

Una nueva oportunidad para la minería metálica: la reapertura de la mina de Aznalcóllar en Sevilla

José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Encarnación Montoya Martín

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II. ACERCA DE LA EXTINCIÓN DE LOS PERMISOS DE INVESTIGACIÓN AFECTADOS POR EL PROYECTO DE REAPERTURA DE LA MINA DE AZNALCÓLLAR: 1. Naturaleza de la caducidad de los títulos mineros. 2.- La cuestión relativa a la indemnizabilidad de estas declaraciones de caducidad. 3. Otras cuestiones procedimentales. III. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONCURSO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN EN EL PROYECTO DE REAPERTURA DE LAS MINAS DE AZNALCÓLLAR; ANÁLISIS DE LA RESERVA DEMANIAL MINERA Y DE LA DECLARACIÓN DE NO REGISTRABILIDAD DE LOS RECURSOS: A. LA RESERVA DEMANIAL: 1. La reserva demanial minera. 2.- La regulación vigente desconoce el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. 3.- Reserva demanial y reserva de recursos esenciales. 4.- Reservas demaniales y distribución de competencias. 5.- Modus operandi en relación con las reservas dominiales: competencias. 6.- ¿Son viables las reservas demaniales autonómicas? 7.- Problemas en la declaración de la reserva demanial. B. SOLUCIÓN ALTERNATIVA A LA RESERVA: LA DECLARACIÓN POR PARTE DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA NO REGISTRABILIDAD DE LOS RECURSOS MINEROS CORRESPONDIENTES A LA MINA DE AZNALCÓLLAR, TERRENOS PREVIAMENTE DECLARADOS FRANCOS POR LA PREVIA EXPROPIACIÓN DE LOS PERMISOS EN TRAMITACIÓN, PARA LA ADJUDICACIÓN, EN RÉGIMEN DE PÚBLI-

CA CONCURRENCIA DE LA CONCESIÓN DEMANIAL: 1.- Declaración de no registrabilidad: naturaleza y función. 2.- Competencia autonómica para ejercer la potestad de declaración de no registrabilidad. C. EN RELACIÓN CON LA EXIGENCIA DE QUE LA CONCESIÓN DEMANIAL DIRECTA SEA LLEVADA A EFECTO EN RÉGIMEN DE PÚBLICA CONCURRENCIA COMPETITIVA: 1.- Integración de la legislación especial en la legislación general. 2. Las iniciativas comunitarias en el sector de la minería no energética avalan el procedimiento de otorgamiento de la concesión demanial por concurso. IV. ARTICULACIÓN FINAL, NORMATIVA Y PROCEDIMENTAL, DE LA PROPUESTA DE REAPERTURA DE LA MINA DE AZNALCÓLLAR: 1. Utilización del Decreto-ley para garantizar la reserva de ley y habilitar la expropiación de urgencia. 2. Conflicto competencial y desbloqueo mediante una solución singular. V. CONCLUSION.

RESUMEN: El estudio analiza la articulación técnica de la reapertura de la mina de Aznalcóllar a través de un concurso internacional.

Se examina la situación de los permisos de investigación afectados por el proyecto de reapertura. La extinción de los permisos solicitados suscita dos cuestiones: de una parte, la naturaleza de la caducidad de los títulos mineros que regula la vigente Ley de Minas de 1973 y, de otra parte, la cuestión de la indemnizabilidad de la extinción de los permisos mineros.

El sistema que prevé la Ley preconstitucional de Minas de 1973 con relación a la concesión que es el título habilitante para la explotación de los recursos de la Sección C, es la adjudicación directa basada en la preferencia de los titulares previos de permisos de investigación. Pese a ello, consideramos que, para la mejor garantía de los intereses generales implicados, el procedimiento de adjudicación debía de ser el concurso público. Dado que la Ley de Minas no prevé tal posibilidad, se examinan los instrumentos jurídicos que pudieran permitir articular jurídicamente el concurso público en el marco de la propia Ley de Minas: la reserva minera (art. 7 LMi) y la declaración de no registrabilidad (art. 39.3 LMi). Entre las dos opciones estudiadas, la Junta de Andalucía optó por ejercer la potestad de reserva definiendo y delimitando la “zona Aznalcóllar” y permitiendo la adjudicación de la Mina conforme a un procedimiento de concurrencia competitiva a través de del Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar.

Este Decreto-ley, dio lugar al planteamiento de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno. No obstante, y como resultado de las negociaciones políticas, el desbloqueo de la situación se articuló jurídicamente de una parte, a través del Decreto-ley estatal 6/2014, de 11 de abril, por el que se regula el otorgamiento de la explotación de los recursos mineros de la zona denominada «Aznalcóllar», y de

otra parte, del Decreto-ley 4/2014, de 11 de abril, por el que se adoptan las medidas urgentes necesarias en relación con el procedimiento de reapertura de la mina de Aznalcóllar.

El estudio concluye que no puede mantenerse una normativa preconstitucional para regular un sector tan complejo y de tanta trascendencia para la economía y el empleo de nuestro país. No lo permite nuestra Constitución ni el nuevo modelo de nuestro Estado de las Autonomías.

ABSTRACT: The study stems from the opinion requested by the General Administration of Mines of the Ministry of Economy of the Regional Government of Andalusia and aims to analyze the technical articulation of the reopening of the Aznalcollar mine through an international competition.

First it is analyzed the situation of research permits affected by the reopening project. The extinction of the requested permits raises two issues: on the one hand, the nature of the expiration of the mining titles that regulates the current Mining Law and, on the other hand, the compensation for damages of the expiration of mining permits.

The system provided by the pre-constitutional Mining Law of 1973 in relation to the concession which is the supporting title for the exploitation of the resources of Section C, is the direct award based on the preference of holders of previous research. Nevertheless, we believe that, to the best guarantee of the general interest, the award procedure should be competitive examination. Since the Mining Law does not provide such possibility, the legal instruments that would allow to legally articulate the competition under the Mining Law are examined: mining reserve (art. 7 LMi) and the statement of non-registrability (art. 39 LMi). Between the two options studied, the Regional Government of Andalusia chose to exercise the reserve, defining and delimiting the “Aznacollar area” and allowing the award of the Mine in a competitive process by the Decree-Law 9/2013, December 17th, which articulates the procedures for the reopening of the Aznacollar mine.

This Decree-Law led to the approach of a constitutional complaint filed by the Government. However, as a result of political negotiations that took place to resolve this crisis, the situation of the Aznalcollar mine was unlocked through two Decree-Laws: the Decree-Law 6/2014, November 11th, which regulates the granting of exploitation of mining resources, and the Decree-Law 4/2014, April 11th, for which the necessary urgent measures are adopted in relation to the process of reopening the Aznalcollar mine.

The study concludes that it cannot be maintained a pre-constitutional legislation to regulate such a complex and of such importance to the economy and employment in our country. It is not permitted by our Constitution and the new model of the Autonomous State.

PALABRAS CLAVE: Minería metálica; permisos de investigación, caducidad de los títulos mineros; concesión minera; reserva demanial; declaración de no registrabilidad; adjudicación de la concesión minera por concurso; reapertura de la mina de Aznalcóllar; conflicto de competencia; solución singular, actualización de la legislación minera preconstitucional.

KEY WORDS: Metal mining; mining research permits; expiration of mining titles; mining concession; public domain reserve; statement of non-registrability; award of mining concession by competitive examination; reopening of the Aznalcollar mine; conflict of jurisdiction; singular solution; updating of the pre-constitutional mining legislation.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad minera, es una fuente de innovación, de empleo y de riqueza muy necesaria en el momento actual. El antiguo complejo minero de Aznalcóllar, con casi 950 hectáreas de superficie, posee unas reservas constatadas de sulfuros polimetálicos (cobre, plomo y zinc, además de oro y plata) de 35 millones de toneladas y otros 45 millones de toneladas de recursos probables. La mayor parte de la infraestructura necesaria para la explotación de la mina, la corta minera, ya está construida, por lo que podrían reanudarse las actividades extractivas sin grandes transformaciones en el suelo.

La actividad minera es, sin duda, una fuente de innovación, de empleo y de riqueza imprescindible en el momento actual de crisis, especialmente en Comunidades Autónomas, como la Andaluza, en situación de déficit estructural y altas tasas de paro y pobreza

Como es sabido, la rotura de la balsa de residuos de la mina de Aznalcóllar, explotada por la empresa BOLIDEN, ocasionó, el 25 de abril de 1998, la mayor catástrofe ecológica que ha sufrido Andalucía y una de las más graves de nuestro país. La rotura de la balsa trajo consigo igualmente la paralización de la explotación de recursos existentes en aquellos momentos. En 2001 había efectivamente cesado por completo la actividad minera en el referido complejo minero, a pesar de la existencia, bien documentada, de un importante yacimiento en lo que es conocido como “la Corta de los Frailes”.

Aquel desastre medioambiental sin precedentes fue paliado, minimizado y finalmente corregido, no por la empresa explotadora de la mina, sino por la acción conjunta de los poderes públicos -singularmente de la Junta de Andalucía-, de manera que se transformó, andado el tiempo, en un ejemplo de esfuerzo público por la restauración medioambiental.

Con posterioridad a estos hechos, y sin duda no ajenas a los mismos, fueron adoptadas la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales y para cuya transposición se aprobó la Ley 26/2007, de 23 de octubre, y la Directiva 2006/21/CE, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas, transpuesta en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las actividades extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.

El Parlamento de Andalucía aprobó por unanimidad, el 17 de julio de 2013 la Proposición no de ley relativa a la reapertura de la mina de Aznalcóllar en la que instaba al Consejo de Gobierno a:

a- Articular los procedimientos administrativos necesarios para la vuelta a la explotación de la mina que operaba la multinacional Boliden en Aznalcóllar, entendiéndose que la riqueza que posee Andalucía en este sector debe ser aprovechada, máxime, en la actual coyuntura económica.

b.- Asegurar que la vuelta a la explotación de dicha mina venga precedida de un concurso internacional para la selección del mejor explotador posible, garantizando la viabilidad y los parámetros medioambientales, tecnológicos y económicos, y preservando al máximo la selección de la empresa explotadora, atendiendo a los criterios de máxima transparencia del procedimiento, máxima concurrencia de las empresas interesadas y máxima solvencia de las mismas.

c. Verificar que en ningún caso sea admitida a dicho concurso internacional ninguna empresa que, directa o indirectamente, tenga relación alguna con la multinacional Boliden, o que tenga deuda pendiente alguna con las administraciones competentes en tanto en cuanto ésta no reembolse al erario público las cantidades que debieron sufragarse para la restauración del medio ambiente dañado por la citada rotura de la balsa de Aznalcóllar.

d.- Asegurar que la reapertura de la explotación minera en Aznalcóllar, en todo caso, se lleve a cabo desde su comienzo y durante todo el tiempo en que se prolongue su vigencia, cumpliendo los estándares más elevados de protección y seguridad ambiental, contando para ello con un proyecto que garantice la viabilidad medioambiental, técnica y social, incluyendo la restauración de la zona explotada.

e.- Garantizar el cumplimiento de la Ley para mantener el máximo control sobre la explotación minera, a fin de evitar que catástrofes como las acontecidas por el recrecimiento y posterior rotura de la presa de contención de la balsa de la mina de Aznalcóllar se vuelvan a repetir.

