

# Algunas consideraciones en relación con nuestro régimen jurídico-administrativo en materia de hidrocarburos y la reciente reforma de la Ley 34/98

**Luis García del Río**

Abogado del Estado en excedencia, Socio DRLABOGADOS

Hace algunos días, tenía la oportunidad de intervenir en un foro sobre GNL, en el que deliberadamente pedí tratar el tema de la transformación del mercado americano del gas natural licuado y realizar una referencia, necesariamente breve, a la posición que habían mantenido las autoridades de ese país ante el proceso de transformación que ha vivido su economía de la mano del *shale gas*.

Comparaba ese proceso con la posición de las autoridades españolas y europeas y la conclusión resultaba poco alentadora y es que creo que se puede afirmar, sin incurrir en ninguna inexactitud, que el sector de nuestro ordenamiento y de la actividad administrativa, dedicado a la regulación del régimen jurídico de los hidrocarburos, padece buena parte de las deficiencias de nuestro sistema jurídico-administrativo, siendo la reforma de la Ley 34/98 un buen pretexto para poder reflexionar sobre ello.

En primer lugar, habría que poner de manifiesto algo que es previo a la propia Ley y que informa tanto su contenido como su ejecución, me refiero a la inexistencia de una política de Estado en materia de hidrocarburos, entendida esta afirmación, como

inexistencia entre las principales fuerzas políticas de los consensos esenciales que permitan definir en nuestro país una estrategia en la materia a largo plazo.

Ni existe un mínimo consenso al respecto entre las principales fuerzas políticas, ni existe aquél entre las principales administraciones territoriales. En un sector cuyos proyectos se definen y ejecutan a largo plazo, nos encontramos con que el principal partido de la oposición, reclama la prohibición de la aplicación de la técnica de la fractura hidráulica en nuestro país (lo que prácticamente condena a la desaparición a la exploración y producción de hidrocarburos en nuestro territorio) mientras ejecutivos regionales, hasta ahora, del mismo color político que el Gobierno de la Nación, han promovido leyes de prohibición de la aplicación de esa técnica en sus respectivos territorios.

No cabe pensar razonablemente en inversiones en un marco de estabilidad y seguridad jurídica, si no existe un mínimo consenso en la materia. La extracción de los hidrocarburos –con y sin el empleo de la técnica de la fractura hidráulica– ha entrado de lleno en el debate político y sin perjuicio

de la nobleza y lo esencial de ese debate en toda democracia avanzada, el resultado de ello es y será muy negativo si su destino es utilizarse como signo de diferenciación en clave electoral y no como elemento de búsqueda de consensos esenciales por parte de un país que tiene en la dependencia energética uno de los lastres fundamentales de su desarrollo.

Creo sinceramente que ese consenso debería partir de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con las leyes “anti-fracking” de Cantabria, Rioja y Navarra. Debo recordar en ese sentido que el pronunciamiento de inconstitucionalidad que lleva a cabo el Alto Tribunal se cimienta en la clarísima invasión competencial que se cometía en dichas leyes (por cierto previa y reiteradamente advertida a sus autores en trámite de alegaciones), pero también, además de ello, en consideraciones de fondo que, a mi juicio, tienen un innegable valor.

Señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de Junio de 2014 en el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley que prohibía el uso de la técnica de la fractura hidráulica en el territorio

de la Comunidad Autónoma de Cantabria, entre otras consideraciones, la siguiente:

*Ello supone que, si bien la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución ni al Estatuto, sí lo es la prohibición con carácter general de las actividades extractivas.*

Ese no es sólo un pronunciamiento vinculado a una cuestión de orden estrictamente competencial, sino que va más allá. La prohibición indiscriminada de aprovechamiento de los recursos naturales de un país, que forman parte de su dominio público, considerando que (y volvemos a la cita) *no pueden substraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considera de interés general*, es contraria al texto constitucional.

