socioeconómicas de la zona resulta algo discordante. Por tal razón, una interpretación posible es la propuesta por el Abogado del Estado, según la cual el precepto establecería una prohibición general al tiempo que habilitaría a los órganos urbanísticos autonómicos para proceder discrecionalmente a la denegación.

La naturaleza abstracta del recurso de inconstitucionalidad y el principio de conservación de la ley exigen, no obstante, apurar las posibilidades de una interpretación conforme a la Constitución (SSTC 4/1981, 93/1984, 176/199 y 42/2014). Puede entenderse que el art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010 no establece una prohibición general del fracking ni otorga a los órganos urbanísticos autonómicos una potestad discrecional para su denegación. La condicionaría a la existencia real y efectiva de unos efectos negativos sobre los valores que se tratan de proteger mediante la clasificación de los terrenos como suelo no urbanizable. La apreciación de esos efectos negativos no se abandona al libre criterio de los órganos urbanísticos autonómicos. Resulta de las regulaciones sectoriales autonómicas y estatales (sobre espacios naturales, aguas, minas, costas, montes, etc.) aplicables en función de la naturaleza y características de los terrenos afectados. Tal interpretación resultaría acorde con el contenido y los requisitos que el Decreto Legislativo 1/2010 impone a los proyectos que deben formularse para obtener la autorización urbanística de explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable [arts. 48.1 y 49.1 a)]. La mención de las características socioeconómicas de la zona incluida en el impugnado art. 49.10 del Decreto Legislativo 1/2010 debe reconducirse a las determinaciones de esta naturaleza que pueda contener la legislación sectorial agrícola, forestal, ganadera, hidráulica, etc.; únicas que podrían legitimar la denegación urbanística de la técnica del fracking por esta razón.

El art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010, así interpretado, no prohíbe la técnica del fracking ni menoscaba la competencia estatal concurrente en materia de hidrocarburos, por lo



www.civil-mercantil.com

que no puede equipararse a las regulaciones de Ley 7/2013, de 15 de abril, de Cantabria y 134/2014, de 22 de julio, de La Rioja; ambas prohibitivas de la indicada técnica y declaradas por ello inconstitucionales en SSTC 106/2014, de 24 de junio, y 134/2014, de 22 de julio, respectivamente.

b) Respecto de la segunda impugnación, la Abogada de la Generalitat afirma que la ratio decidendi de la STC 193/2013, a la vista de sus fundamentos jurídicos 7 y 8 (primer párrafo, in fine), no reside tanto en que el legislador catalán impusiera limitaciones territoriales a la localización de los establecimientos comerciales, como en que no justificó adecuadamente las razones imperiosas de interés general que habrían podido legitimar tales limitaciones. Ni el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia de la Sala Segunda de 24 de marzo de 2011) ni la Directiva 2006/123/CE (art. 15) ni la Ley de ordenación del comercio minorista (art. 6), ni la Ley 17/2007 (art. 11) excluyen la posibilidad de limitaciones territoriales y poblacionales a la localización de establecimientos comerciales. De la regulación comunitaria y básica estatal se infiere que tales restricciones son admisibles cuando cumplen la triple condición de ser proporcionadas, no discriminatorias y necesarias por razones imperiosas de interés general. Tales requisitos se cumplen en el presente caso: el apartado II del preámbulo de la Ley 2/2014 desgrana exhaustivamente las razones imperiosas de interés general que justifican la suspensión temporal de aquellas excepciones.

El Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, ha dado nueva redacción al art. 6 LOCM. El precepto podría incurrir en inconstitucionalidad por exceso competencial, al limitar los requisitos para la apertura o ampliación de los establecimientos a los ligados específicamente a la infraestructura o instalación. No obstante, lo destacable aquí es que no prohíbe la imposición de límites territoriales al emplazamiento de los establecimientos comerciales ni puede considerarse que el legislador catalán los haya vulnerado. Los criterios de ordenación de los establecimientos comerciales no se basan en la existencia de necesidades económicas, demanda en el mercado o exceso de la oferta comercial, evaluación de los efectos económicos, posibles o reales, objetivos de programación económica o defensa de un determinado modelo económico o empresarial dentro del sector.

La Abogada de la Generalitat señala, en fin, que sus anteriores reflexiones sirven únicamente para precisar el verdadero alcance de la STC 193/2013. No es preciso proyectarlas sobre el presente caso para justificar la legitimidad del precepto impugnado; en realidad, tal precepto no introduce nuevas restricciones a la implantación de establecimientos comerciales respecto de las fijadas inicialmente en la redacción originaria del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales. De conformidad con la STC 193/2013 y en aras de la seguridad jurídica, la disposición adicional vigésima séptima ha vuelto a permitir la implantación de establecimientos comerciales medianos y grandes en la trama consolidada de los municipios superiores a los 5.000 habitantes y asimilados o capitales comarcales. Lo ha hecho al declarar vigentes las excepciones a la prohibición general de tal implantación previstas en la redacción primitiva de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley.

Ciertamente, la impugnada disposición transitoria octava suspende temporalmente la vigencia de la excepción de implantación de establecimientos fuera de la trama de urbana consolidada previstas en los arts. 3 b) y apartado 4, segundo párrafo, del art. 9 del indicado Decreto-ley. Sin embargo, no por ello está derogando o suprimiendo aquellas excepciones; establece una moratoria que permite: 1) ajustar la mermada capacidad económica de los poderes públicos local y autonómico derivada de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 con las inversiones en infraestructuras y lucha contra la contaminación que exige el despliegue de este tipo de establecimientos; 2) evitar la masiva localización de grandes y medianos establecimientos comerciales en zonas periféricas, que impida la futura eficacia de



www.civil-mercantil.com

los criterios de localización de los establecimientos comerciales basados en objetivos de ordenación territorial y urbana, protección medioambiental, preservación del patrimonio histórico artístico, cohesión social, movilidad sostenible y tutela de los derechos de los consumidores. Por tal razón procedería descartar que el legislador catalán haya incumplido la doctrina de la STC 193/2013.

c) Respecto de la disposición transitoria quinta, la Abogada de la Generalitat señala que el recurso se ha centrado en su apartado 2 sin aportar razonamiento alguno sobre la eventual inconstitucionalidad de los demás. Procedería, en consecuencia, entender limitada la impugnación al referido apartado a la vista de la doctrina constitucional resumida en la STC 195/2012.

El indicado apartado emplea la denominación «Entidad gestora de la seguridad social». No por ello incurriría en la inconstitucionalidad mediata denunciada por el Abogado del Estado. La eventual vulneración se habría producido en el pasado, al aprobarse la Ley 12/1983, de 14 de julio, de administración institucional de la sanidad y de la asistencia y los servicios sociales de Catalunya; es su artículo 2.1 b) el que disponía que el Instituto Catalán de la Salud y el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales tienen «naturaleza de Entidades Gestoras de la Seguridad Social». Esta eventual infracción habría cesado, justamente, por la decisión del legislador de suprimir el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales mediante la disposición adicional vigésima de la Ley controvertida. Tal extinción dejaría sin objeto la controversia sobre si la Ley 12/1983 podía o no asignar al Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales la condición de entidad gestora de la Seguridad Social.

Por otra parte, una lectura íntegra del apartado 2 de la disposición transitoria quinta permite comprobar que los bienes del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales incorporados al patrimonio de la Generalitat son exclusivamente los que la propia Generalitat había propiamente adscrito a la indicada entidad. Según se infiere del segundo párrafo del apartado 2, los bienes traspasados por el Estado permanecen bajo la titularidad de la Tesorería General de la Seguridad Social. La Generalitat se limita a subrogarse a través del Departamento competente en materia de asuntos sociales en los derechos y obligaciones de los bienes de titularidad de la señalada Tesorería cuyo uso y gestión tenía atribuidos el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales. Debe entenderse que tal subrogación no supone afectación del servicio asistencial al que se destinan los inmuebles traspasados ni alteración de su titularidad; tales bienes siguen sujetos al régimen jurídico específico del patrimonio único de la Seguridad Social. Tal interpretación debería ser acogida por el Tribunal Constitucional en razón del carácter abstracto del recurso de inconstitucionalidad y el principio de conservación de la ley (SSTC 4/1981, 122/983 y 176/1999).

d) La Abogada de la Generalitat solicita en último término el levantamiento inmediato de la suspensión antes del transcurso del plazo de cinco meses.