Esta proposición del Parlamento andaluz se declaraba conforme en línea con el conjunto de iniciativas que, ya desde el año 2008 y desde distintas Instituciones de la Unión Europea, se habían ido adoptando para garantizar un acceso fiable y sin distorsiones a las materias primas:

.- la Comunicación de la Comisión de 4 de noviembre de 2008 “La iniciativa de las materias primas: cubrir las necesidades fundamentales en Europa para generar crecimiento y empleo”.

.- el Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la minería no energética en Europa, que pone de relieve la necesidad de mejorar el marco jurídico y el sistema de obtención de autorizaciones y de promover el uso de buenas prácticas de extracción a fin de evitar el declive de la biodiversidad, ponderando, desde el punto de vista de la sostenibilidad, las ventajas de ampliar yacimientos existentes de extracción de materias primas en vez de abrir nuevas minas y advirtiendo que, en el futuro, el crecimiento sostenible de Europa dependerá en gran medida de la minería, ante la elevada demanda de materias primas por parte de países como China e India.

.- la Declaración de la industria extractiva europea sobre Materias Primas de Madrid, adoptada en 2010 en el marco de la Conferencia Europea de los Minerales, en la que el sector, considerando que los procedimientos de otorgamiento de permisos deben estar vinculados a los planes de ordenación del territorio y que pocos Estados miembros o regiones disponen de sistemas de otorgamiento de permisos eficientes, solicitó una estructura legislativa clara y adecuada, con una delimitación transparente de las autoridades y las competencias.

.- la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social de las Regiones “Disponer de materias primas para el futuro bienestar de Europa. Propuesta de Cooperación de Innovación Europea sobre las materias primas” (Bruselas, 29 de febrero de 2012) que subraya la importancia estratégica que para la Unión Europea significa contar con un suministro sostenible de materias primas.

La decisión política era clara. También eran claros los obstáculos jurídicos para su puesta en marcha. Básicamente dos. El presente estudio analiza estas dos cuestiones: la primera, la situación jurídica en la que se hallaban los permisos de investigación existentes o solicitados sobre la zona considerada; y, la segunda, cómo articular jurídicamente con la legislación vigente un sistema de adjudicación por concurso público de la concesión para la explotación de la mina. Todo ello en el marco de una ley, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas preconstitucional, claramente desfasada e insuficiente que, entre otras cuestiones, no contempla el sistema de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en esta materia, pues el art. 149.1.25 CE dispone que solamente corresponde al Estado “*las Bases de régimen minero y energético*”.

El presente trabajo omite referencias concretas a la situación de los diversos permisos de investigación afectados por el proceso de reapertura de la mina de Aznalcóllar, limitándose a las cuestiones genéricas que en ello se plantean.

II. ACERCA DE LA EXTINCIÓN DE LOS PERMISOS DE INVESTIGACIÓN AFECTADOS POR EL PROYECTO DE REAPERTURA DE LA MINA DE AZNALCÓLLAR.

La actividad de investigación a que habilita la obtención del correspondiente permiso, regulado en los arts. 43 a 59 de la Ley 22/1973, de 21 de julio (en adelante LMi), 62 a 78 Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el régimen de la minería (en adelante RMi) y 9 de la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, consiste en realizar estudios y trabajos encaminados a poner de manifiesto y definir uno o varios recursos de las secciones C) y D), a la vez que supone para el titular la prioridad en el otorgamiento de la concesión.

El permiso de investigación tiene la naturaleza de autorización para el ejercicio de una actividad en relación con la que el ordenamiento ha reconocido una capacidad general a unos sujetos a los que la legislación de minas considera que tienen aptitud para ser titulares de derechos mineros.

Afectan al Proyecto de reapertura de minas de Aznalcóllar una serie de permisos de investigación coincidentes parcialmente con la zona considerada, que se encuentran en fase de tramitación. De ahí que con carácter previo antes de proceder al examen de la situación en la que se encuentra cada uno de estos permisos, sea preciso estudiar, con carácter general, la caducidad de los títulos mineros al objeto de determinar el régimen aplicable a los permisos de investigación concernidos por el Proyecto de reapertura de las minas de Aznalcóllar.

La extinción de los permisos solicitados suscita dos cuestiones: de una parte, la naturaleza de la caducidad de los títulos mineros que se regula en la vigente LMi, y, de otra parte, la cuestión de la indemnizabilidad de la extinción de los permisos mineros.

1. Naturaleza de la caducidad de los títulos mineros

A la vista de las normas que la legislación de minas contiene sobre la extinción de la concesión minera¹ y de otros títulos, lo primero que se aprecia es que aquéllas participan y, a su vez, contribuyen a la confusión existente en nuestro ordenamiento jurídico en torno al concepto de caducidad como mecanismo extintivo de la concesión

¹ Vid entre las publicaciones más recientes sobre el tema Quintana López, T. *La concesión de minas y protección del medio ambiente*, tirant lo Blanch, Valencia 2013; De Dios Viéitez, M^a V. *Recursos mineros y ordenación del territorio*, Atelier, Barcelona, 2015.

y del resto de los título mineros, haciendo un uso equívoco de la citada expresión al incluir bajo el término «*caducidades*» supuestos de extinción de la concesión de minas que obedecen tanto al transcurso del plazo para el que fue otorgado el título, como a cualquier otra causa determinante de la extinción del mismo de forma anticipada, normalmente la falta de cumplimiento por parte del concesionario.

Sea o no indebido el uso del término *caducidad* para acoger en él todas las causas extintivas de la concesión minera, conforme se deduce del art. 86 LMi lo que no ofrece duda es que la extinción del título, con independencia de la causa que lo fundamenta, no se produce *ope legis*, sino que precisa de la tramitación del correspondiente procedimiento. En todo caso, será consecuencia del ejercicio de una potestad de actuación obligatoria (art. 86 LMi), pues la Administración no puede hacer abstracción de que la explotación de los recursos minerales no está ligada exclusivamente a los intereses del concesionario, sino a los generales, para cuya satisfacción ha de velar la Administración competente. Este dato determina el ejercicio de la potestad cuando se aprecie la concurrencia de alguna causa de extinción, máxime cuando aquélla se justifica por alguno de los tipos de incumplimiento a los que la legislación minera vincula la declaración de *caducidad*.

Por otra parte, la potestad para declarar extinguida la concesión de minas es de ejercicio obligado para la Administración y, además, pese a la indeterminación con que están concebidos los supuestos de extinción, se trata de una potestad reglada.

El art. 109 del RMi ha sistematizado los supuestos contemplados en el art. 86 LMi y las remisiones de éste a otros preceptos de la propia LMi, a los cuales debe añadirse ahora la habilitación, en la actualidad a los órganos de la Administración autonómica, que opera el art. 87LMi y, en su desarrollo, el art. 110 LMi, para declarar extinguidos los títulos mineros mediante la declaración de *caducidad* de los mismos, previa tramitación del procedimiento correspondiente (art. 110 RMi), por motivo grave o reiterada infracción de las condiciones contenidas en el título.

Por su parte, el art. 108 RMi enumera las causas de *caducidad* de los permisos de investigación².

² El señalado precepto dispone: “Los permisos de investigación se declararán *caducados*: a) Por renuncia voluntaria del interesado aceptada por la Administración. b) Por falta de pago de los impuestos mineros que lleve aparejada la *caducidad*, según las disposiciones que los regulen y en la forma que en las mismas se establezcan. c) Por expirar los plazos por los que fueron otorgados o, en su caso, las prórrogas concedidas, a no ser que dentro de dichos plazos, se haya solicitado la concesión

Hay que tener en cuenta que en la propuesta de reapertura de la antigua explotación de sulfuros complejos en el término municipal de Aznalcóllar (SG Borrador 30 junio 2013), se utiliza reiteradamente el término “cancelación” referido a los permisos de investigación afectados, y no en puridad el de caducidad. Veamos pues si hay diferencias, en base a la normativa vigente tanto específica de la legislación minera aplicable como del resto de la normativa general –Ley 3/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) y Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común (en adelante LPAC) - pues en definitiva se trata de valorar la posibilidad de extinción de tales permisos – distinguir, asimismo si ya son autorizaciones perfectas o, por el contrario, constituyen procedimientos vivos en tramitación cuyo objeto es la resolución de solicitudes de permisos de investigación.

Y por añadidura, causas de carácter reglado o discrecional, así como derecho de indemnización y ámbito o cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta que la titularidad de un permiso de investigación tiene reconocido por el ordenamiento un derecho preferente para el otorgamiento de la concesión de explotación derivada de tal permiso.

En cuanto a la posibilidad de revocación de estos permisos por la Administración hay que examinar tres cuestiones. La primera, si estamos en estos casos de caducidad ante una medida sancionadora o restrictiva de derechos. La segunda cuestión es si en el procedimiento para la declaración de estas caducidades hay que estar a las normas de la legislación minera o a las de la LPAC. La tercera es si son o no indemnizables estas caducidades o revocaciones.

de explotación derivada, en cuyo supuesto quedará automáticamente prorrogado el permiso hasta la resolución del expediente de concesión. d) Por no haberse puesto de manifiesto, al término de la vigencia del permiso, un recurso de la Sección C) susceptible de aprovechamiento racional. e) Por no iniciarse o no realizarse los trabajos en los plazos, forma e intensidad aprobados por la Delegación Provincial correspondiente o por la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción. f) Cuando habiéndose paralizado los trabajos sin la autorización previa de la Delegación Provincial, no se reanuden dentro del plazo de seis meses a contar del oportuno requerimiento. En los casos de reincidencia en la paralización no autorizada de los trabajos, se declarará la caducidad sin necesidad de requerimiento previo. g) Por incumplimiento de las condiciones impuestas en el otorgamiento del permiso, o en los planes de labores anuales, cuya inobservancia estuviese expresamente sancionada con la caducidad h) Por los otros supuestos previstos en la Ley y este Reglamento que lleven aparejada la caducidad.

Adelantamos que la jurisprudencia no es unánime en la resolución de ninguna de las cuestiones.

En cuanto a la caducidad de derechos mineros, en general, queda claro, según la normativa vigente y la jurisprudencia, que no tiene carácter o naturaleza sancionadora. El TS recuerda en su sentencia de 6 de octubre de 2.009 (RJ 2009,7404), que *la caducidad de las concesiones mineras, incluso en relación con los expedientes derivados de la aplicación del art. 109 del Reglamento, no constituye una manifestación del ejercicio de potestades de policía, por lo que no reviste naturaleza sancionadora, con las garantías inherentes a la misma. la doctrina expuesta en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4267), en la que hemos determinado la naturaleza de las potestades que ejerce la Administración al declarar la caducidad de una concesión minera, en los siguientes argumentos:*

« (...) la caducidad no constituye una manifestación del ejercicio de potestades de policía, que se limita a constatar que el ejercicio de un derecho preexistente se desarrolla conforme al ordenamiento jurídico, sino que se engarza en una autorización de carácter constitutivo del derecho de investigación o explotación mineras, que se pierde por incumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento o en la Ley, por lo que no reviste naturaleza sancionadora, sino que, congruente con el principio de proporcionalidad, principio general del derecho, que está reconocido implícitamente en el artículo 103 de la Constitución, en la cláusula de “servir con objetividad los intereses generales”, vincula a la Administración a ejercer sus potestades de ordenación minera conforme a cánones de racionalidad ».