El planteamiento nos parece irreprochable, se han de armonizar dos principios básicos, el del derecho al aprovechamiento por parte de la Nación de recursos económicos esenciales, y el de preservación del medio ambiente. La forma de compatibilizar ambos principios viene determinada por el sometimiento de los proyectos a procedimientos estrictos de evaluación de impacto ambiental y ese sometimiento constituye la aplicación y la plasmación del principio de precaución, en la materia.

Creemos que la doctrina del Alto Tribunal debería constituir la base para la búsqueda de un consenso en este ámbito, que nuestro país necesita por múltiples y evidentes razones:

- Por nuestra propia situación de dependencia.
- Por la complejidad de nuestro sistema administrativo.
- Por la necesidad de configurar la política

energética como una política de Estado y a largo plazo.

- Por la necesidad de presentarnos como un país fiable y respetuoso de los procesos de inversión.
- Por la evidente necesidad que tienen nuestras administraciones públicas de huir del particularismo y la descoordinación en la que actualmente se mueven, entre otras, en materia de hidrocarburos.

Por todo ello, pongamos de manifiesto ya la preocupación que se produce ante el hecho de que el texto normativo de reforma de la Ley de Hidrocarburos, nazca con escaso consenso y con la oposición de fuerzas relevantes en el plano político, tanto a nivel nacional como territorial.

Sentado lo anterior, me centraré en esta exposición en los aspectos de la Ley que más directamente afectan a las actividades de exploración y producción de petróleo y gas natural.

Digamos en primer lugar que la Ley 8/2015 incorpora una doble suerte de medidas en relación a esa materia, de una parte la extremadamente parca reforma del Título II de la Ley 34/98 que, sin duda, ha desaprovechado la oportunidad de dotar de una mejor y más precisa regulación a aspectos acuciantes de esa actividad y, de otra, la incorporación, al margen del articulado de la Ley 34/98, de las medidas de orden tributario establecidas en el Título II de la misma bajo la rúbrica "Medidas en relación con la exploración, investigación y producción de hidrocarburos".

Tenemos que hacer una primera consideración en este punto. Un elemento característico de la legislación comparada en materia de exploración y explotación de hidrocarburos es que, a medida que la capacidad de producción de un país aumenta, su norma-

tiva se modifica en términos de incremento de la carga tributaria sobre los productores. Ese proceso es perfectamente conocido a nivel comparado. Países con escasa capacidad de producción presentan una legislación de fomento de la inversión en la materia, en la que la presión tributaria sobre el concesionario es muy baja, mientras que, a medida que la capacidad de producción de un país aumenta, su normativa se va endureciendo en términos de incremento de los ingresos públicos asociados a la extracción de los hidrocarburos.

En España pareciera que la reforma se orienta en ese sentido, y aunque fuera sólo por ello, el planteamiento de la propia reforma parece alentador. El problema es que la renuncia prácticamente a modificar el Título II de la Ley 34/98, en el que se han introducido dos manifestaciones perfectamente inocuas, deja a medio camino la cuestión, provocándose un incremento de la carga tributaria sobre una actividad difícilmente ejecutable.

De una parte se incluye un artículo 35 bis, referido al silencio administrativo negativo y a la práctica de notificaciones y, de otra se modifica el Artículo 36 en términos de aplicación preferente de las dos disposiciones introducidas en el Artículo 35 bis, respecto de la Ley 30/92.

Desde luego, muy poco bagaje para una reforma que, en lo referido al silencio administrativo negativo, ya se contenía en la Ley, en concreto en la Disposición Adicional Octava de la propia Ley 34/98, sin perjuicio de que, particularmente en materia de exploración y producción, pudiera llegarse a la misma conclusión, sin necesidad del inciso, por la mera aplicación del Artículo 43.1 párrafo segundo de la Ley 30/92, al tratarse de materias que versan sobre un ámbito concreto del dominio público del Estado, como el de hidrocarburos.

Aparte de esta sucinta reforma del Título II de la Ley 34/98, la Ley 8/2015, como es sabido, contiene el Título II ya citado, referido a las medidas en relación con la exploración y producción. A ello se refiere el Preámbulo de la referida Ley 8/2015 que defiende la importancia del aprovechamiento de dichos recursos naturales en su apartado IV, si bien omite en su insuficiente Artículo 1, adoptar las medidas necesarias para que tal actividad resulte factible en un contexto extraordinariamente difícil como el que ofrece nuestro ordenamiento jurídico administrativo en estos momentos.