6. Por escrito registrado en este Tribunal el 15 de diciembre de 2014, los Letrados del Parlamento de Cataluña, en la representación que legalmente ostentan, comparecen en el proceso y formulan las alegaciones siguientes:

a) El impugnado art. 167.1 de la Ley 2/2014 hallaría cobertura en varias de las competencias que el Estatuto catalán atribuye a la Generalitat en materia de energía [art. 133.1 a)], minas (art. 133.4) y medio ambiente [art. 144.1 c) y f)]. Tal precepto no alteraría el sistema de intervención administrativa regulado en la Ley del sector de hidrocarburos. Podría decirse que, en consonancia con ese sistema, ha evitado establecer una prohibición absoluta o incondicionada de la técnica del fracking en el territorio catalán. El precepto se refiere sólo al suelo no urbanizable para permitir la utilización de la fracturación hidráulica que no produce



www.civil-mercantil.com

efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalitat.

Los Letrados autonómicos admiten que el precepto impugnado regula supuestos de denegación, pero insisten en que ello ocurre igualmente en la propia Ley del sector de hidrocarburos; no impide que la propia Administración general del Estado decida denegar la utilización de la indicada técnica habida cuenta de que el sistema establecido no es de libertad absoluta e incondicionada. La Ley controvertida no detalla los casos en que, por producirse esos efectos negativos, debe denegarse la autorización del empleo de la fracturación hidráulica. No obstante, la Ley no podría concretar por sí esos casos, pues son necesarias actuaciones posteriores para determinar si existen los señalados efectos negativos.

El precepto impugnado sería incompleto y, por tanto, debería interpretarse en el marco normativo existente. De modo que para ser rectamente entendido, debe incardinarse en la Ley del sector de hidrocarburos y en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Tales textos prevén la intervención de la Comunidad Autónoma a través de: 1) el otorgamiento de las autorizaciones de exploración y permisos de investigación cuyo ámbito territorial no exceda de una Comunidad Autónoma y 2) el informe previo al otorgamiento de la concesión de explotación de yacimientos de hidrocarburos o de almacenamientos subterráneos. A la vista de esta regulación, el precepto recurrido viene a establecer el mandato de que el órgano autonómico deniegue la licencia correspondiente o manifieste su oposición a la concesión en el informe correspondiente sólo si la actividad proyectada pudiera producir efectos negativos; entendidos como consecuencias absolutamente insubsanables mediante medidas apropiadas o condicionamientos que atemperen esa incidencia negativa. El mandato de no autorizar la fracturación hidráulica ante efectos negativos en las «características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona» viene a ser idéntico al que resulta de la legislación básica estatal cuando somete la indicada técnica al procedimiento de evaluación del impacto ambiental, que puede concluir igualmente en una declaración negativa o prohibitiva [art. 41.2, en relación con el anexo 1, grupo 2 d) de la Ley 21/2013].

La regulación impugnada no establecería pues la prohibición que sí recogían las Leyes 1/2013 de Cantabria y 7/2012 de La Rioja declaradas inconstitucionales en SSTC 106/2014 y 24/2014, respectivamente. La ausencia de coincidencia no es casual ni inconsciente, sino deliberada y adoptada por el legislador catalán con la voluntad de no incurrir en contradicción con la legislación básica estatal; tal como resulta del Dictamen 2/2014, de 10 de enero, del Consell de Garanties Estatutàries. A su vez, la falta de mención de las competencias estatales no puede reputarse un vicio de inconstitucionalidad (STC 122/1983). Aunque cupiera otra interpretación del precepto impugnado, correspondería en todo caso elegir la que acaba de exponerse en razón del principio de conservación de la ley (SSTC 122/1983, 93/1984, 101/2008 y 341/1993).

b) Respecto de la disposición transitoria octava, los Letrados del Parlamento de Cataluña razonan en primer término que habría de quedar al margen del presente proceso el primer inciso. Este concede al Gobierno un plazo anual para la presentación al Parlamento de «un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse». El recurso nada habría alegado al respecto sin que alcance a entenderse cuáles serían las razones que podrían fundar la inconstitucionalidad de este primer inciso; máxime cuando la iniciativa legislativa prevista se refiere al comercio interior y a los derechos de consumidores y usuarios, materias de competencia autonómica [arts. 121 y 123 a) EAC].

Tras exponer el régimen establecido en la Directiva de servicios y traspuesto por la Ley 17/2009, se refiere ya a la regulación de la localización y la ordenación de uso establecida en



www.civil-mercantil.com

los apartados 3 y 4 del Decreto-ley catalán 1/2009, en su redacción original (antes de la modificación operada por el art. 114 de la Ley 9/2011). Sería plenamente acorde con la legislación básica estatal por tener cabida en el supuesto previsto en el art. 11.1 a) de la Ley 17/2009, estar fundada en razones imperiosas de interés general (de carácter territorial urbanístico, medioambiental y de protección de derechos de los consumidores) y no ser discriminatoria. Los arts. 4 y 6 LOCM tampoco habrían prohibido la incorporación de límites territoriales al emplazamiento de establecimientos comerciales.

Los Letrados autonómicos se refieren a la STC 193/2013 con el fin de acotar exactamente su alcance. En su fundamento jurídico 6 afirma que el Decreto-ley 1/2009, en su redacción originaria, fundó las limitaciones a la implantación de establecimientos comerciales en razones imperiosas de interés general de carácter medioambiental y de ordenación territorial urbanística. En su fundamento jurídico 7 admite que la sujeción del emplazamiento de los establecimientos comerciales allí regulados a requisitos conectados con sus dimensiones o con la población del municipio no es incompatible con la legislación básica estatal. A este respecto, la Sentencia citó la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (C-400/08), que reconoce que esos requisitos son adecuados para conseguir la protección del medio ambiente y para articular una ordenación territorial sensible a las necesidades de implantación de determinados equipamientos comerciales. A su vez, el fundamento jurídico 8 concluye que los requisitos del art. 114 de la Ley catalana 9/2011 adolecen de inconstitucionalidad por «imponer restricciones de orden cuantitativo poblacional y territorial no suficientemente motivadas». Según el Tribunal Constitucional, cabría pues condicionar la ubicación de centros comerciales a requisitos de tamaño o población, siempre que ello estuviera debidamente justificado en razones imperiosas de interés general de carácter urbanístico o medio ambiental y que las restricciones no respondieran a connotaciones meramente económicas.

En cualquier caso, la Ley controvertida en este proceso constitucional no habría introducido estrictamente nuevas restricciones a la implantación de establecimientos comerciales. Su disposición adicional vigésima séptima habría acatado la STC 193/2013 al declarar vigente el régimen anterior al declarado inconstitucional con motivo de la modificación de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley catalán a través del art. 114 de la Ley 9/2011. A su vez, la disposición transitoria octava se habría limitado a suspender temporalmente la excepción de implantación de establecimientos comerciales (grandes, medianos y grandes establecimientos comerciales territoriales) fuera de las tramas urbanas consolidadas. Habría establecido así una moratoria de un año compatible con la Directiva de servicios y la legislación básica estatal; permitiría la realización de los necesarios estudios de impacto normativo con objeto de valorar adecuadamente cuál es la mejor de las opciones a la hora de determinar el régimen de excepciones a la implantación de los indicados establecimientos comerciales. Este régimen habrá de respetar la doctrina de la STC 193/2013 y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se trataría de evitar efectos indeseables como la dispersión de la urbanización y el incremento de desplazamientos innecesarios fuera de las ciudades, la sobrecarga de las vías de comunicación y de emisión de gases nocivos para la atmósfera, el empobrecimiento de la vida urbana resultante del desplazamiento de actividades comerciales al exterior. La suspensión respondería pues a razones imperiosas de interés general vinculadas a la necesidad de proteger el impacto en el territorio, el entorno, el medio ambiente y la movilidad.

c) Respecto de la disposición transitoria quinta, los Letrados del Parlamento de Cataluña señalan que el recurso nada alega sobre los apartados primero y tercero, por lo que deben entenderse no cuestionados (citan la STC 13/2007, FJ 1). Admiten que el art. 64 LGSS dispone que ninguna entidad pública o privada pueda usar en España el título o nombre de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, ni incluir en su denominación



la expresión «Seguridad Social», salvo que lo autorice expresamente el ministerio competente. Sin embargo, hay que entender que la disposición controvertida se ha limitado a reproducir una denominación histórica, la que adoptó el art. 2 de la Ley 12/1983, de 14 de julio, que creó el Instituto Catalán de la Salud y el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, asignándoles «personalidad y naturaleza de Entidades Gestoras de la Seguridad Social» antes de la entrada en vigor en 1994 del art. 64 LGSS. La Ley impugnada no tendría pues el ánimo de cambiar o modificar la naturaleza del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales; más teniendo en cuenta que viene a suprimirlo.