Lo que importa, a los efectos planteados y para el proyecto de reapertura de la antigua explotación de sulfuros complejos en el término municipal de Aznalcóllar, es si se concitan algunas de la causas de caducidad de tales permisos. Asimismo es fundamental determinar a tenor de la legislación aplicable y de la jurisprudencia el carácter reglado o discrecionalidad de la potestad de declarar la caducidad o cancelación de tales permisos por la Administración. Téngase también en cuenta que los permisos de investigación previos a la concesión de explotación o aprovechamiento de los recursos de la Sección C se asimilan en cuando a su naturaleza jurídica a una autorización administrativa.

Recuerda la STSJ de Aragón 253/2012, de 11 de julio (RJCA 2013/129):

“Y, en relación con la caducidad de los permisos de investigación, resulta plenamente aplicable al presente supuesto la fundamentación expresada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Murcia, Sección 1ª, de 22 de julio de 2.011 (JUR 2011, 350009), al decir: “La alegación no puede prosperar. El artículo 111 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, establece el procedimiento que ha de seguirse para declarar las caducidades que se regulan en los artículos 83 al 87 de la Ley de Minas; cuando el precepto se refiere a la caducidad de los permisos de investigación de recursos de la Sección

c) que caducan por expiración del plazo de su vigencia, se limita a señalar que constatada dicha expiración del plazo, la Administración declarará la caducidad del mismo sin más trámite, comunicándolo a los interesados.

La resolución de la Administración se limita, pues, en este supuesto, a declarar la caducidad del permiso de investigación, caducidad que se produce ope legis, por ministerio de la Ley; por lo que en el caso que nos ocupa, no se exigía la tramitación de específico procedimiento administrativo previo alguno, y así, constatada por la Administración la indudable expiración del plazo por el que fue otorgado el permiso de investigación sin haberse solicitado oportunamente la prórroga prevista en el precitado Reglamento (artículo 90.4, párrafo segundo), por resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 28/12/2005 se caduca el mencionado Permiso de Investigación, al haber expirado el plazo por el que fue otorgado, según el artículo 108 c) del Reglamento General para el Régimen de la Minería (RCL 1978, 2667), respecto de lo cual, por cierto, nada alegaron los interesados en su recurso de alzada.”

Alegada por el recurrente la falta de audiencia previa, debe rechazarse que la ausencia de dicho trámite haya ocasionado la nulidad denunciada por cuanto el mismo sería determinante en un procedimiento sancionador pero no en el que nos ocupa, en el que no se produjo indefensión al haber realizado la recurrente a lo largo del expediente alegaciones en las que puso de manifiesto cuantos motivos de impugnación cabían.”

En la misma línea argumental, la Sentencia de 26 octubre 2004 RJ 2004\7770 en su FJ Sexto proclama

“Debe desestimarse la prosperabilidad del primer motivo de casación articulado por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al apreciarse que la Sala de instancia ha procedido a resolver el recurso Contencioso-Administrativo aplicando de forma razonable el artículo 48.4 de la Ley 22/1973, de 21 de julio (RCL 1973, 1366) , de Minas, que establece como causa de cancelación del expediente de solicitud de permiso de investigación la no prestación de la fianza en la forma y plazo que fije el Reglamento, que impide la rehabilitación del plazo para respetar el principio de seguridad jurídica, al desplazar este precepto, en base al principio de «lex specialis», la aplicación de la regulación procedimental común del instituto de la caducidad referenciada en el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 17 de julio de 1958 y en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

La Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, dedican un título específico a regular las reglas procedimentales que rigen la tramitación de los expedientes sometidos al ordenamiento jurídico minero y a enumerar las causas de cancelación, que suponen la terminación del procedimiento, que se distinguen del procedimiento y de las causas de caducidad, subrayando el artículo 82 de la referida Ley de Minas, que los expedientes que se tramiten para el otorgamiento de autorizaciones,

permisos o concesiones a que se refiere esta Ley, terminarán por las causas que en forma expresa se señalan en la misma y por las previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo.

El artículo 105 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, en que se soportan las resoluciones administrativas impugnadas, establece:

1. Los expedientes que se tramiten para el otorgamiento de autorizaciones, permisos o concesiones a que se refiere la Ley de Minas y este Reglamento, terminarán por las siguientes causas:

k) Por otros supuestos no enunciados en los párrafos anteriores y que previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de Minas y este Reglamento lleven aparejada la cancelación.

El principio de confianza legítima, que rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, en un Estado social y democrático de Derecho, que proporciona un marco de actuación de los particulares caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, y cuya normatividad en nuestro ordenamiento jurídico público se reconoce en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución, no se menoscaba por la resolución administrativa de la Dirección General de Minas de declaración de cancelación del expediente de solicitud del permiso de investigación al limitarse la autoridad administrativa a aplicar una causa de perención del procedimiento por un hecho imputable al interesado, tipificada en el artículo 48.4 de la Ley de Minas, que se justifica en el deber del solicitante de prestar fianza para asegurar la viabilidad del programa de financiación.

La invocación del artículo 76 de la Ley procedimental común, que establece en su apartado primero que los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto, y en su apartado tercero que a los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo, carece de fundamento para justificar la pretensión casacional.

Esta norma procedimental resulta inaplicable en este supuesto, porque la legislación de Minas, como se ha expuesto anteriormente, contiene un régimen jurídico específico acerca de la tramitación de los procedimientos que impide la rehabilitación del plazo de presentación del aval en tiempo y forma al sancionar este incumplimiento imputable al solicitante con la declaración de terminación del expediente, sin que las dilaciones padecidas por la Dirección General de Minas en la tramitación del procedimiento puedan enervar esta conclusión jurídica.”

No obstante esta jurisprudencia debe tenerse muy presente el valor de la LPAC. En este sentido es de cita obligada por contraria a lo anteriormente manifestado la Sentencia núm. 409/2013 de 20 marzo JUR 2013\139524, si bien no del TSJ sino del TSJ Andalucía:

“En consecuencia, la única razón de la denegación es la insuficiencia de la documentación presentada. Y siendo esa insuficiencia de la documentación aportada la única razón apreciada, procedía conceder al interesado posibilidad de subsanar esa deficiencia en aplicación del art. 71 LRJPAC y del principio antiformalista y de servicio al ciudadano que ha de inspirar el procedimiento administrativo. O al menos ofrecerle el trámite de audiencia previo a la resolución que imponen los arts. 84 LRJPAC y 52.1 LMi (referido al procedimiento para la concesión del permiso inicial, pero sin que exista razón para no aplicarlo al de su prórroga), en la medida en que en la resolución sí se tomaban en cuenta alegaciones distintas a las efectuadas por el interesado (las del IGME).

Es una solución conforme con la jurisprudencia del TS, que se ha mostrado permisiva con la posibilidad de subsanar solicitudes incluso en procedimiento de concurrencia competitiva (por todas, SSTs de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1184), recurso de casación 694/2012, y 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1515), recurso de casación 1035/2012), por lo que no hay razón para no admitirlo en un procedimiento como este en el que no se causan perjuicios a ningún otro interesado ni puede alegarse un incumplimiento formal de las bases de una convocatoria. Y es asimismo coherente con la jurisprudencia de esta Sala, tal y como resulta de la sentencia citada por el recurrente (sentencia de 29 de mayo de 1995 (RJCA 1995, 477), rec. 7774/1993), en la que razonamos lo siguiente:

“Recordemos que la resolución recurrida denegó tal pretensión por no acompañar a la petición la documentación técnica a que hace referencia el art. 64.2 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, entendiendo en el debate procesal la Administración demandada que no es viable en el caso de efectuar al peticionario requerimiento alguno que pudiera ampararse en el art. 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por ser de preferente aplicación la legislación de minas, que no opta por tal trámite y por disponer el artículo 105.1.a) del Reglamento que los expedientes que se tramiten para el otorgamiento de permisos de investigación terminarán por no solicitarse en la forma reglamentaria -que en el presente caso exigía la presentación de la referida documentación prevista en el art. 64.2- sin perjuicio de añadir que tal trámite era suficientemente conocido al recurrente.

Tal planteamiento, sin embargo, no puede compartirse. Ha de dejarse al margen el conocimiento de la normativa que se pueda presumir a los interesados, y centrar la cuestión estrictamente en el ámbito normativo y, así, debe insistirse nuevamente en que, a falta de expresa exclusión por la sectorial legislación minera de un trámite previsto en la de procedimiento administrativo común, como es el caso, éste resulta aplicable por el principio de supletoriedad recogido en el art. 114 de la Ley de Minas. Por lo tanto, la alusión del artículo 71 al objeto de que se requiera a quien inicie un expediente para que, en un plazo de diez días acompañe los documentos preceptivos, con apercibimiento en otro caso de archivo sin más trámite, encuentra en el caso plena aplicación, que se corrobora si se repara en que el propio artículo 105.1.a) del Reglamento General para el Régimen de la Minería, prevé la terminación de los expedientes en cuestión no sólo cuando no se soliciten en la forma reglamentaria, sino también cuando adoleciendo de un defecto subsanable, no sea rectificado en el plazo de diez días desde que el peticionario fuese requerido para ello.”

2. La cuestión relativa a la indemnizabilidad de estas declaraciones de caducidad

La caducidad del permiso de investigación no conlleva en la indemnización expropiatoria el resarcimiento de los frutos según doctrina reiterada del TS. Podemos citar la STS de 2 diciembre 2008 RJ 2008\6018.

La sentencia de instancia del TSJ de Andalucía señaló que no es cierto que la privación del permiso de investigación lleve, per se y en este momento procedimental, implícito el abono de los frutos de la previsible concesión de forma automática, razonando al efecto según los preceptos de la legislación minera que cita, y concluyendo que *“en definitiva, y como dijo la STS de 29 de abril de 1988 (RJ 1988, 3435), doctrina reiterada en la de 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9057), el titular de un permiso de investigación de recursos minerales de la sección C ostenta el derecho a ser incluido en calidad de afectado en un procedimiento de expropiación, pues la titularidad de un permiso de investigación es constitutiva de verdaderos derechos subjetivos, “siendo así que tales permisos, por su propia naturaleza y finalidad no facultan para comenzar la explotación de los minerales a que se refieren”. Que debemos interpretar en el sentido de incluir como expropiable el permiso, que habrá que justipreciar, pero no el lucro cesante por una explotación concreta de minerales, que no está iniciada y que tampoco se deriva, per se y automáticamente, de la existencia del permiso.”*

En el F.J Quinto de la citada Sentencia 2 de diciembre de 2008 el TS afirma:

“la Sección Tercera del Capítulo IV de la Ley de 1973, regula las concesiones derivadas de permisos de investigación, señalando el art. 67 que: “Tan pronto como la investigación demuestre de modo suficiente la existencia de un recurso o recursos de la sección C), y dentro siempre del plazo de vigencia del permiso de investigación, su titular podrá solicitar la concesión de explotación sobre la totalidad o parte del terreno comprendido en el perímetro de investigación”, poniendo de manifiesto con toda claridad que la concesión no se produce de forma automática como consecuencia de la titularidad del permiso de investigación, siendo preciso formular la oportuna solicitud al respecto, concurriendo los requisitos señalados en dicho precepto y con las formalidades y documentos establecidos en el art. 68, solicitud que puede ser denegada y sólo en el caso de que la denegación se deba a que no se haya puesto de manifiesto la existencia de recursos, podrá continuarse la investigación hasta agotar los plazos del permiso correspondiente (art. 69). De manera que no puede mantenerse el criterio de una concesión de explotación automática y necesaria por el hecho de haber sido titular de previo permiso de investigación y, en todo caso, será el título concesional el que determine los recursos mineros objeto de la concesión (...).”