Decía al principio de este escrito que en esta materia se reproducían algunos de los males fundamentales de nuestro sistema administrativo y pasaré a referirme a ello seguidamente.

España cuenta con una compleja organización administrativa, tanto a nivel territorial, como institucional, que se basa en un detallado sistema de distribución de competencias. Debo señalar que, en mi opinión, las disfunciones que derivan de ese sistema no se basan en la existencia de mecanismos de distribución territorial del poder que afectan a la organización territorial del Estado y que nacen de nuestra Constitución, sino que deriva de la forma en la que las potestades inherentes a ese sistema de organización y distribución competencial, son ejercidas y el régimen de los hidrocarburos, constituye un buen ejemplo de ello.

El problema no es la distribución territorial del poder, el problema es la ausencia de los más elementales principios y deberes en el orden jurídico-administrativo para asegurar el cumplimiento de un esencial principio de coordinación entre las administraciones públicas.

En efecto, pese a constar como un deber expreso en tal sentido, que vincula a las

propias administraciones, establecido en el Artículo 103 de la Constitución, la coordinación brilla por su ausencia y, lo que es más grave, la descoordinación, la contradicción abierta de criterio entre administraciones públicas, respecto de pretensiones, situaciones y derechos de interesados ajenos a las mismas, se convierte en comportamiento habitual, especialmente ante actividades que despiertan una cierta sensibilidad social, como las referidas a la explotación de los recursos naturales, en particular de los hidrocarburos.

Expondré a continuación algunos ejemplos de ello. Los planes de ordenación territorial que se llevan aprobando a lo largo de años en algunas comunidades autónomas, ignoran absolutamente la existencia de las concesiones administrativas otorgadas y en vigor por parte de la Administración General del Estado, a su vez ignoran los permisos de investigación otorgados, ya sea por la propia Administración General del Estado o incluso por la misma comunidad autónoma que aprueba el Plan.

De esta forma cuando se analiza la descripción de la realidad que lleva a cabo un plan de ordenación territorial respecto de un área en la que hay otorgados derechos de investigación, exploración o explotación de hidrocarburos, la conclusión siempre es la misma, la actividad sencillamente no existe.

Todo ello nos da idea del escaso nivel de protección y de la escasa seriedad que nuestro ordenamiento jurídico administrativo confiere a quienes son o aspiran a ser concesionarios del dominio público del Estado. Las causas de todo ello hay que buscarlas en algunos de los tradicionales defectos de nuestro sistema administrativo, que no han hecho sino incrementarse y de forma grave en los últimos años.

La visión parcial de la realidad de la que hacen gala los titulares de determinadas potestades públicas, la referida y permanente vulneración del principio de coordinación e incluso un evidente principio de deslealtad en el ámbito institucional del que se hace gala y que, además, vulnera directamente los deberes que al comportamiento de las Administraciones Públicas, impone el Artículo 3 de la Ley 30/92, son elementos que podrían ser considerados de menor trascendencia si no se proyectasen directa y abiertamente sobre terceros, mermando las garantías de nuestro sistema y dañando de forma escasamente soportable el principio esencial de seguridad jurídica.

En efecto, si lo que venimos describiendo no pasase del conflicto o el debate propio de las relaciones interadministrativas, la situación sería de menor gravedad, el problema es que el tercero sobre el que se proyectan esas disfunciones, discrepancias, criterios estrictamente particulares, no siempre nacidos de la aplicación del ordenamiento jurídico, sino de la particularidad y la conveniencia, es el interesado, ya sea aquél el ciudadano o las empresas que tratan de desarrollar una actividad y que, especialmente si se trata de inversores extranjeros, no pueden comprender razonablemente la inextricable maraña de decisiones que conlleva la relación con nuestras administraciones públicas.