Entienden que parece inoportuno declarar la inconstitucionalidad y nulidad de una calificación tangencial asignada a un ente extinguido. Se estaría ante un supuesto que va más allá del caso de pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad por derogación de la norma impugnada. La norma está aquí vigente; lo que no tiene vida en el mundo del derecho es el órgano, pues la propia disposición transitoria quinta ordena su supresión.

En cuanto al apartado 2 de la disposición transitoria quinta, los Letrados autonómicos consideran que es posible una interpretación conforme a la Constitución, habida cuenta de que sus dos frases distinguen dos tipos de bienes y, con ello, dos regímenes jurídicos diferenciados. Podría entenderse, en particular, que la disposición controvertida no altera la titularidad ni el servicio asistencial de los bienes propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social cuyo uso y gestión fue transferido al Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales. No obstante, los Letrados autonómicos admiten que la regulación es mejorable técnicamente y que prueba de ello es el proyecto de ley de medidas fiscales, financieras y administrativas presentado en 2 de diciembre de 2014, que aspira a modificar la disposición controvertida.

d) Los Letrados del Parlamento de Cataluña solicitan en último término el levantamiento inmediato de la suspensión antes del transcurso del plazo de cinco meses.

7. Instado por la representación de la Generalitat de Cataluña y del Parlamento de Cataluña el levantamiento anticipado de la suspensión de los preceptos impugnados, el Tribunal, tras oír a las partes, adopta el ATC 63/2015, de 17 de marzo, que declara la desaparición sobrevenida del objeto del incidente sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión respecto de las disposiciones transitorias quinta.2 y octava de la Ley 2/2014, de 27 de enero, así como levantar la suspensión del art. 167.1 y de la disposición transitoria quinta, apartados 1 y 3, de la misma Ley.

8. Por providencia de 12 de abril de 2016 se señala para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Presidente del Gobierno, a través del Abogado del Estado, interpone recurso de inconstitucionalidad contra el art. 167.1 y las disposiciones transitorias quinta y octava de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña.

El recurso impugna previsiones relativas a materias muy distintas: la investigación y explotación de recursos naturales mediante la técnica de la fracturación hidráulica (art. 167.1), la naturaleza y bienes del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales (disposición transitoria quinta) y las limitaciones a la implantación de establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m² fuera de la denominada trama urbana consolidada (disposición transitoria octava).



www.civil-mercantil.com

Las tres impugnaciones plantean controversias competenciales. Los preceptos autonómicos incurrirían en una inconstitucionalidad indirecta o mediata por contravenir legislación estatal dictada al abrigo de los apartados 13, 17, 23 y 25 del art. 149.1 CE. Los Letrados de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña interesan la desestimación del recurso por entender que las disposiciones controvertidas se amparan en competencias estatutarias de la Generalitat de Cataluña y que las contradicciones denunciadas no existen o pueden salvarse mediante interpretaciones de conformidad.

2. Tras la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad, se han aprobado varios textos normativos relevantes para el presente proceso.

Por un lado, una reforma legislativa ha incidido sobre la legislación utilizable en este procedimiento como parámetro de constitucionalidad mediata. La norma afectada es el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (en adelante, LGSS de 1994), algunos de cuyos artículos han sido invocados por el Abogado del Estado como canon de enjuiciamiento de la disposición transitoria quinta, relativa al Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, de la Ley catalana 2/2014. Este Real Decreto Legislativo ha sido derogado y sustituido por el 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba un nuevo texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (en adelante, LGSS de 2015). De acuerdo con nuestra doctrina sobre el ius superveniens (por todas, STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 2), los parámetros de control que hemos de emplear en recursos de inconstitucionalidad han de ser los vigentes en el momento de nuestro enjuiciamiento. Consecuentemente, en este proceso tomaremos en consideración la Ley general de la Seguridad Social de 2015.

Otras dos reformas legislativas han afectado a preceptos impugnados en el presente procedimiento. Las previsiones afectadas son la disposición transitoria quinta, en relación con la naturaleza y bienes del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, y la disposición transitoria octava, sobre las limitaciones a la implantación de establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m² fuera de la trama urbana consolidada. En cuanto a la primera, el art. 102 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, ha dado nueva redacción al apartado 2 de la disposición transitoria quinta. Respecto de la segunda, el artículo único del Decreto-ley catalán 7/2014, de 23 de diciembre, ha derogado previsiones relativas a la implantación de establecimientos comerciales que la impugnada disposición transitoria octava de la Ley 2/2014 mantenía suspendidas. Los fundamentos jurídicos siguientes abordarán separadamente ambas reformas con el fin de dilucidar si han dado lugar a la extinción de las impugnaciones por desaparición sobrevenida de su objeto.

3. La disposición transitoria quinta de la Ley catalana 2/2014, antes de su reforma, establecía:

«1. Hasta que no se apruebe la relación de puestos de trabajo adaptada a la estructura orgánica que se determine, y se efectúen las correspondientes adaptaciones presupuestarias, la dirección, los órganos y los puestos de trabajo del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales deben seguir subsistiendo y deben ser retribuidos con cargo a los mismos créditos presupuestarios a que se imponían y quedar adscritos al departamento competente en materia de servicios sociales.

2. Los bienes integrantes del patrimonio de la entidad gestora de la Seguridad Social que se suprime se incorporan al patrimonio de la Generalitat y se adscriben al departamento



www.civil-mercantil.com

competente en materia de servicios sociales. El departamento competente en materia de servicios sociales se subroga en todos los derechos y obligaciones de los bienes de titularidad de la Tesorería General de la Seguridad Social cuyo uso y gestión hayan sido atribuidos al Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales.

3. Dotaciones presupuestarias y de tesorería.

La actual sección presupuestaria 5000 debe mantenerse hasta que finalice este ejercicio presupuestario, sin perjuicio de la adscripción de sus créditos e ingresos a los órganos competentes del departamento competente en materia de servicios sociales.

Los ingresos en concepto de prestación de servicios de asistencia social quedan afectados a la financiación de estos servicios.

Se mantiene la Tesorería del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales hasta su liquidación, en relación con los pagos de dichos créditos y con los ingresos correspondientes a dicha sección.»

El Abogado del Estado dirigió dos reproches diferenciados a esta regulación. En primer lugar, la calificación del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales como «entidad gestora de la Seguridad Social» incumpliría los arts. 57 y 64 LGSS de 1994, vulnerando con ello el art. 149.1.17 CE (legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social). Tales preceptos se refieren a una serie de organismos con indicación de que tienen la consideración de «entidades gestoras de la seguridad social» (art. 57, reproducido sin cambios en el art. 66 LGSS de 2015), a la vez que establecen una reserva de denominación: «ninguna entidad pública o privada podrá usar en España el título o los nombres de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, ni los que puedan resultar de la adición a los mismos de algunas palabras o de la mera combinación, en otra forma, de las principales que los constituyen. Tampoco podrán incluir en su denominación la expresión Seguridad Social, salvo expresa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social» (art. 64, reproducido con un solo cambio en la referencia al Ministerio citado en el art. 75 LGSS de 2015). Comoquiera que el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales no es una entidad gestora de la Seguridad Social ni puede ser considerada como tal, la disposición impugnada entraría en contradicción con la legislación básica estatal, invadiendo las competencias que el art. 149.1.17 CE atribuye al Estado.

En segundo lugar, contando el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales con bienes que forman parte del patrimonio único de la Seguridad Social y que siguen afectos a sus fines específicos (arts. 80.1 y 81 LGSS de 1994, Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio, sobre trasposos de servicios de la Seguridad Social a la Generalitat de Cataluña en materia de Seguridad Social, Real Decreto 46/1993, de 15 de enero, por el que se trasposa el Instituto Guttman), la indicación de que «los bienes integrantes del patrimonio del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales se incorporan al patrimonio de la Generalitat» incurriría en inconstitucionalidad mediata.