“En estas circunstancias es claro que el derecho minero afectado por la expropiación consistía únicamente en el permiso de investigación en cuestión, sin que el interesado adquiriera la titularidad de concesión de explotación hasta un momento posterior de la relación de bienes y derechos afectados e incluso fijación del justiprecio de común acuerdo de los terrenos sobre los que se proyectaban tales de-

rechos mineros, por lo que no puede ser objeto de valoración en la fijación del justiprecio, sin que ello suponga infracción del art. 36 LEF que se denuncia en este motivo, pues la cuestión no es el momento al que debe referirse la valoración de los bienes y derechos afectados por la expropiación, que no es otro que el inicio del expediente de justiprecio y que aquí se ha respetado, sino cuales son los bienes afectados por la expropiación que han de valorarse y que vienen determinados por el momento de inicio de la expropiación y el trámite correspondiente (relación de bienes y derechos) que en este caso se ha determinado, incluso, por resolución judicial, a cuya ejecución responde la actuación del Jurado Provincial de Expropiación” (F.J. Sexto).

Es por tanto doctrina reiterada que el titular de un permiso de investigación de recursos minerales de la sección C ostenta el derecho a ser incluido en calidad de afectado en un procedimiento de expropiación, pues la titularidad de un permiso de investigación es constitutiva de verdaderos derechos subjetivos, “siendo así que tales permisos, por su propia naturaleza y finalidad no facultan para comenzar la explotación de los minerales a que se refieren”. Debe incluirse como expropiable el permiso, que habrá que justipreciar, pero no el lucro cesante por una explotación concreta de minerales, que no está iniciada y que tampoco se deriva, per se y automáticamente, de la existencia del permiso. En este sentido pueden citarse STS de 29 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 348510), STSJ de Andalucía Málaga 31 de marzo de 2004 (JUR 2004, 163179) y STSJ de Galicia 1081/2010, de 9 de noviembre (JUR 2011/ 51947).

3. Otras cuestiones procedimentales

Aun omitiendo en este trabajo- como ya se ha adelantado- el análisis específico de cada permiso, es de utilidad exponer algunas cuestiones procedimentales adicionales a afrontar en el examen de estas autorizaciones.

a) El procedimiento relativo a los permisos de investigación de la legislación minera cuentan con la especialidad de diferenciar entre el trámite de presentación de la solicitud (art. 66.1 RMi) y la admisión definitiva de la solicitud tras el examen de la documentación presentada (art. 70.1 RMi). Conviene analizar esta cuestión que puede dar lugar a un problema de encaje de normas de procedimiento (en este caso concreto y en otros que puedan presentarse dado la tardanza excesiva en la tramitación de estos procedimientos). A efectos del plazo máximo de resolución del procedimiento de otorgamiento de los permisos de investigación el art.71.5 RMi establece que el plazo de tramitación del procedimiento de otorgamiento del permiso de investigación es de 6 meses contados a partir de la admisión definitiva. Se trata pues de una especialidad respecto al régimen de la Ley 30/1992, de 25 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común que con carácter general contempla, en el art. 42.3.b, que el *dies a quo* en los

procedimientos iniciados a instancia del interesado es aquel en el que la solicitud tenga entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. En definitiva, según la legislación especial de minas, el procedimiento de otorgamiento del permiso de investigación se inicia propiamente dicho con lo que denomina la admisión definitiva (art. 70.1 RMi), que tiene lugar una vez presentada la documentación y cumplidos los trámites conforme a lo establecido en el art. 66 RMi, en un plazo máximo de ocho días, desde la presentación de la solicitud. En cambio, en la LPAC no se regula una admisión definitiva de solicitudes. Esto nos llevaría a la conclusión de que, para algunos efectos, el inicio de este procedimiento es la admisión definitiva (señaladamente plazo máximo para resolver) y para los otros efectos procedimentales la iniciación es la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

Entendemos que el procedimiento a los solos efectos del cómputo del plazo máximo para resolver se inicia con la admisión definitiva, pero a efectos de determinar la legislación aplicable ha de estarse a la regla común, no exceptuada por la legislación minera, que es, insistimos la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

b) Según el art. 71.5 RMi el expediente de un permiso de investigación deberá ser resuelto en el plazo máximo de seis meses, a contar de la fecha en que se declare definitivamente admitida la solicitud, con arreglo al art. 70 de este Reglamento. En este plazo no se contará el tiempo que pudiera transcurrir entre los envíos de los anuncios reglamentarios a los «Boletines Oficiales» y su publicación en los mismos.

c) La admisión definitiva de la solicitud no es su otorgamiento. El problema es el silencio o inactividad en el que incurra la Administración. La cuestión a dilucidar es qué consecuencias se anudan a la inactividad imputable a la Administración, en particular, si se ha producido el silencio administrativo en aplicación del art. 71.5 RMi. Silencio que, en todo caso en aplicación del art. 43.1 LPAC tendría carácter necesariamente desestimatorio por tener como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público. A la misma solución se llega si se consideran las razones medioambientales claramente implicadas en este sector de la actividad, razones que la jurisprudencia comunitaria considera como "*razones imperiosas de interés general*" que justifican el mantenimiento del silencio negativo. Silencio negativo que a la propia empresa no le conviene invocar.

d) Hay que diferenciar entre la cancelación como terminación anormal de los procedimientos o expedientes en tramitación de los permisos de investigación, cuyas causas se regulan en el art. 105 RMi, de la caducidad de los derechos mineros.

Por definición, la caducidad a la que se refiere el art. 108 RMi sólo se aplica una vez otorgados los derechos mineros. Al no regular la legislación minera la revocación o rescate por razones de interés general, procede la cancelación-expropiación del derecho al procedimiento con indemnización de los gastos en que se haya incurrido.

III. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONCURSO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN EN EL PROYECTO DE REAPERTURA DE LA MINA DE AZNALCÓLLAR; ANÁLISIS DE LA RESERVA DEMANIAL MINERA Y DE LA DECLARACIÓN DE NO REGISTRABILIDAD DE LOS RECURSOS

El sistema que prevé la Ley preconstitucional de Minas con relación a la adjudicación de los permisos mineros, y más en concreto, a la concesión de explotación que es el título habilitante para la explotación de los recursos de la Sección C, es la adjudicación directa basada en la preferencia de los titulares previos de permisos de investigación.

Pese a ello, consideramos que, para la mejor garantía de los intereses generales implicados, el procedimiento de adjudicación debía de ser el concurso público basado en los principios que le son propios según dispone el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público en su art. 1.1: la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Dado que la Ley de Minas no prevé tal posibilidad, examinamos los instrumentos jurídicos que pudieran permitir articular jurídicamente el concurso público en el marco de la propia Ley de Minas de 1973. La solución consideramos puede encontrarse a través de la reserva demanial minera.

A. LA RESERVA DEMANIAL

1. La reserva demanial minera

El levantamiento de una reserva (art. 7 LMi) es un supuesto en el que la LMi prevé, de manera expresa y sin ambages, el concurso como forma de otorgamiento de la concesión de la explotación de los recursos. De ahí que sea preciso estudiar como primera opción si la Comunidad Autónoma de Andalucía puede ejercer la potestad de reserva que se reconoce al Estado en el art. 7 LMi y art. 9 RMi.

En efecto, la LMi en el art. 7 establece:

“El Estado podrá reservarse zonas de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en las que el aprovechamiento de uno o varios yacimientos minerales y demás recursos geológicos pueda tener especial interés para el desarrollo económico y social o para la defensa nacional”.

Previamente la LMi, norma preconstitucional no adaptada al Estado autonómico proclamado en la CE 1978, declara los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos bienes de dominio público estatal. Así dispone el art. 2.1:

“Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso”.

Por su parte, el art. 9 RMi proclama:

“El Estado podrá establecer zonas de reserva de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en las que el aprovechamiento de uno o varios yacimientos minerales y demás recursos geológicos de las Secciones A), B), o C) pueda tener especial interés para el desarrollo económico y social y para la defensa nacional, en la forma y condiciones que se establecen en el presente capítulo.

El establecimiento de una zona de reserva implicará la declaración de interés nacional para el recurso o recursos objeto de la misma”.

Según el Art. 53 LMi:

“1. El otorgamiento de permisos de investigación sobre los terrenos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 39, se resolverá por concurso público, cuyas condiciones, plazos y requisitos se establecerán en el Reglamento de esta Ley. La documentación será, como mínimo, la señalada en el artículo 47 de la presente Ley.

2. Entre las ofertas recibidas se elegirá la que ofrezca las mejores condiciones científicas y técnicas y las mayores ventajas económicas y sociales.

3. En ningún caso podrá declararse desierto el concurso si se hubiera presentado alguna oferta conforme a las normas establecidas en la convocatoria”.

El art. 39 de la LMi declara:

1. Se considerará que un terreno es registrable si, además de ser franco, tiene la extensión mínima exigible.

2. El levantamiento de la reserva o la caducidad del permiso de exploración, del permiso de investigación o de la concesión de explotación no otorgará al terreno el carácter de registrable hasta que tenga lugar el concurso a que se refiere el artículo 53.

3. Sin perjuicio de todo lo anterior, el Gobierno podrá declarar no registrables zonas determinadas por razones de interés público, a propuesta conjunta del Departamento o Departamentos ministeriales interesados y del de Industria, previo informe de la Organización Sindical.

2.- La regulación vigente desconoce un nuevo reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

La regulación vigente desconoce el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, está desfasada desde el punto de vista organizativo y no responde a las necesidades de planificación estratégica del sector, ni ofrece un marco de intervención administrativa ágil y moderno.

Esta cuestión, que adolece de profundidad doctrinal, al tiempo que tiene importantes consecuencias prácticas, ha de resolverse teniendo en cuenta las prescripciones del Texto constitucional.

Además, la cuestión planteada no sólo ha de resolverse teniendo en cuenta los preceptos relativos al reparto de competencias, sino también el art. 132.2 CE relativo al dominio público natural, así como el art. 128.2 segundo inciso CE que regula la potestad de reserva de recursos y servicios esenciales por razones de interés general.

Podría pensarse que la palabra Estado que emplea la Ley preconstitucional y el RMi dictado en su desarrollo, al tener que acomodarse a la CE podría reconocer la potestad de reserva tanto al Estado como a las CCAA en el ejercicio de sus propias competencias en materia de minas.

Según BARCELONA LLOP³ el art. 132CE no prejuzga en nada el régimen jurídico de aquél, pero sí que amén de instaurar una reserva de ley, constitucionaliza las características más notables del régimen jurídico exorbitantes al que el dominio público está sometido en función del tipo de bienes.