El *permitting* en España como técnica de asesoramiento respecto de la obtención de las autorizaciones precisas para el desarrollo de una actividad, se está convirtiendo en la más compleja y sesuda de las ciencias, de hecho está llegando a tener un cierto componente psicológico y diríamos que incluso esotérico, por cuanto ha de acudir a las técnicas de la adivinación para intuir cuál haya de ser la nueva ocurrencia del responsable de turno a la hora de condicionar y

someter el ordenamiento administrativo a su criterio particular.

Pondré más ejemplos. En España se han otorgado permisos de almacenamiento de CO<sub>2</sub> sobre concesiones de explotación de hidrocarburos en vigor, siendo la explicación que se ha dado de ello, que al responsable autonómico no le consta donde se otorgan las concesiones de explotación por parte del Estado.

En España una autoridad autonómica ha recomendado expresamente a los municipios que califiquen el terreno sobre los que se tienen otorgados permisos de investigación de hidrocarburos, para de esa forma impedir que aquéllos trabajos puedan realizarse. En nuestra opinión, es una apelación a la desviación de poder que, en el orden administrativo, no es otra cosa que la utilización de potestades para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico. La finalidad de la potestad administrativa de ordenación del territorio, no es convertirse en una vía indirecta para impedir el desarrollo y la competencia exclusiva del Estado en la ordenación y explotación de los recursos naturales que integran el dominio público de hidrocarburos y sin embargo, no se tiene reparo alguno en promover formal y expresamente esa utilización.

En ese sentido, resulta difícilmente comprensible que se haya renunciado a aplicar a la explotación de los hidrocarburos, el régimen previsto en las Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera y Duodécima de la Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que ofrece uno de los escasos ejemplos de coordinación con valor normativo y eficacia vinculante en nuestro ordenamiento.

Concurren por lo demás, otros elementos que ponen en evidencia la debilidad de

nuestro sistema jurídico administrativo y que se ha renunciado a afrontar en esta reforma. Es evidente que los plazos comprendidos en los permisos de investigación son absolutamente inconciliables con los requerimientos propios de la tramitación medioambiental. Ante ello, las diferentes administraciones con competencia en la materia (el Estado o las comunidades autónomas, según sea el ámbito territorial del permiso) van otorgando soluciones parciales y no siempre coincidentes desde el punto de vista jurídico-administrativo en cuanto a la fórmula técnica aplicada, nuevamente también en este punto, la reforma ha renunciado a dotar de seguridad jurídica y certeza a los titulares de tales permisos.

Pues bien, decía que la reforma era incompleta, por cuanto sin afrontar estos elementos, a mi juicio esenciales, en la búsqueda de un elemental principio de seguridad jurídica y certeza en las relaciones jurídicas, por parte de quienes tienen que hacer frente a proyectos de inversión a largo plazo, la misma se dedica a incrementar la carga tributaria sin asegurarse de que la actividad sobre la que aquella va a recaer, sea mínimamente factible.

En vez de dotar de un mínimo de certeza a una actividad cuya regulación desde el punto de vista administrativo deja mucho que desear y que demanda, de una vez, la aprobación de un Reglamento que supere la vigencia del Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio, por el que se aprueba Reglamento de la Ley sobre Investigación y Exploración de Hidrocarburos de 27 de junio de 1974, se pasa a incrementar la carga tributaria y a introducir elementos que, al menos y en mi opinión, constituyen una seria perturbación de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico en materia de concesiones administrativas.

Recuerdo de mis tiempos de opositor que se nos explicaba que las *cajas separadas* y los ingresos *afectados* eran una reminiscencia histórica y que un Estado moderno partía de un principio esencial de unidad en el ingreso y en el gasto.

Pues bien, avanzamos en pos de la modernidad y al incremento de la presión tributaria sobre el desconcertado concesionario de hidrocarburos añadimos dotaciones a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales (Artículo 7). ¿Cuál será la consecuencia? Que las Comunidades Autónomas y las entidades locales, no otorgarán los permisos que les incumben hasta que no hayan negociado el importe de la dotación con el Estado, es decir más incertidumbre en la actividad.