Según se ha anticipado, durante la tramitación del presente recurso entró en vigor la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas. Su art. 102 da la redacción siguiente al apartado 2 de la disposición transitoria quinta de la Ley 2/2014:

«Los bienes integrantes del patrimonio del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales se incorporan al patrimonio de la Generalidad y se adscriben al departamento competente en materia de servicios sociales. Esta adscripción no afecta a los bienes de



www.civil-mercantil.com

propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social, que conserva, en cualquier caso, la plena titularidad de los bienes mencionados.»

El Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales no recibe ahora la denominación de «entidad gestora de la Seguridad Social». A su vez, la norma precisa que la incorporación de sus bienes al patrimonio de la Generalitat «no afecta a los bienes de propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social, que conserva, en cualquier caso, la plena titularidad de los bienes mencionados». Consecuentemente, la modificación ha disipado por completo la controversia competencial.

Conforme a la doctrina constitucional (resumida en la STC 230/2015, de 5 de noviembre, FJ 3, a la que nos remitimos), al no subsistir la controversia competencial, procede declarar la extinción de esta impugnación por desaparición sobrevenida de su objeto como consecuencia de la modificación de la disposición transitoria quinta.2 de la Ley 2/2014.

4. La disposición transitoria octava de la Ley 2/2014 dispone:

«En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno debe presentar al Parlamento un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse. Mientras no se apruebe este proyecto de ley queda suspendida la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3.b y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales.»

El Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, ya en su redacción originaria, distinguía cuatro tipos de establecimientos comerciales «en razón de la superficie de venta»: los «pequeños» (PEC), con menos de 800 m²; los «medianos» (MEC), con superficie de entre 800 y 1.300 m²; los «grandes» (GEC), con superficie de entre 1.300 y 2.500 m²; y los «grandes establecimientos comerciales territoriales» (GECT), con superficie igual o superior a 2.500 m² [art. 6.1 a)]. El artículo 9, apartados 3 y 4, introducía límites a la implantación de los tres últimos; la permitía sólo dentro la «trama urbana consolidada» –concepto definido en los artículos 7 y 8– de algunos municipios: los de más de 5.000 habitantes, asimilables o capital comarcal, en el caso de los MEC y los GEC; y los de más de 50.000 habitantes, asimilables o capital comarcal, para la implantación de los GECT. De modo que quedaba prohibida la implantación de estos establecimientos fuera de las «tramas urbanas consolidadas». No obstante, el Decreto-ley señalaba una serie de «circunstancias» en que «excepcionalmente se pueden implantar también fuera de la trama urbana consolidada» (párrafos segundo y tercero del apartado 3 y párrafo 3 del apartado 4, ambos del artículo 9).

El art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, dio nueva redacción a los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, para limitar aún más la posibilidad de implantación de establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m². Por un lado, transformó en definitiva, sin posibilidad de excepción, la prohibición de implantación de establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 2.500 m² (GECT) fuera de las tramas urbanas consolidadas (apartado 4). Por otro, respecto de los establecimientos que no alcanzan ese volumen (MEC y GEC), las «circunstancias» en que podía admitirse por excepción la implantación fuera de las tramas quedaron reducidas a una: «zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del



www.civil-mercantil.com

sistema ferroviario que acogen el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales según el plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015» (segundo párrafo del apartado 3).

La STC 193/2013, de 21 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el art. 114 de la Ley catalana 9/2011. El Tribunal constató cómo esta previsión configuraba «un régimen sustancialmente más restrictivo»: «la regulación aprobada en 2009, y no la actual que es objeto de impugnación, permitía, con ciertas condiciones, la instalación de un establecimiento comercial de los antes mencionados en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la trama urbana consolidada». Ello «ampliaba notablemente» los «posibles emplazamientos» de establecimientos comerciales de gran formato. Por eso «la supresión de esta excepción por el precepto impugnado supone que el régimen de instalación de establecimientos comerciales que contiene implica una restricción adicional muy relevante para los formatos de distribución comercial calificados como establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales; en la medida en que, por su tamaño, no encuentran acomodo dentro de la trama urbana consolidada del municipio o, de hallarlo, lo hacen en condiciones radicalmente más gravosas que coadyuvan a desincentivar estas modalidades de distribución comercial» (FJ 4).

Este Tribunal constató igualmente que «el legislador catalán que aprobó el art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, a diferencia del que sancionó la redacción originaria de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, no exterioriza ninguna motivación orientada a justificar que estas mayores restricciones que ahora se imponen coadyuven proporcionalmente al logro de una gestión urbana sostenible; se limita a conectarlas en general con la reactivación económica y en particular con el incremento de la actividad comercial, motivos ambos que por ser de clara índole económica no resultan acordes con los criterios fijados por la normativa básica del Estado». A la vista de la legislación básica estatal ex art. 149.1.13 CE [apartados 1 a) y 2 del art. 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y art. 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM), en la redacción dada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo], «era imprescindible que el legislador catalán diese razones suficientes de porqué la consecución de los objetivos urbanísticos, de ordenación territorial y protección ambiental descritos en la exposición de motivos del Decreto-ley 1/2009 hacía necesario una limitación más intensa del libre acceso a la actividad de distribución comercial que la ya establecida por la redacción inicial de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009» (FJ 7).

La STC 193/2013 declaró inconstitucionales y nulos los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, en la redacción dada por el art. 114 de la Ley 9/2011: los requisitos que establecen, «considerados conjuntamente, no responden a objetivos urbanísticos, de ordenación territorial y protección ambiental, por lo que no se hacen necesarios en virtud de un razón imperiosa de interés general, desconociéndose así la exigencia que el art. 6 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, y el art. 11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, imponen a todo requisito que limite la libertad de acceso y ejercicio de las actividades de servicios en general y de las de distribución comercial en particular, al imponer restricciones de orden cuantitativo poblacional y territorial no suficientemente motivadas».

Posteriormente, la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña, en su disposición adicional vigésima séptima, declaró «vigentes los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de



ordenación de los equipamientos comerciales, en la redacción que tenían en el momento de entrar en vigor el 29 de diciembre de 2009, de acuerdo con los criterios y los objetivos de este decreto ley, que se fundamentan en las razones imperiosas de interés general que lo sostienen, detalladas en su exposición de motivos». De este modo, se volvía a la ordenación inicial, que admitía la implantación de MEC, GEC y GECT fuera de las tramas urbanas consolidadas en más circunstancias que la regulación que este Tribunal declaró nula e inconstitucional. No obstante, conforme a la disposición transitoria octava de la Ley, «mientras no se apruebe» el denominado «proyecto de ley de comercio, servicios y ferias» «queda suspendida la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3.b y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales».

El Abogado del Estado interpuso el presente recurso de inconstitucionalidad razonando que la disposición transitoria octava, al impedir la instalación de establecimientos comerciales de cierto tamaño fuera de las tramas urbanas consolidadas, impone nuevamente restricciones cuantitativas y territoriales no justificadas en razones imperiosas de interés general. Ello vulneraría la competencia atribuida al Estado en el art. 149.1.13 CE por contradecir legislación estatal dictada al amparo de aquel título, en particular: los arts. 10 y 11 de la Ley 17/2009 y el art. 6 LOCM, en la redacción dada por el art. 6 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. También el mandato constitucional del art. 164.1 CE, conforme al que las sentencias constitucionales «tienen plenos efectos frente a todos».