En definitiva una concepción funcional: asegurar el cumplimiento de los fines que tiene que satisfacer, sin prejuzgar si el dominio público es o no objeto de propiedad. Para el TC (STC 227/1988) lo decisivo son los fines a los que sirve, la satisfacción de las necesidades colectivas primarias a las que el mismo se endereza.

La figura de la reserva demanial (o “dominial”, según otra terminología) se ha ido fraguando en nuestro ordenamiento jurídico precisamente en el ámbito del derecho minero, habiéndose expandido a otros ámbitos del dominio público y, particularmente, al ámbito de las costas y de las aguas continentales. Así, hoy encontramos referencias expresas a esta figura en varias disposiciones con rango de Ley, tales como el Texto Refundido de la Ley de Aguas, la Ley de Costas, la Ley de Puertos y la Ley de Minas.

3.- Reserva demanial y reserva de recursos esenciales

Es preciso tener en cuenta que la potestad de reserva que regula la legislación minera enlaza directamente con el art 128.2 CE; es decir, la potestad de reserva de recursos esenciales por razones de interés general y mediante ley. En el caso de los recursos mineros y demás recursos geológicos dicha potestad se superpone sobre la declaración demanial que realiza la LMi al proclamar que tales recurso son dominio público del Estado.

La reserva minera opera sobre bienes que ya tienen la condición de bienes de dominio público. En este sentido difiere de la reserva al sector público prevista en el art. 128.2CE. El art. 128.2 opera para excluir recursos o servicios de la iniciativa privada y del mercado. Provoca la adquisición de la titularidad pública de un recurso o servicio que antes era de libre iniciativa privada. Por el contrario, la reserva demanial opera sobre un recurso que ya es de titularidad pública, dominio público. Por ello, el concepto de reserva se refiere más a la actividad de gestión y explotación de tales recursos que a su titularidad en cuanto que ésta ya es pública.

³ *La utilización de los bienes por la Administración: las reservas dominiales*, Aranzadi, Pamplona 1996 p. 132.

De ahí que las reservas demaniales no guarden relación con el art. 128.2CE.

Respecto del art. 128.2CE la jurisprudencia ha avalado tanto la gestión directa como indirecta. La eficacia del art. 128.2CE se ciñe a la extracción del mercado de actividades y recursos que antes eran de libre iniciativa privada. La fórmula directa o indirecta de gestión es indiferente con tal de que la fórmula escogida sea adecuada al cumplimiento del fin que justifica la reserva (STC 127/1994; 189/1991).

El punto en común entre las reservas demaniales y el art. 128.2CE es que unas y otras pueden ser explotadas a través de técnicas indirectas. Así según la STC 111/1983, de 2 de diciembre, si con las reservas previstas en el art. 128.2CE se opera “una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios”, es obvio que las demaniales no producen semejante efecto, dado que actúan sobre recursos que ya son públicos y que, por tanto, no necesitan ser extraídos del mercado. Actúan sobre un conjunto de pertenencias que responden al concepto de dominio público y éste, recuerda el célebre FJ 14 de la STC 227/1988, supone en realidad una “técnica dirigida primordialmente a excluir el bien del tráfico jurídico privado”, por lo que dicha exclusión ya ha tenido lugar previamente al establecimiento de la reserva dominial; esta no tiene por objeto provocarla; sí lo tienen las reservas del art. 128.2CE.

Esta conclusión es coherente con el significado institucional de las reservas demaniales en cuanto técnica específica de utilización del dominio público. Las reservas demaniales no inciden sobre el mercado porque actúan sobre un bien que está fuera de él; no traslucen una decisión legislativa directamente incidente sobre el orden económico porque ésta se habrá producido ya antes con la publicatio del bien o recurso.

Y por lo que hace al tema indemnizatorio, las reservas del art. 128.2CE derivadas del cese, reducción o sustracción de actividades, derechos o intereses privados da lugar a exigencias indemnizatorias. De la misma manera, el establecimiento o constitución de una reserva dominial podría dar lugar a indemnización de los antiguos ocupantes o usuarios del dominio público en ciertas ocasiones. Pero ello no hace que la posición jurídica del titular del derecho a indemnización sea la misma en el caso del 128.2CE que en la reserva demanial. En el primer caso, estamos ante una indemnización de derechos que hasta la declaración de reserva del art. 128.2CE circulaban dentro del mercado, mientras que la reserva demanial, implica la eliminación de derechos existentes sobre bienes o recurso situados *extra commercium*.

4.- Reservas demaniales y distribución de competencias

Hay que distinguir entre titularidad de los bienes demaniales y el ejercicio de competencias sobre los mismos. Distinción de gran calado porque sobre este asunto incide el régimen de distribución de competencias (STS 28 de octubre de 1986 RAJ 1633 y 17 marzo de 1980 RJ2021 29 de enero de 1993 (RJ 71). Cuando se trata de bienes de titularidad estatal como las minas, todo se reconduce al ejercicio de las competencias sobre la gestión de aquéllos. Todos los bienes sobre los que el ordenamiento jurídico prevé específicamente el establecimiento de reservas dominiales son de titularidad estatal, pero esa titularidad estatal en absoluto predetermina el ejercicio de las competencias sobre los bienes porque en este punto los títulos competenciales se pueden entrecruzar, como de hecho lo hacen (STC 77/1984). El concepto de dominio público no es un criterio utilizado en CE ni en los Estatutos de Autonomía para delimitar competencias, sino para calificar una categoría de bienes; no para aislar una porción del territorio de su entorno, y considerarlo como zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostentan. Se trata de una concurrencia obligada a la vista de la distribución de competencias. Esto sucede en materia de minas en que se reconoce a las Autonomías competencias de desarrollo legislativo y ejecución del régimen minero y energético. De esta manera, el dominio público estatal puede ser objeto de reservas demaniales porque no sólo el Estado tiene competencias, sino también las CCAA.

Así pues, establecidas las diferencias entre la reserva demanial y la potestad del art. 128.2 CE es lógico que la reserva demanial tenga como acto formal de establecimiento el acto administrativo porque ha de tener, en virtud del 132.1CE, un engrace en una ley reguladora del bien o recurso del que se trate.

5.- Modus operandi en relación con las reservas dominiales: competencias

En la legislación minera el establecimiento de reservas tiene la condición de actos de aplicación de un sector del ordenamiento en el que se disciplina minuciosamente, ante el ejercicio de la potestad de establecer la reserva dominial: sustancias para las que su investigación o explotación se reserven, definición de perímetros, indicando sus vértices en grados sexagesimales y traduciéndolos en una determinada superficie expresada en cuadrículas mineras; alusión a los derechos preexistentes etc.

El art. 7 LMi reconoce un amplio margen de maniobra a la Administración en orden a la adopción de la decisión de reserva de especial interés para el desarrollo económico y social o la defensa nacional. La decisión sobre el establecimiento de la

reserva es discrecional como ha afirmado la doctrina⁴, pues existiendo dicho interés la Administración puede constituir o no la reserva. Por lo demás, la corrección jurídica de la opción a favor de la reserva dominial para el cumplimiento de uno de los fines de competencia autonómica deberá ser medida poniendo éstos en conexión con el resultado de la reserva.

Respecto a los usos o aprovechamientos preexistentes a la reserva, la LMi en el art. 10 dispone:

“La reserva de zonas a favor del Estado no limitará los derechos adquiridos, previamente a la inscripción de las propuestas de aquélla, por los solicitantes o titulares de permisos de exploración, permisos de investigación o concesiones directas o derivadas de explotación de recursos de la Sección C), y de autorizaciones de aprovechamiento de recursos de las Secciones A) y B), sin perjuicio de lo que determinan los artículos 12, 58 y 62 de esta Ley”.

Por tanto, la ley parece ser muy estricta con la preservación de los derechos preexistentes en su condición de límite al establecimiento de una actividad dominial.

Según el art. 9.1 LMi el Estado *adquiere el derecho de prioridad sobre los terrenos francos que la propuesta comprende*, por lo que si hay una solicitud u otorgamiento de permiso de exploración, investigación o una concesión, el terreno deja de ser franco (art. 38.1 LMi) y el Estado pierde el derecho de prioridad con la consecuencia de la no limitación de los derechos preexistentes. Eso respecto a los recursos de la Sección C que son los que interesan. El art. 10.2 LMi remite al art. 12.1: “El Estado o la Entidad a que se hubiere encomendado cualquiera de las fases del artículo anterior podrá efectuarla dentro de las áreas correspondientes a las solicitudes o títulos de permisos y concesiones preexistentes a que se refiere el artículo 10, siempre que su desarrollo no entorpezca las labores de sus titulares. Caso de presentarse colisión entre las partes interesadas, se resolverá de conformidad a lo dispuesto en los artículos 58 y 73 de esta Ley, según que, respectivamente, se trate de permisos de investigación o concesiones de explotación”.

Asimismo, hay que tener en cuenta el art. 58 LMi en sede de permisos de investigación.

⁴ Guaita Martorell, A. *Derecho Administrativo. Aguas Montes Minas*, Civitas, Madrid 1986 2ª edic. p. 331; Arcenegui, E. *El demanio minero. Régimen jurídico-administrativo de las minas, los hidrocarburos y los minerales radioactivos*, Civitas, Madrid 1979, p. 156, entre otros.

Pese a estos preceptos, ningún obstáculo se opone a que la Administración acuda al procedimiento expropiatorio para eliminar los derechos preexistentes en caso de convenir a la mejor efectividad de una reserva dominial. La LMi no contempla el rescate entre las causas de extinción de los derechos mineros, pero un principio que recorre toda su estructura es el de la prevalencia de los aprovechamientos de mayor interés público en caso de incompatibilidad, con indemnización al titular del aprovechamiento que sucumbe. Y es claro que la preexistencia de aprovechamientos puede chocar frontalmente con el interés público justificativo de la declaración de una zona de reserva, interés que quedaría enervado en caso de mantener a ultranza el respeto a los derechos preexistentes proclamado en el art. 10LMi.

El obstáculo de los derechos adquiridos es más formal que real. Ciertamente que la reserva no está en condiciones por sí misma de eliminarlos, pero la potestad expropiatoria no conoce otros límites objetivos que las titularidades insusceptibles de conversión patrimonial imperativa. Pero conviene advertir que el ejercicio de la potestad expropiatoria debe tener lugar antes de la constitución de la reserva dominial puesto que ésta sólo procede sobre terrenos francos. Obligado será liberar previamente el terreno de los usos preexistentes que puedan ser incompatibles con la reserva que se pretenda constituir. Hay que declarar la oportuna causa expropiatoria e iniciar el correspondiente procedimiento.

Por tanto, si los aprovechamientos preexistentes obstaculizan el establecimiento de la reserva, como es el caso, nada obsta a que puedan ser eliminados antes de proceder a él conforme a las reglas comunes del procedimiento expropiatorio. Expropiados los títulos, el terreno sobre el que la reserva se pretende constituir es franco por no existir sobre él, conforme al art. 38.1 LMi permisos de exploración, investigación o títulos concesionales otorgados o en tramitación.

¿Qué aporta pues la potestad de reserva que regulan la LMi y su Reglamento?