El planteamiento me parece extraordinariamente discutible. Una Administración General del Estado incapaz de afirmar su competencia exclusiva en materia de ordenación y explotación de los recursos que integran el dominio público del Estado en materia de hidrocarburos, tiene que comprometer ingresos derivados de la actividad, con las restantes administraciones territoriales para, de esa forma, pretender mitigar la permanente oposición de buena parte de ellas al desarrollo de la misma.

Las dudas que se generan son evidentes ¿Cuál va a ser el criterio de asignación? ¿Va a ser la misma cantidad para cada comunidad autónoma y cada ayuntamiento? ¿Cuál es la causa de esa asignación? ¿Qué va a suceder en el caso de actividades ubicadas en un término municipal pero limítrofes con otro o con sus núcleos de población? En definitiva, crear un nuevo foco de conflicto y tratar de superar un problema incrementándolo. Todo ello aplicando nuevamente el mismo criterio que ha dañado nuestro sistema constitucional de distribución de

competencias, apelando a lo impropio, difuminando los límites y las respectivas responsabilidades y convirtiendo nuestra actividad administrativa en un permanente juego de transacción entre sujetos públicos.

A partir de ahora el productor de hidrocarburos no sólo tendrá que estar pendiente de que no le califiquen de espacio natural protegido una escombrera o de que no le otorguen un permiso de almacenamiento de CO<sub>2</sub> sobre su concesión, sino que además, tendrá que esperar al proceso de negociación de cantidades entre las administraciones, sin cuya resolución, no tengamos duda de ello, no se le va a permitir que lleve a cabo su actividad.

Ahora bien, si distorsionante es la anterior medida y preocupante el precedente, más aún lo es la asignación de un ingreso a los propietarios del terreno suprayacente (Artículo 22). Ante todo quiero dejar claro que no tengo ningún argumento en contra de que dichos propietarios puedan percibir el referido ingreso, no obstante si tengo argumentos en contra de que se pueda introducir una figura que distorsiona absolutamente nuestro derecho en materia de concesiones administrativas y creo de forma, poco meditada.

Debería explicársenos cómo se compatibiliza esa figura con la expropiación forzosa inherente a la declaración de utilidad pública del Artículo 103 de la Ley 34/98 y si es que lo que el legislador está queriendo decirnos con el empleo de esa figura es que el justiprecio expropiatorio no es tal y, como consecuencia de ello, ha de acudir a esta fórmula de pagos al propietario del terreno suprayacente.

Es más, si el propietario del terreno, lo sigue siendo, tendríamos que entender que esta figura es incompatible con la aplicación del

instituto expropiatorio. Por otra parte ¿Se está reconociendo algún derecho de propiedad sobre el subsuelo, respecto de reservorios a 2.000 metros de profundidad a los propietarios de los terrenos? Si no es así ¿Cuál es el título para tener derecho a ese ingreso? Por otra parte ¿Cuál es la calificación jurídica de ese ingreso? ¿Qué hace el Estado ordenando ingresos directos de un particular a otro? Permítasenos que consideremos, cuando menos exótico, que perciba un ingreso derivado de la explotación del dominio público del Estado, quien no es concesionario del mismo.

Es más, sería tremendamente útil valorar si por parte del legislador se ha analizado a dónde podría conducir la generalización de este criterio que parece acercarnos a los postulados de Cino de Pistoia más que a un derecho administrativo moderno en el que se afirma el dominio público del Estado.

¿Cómo explicar, desde una visión jurídica del dominio público, la realización de pagos a un particular que, por definición no ostenta derecho alguno de titularidad ni dominical ni de cualquier otra naturaleza sobre el hidrocarburo?

Sentado este luminoso precedente, ¿Por qué no otorgar un ingreso periódico anual a los propietarios de los terrenos afectados por las zonas de servidumbre de las carreteras de peaje? Al fin y al cabo ya hemos establecido por ley el precedente de considerar que el justiprecio no es suficiente.

Creo, en definitiva, que con independencia de que el legislador persiga socializar el ingreso derivado de la explotación de los hidrocarburos, las fórmulas empleadas no son las más adecuadas.