Tras la interposición del recurso de inconstitucionalidad, el Gobierno de Cataluña aprobó el Decreto-ley 7/2014, de 23 de diciembre, «por el cual se deroga la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales». Este Decreto-ley, al derogar aquellas previsiones, viene a establecer con carácter definitivo la regulación que la STC 193/2013 declaró inconstitucional y nula, pero incorporando en su exposición de motivos una serie de razones presentadas como «imperiosas» y de «interés general», con la finalidad de justificar que no haya posibilidad de implantar establecimientos con superficie igual o superior a 800 m² fuera de las tramas urbanas consolidadas. Conforme a su exposición de motivos, el Decreto-ley opta por derogar aquellas previsiones –que en determinadas circunstancias permiten emplazar fuera de las tramas urbanas consolidadas establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m²– sobre la base de que la STC 193/2013 «no cuestiona la competencia de la Generalitat de Cataluña para regular» esta materia; su declaración de nulidad «se fundamenta en que la Ley 9/2011 no motiva adecuadamente la modificación del artículo 9 del Decreto-ley 1/2009, –de facto, derogación de la letra b) del apartado 3 del artículo 9 y del segundo párrafo del apartado 4 del mismo artículo–, y no justifica en detalle cuáles son las razones imperiosas de interés general en que se fundamenta esa modificación».

El Decreto-ley 7/2014, al derogar expresamente la letra b) del apartado 3 y del segundo párrafo del apartado 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, lo ha hecho también, de modo implícito pero inequívoco, con la disposición transitoria octava de la Ley 2/2014, impugnada en este proceso, tal como apreció ya el ATC 63/2015, de 17 de marzo, FJ 4: la pérdida de vigencia de aquella regulación implica lógicamente la de la disposición que suspendía su aplicación hasta la aprobación del denominado «proyecto de ley de comercio, servicios y ferias».

La vigencia o aplicación del Decreto-ley 7/2014 ha quedado suspendida desde el 23 de septiembre de 2015 como consecuencia de la admisión del recurso de inconstitucionalidad núm. 5272-2015 (interpuesto contra él con invocación el art. 161.2 CE por el Presidente del Gobierno) y del ATC 41/2016, de 16 de febrero (que rechaza el levantamiento solicitado por la Abogada de la Generalitat de Cataluña). A su vez, no puede afirmarse que la controversia



www.civil-mercantil.com

competencial que suscita el presente recurso haya desaparecido tras el Decreto-ley 7/2014. Este establece restricciones a la implantación de establecimientos comerciales que han estado vigentes en Cataluña desde hace algún tiempo: primero mediante el art. 114 de la Ley 9/2011, anulado por la STC 193/2013, después a través de la aquí impugnada disposición transitoria octava de la Ley 2/2014 y ahora mediante el Decreto-ley 7/2014. Los textos normativos empleados al efecto han suscitado siempre controversias competenciales concretadas en recursos de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno (núms. 5491-2012 –resuelto por STC 193/2013–, 6513/2014 –al que se refiere la presente Sentencia– y 5272/2015 dirigido contra el Decreto-ley 7/2014). Por eso, de acuerdo con la citada doctrina constitucional, procede declarar que el presente recurso no ha perdido objeto en este punto.

5. Las SSTC 26/2012, de 26 de 1 marzo, FJ 5, y 193/2013, FJ 3, han declarado el carácter formal y materialmente básico, ex art. 149.1.13 CE, del art. 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. También del art. 6 LOCM, en la redacción dada por las Leyes 17/2009 y 1/2010, de 1 de marzo. Señalan a este respecto: «Ninguna duda cabe de que las normas que se han expuesto tienen carácter básico desde un punto de vista formal pues ya hemos indicado que como tales se proclaman en la Ley de ordenación del comercio minorista y en la Ley 17/2009 mientras que, desde la perspectiva material, pueden ser consideradas previsiones básicas en materia económica».

Tales preceptos establecen un marco de límites al que debe ajustarse toda regulación autonómica sobre acceso a (o ejercicio de) una actividad de servicios, en general, y sobre apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales, en particular. A los efectos de este proceso, basta subrayar uno de tales límites, convenientemente indicado en el recurso de inconstitucionalidad: la fijación de cualesquiera requisitos, condiciones o restricciones a ese acceso o ejercicio debe justificarse en razones imperiosas de interés general, como la protección del medio ambiente, la ordenación de territorio o la conservación del patrimonio histórico y artístico; en ningún caso en fines económicos, como garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores.

La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, ha dado una nueva redacción al art. 6 LOCM. El precepto somete a más condiciones aquellas restricciones a la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales. Este Tribunal ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad núms. 283-2015 y 292-2015, que plantean –entre otras– la impugnación de esta nueva redacción por posible vulneración de las competencias estatutarias en materia de comercio interior con extralimitación en el ejercicio de las atribuciones que el art. 149.1.13 CE otorga al Estado.

Para resolver la impugnación formulada en este proceso no es preciso adelantar un juicio sobre si la nueva redacción del art. 6 LOCM constituye, en su conjunto, un ejercicio legítimo de la competencia estatal sobre las bases de la ordenación de la economía. Como después se verá, para dar respuesta al recurso bastará tomar en consideración uno solo de los parámetros de control, de entre los múltiples que establece el precepto: la exigencia de una justificación basada en razones imperiosas de interés general de cualesquiera restricciones a la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales. Los mencionados recursos de inconstitucionalidad discuten otros pormenores del nuevo art. 6 LOCM, pero no la señalada exigencia, presente ya en la anterior redacción, que resulta igualmente del art. 11 de la Ley 17/2009 y respecto de la que este Tribunal ha declarado ya su carácter materialmente básico (SSTC 26/2012, FJ 5, y 193/2013, FJ 3).



6. La disposición transitoria octava de la Ley catalana 2/2014 suspende «la excepción de implantación de establecimientos fuera de trama urbana consolidada a que se refieren el apartado 3 b) y el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 9 del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales». Ello equivale a una prohibición de que se implanten fuera de las tramas urbanas consolidadas establecimientos comerciales con superficie igual o superior a 800 m², con una sola excepción: si tales establecimientos no alcanzan los 2.500 m², puede llegar a admitirse su implantación en «zonas de acceso restringido de las estaciones de líneas transfronterizas y transregionales del sistema ferroviario que acogen el tren de alta velocidad o líneas de largo recorrido, de los puertos clasificados de interés general y de los aeropuertos con categoría de aeropuertos comerciales según el Plan de aeropuertos, aeródromos y helipuertos de Cataluña 2009-2015» [art. 9.3 a) del Decreto-ley 1/2009].

La disposición impugnada constituye así, sin duda alguna, una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales que, en cuanto tal, debe estar justificada en razones imperiosas de interés general. Como consecuencia de ella sigue virtualmente suprimida la posibilidad de que estos establecimientos comerciales se ubiquen en emplazamientos situados en continuidad física con el tejido urbano residencial que configura la trama urbana consolidada. Como declaró la STC 193/2013, FJ 4, ello supone «una restricción adicional muy relevante para los formatos de distribución comercial calificados como establecimientos comerciales medianos, grandes y grandes establecimientos territoriales, en la medida en que por su tamaño no encuentran acomodo dentro de la trama urbana consolidada del municipio o, de hallarlo, lo hacen en condiciones radicalmente más gravosas que coadyuvan a desincentivar estas modalidades de distribución comercial».

La Ley controvertida no exterioriza motivo alguno para limitar tan fuertemente la implantación de establecimientos comerciales de más de 800 m². La exposición de motivos y la disposición transitoria octava nada dicen a este respecto. La única mención de «razones imperiosas de interés general» es la incluida en la disposición adicional vigésima séptima, que al declarar vigente la redacción originaria de los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, se remite expresamente a las «detalladas» en «su exposición de motivos». La Ley controvertida se refiere de este modo a las razones aducidas para justificar un régimen que admite la implantación de establecimientos comerciales fuera de las tramas urbanas consolidadas en una serie de casos, pero no a la disposición transitoria octava, que –al suspender la vigencia de ese régimen de excepciones– restringe fuertemente la libertad de apertura de establecimientos comerciales.

La disposición impugnada presenta esta restricción como provisional; estará vigente «mientras no se apruebe» «un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse». Se está ante una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales sin que su afirmada provisionalidad libere en modo alguno al legislador catalán de la exigencia de apoyarla en razones imperiosas de interés general debidamente justificadas.