En puridad consiste en la opción de que un recurso que es de titularidad del Estado éste se reserve la decisión sobre su gestión: es decir, régimen de exploración, investigación y en su caso explotación, excluyendo de la libre iniciativa privada la exploración, investigación y explotación, pudiendo el Estado optar por alguna de las formas de gestión directa, o bien mediante concurso contratar con un tercero. En definitiva, dejar en manos del Estado bien la gestión por el Estado o bien, por razones de interés general, convocar un concurso para adjudicar dichas actividades a un tercero contratista, neutralizando el viejo principio de la preferencia en la mera solicitud. En definitiva, la reserva más que una utilización directa de los bienes de dominio público, consiste en la potestad de la Administración para decidir el procedimiento de adjudicación, mediante concurso público, de los aprovechamientos mineros que no estén siendo investigados o explotados ya por los particulares.

Entre la doctrina más reciente⁵, hay una corriente que considera que la reserva que regula la LMi no se justifica por el hecho de que el Estado sea propietario de los yacimientos, sino que es una técnica de intervención cuyo alcance y requisitos establecerá quien tenga la competencia para fijar las bases del régimen minero. Desde esta nueva perspectiva no se encuentra inconvenientes para que las Comunidades Autónomas puedan declarar zonas de reservas mineras en su territorio, si así lo estableciera la legislación básica del régimen minero, en la línea que ha introducido ya la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSHi).

Frente a la precedente Ley preconstitucional 21/1974, de 27 de junio, sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos, por cierto muy próxima en el tiempo a la Ley de Minas 22/197, de 21 de julio, la Exposición de Motivos de la LSHi considera como una de sus finalidades básicas: “Las principales novedades que la presente Ley contiene son su adecuación al ordenamiento constitucional, la supresión de la reserva en favor del Estado, Mientras que la adecuación constitucional es una necesidad que se explica por sí misma, la supresión de la reserva en favor del Estado responde a la necesidad de configurar tal Estado como regulador y no como ejecutor de unas determinadas actividades industriales. Ello no es óbice para que, si el Estado lo considera oportuno, pueda promover la investigación de un área concreta a través de la convocatoria de los correspondientes concursos....”.

«En primer lugar, la supresión de la reserva no ha afectado a la declaración de los yacimientos de hidrocarburos como bienes de dominio público, que se reconoce formalmente «a los efectos del artículo 132.2 de la Constitución». Tampoco al mantenimiento del sistema autorizatorio para las actividades de exploración, investigación y explotación de los recursos de hidrocarburos. Sencillamente, se ha eliminado la potestad del Estado para asumir directamente el ejercicio de las actividades extractivas.

Ahora bien, la LSHi permite que pueda promoverse «la exploración e investigación de un área concreta a través de la convocatoria de los correspondientes concursos», posibilidad que se resume en la facultad que la ley atribuye al Estado o las Comunidades Autónomas de «abrir concurso sobre determinadas áreas no concedidas ni en tramitación mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado o en

⁵ Moreu Carbonell, E. *Minas: régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch 2001; y “Minas, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente”, en *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, López Ramón F. y Escartín Escudé V. coords. Marcial Pons Madrid-Barcelona, 2013.

el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma». La nueva regulación permite concluir que la anunciada supresión de la reserva del Estado afecta tan sólo a la gestión directa de las actividades extractivas, pero no a la posibilidad de promover concursos públicos en áreas no concedidas.

6.- ¿Son viables las reservas demaniales autonómicas?

Para MOREU CARBOENLL (ob. cit) la potestad de reservar no es (no debe ser) exclusiva del Estado: “Actualizando el concepto tradicional de reserva minera, la potestad de reservar se desvincula de una supuesta titularidad estatal de los yacimientos y debe conectarse con la competencia para establecer las bases del régimen minero, lo cual no impide, sino que incluso legitima, que las Comunidades Autónomas puedan decretar zonas de reserva con el efecto de prohibir, fomentar o controlar el ejercicio de las actividades extractivas, en ejercicio de competencias propias como la ordenación del territorio o la protección del ambiente”.

Sin embargo, una Sentencia aislada STS de 17 de mayo de 2011 (RJ 4429) ha declarado que la reserva minera es una potestad cuya competencia corresponde únicamente al Estado. En el FJ Quinto el TS se pronuncia sobre la pretensión anulatoria fundada en la invasión de competencias del Principado de Asturias y a este respecto proclama de forma taxativa:

“El motivo de impugnación del Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, fundamentado en la infracción del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, en cuanto, según se aduce de forma genérica, se invaden las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de protección del medio ambiente, ordenación del territorio y del litoral, régimen minero y gestión de residuos, no puede prosperar, porque cabe apreciar que la titularidad de la competencia para la declaración de zonas de reserva de recursos mineros en favor del Estado corresponde al Consejo de Ministros, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Minas”.

En esta misma sentencia, el TS confirma en el F.J cuarto la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de esta potestad fundada en razones justificadas del interés general que han de ser motivadas, pues como cualquier actuación administrativa no puede perseguir fines no amparados en el ordenamiento jurídico:

“debe tenerse presente que el Acuerdo del Consejo de Ministros tiene por objeto el ejercicio de la facultad reconocida al Estado para reservarse zonas de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en el que el aprovechamiento de yacimientos y recursos geológicos puedan tener especial interés para el desarrollo económico y social, sin que, en el supuesto examinado, ..., se haya

demostrado que la actuación de exploración presentada por la empresa pública Hunosa, que ha sido informada favorablemente por la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, persiga fines no amparados por el ordenamiento jurídico.

Para el TS, el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se produce la declaración de reserva a favor del Estado tiene la naturaleza jurídica de acto y no constituye una disposición de carácter general:

“pues consideramos que, en razón del carácter y la naturaleza del acuerdo gubernamental recurrido, que concierne al ejercicio de potestades ejecutivas contempladas en la legislación de minas, no resulta preceptiva la consulta al Consejo de Estado” (STS 17 de mayo de 2011 RJ 4429).

Pese a cuanto antecede y a los razonamientos de la Sentencia que acabamos de examinar consideramos que es defendible una interpretación distinta que permita afirmar la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para efectuar una reserva demanial.

A nuestro juicio, discrepante por tanto de esta única Sentencia, (carente por tanto del valor propio de la Jurisprudencia) un pronunciamiento fundado sobre esta cuestión precisa ante todo valorar el carácter básico o no de la Legislación vigente sobre el Patrimonio de las Administraciones públicas, Ley 33/2003, de 3 de noviembre (LPAP) en este punto.

La respuesta a esta cuestión es clara: el art. 104 de la LPAP de conformidad con la Disposición Final Segunda de la LPAP ni tiene carácter general ni tiene carácter básico.

En nuestra opinión, es evidente que si la LPAP hubiera pretendido mantener en manos del Estado la competencia que la LMi le atribuyó (en la ausencia de Comunidades Autónomas), respecto a la competencia sobre las reservas mineras debía haber dado carácter básico al referido artículo 104. Esta interpretación es sistemática, histórica y lógica.

No hay en ella afirmación alguna que vulnere competencias estatales. No están en cuestión al admitirse la posibilidad o no de una posible reserva demanial minera autonómica “las Bases del régimen minero y energético” ni “la legislación básica sobre medio ambiente” (arts. 149.23 y 25CE) ni la ordenación general de la economía. Por el contrario, sí avalan la competencia autonómica en este asunto otros títulos recogidos en el art. 148 de la CE, como el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional (148.13CE).

Si se examina el Estatuto de Autonomía de Andalucía LO 2/2007, de 19 de marzo, el art. 49 de esta norma institucional básica indica que:

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.^a y 13.^a de la Constitución, la competencia sobre:

a) Energía y minas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.25.^a de la Constitución.

5. Corresponde a la Comunidad Autónoma, como competencia compartida, la regulación y control de las minas y de los recursos mineros, así como las actividades extractivas, y las relativas a las instalaciones radiactivas de segunda y tercera categoría.

La competencia en esta materia es pues una competencia compartida. Téngase presente además que el TC ha establecido que los arts. 38, 131 y 149.1.11.^a y 13.^a de la Constitución no son normas de reparto competencial sino principios o límites que hay que tener en cuenta por el legislador autonómico al abordar la regulación de estas materias cualquiera que sea el sujeto o ente público que las aborde (STC 186/1988).

Ninguno de estos límites propios de la competencia compartida se infringe, a nuestro juicio, con la declaración de reserva que aquí se plantea. Por el contrario, la decisión de la Comunidad Autónoma declarando la reserva está en estricto cumplimiento de lo ordenado por el artículo 148.13 CE, (el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional).

En suma, la declaración de reserva minera por la Junta de Andalucía está a nuestro juicio dentro del marco que la Constitución, la Jurisprudencia Constitucional y el propio Estatuto de Autonomía señalan como límites a la competencia autonómica en materia de minería. A todo ello se añade renuncia del Estado a considerar una cuestión básica la Declaración de Reserva demanial.

Dentro del marco territorial de Andalucía y siempre que no afecte a otras Comunidades Autónomas es factible una reserva minera declarada por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

7.- Problemas en la declaración de la reserva demanial

Si se observan los preceptos relativos a las reservas demaniales se concluye que es un procedimiento previsto en la ley para la tramitación de las reservas mineras por el Estado. Podría intentarse una redacción adaptada a las competencias autonómicas en la materia pero carecemos de una habilitación legal para ello ante la ausencia de una ley Andaluza de Minas y no parece aceptable utilizar para ello la técnica del Decreto-Ley. Tampoco está claro, desde el punto de vista de la técnica jurídica, inferir la solución por remisión a la Ley 30/92 de Procedimiento Común.

Un problema añadido deriva de la previsión del art. 8 de la LMi sobre la relación entre los distintos tipos de reserva. El art. 8 dispone:

1. La zonas de reserva podrán ser:

a) Especiales, para uno o varios recursos determinados en todo el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental.

b) Provisionales, para la exploración e investigación, en zonas o áreas definidas, de todos o alguno de sus recursos.

c) Definitivas, para la explotación de los recursos evaluados en zonas o áreas concretas de una reserva provisional.

2. Las zonas de reserva especial se declararán por un plazo máximo de cinco años, prorrogables únicamente por Ley.

3. Las zonas de reserva provisional o definitiva se establecerán por los plazos que reglamentariamente se determinen, los cuales no podrán ser superiores a los concedidos por los artículos 40, 45 y 62 de esta Ley para permisos de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación, respectivamente. No se podrá declarar definitiva una zona de reserva provisional o partes de ella sin haberse puesto de manifiesto la existencia de uno o varios recursos reservados y susceptibles de aprovechamiento racional, con arreglo a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título V. De este precepto parece exigirse la previa declaración de la reserva provisional para declarar la definitiva.

Como conclusión sobre la potestad de reserva:

-La potestad de reserva más que una utilización directa de los bienes de dominio público, consiste en la potestad de la Administración para decidir el procedimiento de adjudicación, mediante concurso público, de los aprovechamientos mineros que no estén siendo investigados o explotados ya por los particulares.