En último lugar y por lo que se refiere a la regulación del canon de superficie incor-

porado al Artículo 21 de la norma, señalar que la misma no afronta el problema de que actividades sujetas al devengo de dicha tasa, se encuentran ya gravadas por comunidades autónomas. En este sentido se planteará al operador la correspondiente disquisición acerca de la tasa aplicable, si la comprendida en la normativa estatal o en la autonómica. Cabría entender que en el caso de actividades vinculadas a permisos de investigación (sondeos, adquisiciones de sísmica, etc) que es donde puede producirse la duda, todo ello dependerá de la administración que haya otorgado el permiso, ahora bien el criterio estrictamente subjetivo admite matizaciones, si tenemos en cuenta que el dominio público sobre el que se proyecta la actividad, es estatal.

En definitiva una reforma que se anunció como esencialmente orientada a la regulación de la actividad de investigación y explotación de hidrocarburos, renuncia a ello. Proclama un incremento de la carga tributaria sobre una actividad que, en el contexto jurídico-administrativo actual, resulta difícilmente viable. Renuncia a aplicar mecanismos legales –como los de la Ley 13/2003- que ya son de aplicación al sector eléctrico o a la propia red básica de gas natural y a clarificar las principales fuentes de inseguridad jurídica y falta de certeza que padece la regulación en este ámbito. Sin embargo, y frente a ello, incrementa la carga tributaria sobre una actividad que no se está en condiciones de asegurar sea viable, considerando que la solución pasa por la distribución de los ingresos derivados de la misma, mediante mecanismos inéditos en nuestro ordenamiento que no van a ser sino fuente de conflictos adicionales y que introducen un peligroso precedente en nuestro derecho de concesiones y en la propia noción de dominio público del Estado.

Esta situación resulta aún más discutible en un escenario internacional cada vez más competitivo. Países como Estados Unidos cuyas autoridades medioambientales federales y estatales son conocidas por su rigor (de hecho prácticamente todas las figuras de protección ambiental, evaluación de impacto ambiental, etc, han tenido su origen en la legislación de ese país), asisten a una revolución basada en la explotación de sus recursos naturales.

Sus autoridades han controlado el proceso y han mostrado la suficiente agilidad y capacidad de decisión como para convertir a ese país en el primer productor mundial de crudo. Evidentemente las situaciones no tienen por qué ser necesariamente comparables en cuanto a la disponibilidad de recurso, ahora bien, sin perjuicio de que todas las economías occidentales se hayan beneficiado de la bajada de precios inherente, entre otros factores, al incremento de

producción en ese país, es suicida que una sociedad renuncie a la explotación de sus recursos naturales.

La consecución de los objetivos marcados en cuanto a la progresiva utilización de fuentes de energía renovables, ha de ser necesariamente compatible con la explotación de los hidrocarburos.

Nuestra rigidez, nuestra resistencia al cambio, la omnipresencia de una actividad administrativa frecuentemente errática, la particularidad y el casuismo como pauta de actuación, la inseguridad jurídica, la falta de certeza de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, tanto en lo referido a su duración, como en lo concerniente a su contenido, la falta manifiesta de coordinación, la búsqueda de posiciones políticas a corto plazo desconectadas de una estrategia global de la Nación frente a la dependencia energética, son factores que hacen

mucho daño y que no sólo lastran nuestra economía, sino que nos presentan ante el exterior como poco fiables.

Una vez más, la respuesta frente a ello, se ha basado más que en el rigor, en la ocurrencia. La reforma de la Ley de Hidrocarburos en materia de exploración y producción constituye una oportunidad perdida. Esperemos del buen criterio de nuestros representantes públicos, no sólo una nueva revisión del texto, sino que aquella resulte de la afirmación de los consensos necesarios para que nuestro país pueda contar con una estrategia global y a largo plazo en materia de energía que colabore al desarrollo de la sociedad, mitigue nuestra dependencia, cumpla con los objetivos marcados por la Unión Europea y permita a los actores presentes en el sector, desarrollar su actividad con unos mínimos niveles de certeza y seguridad jurídica que, hoy por hoy, no se dan. ■