Al establecer una restricción a la libertad de apertura de establecimientos comerciales con ausencia de todo razonamiento, el legislador autonómico ha contradicho frontalmente el art. 11 de la Ley 17/2009 y el art. 6 LOCM. La STC 26/2012 llegó a esta misma conclusión respecto de una legislación balear sobre establecimientos comerciales: «Sentado el carácter básico de las normas estatales que, en la forma que se ha expuesto, regulan los requisitos para la instalación de establecimientos comerciales, su comparación con el impugnado art. 14.1 de la Ley 11/2001 revela que este último es incompatible con la norma básica estatal

sobrevenida en la medida en que no se aporta razón alguna para justificar las limitaciones que introduce en la implantación de establecimientos comerciales y que se traducen en la imposibilidad de autorizar la instalación de determinados establecimientos comerciales en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes de la población en la que pretendieran ubicarse. Es por ello que la norma autonómica no se ajusta a los límites establecidos por la normativa básica sobrevenida y vulnera el art. 149.1.13 CE y con ello, el orden constitucional de distribución de competencias sin que, apreciado lo anterior, resulte necesario ahora pronunciarse sobre las restantes vulneraciones denunciadas por el Abogado del Estado».

Hay que tener en cuenta que en el presente caso, había una Sentencia constitucional que, refiriéndose a idénticas restricciones a la libertad de apertura de establecimientos comerciales, declaró su inconstitucionalidad y nulidad precisamente porque no se exteriorizaba «ninguna motivación orientada a justificar que las mayores restricciones que ahora se imponen coadyuven proporcionalmente al logro de una gestión urbana sostenible» (STC 193/2013, FJ 7). La ausencia de aquellos motivos ha supuesto, en consecuencia, una infracción de la legislación básica estatal. Tal infracción permite estimar en este punto el recurso de inconstitucionalidad sin necesidad de examinar si la disposición impugnada se ajusta a otras condiciones que, incluidas en aquellos preceptos, han sido declaradas igualmente básicas por este Tribunal; singularmente, los criterios de proporcionalidad y no discriminación previstos en el art. 11 de la Ley 17/2009 y subsistentes en la nueva redacción del art. 6 LOCM. No es preciso tampoco valorar si son materialmente básicas las nuevas exigencias introducidas por la Ley 18/2014 en la redacción dada al art. 6 LOCM, ni si el legislador autonómico ha desatendido tales exigencias.

Consecuentemente, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición transitoria octava de la Ley catalana 2/2014.

7. Se impugna el art. 167.1 de la Ley 2/2014, que añade un apartado 10 al art. 47 del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, conforme al cual:

«En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica 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 Generalidad.»

Ninguna de las partes discute que el legislador básico estatal ha establecido un sistema de libre iniciativa con control previo de requisitos técnicos y medioambientales para la utilización de la fracturación hidráulica en proyectos de exploración, investigación o explotación de yacimientos de hidrocarburos. Todas admiten que tal sistema resulta de las Leyes 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH) y 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. La discusión se refiere, en resumen, a si la previsión autonómica reproducida se ajusta o no a las bases establecidas en aquellas dos Leyes: el Abogado del Estado considera que el precepto contradice esas bases mientras que los Letrados del Gobierno y del Parlamento de Cataluña proponen una determinada interpretación para salvar aquella posible contradicción.

La Ley del sector de hidrocarburos dispone que «en el desarrollo de los trabajos a ejecutar» en el marco de las habilitaciones para explorar, investigar y explotar yacimientos de hidrocarburos «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» (art. 9.5, introducido por la disposición final segunda de la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y peninsulares). El otorgamiento del título habilitante corresponde al Ministerio de Industria y Energía o al órgano competente de la Comunidad Autónoma, si «afecta a su ámbito territorial» (arts. 14, 15 y 16).

El libramiento presupone el cumplimiento de los requisitos técnicos previstos en el título II LSH así como las condiciones medioambientales que resultan de la Ley de evaluación ambiental. En particular, conforme al párrafo d) del grupo 2 del anexo I de esta Ley, quedan sometidas a la denominada «evaluación ambiental ordinaria» –regulada en la sección primera del capítulo II del título II– «los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO₂, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica».

Según la exposición de motivos de la Ley de evaluación ambiental, la evaluación de carácter «ordinario» –no simplificado– supone «la presunción iuris et de iure» de que los «planes, programas o proyectos» que se someten a ella, «en todo caso», «tendrán efectos sobre el medio ambiente y, por tanto, deben ser evaluados antes de su aprobación, adopción o autorización». Se prevé que el «órgano sustantivo» competente para otorgar el permiso, autorización o concesión «consultará a las Administraciones públicas afectadas» (art. 37.1 de la Ley de evaluación ambiental) y «deberá solicitar con carácter preceptivo» una serie de informes: «el informe del órgano con competencias en materia de medio ambiente de la comunidad autónoma en donde se ubique territorialmente el proyecto»; «el informe sobre el patrimonio cultural, cuando proceda»; «el informe del órgano con competencias en materia de dominio público hidráulico, cuando proceda»; «el informe sobre dominio público marítimo-terrestre, cuando proceda». Las Comunidades Autónomas, «en el ámbito de sus competencias, podrán establecer el carácter preceptivo de cualquier otro informe distinto de los anteriormente mencionados» (art. 37. 2 de la Ley de evaluación ambiental).

El «órgano ambiental» encargado de evaluar tales efectos en el proyecto analizará el expediente de impacto teniendo en cuenta «en particular, cómo se ha tenido en consideración el resultado» de «las consultas a las Administraciones públicas afectadas», además del «trámite de información pública», las alegaciones de «las personas interesadas» y las «consultas trasfronterizas» (art. 40.1 de la Ley de evaluación ambiental). Finalizado este análisis, el «órgano ambiental» formulará la «declaración de impacto ambiental» que «determinará 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» (art. 41 de la Ley de evaluación ambiental).

Este Tribunal ha declarado que la autorización de la fracturación hidráulica con sujeción a requisitos técnicos y a la exigencia de la previa declaración de impacto ambiental dispone de plena cobertura competencial (apartados 13 y 25, por un lado, apartado 23, por otro, todos del art. 149.1 CE).

Las SSTC 106/2014, de 24 de junio, FJ 6 c), 134/2014, de 22 de julio, FJ 2 c), y 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 2 c), han declarado, en particular, que el art. 9.5 LSH es formal y materialmente básico ex art. 149.1.25 y 13 CE: está dictado «con el objetivo de clarificar aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y de garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español»; «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», pues «se 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 habituales en la industria para la investigación y extracción de hidrocarburos». Asimismo justifica su carácter básico «el interés que lleva consigo el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales por su contribución al abastecimiento energético... por las posibilidades que ofrece esta técnica de mejorar la productividad de las explotaciones de los yacimientos de gas no convencional».

Del mismo modo, este Tribunal, refiriéndose a la legislación estatal sobre evaluación ambiental, tanto a la anteriormente en vigor (texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008) como a la vigente en la actualidad (Ley de evaluación ambiental), ha declarado que es formal y materialmente básica ex art. 149.1.23 CE la exigencia de una «previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar 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”» [SSTC 106/2014, FJ 6 d); 134/2014, FJ 2 c), y 208/2014, FJ 2 c)].

8. Las citadas SSTC 106/2014, 134/2014 y 208/2014 han abordado el problema de la fracturación hidráulica desde una perspectiva exclusivamente jurídico-competencial. Tal como precisaba la primera de ellas, «no corresponde a este Tribunal tomar postura sobre un tema de tan debatido alcance», ni sobre «las ventajas e inconvenientes de la fractura hidráulica como técnica de exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales», que han dado lugar a un amplio debate no sólo técnico, sino también social, a nivel nacional e internacional»; le corresponde «únicamente dictaminar si la Ley impugnada ha incurrido o no en inconstitucionalidad, por extralimitación –alegada por el Gobierno– de sus competencias en la materia» (FJ 2). El Tribunal concluyó en aquellos recursos que la «prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio» autonómico –prevista en leyes de Cantabria, La Rioja y Navarra– «contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en el apartado 5 del art. 9 de la Ley del sector de hidrocarburos» y, con ello, invade las competencias estatales ex art. 149.1.13 y 25 CE (SSTC 106/2014, FJ 8; 134/2014, FJ 2; y 208/2014, FJ 2).