- Actualizando el concepto tradicional de reserva minera, la potestad de reservar se desvincula de una supuesta titularidad estatal de los yacimientos y debe conectarse con la competencia para establecer las bases del régimen minero, lo cual no impide, sino que incluso legitima, que las Comunidades Autónomas puedan decretar zonas de reserva con el efecto de prohibir, fomentar o controlar el ejercicio de las actividades extractivas, en ejercicio de competencias propias como la ordenación del territorio o la protección del ambiente.

- Una Sentencia aislada, la STS de 17 de mayo de 2011 (RJ 4429) ha declarado de forma inmotivada que la reserva minera es una potestad cuya competencia corresponde únicamente al Estado. Esta conclusión viene contradicha por el examen de la legislación del Patrimonio.

B. SOLUCION ALTERNATIVA A LA RESERVA: LA DECLARACION POR PARTE DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA NO REGISTRABILIDAD DE LOS RECURSOS MINEROS CORRESPONDIENTES A LA MINA DE AZNALCÓLLAR, TERRENOS PREVIAMENTE DECLARADOS FRANCOS POR LA PREVIA EXPROPIACION DE LOS PERMISOS EN TRAMITACIÓN PARA LA ADJUDICACIÓN, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA PÚBLICA DE UNA CONCESSION DEMANIAL

1.- Declaración de no registrabilidad: naturaleza y función

Partimos de mantener que la declaración de no registrabilidad del art. 39.3 LMi constituye una modalidad de reserva. La cuestión a dilucidar es si la Comunidad Autónoma de Andalucía puede ejercer esta potestad.

Es preciso examinar si la Comunidad Autónoma tiene competencia para ejercer la potestad de declaración de no registrabilidad que se prevé en el art. 39.3 LMi y que tiene como efecto práctico inmediato la prohibición de nuevas actividades extractivas en el territorio afectado (no tiene pues, carácter retroactivo).

2.- Competencia autonómica para ejercer la potestad de declaración de no registrabilidad

El art. 39.3 LMi dispone:

“Sin perjuicio de todo lo anterior, el Gobierno podrá declarar no registrables zonas determinadas por razones de interés público, a propuesta conjunta del Departa-

mento o Departamentos ministeriales interesados y del de Industria, previo informe de la Organización Sindical”.

La posibilidad de una declaración de no registrabilidad por la Comunidad Autónoma tiene un apoyo unánime en la doctrina y la jurisprudencia. Esta tesis, está plenamente confirmada por la jurisprudencia.

En este sentido, debe comenzar por citarse la más reciente y exhaustiva STS de 10 marzo 2009 (RJ 2009\1590). La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid por el que se declara “no registrables” a los efectos de la vigente Ley de Minas, determinada zona que se identifica como “comarca de Campo Real”.

“Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con apoyo en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes, y que pueden resumirse así: a) inexistencia de interés público alguno acreditado y especialmente interés público que pueda afectar al demanio minero, faltando toda acreditación de ese interés; b) no existe la aprobación de un Proyecto de Obra Pública, ni siquiera iniciado, en la forma prevenida en la legislación de Obras Públicas y de los Aeropuertos, sin que a estos efectos valga un pre-estudio informal, muy sucinto y reducido, sin planos ni mediciones ni estudios necesarios en una obra de tal envergadura, ni plano oficial que determine con la mínima precisión exigible la demarcación del área afectada; c) invoca desviación de poder al utilizarse el art. 39.3 LMi para cualquier obra pública, ajena al demanio minero con el fin de rebajar los precios de las expropiaciones necesarias para la misma.

El TS en el exhaustivo F.J Segundo proclama:

“Ya esta Sala, en su sentencia de 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 6017), desestimó la casación que se había interpuesto contra sentencia del Tribunal Superior de Madrid desestimatoria del recurso deducido contra el mismo acuerdo que ahora es impugnado. De dicha sentencia se pueden extraer los siguientes párrafos que van a servir que en el presente caso se llegue a igual conclusión que la que allí se obtuvo:

“Lleva razón la Sala sentenciadora pues la Administración autonómica no está ejercitando las competencias en materia aeroportuaria que mencionan los recurrentes, sino exclusivamente la competencias en materia minera previstas en el artículo 39 de la Ley 22/1973. La declaración de no registrabilidad que correspondía al “Gobierno” según su redacción original, debe entenderse atribuida a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas cuando hayan asumido las competencias correspondientes, como es el caso.

[...] Insistimos en que el Consejo de Gobierno -cuyos acuerdos de este género son meros actos administrativos- ostenta competencias para declarar irregistrables los terrenos en determinadas zonas de su territorio, por motivos de interés público. Nada impide que en la apreciación de este interés público tenga en cuenta las previsiones, proyectos o programas de actuación futura que la Administración del Estado (o la propia Administración Autonómica, en su caso) haya hecho, sobre la base de sus propias competencias, respecto de unos determinados terrenos o zonas afectadas.

[...] La diversidad de situaciones jurídicas contemplada en el acuerdo incluye matices propios según se trate de concesiones preexistentes o de meras autorizaciones y en el primer caso según las obras resulten compatibles o no con el estudio del nuevo aeropuerto; respecto de “las autorizaciones administrativas previstas en la Ley 22/1973 y no otorgadas” se decreta tan sólo su suspensión hasta el 31 de diciembre de 2003. Tal diversidad de supuestos distintos y de respuestas jurídicas singulares no permite declarar, sin más, que el tratamiento diferenciado que acoge el Acuerdo objeto de litigio vulnera el principio de igualdad”.

(...)

Pues bien, con base en estos antecedentes, debe considerarse que el estudio del artículo 39.3 de la Ley de Minas no permite obtener otra conclusión que la efectuada por el Tribunal de instancia. En efecto, dicho precepto confiere al Gobierno la potestad de “declarar no registrables zonas determinadas por razones de interés público”, lo que implica que ese interés, al no concretarse en un determinado sentido, debe extenderse a cualquiera que sea el sector implicado, no sólo minero, sino cualquier otro del amplio elenco de bienes y servicios que comporta la actividad prestacional de la Administración. No otra cosa puede entenderse, cuando el propio precepto expresa que la anterior declaración del Gobierno de bienes “no registrales”, se adopta a propuesta conjunta del Departamento o Departamentos ministeriales interesados, no sólo el de Industria, lo que implica que abarca a todos los sectores cuya gestión corresponde a los diferentes Ministerios.

No es necesario que ese interés esté plasmado en un Plan o Proyecto aprobado, pues cabe que el presupuesto fáctico determinante de la medida lo sea con base en previsiones futuras, que tengan una base suficiente de efectividad, lo que en el presente caso se recoge en el propio acuerdo, en el que se expresa que “Dentro de los programas de grandes infraestructuras del Estado Español destaca el proyecto de construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional de Madrid. Recientemente se han iniciado los estudios de viabilidad del citado proyecto,...”, y que fue corroborado por los documentos que figuran en el expediente, a través de los cuales se avanza un estudio del proyecto (...).

Se dan, por tanto, los presupuestos fácticos determinantes de la aplicación de la norma, sin que se aprecie desviación de poder, pues la potestad administrativa se ha ejercitado para el fin perseguido en la norma, evitando las futuras consecuencias que pudieran derivarse de derechos mineros obtenidos o que en el futuro pudieran otorgarse, con grave detrimento para el uso de los terrenos afectados por los objetivos que se pretenden alcanzar, que incluso pudieran dilatar la pronta ejecución del mismo”.

Más recientemente, se ha pronunciado de manera amplia sobre la cuestión competencial para el ejercicio de la potestad regulada en el art. 39.3 LMi la STSJ de Baleares 713/2012 de 29 de octubre (RJCA 2012/754). La singularidad del asunto enjuiciado es que por Ley del Parlamento Balear se había ejercido la potestad de declaración de no registrabilidad, es decir, declaración de la prohibición absoluta de actividades mineras en todo el territorio de la Comunidad autónoma con relación a los recursos de la Sección C. El acto administrativo impugnado fundó exclusivamente la denegación de la tramitación del expediente de concesión de explotación de recursos mineros por reclasificación, atendiendo a que los terrenos no eran registrables, de acuerdo con el art. 47 de la Ley Balear 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. En efecto el citado precepto con referencia a la facultad conferida por el art. 39.3 LMi dispone bajo la rúbrica de declaración de zona no registrable:

“Por razón de interés público, se declara todo el territorio de las Illes Balears como zona no registrable a los efectos de lo establecido en el art. 39.3 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas, y en el art. 57.3 del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general para el régimen de la minería.”

El TSJ (J.F Séptimo) comienza examinando si el art. 47 de la Ley Balear 13/2005 por el que se excluye que la superficie en cuestión sea registrable (como todo el territorio balear) ha sido derogado por la reforma introducida en el art. 122 de la Ley de Minas, tras la Ley 12/2007, de 2 de julio (añadido por la Disposición adicional primera de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural), según el cual: “Cualquier prohibición contenida en los instrumentos de ordenación sobre actividades incluidas en la Ley de Minas deberá ser motivada y no podrá ser de carácter genérico”.

Para el Tribunal, el art. 47 no incluye una prohibición genérica, sino una calificación de su territorio como no registrable, que no impide el ejercicio de cualquier derecho minero, sino sólo los permisos de investigación y las concesiones de explota-

ción de recursos de la sección C), además que no se contiene en un instrumento de ordenación, sino en una norma con rango de ley. Por ello no resulta aplicable el citado artículo contenido en la normativa básica, ya que la legislación balear de desarrollo, en desarrollo de su interés general propio y respectivo, ha decidido la no registrabilidad de su territorio, facultad que la propia Ley de Minas concede al poder ejecutivo, por lo que, a mayor abundamiento, corresponde a los legisladores autonómicos, siempre en ejercicio de su competencia.

Entrando en el examen de si la Comunidad Autónoma Balear tiene competencia para el ejercicio de esta potestad el Tribunal en el FJ Octavo afirma:

“El artículo 47 de la Ley Balear 13/2005 recoge una declaración de no registrabilidad del territorio balear, atendiendo a razones de interés público y remitiéndose al art. 39.3 de la Ley de Minas, según el cual “Sin perjuicio de todo lo anterior, el Gobierno podrá declarar no registrables zonas determinadas por razones de interés público, a propuesta conjunta del Departamento o Departamentos ministeriales interesados y del de Industria, previo informe de la Organización Sindical”.

El precepto integra una habilitación al poder ejecutivo para que pueda declarar el carácter no registrable de ciertas zonas, por razones de interés público, y previa la tramitación de un expediente iniciado a propuesta de los departamentos interesados y con la necesidad de un informe preceptivo sindical.

La Ley de Minas es anterior a la promulgación de la Constitución Española, y sus preceptos deben ser interpretados a la luz de las normas constitucionales, y también teniendo en cuenta el Estado Autonómico que configura y del reparto material de competencias que le es propio.

De acuerdo con el artículo 149.1.1^a, 13^a y 25^aCE al Estado le corresponde la competencia exclusiva en la fijación de las bases “que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales”, en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y en legislación básica en materia de régimen minero y energético.

Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con las competencias señaladas en sus Estatutos, pueden asumir las competencias sobre materias no reservadas al Estado (artículo 149.3 CE), así como las competencias en el ámbito del artículo 148 CE, que en cuanto aquí concierne, podemos señalar, la competencia exclusiva sobre ordenación del territorio y la gestión en la protección del medio ambiente (artículo 148.1.3^o y 9^o CE).