La STC 106/2014 razonó ampliamente, en particular, que aquella regulación autonómica de la tecnología de la fracturación hidráulica no podía entenderse amparada en las competencias estatutarias sobre ordenación del territorio y medio ambiente. Respecto de las primeras, declaró: «conviene recordar que este Tribunal también tiene reiteradamente señalado que la competencia “exclusiva” que en materia de ordenación del territorio y urbanismo tienen estatutariamente atribuidas las Comunidades Autónomas no autoriza a desconocer las competencias que, con el mismo carácter de exclusivas, vienen reservadas al Estado por virtud del art. 149.1 CE; su ejercicio puede lícitamente condicionar la competencia de las Comunidades Autónomas [por todas, SSTC 56/1986, de 13 de mayo, FJ 3; 149/1991, de 4 de julio, FJ 1 B); 61/1997, de 20 de marzo, FJ 5; 40/1998, de 19 de febrero, FJ 29; y 151/2003, de 17 de julio, FJ 4].

Las competencias exclusivas que el Estatuto de Autonomía para Cantabria (EACant) atribuye a esta Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda (art. 24.3 EACant), que son las invocadas por la Ley autonómica impugnada para considerar el empleo de la técnica del fracking como infracción urbanística (art. 3) y ordenar a las autoridades y funcionarios de la Administración autonómica y de las



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

entidades locales de Cantabria que adopten las medidas oportunas para la paralización de las actividades que se realicen contraviniendo la prohibición del fracking, así como para reponer la situación alterada a su estado originario (art. 2), en modo alguno pueden prevalecer sobre las normas que el Estado ha dictado autorizando el empleo de la fractura hidráulica, en ejercicio legítimo de sus competencias exclusivas sobre bases de régimen minero y energético (art. 149.1.25 CE) y sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE: bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) [FJ 8 c)].

Respecto del otro título autonómico invocado, la STC 106/2014, FJ 8 a), declaró: «De la doctrina constitucional se infiere sin dificultad que, con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético. La prohibición de la técnica del fracking que establece el art. 1 de la Ley autonómica impugnada vulnera la competencia estatal ex art. 149.1.13 y 25 CE, al excluir la eficacia en el territorio de Cantabria de la legislación básica que se dicta al amparo de los referidos títulos competenciales». Por eso «la prohibición impuesta por el art. 1 de la Ley impugnada no puede considerarse como una norma adicional de protección en materia medioambiental, conforme a la doctrina constitucional al respecto (por todas, SSTC 170/1989, FJ 2; 102/1995, FFJJ 8 y 9; 33/2005, FJ 6; y 69/2013, FJ 1)». La Sentencia insistió en que la legislación básica estatal «ha intentado dar respuesta a las preocupaciones medioambientales que suscita el empleo de esta técnica industrial» mediante «la exigencia de una previa declaración de impacto ambiental favorable», «que supone un preceptivo trámite de información pública, consultas a las Administraciones públicas afectadas y a personas interesadas sobre el proyecto y el estudio de impacto ambiental presentado (que ha de comprender las medidas adecuadas para que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar, los posibles efectos adversos de la actividad sobre el medio ambiente, así como un programa de vigilancia ambiental para garantizar el cumplimiento de las medidas preventivas, correctoras y compensatorias, en todas las fases del proyecto)».

En esta línea, este Tribunal ha declarado recientemente que una norma autonómica incumplía el criterio básico (arts. 37 a 39 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas) de que, a efectos de la autorización de aprovechamientos de recursos mineros de la denominada sección C, «cualquier terreno pueda ser, en principio, considerado como registrable, admitiéndose como excepción a esta regla general, que dicha condición se altere cuando concurren razones de interés general debidamente apreciadas por el Consejo de Gobierno». La norma autonómica enjuiciada, «al configurar como no registrable la totalidad del territorio autonómico, sin perjuicio de que haya previsto excepciones a tal regla general, altera el régimen de explotación de los recursos de la sección C), contraviniendo con ello la regla básica ex art. 149.1.25 CE e infringiendo el orden constitucional de distribución de competencias». Comoquiera «que la Comunidad Autónoma de las Illes Balears tiene reconocida la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen minero y energético, es claro que puede ejercer la facultad de declaración de determinados terrenos como no registrables consagrada en el art. 39.3 de la norma estatal, pero esa competencia ha de ejercerse “en el marco de la legislación básica del Estado”, y que, por tanto, queda condicionada por lo que en ella se establezca. Y sucede que lo que la norma básica estatal establece es justo lo contrario de la prohibición absoluta incluida en la norma autonómica, pues no otra cosa se desprende del art. 39.3, que configura una excepción a una regla general implícita de “registrabilidad” de todos los terrenos» (STC 235/2015, de 5 de noviembre, FFJJ 4 y 5; en el mismo sentido, STC 260/2015, de 3 de diciembre, FFJJ 3 y 4).

Se precisó a este respecto que esta «conclusión no puede verse enervada por la consideración de que la norma balear responda a la necesidad de garantizar el medio



www.civil-mercantil.com

ambiente». Se declaró, en particular: «la declaración genérica de todo el territorio de una Comunidad Autónoma como no registrable no es una medida proporcionada, y que permita “armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos”, como ha exigido nuestra doctrina, precisamente, en la citada STC 64/1982. Por tanto, si bien este Tribunal (STC 64/1982, FFJJ 5 y 6; SSTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio, y 208/2014, de 15 de diciembre) ha venido admitiendo que las Comunidades Autónomas puedan imponer deberes y cargas para el otorgamiento de autorizaciones permisos y concesiones mineras, con la finalidad de proteger el medio ambiente, siempre que las mismas sea razonables y proporcionadas al fin propuesto, ha considerado contrario al orden constitucional de distribución de competencias que deriva de lo dispuesto en el art. 149.1.23 CE, el establecimiento de prohibiciones genéricas, absolutas e incondicionadas, como son las que se contemplan el precepto controvertido. En ese sentido, la STC 106/2014, FJ 8 a), recuerda que “de la doctrina constitucional se infiere sin dificultad que, con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético”, que es lo que ha sucedido en el presente caso».

9. Según el Abogado del Estado, el art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010 incumpliría la legislación básica estatal por transformar el manejo de la tecnología de la fracturación hidráulica en una posibilidad verdaderamente excepcional. Incluiría un elenco de condiciones tan amplio e indeterminado que supondría la virtual derogación del régimen básico de libertad.

El precepto controvertido responde claramente a una finalidad tuitiva del medio ambiente, tal como resulta de su tenor y de las actividades preparatorias. Según hemos recordado ya, las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en materia medioambiental, pueden imponer «requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético» [STC 106/2014, FJ 8 a)], siempre que tales exigencias sean «razonables y proporcionadas al fin propuesto» (STC 235/2015, FJ 6). El régimen básico relativo a la declaración favorable de impacto ambiental como condición de aprobación de los proyectos que implican fractura hidráulica parte, precisamente, de este presupuesto constitucional cuando dispone que las Comunidades Autónomas, «en el ámbito de sus competencias, podrán establecer el carácter preceptivo de cualquier otro informe distinto de los anteriormente mencionados» (art. 37. 2 de la Ley de evaluación ambiental).

Ahora bien, el art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010, aunque responda a aquella finalidad tuitiva, no consiste en la determinación precisa de requisitos razonables y proporcionados al fin de protección medioambiental, sin reducción de la eficacia de la legislación básica minera y energética. En realidad, el precepto no desarrolla ni complementa las bases estatales; las reformula bajo una perspectiva radicalmente distinta: la legislación básica contempla la fracturación hidráulica como tecnología que debe autorizarse siempre que el proyecto cumpla determinados requisitos de carácter técnico y medioambiental; en cambio, la previsión controvertida la contempla en sentido inverso como tecnología que debe prohibirse por sus posibles efectos perjudiciales ante cualquiera de las múltiples circunstancias enunciadas.

El precepto no introduce sólo un cambio de perspectiva. En primer lugar, la ambigua reformulación de las bases se presta a equívocos. Al disponer que «no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica», «en relación con» los «ámbitos competenciales de la Generalitat», da pie a una interpretación manifiestamente contraria a la



legislación básica estatal; el fracking queda prohibido con carácter absoluto en el territorio de Cataluña siempre que su utilización concierna cualquier «ámbito competencial» de la Generalitat. A su vez, el tenor de la disposición puede dar lugar también a que se entienda que el competente para pronunciarse sobre la utilización del fracking es el órgano urbanístico correspondiente; lo que, tal como razona el recurso, contradice la Ley del sector de hidrocarburos, que atribuye la función al Estado o a la Comunidad Autónoma según el ámbito territorial afectado, previa declaración favorable de impacto ambiental. Asimismo, la redacción del precepto puede dar a entender, en contra de lo concretamente establecido en las bases, que la autoridad competente dispone de un amplio margen decisorio y que, en todo caso, su resolución ha de ser denegatoria cuando aprecie cualquier suerte de posible efecto negativo sobre aquella amplia e inconcreta serie de circunstancias. La Abogada de la Generalitat admite en este sentido que el precepto adolece de indeterminación y no precisa mínimamente el grado o intensidad de aquellos efectos negativos.

En segundo lugar, alguno de los criterios enunciados y su indeterminación, si no son directamente incompatibles con la legislación básica estatal, desde luego reducen, dificultan o impiden su eficacia. Así, en particular, la prohibición de esta tecnología en relación con cualesquiera «ámbitos competenciales de la Generalitat» o ante «efectos negativos» sobre las características «socioeconómicas de la zona». La propia Abogada de la Generalitat afirma que este último criterio es «discordante». Hay que tener en cuenta, además, que el Estado ha adoptado el régimen básico sobre la fracturación hidráulica con el preciso objetivo de «clarificar aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y de garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español» [SSTC 106/2014, FJ 6 c); 134/2014, FJ 2 c), y 208/2014, FJ 2 c)].

En conclusión, puede afirmarse respecto de la previsión impugnada lo que la STC 106/2014, FJ 8 a), declaró con relación a la Ley cántabra entonces controvertida: «el legislador autonómico no se limita pues a establecer las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto, siempre “respetando las bases establecidas por el Estado” (SSTC 135/2012, FJ 2; y 8/2013, FJ 3); vulnera la competencia estatal al entrar en conflicto con la eficacia de la legislación básica que se dicta al amparo de la misma en el territorio de Cantabria».

10. Según se ha anticipado, la Abogada de la Generalitat razona que el art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010 no incurre en la indicada inconstitucionalidad mediata, si se interpreta que no establece por sí condiciones de denegación del título habilitante y que debe estarse a las regulaciones sectoriales aplicables en función de la naturaleza y características de los terrenos afectados. Los Letrados del Parlamento de Cataluña argumentan en igual sentido que el mandato de no autorizar la fracturación hidráulica ante efectos negativos en las «características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona» viene a ser idéntico al que resulta de la legislación básica estatal cuando somete la indicada técnica al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, que puede concluir igualmente en una declaración negativa o prohibitiva [art. 41.2, en relación con el anexo 1, grupo 2 d) de la Ley de evaluación ambiental]. Según afirman, el precepto recurrido vendría 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) sólo si la actividad proyectada pudiera producir efectos negativos; entendidos como consecuencias absolutamente insubsanables mediante medidas apropiadas o condicionamientos que atemperen esa incidencia negativa. De modo que, según se razona, el precepto controvertido -aunque impreciso- vendría a reiterar la



www.civil-mercantil.com

legislación básica relativa a la fracturación hidráulica que ha adoptado el Estado al amparo de los apartados 13, 23 y 25 del art. 149.1 CE.

La interpretación propuesta por los Letrados autonómicos salvaría, en efecto, toda contradicción entre el precepto autonómico controvertido y la legislación básica estatal. Sin embargo, tal interpretación no es ya que altere el significado del precepto; le hurta contenido propio para transformarlo en una norma muda que –según se afirma– remite implícitamente a otras leyes en contra de su tenor literal y de su cabal sentido. Nada hay dentro del precepto impugnado –ni en las actividades preparatorias que lo han precedido– que permita entender que el legislador catalán ha querido establecer una norma vacía de contenido o de mera remisión. Tal interpretación es demasiado forzada y debe ser en consecuencia rechazada, so pena de «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2), olvidando «el respeto al propio tenor literal de aquéllos» (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2). Además, aceptar aquella interpretación supondría dificultar los objetivos de claridad y seguridad jurídica que ha perseguido específicamente el legislador estatal en este caso amparándose válidamente en los apartados 13, 23 y 25 del art. 149.1 CE [SSTC 106/2014, FJ 6 c); 134/2014, FJ 2 c), y 208/2014, FJ 2 c)].

Por lo demás, aunque pudiera interpretarse que el art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010 no hace más que reiterar la legislación básica relativa a la fracturación hidráulica aprobada al amparo de los apartados 13, 23 y 25 del art. 149.1 CE, no por ello desaparecerían los problemas de constitucionalidad. No puede perderse de vista que la legislación autonómica puede incurrir en inconstitucionalidad mediata, no sólo cuando contradice la normativa básica estatal, también cuando penetra el espacio normativo que ha ocupado el legislador básico, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en las bases.

Tal es la doctrina constitucional relativa a las *leges repetitae*. Conforme a ésta, la legislación autonómica puede introducirse en el terreno de lo básico, pero sólo por excepción, cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo [por todas, SSTC 154/1989, de 5 de octubre, FJ 6; 62/1993, de 18 de febrero, FJ 4; 162/1996, de 17 de octubre, FJ 4; 172/1996, de 31 de octubre, FJ 2; 73/1997, de 11 de abril, FJ 4; 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8; 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 10 a); y 18/2011, de 13 de marzo, FJ 18]. En el presente caso, es evidente que el art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010 no es una reproducción o reiteración fiel de las bases que pretenda facilitar la comprensión de un desarrollo autonómico por lo que vulnera las competencias constitucionales del Estado aún interpretado en el sentido propuesto por los Letrados autonómicos.

Consecuentemente, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 47.10 del Decreto Legislativo 1/2010, en la redacción dada por el art. 167.1 de la Ley catalana 2/2014.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y en consecuencia:



www.civil-mercantil.com

1.º Declarar la extinción del recurso por desaparición sobrevenida de su objeto respecto de la disposición transitoria quinta de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña.

2.º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición transitoria octava de la Ley 2/2014 así como del apartado 10 del art. 47 del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, añadido por el art. 167.1 de la Ley 2/2014.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de abril de dos mil dieciséis. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Adela Asua Batarrita. Encarnación Roca Trías. Andrés Ollero Tassara. Fernando Valdés Dal-Ré. Juan José González Rivas. Santiago Martínez-Vares García. Juan Antonio Xiol Ríos. Pedro José González-Trevijano Sánchez. Ricardo Enríquez Sancho. Antonio Narváez Rodríguez. Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR que formulan la MAGISTRADA DOÑA ADELA ASUA BATARRITA y el MAGISTRADO DON FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6513-2014

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, debemos manifestar nuestra discrepancia con los fundamentos jurídicos 7 a 10 y el fallo de la Sentencia dictada, en lo relativo al art. 167.1 de la Ley 2/2014, que añade un apartado 10 al art. 47 del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto.

La estimación del recurso de inconstitucionalidad de esta norma, que establece limitaciones a la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica en suelo no urbanizable, se basa en la argumentación contenida en la STC 106/2014, de 24 de junio, reiterada con posterioridad en las SSTC 134/2014, de 22 de julio, y 208/2014, de 15 de diciembre. Las razones de nuestra discrepancia constan en el Voto particular formulado a la STC 106/2014 que, a fin de evitar repeticiones innecesarias, damos aquí por íntegramente reproducido. Cabe añadir que, en este caso, la ley autonómica no impone una prohibición de carácter general e incondicionada para todo el territorio autonómico; como ya apreció el ATC 63/2015, de 17 de marzo, el precepto recurrido no prohíbe la utilización del fracking sino que condiciona su utilización en suelo no urbanizable a la inexistencia de una serie de efectos adversos (FJ 3). Por esta razón, debemos poner el énfasis en el enfoque que demandaba el citado Voto particular, en cuanto a la imprescindible ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico, sin imponer la subordinación de unos a otros. Por ello, en el presente caso, disentimos también del fallo de la Sentencia y suscribimos la argumentación del Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a esta Sentencia.

Y en tal sentido emitimos este Voto particular.

Madrid, a catorce de abril de dos mil dieciséis. Adela Asua Batarrita. Fernando Valdés Dal-Ré. Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO DON JUAN ANTONIO XIOL RÍOS a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6513-2014



www.civil-mercantil.com

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, 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 proyectar 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 Constitución Española 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



www.civil-mercantil.com

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 de la Ley de evaluación ambiental, 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

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

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. Juan Antonio Xiol Ríos. Firmado y rubricado.