El artículo 47 de la Ley 13/2005 no incluye una restricción o prohibición total ni genérica a cualquier actividad minera, sino que sólo impide, de forma indirecta, el otorgamiento de nuevos permisos de investigación o concesiones de explotación de recursos de la sección C), al declarar todo el territorio balear como no registrable.

Cualquier otro posible y futuro derecho minero en los que la registrabilidad no viene erigida como un requisito no resulta afectado, bien por tratarse de recursos de cualquiera de las otras tres secciones del artículo 3 de la Ley de Minas, bien por encontrarnos ante un título autorizatorio que no precisa de tal condicionante (permiso de exploración sección C).

El artículo 47 de la Ley Balear 13/2005 hace uso de la facultad contenida en el artículo 39.3 de la Ley de Minas, que debe entenderse dirigida al ejecutivo estatal o autonómico, dependiendo del reparto material de competencias. Pues bien, en el caso de las Islas Baleares, ha sido el poder legislativo el que ha utilizado la posibilidad de declaración de no registrabilidad por razones de interés general, y tal exclusión no se considera que atente a la utilización racional de los recursos naturales (artículo 45 CE), ni tampoco a la subordinación de la riqueza del país al interés general (artículo 128.1 CE).

Por todo ello, la Sala no vislumbra que el citado precepto legal emanado del Parlamento Balear pueda ser contrario a la Norma Fundamental, ni en los artículos 45 y 128 CE, ni en el reparto material de competencias que resulta de sus artículos 148 y 149, unido a los diferentes Estatutos de Autonomía, no estimando procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”.

En conclusión sobre la potestad de declaración de no registrabilidad del art. 39.3 LMi puede afirmarse:

- La potestad de declaración de no registrabilidad constituye una potestad que pueden ejercer las CCAA según el régimen constitucional de distribución de competencias. Por tanto no es una potestad que corresponda en exclusiva al Estado como titular de los yacimientos y recursos geológicos. Constituye pues una potestad desligada de la titularidad del recurso.

- La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que las CCAA pueden ejercer la potestad de declaración de no registrabilidad prevista en el art. 39.3 LMi. En este sentido: STS de 10 marzo 2009 (RJ 2009\1590), sentencia de 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 6017) y STSJ de Baleares 713/2012 de 29 de octubre RJCA 2012/754.

- La potestad de declarar la no registrabilidad que prevé el art. 39.3 LMi no es una consecuencia ineludible de la declaración de reserva. En otros términos, se configura co-

mo una potestad distinta e independiente de la potestad de reserva y se fundamenta en el ejercicio de los propios títulos competenciales autonómicos no necesariamente en materia de minas. No obstante ambas potestades comportan un mismo efecto inmediato prohibición de las actividades extractivas a partir de su declaración.

- Las razones de interés general que fundamentan la declaración de no registrabilidad no han de estar necesariamente vinculadas a los intereses mineros, sino que pueden apoyarse en cualquier justificación en aras del interés general amparada en el ejercicio de una competencia propia sea Estatal o autonómica, y por ende desligada de la titularidad del demanio, que, por el contrario es el fundamento –discutible y ya discutido doctrinalmente- de la actual regulación e interpretación jurisprudencial de la potestad de reserva que se regula en el art. 7 LMi.

- Por consiguiente, los fines de interés general que justifican dicha declaración y por ende la prohibición de llevar a cabo nuevas actividades mineras a partir de su declaración, no han de estar inexorablemente vinculados a los intereses mineros, sino que por el contrario pueden fundamentarse en cualquiera que sea el interés general, - territorial, urbanístico, medioambiental, desarrollo económico o social-, que en el ejercicio de sus propias competencias aprecien las CCAA. En el caso del Proyecto de reapertura de las Minas de Aznacóllar, el Consejo de Gobierno Andaluz es competente para adoptar acuerdo de declaración de no registrabilidad de toda actividad minera a partir de su adopción, justificadas cumplidamente en las razones de interés general de carácter económico, social y medioambiental que se concitan en la Comunidad Autónoma de Andalucía y, en particular, en la zona objeto del proyecto denominado Apertura de las minas de Aznalcóllar, y que han sido proclamadas de manera unánime por el Parlamento de Andalucía.

C. EN RELACIÓN CON LA EXIGENCIA DE QUE LA CONCESIÓN DEMANIAL DIRECTA SEA LLEVADA A EFECTO EN RÉGIMEN DE PÚBLICA CONCURRENCIA COMPETITIVA

1.- Integración de la legislación especial en la Legislación general

El art. 63 LM indica que:

“Podrá solicitarse directamente la concesión de explotación sin necesidad de obtener previamente un permiso de investigación, en los casos siguientes: b) Cuando esté de manifiesto un recurso de la Sección C), de tal forma que se considere suficientemente conocido y se estime viable su aprovechamiento racional”.

Y el art. 64 LMi que: “1. Las solicitudes de concesiones directas de explotación se tramitarán en la misma forma que las de los permisos de investigación, siendo aplicables las disposiciones del Capítulo III del presente Título, con las particularidades que correspondan a esta clase de solicitudes”.

Como puede observarse ni en estos ni en los restantes preceptos hay realmente una regulación que establezca el sistema de concesión y concretamente si el proceso de adjudicación es de concurso, de concurrencia competitiva.

La cuestión se agrava al no ser la concesión demanial un contrato sujeto a las prescripciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público RDL 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). El art. 4.1.o. TRLCSP excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las concesiones demaniales).

La concesión es una técnica de utilización del demanio de naturaleza compleja. Tiene naturaleza contractual en cuanto al contenido dispositivo de las partes concedente y concesionario y naturaleza reglamentaria en cuanto a su regulación legal y a los pliegos que la regulan. Así el art. 66 indica que serán de aplicación a las concesiones directas de explotación las normas contenidas en los arts. 70 a 74 de esta Ley, pudiendo imponerse las condiciones que se consideren convenientes, y entre ellas las adecuadas a la protección del medio ambiente a que se refiere el párrafo 1 del art. 69.

Creemos no obstante que, nuevamente, la LPAP resuelve la cuestión.

El art. 84 de la LPAP dice:

“1. Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.

2. Las autoridades responsables de la tutela y defensa del dominio público vigilarán el cumplimiento de lo establecido en el apartado anterior y, en su caso, actuarán contra quienes, careciendo de título, ocupen bienes de dominio público o se beneficien de un aprovechamiento especial sobre ellos, a cuyo fin ejercerán las facultades y prerrogativas previstas en el artículo 41 de esta ley.

3. Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se registrarán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley.”

El art. 86 LPAP determina la forma de utilización del uso privativo:

“3. El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa”.

Y el art. 93 LPAP finalmente preceptúa que: “1. El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes.

En cuanto al procedimiento, el art. 96 LPAP (Otorgamiento de autorizaciones y concesiones en régimen de concurrencia), indica que:

1. El procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones en régimen de concurrencia podrá iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada.

2. Para la iniciación de oficio de cualquier procedimiento de otorgamiento de una autorización o concesión, el órgano competente deberá justificar la necesidad o conveniencia de la misma para el cumplimiento de los fines públicos que le competen, que el bien ha de continuar siendo de dominio público, y la procedencia de la adjudicación directa, en su caso.

3. La iniciación de oficio se realizará mediante convocatoria aprobada por el órgano competente, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», o en el de la comunidad autónoma, o provincia, según cuál sea la Administración actuante, sin perjuicio de la posibilidad de usar otros medios adicionales de difusión. Los interesados dispondrán de un plazo de treinta días para presentar las correspondientes peticiones.

4. En los procedimientos iniciados de oficio a petición de particulares, la Administración podrá, por medio de anuncio público, invitar a otros posibles interesados a presentar solicitudes. Si no media este acto de invitación, se dará publicidad a las solicitudes que se presenten, a través de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», de la comunidad autónoma o de la provincia, dependiendo del ámbito competencial de la Administración actuante, y sin perjuicio de la posible utilización de otros medios adicionales de difusión, y se abrirá un plazo de 30 días durante el cual podrán presentarse solicitudes alternativas por otros interesados.

5. Para decidir sobre el otorgamiento de la concesión o autorización, se atenderá al mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado, que se valorarán en función de los criterios especificados en los pliegos de condiciones.

6. El plazo máximo para resolver el procedimiento será de seis meses. Podrá considerarse desestimada la solicitud en caso de no notificarse resolución dentro de ese plazo.

Si se examinan de forma sistemática estos preceptos de la LPAP y se recuerda que todos ellos tienen carácter básico se obtiene lo siguiente:

- De conformidad con el art. 84.3 de la LPAP, las concesiones sobre bienes de dominio minero se deben regular en primer término por la legislación especial (LMi) pero, en caso de insuficiencia de la LMi, por las disposiciones de esta ley.

- La ausencia de tratamiento y de especificación sobre el carácter de competencia competitiva de la adjudicación directa de la concesión minera es evidentemente una insuficiencia de la LMi que debe ser resuelta por aplicación de los preceptos de la LPAP.

- El art. 93 LPAP preceptúa que: “1. El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de competencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes.”

Luego, en nuestra opinión, la adjudicación directa de la concesión minera debe efectuarse en régimen de competencia competitiva.

- Considerando el carácter complejo de la concesión el marco regulador de la concesión minera vendrá dado, combinando los arts. 66 LMi y 93 LPAP por los preceptos 70 a 74 LMi y los preceptos correspondientes y concordantes de la LPAP.

- Como se ha dicho, el art. 4.1.o. TRLCSP excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las concesiones demaniales. No obstante, consideramos de aplicación, siendo ello discutible, el artículo primero de la Ley referida en la medida en que contiene los principios que rigen la contratación de todo el sector público y derivan de los principios de libertad y competencia recogidos en el Tratado de la UE.

2. Las iniciativas comunitarias en el sector de la minería no energética avalan el procedimiento de otorgamiento de la concesión demanial por concurso.

La concesión de explotación de los recursos minerales regulados por la Ley de Minas de 1973 no entra en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratos, es decir, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Con-

sejo, de 26 de febrero 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Ni tampoco de la Directiva 2014/25/UE de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (conocida como «sectores especiales»). Sobre esta conviene realizar algún comentario. Esta Directiva se aplica, en lo que nos importa destacar, a las actividades siguientes:

- La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio público en el ámbito de la producción, el transporte o la distribución de gas, calor o electricidad, o el suministro de gas, calor o electricidad a dichas redes.

- La explotación de una zona geográfica con fines de prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos.

Por lo demás, la Directiva de los sectores excluidos responde a la necesidad de garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de las normas de adjudicación de contratos en estos sectores, donde se comprenden los hidrocarburos. Persigue pues, en aplicación de los principios del Derecho comunitario originario, preservar la igualdad de tratamiento entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado, concurrencia y no discriminación. Claramente deja fuera todo lo relativo a las materias primas no energéticas, asunto en el que se incardina la Propuesta de apertura de las Minas de Aznalcóllar.

Creemos sin embargo que la creciente importancia y atención dedicada por las instancias comunitarias a las materias primas no energéticas ha quedado patente en los últimos tiempos, dado que las rocas y minerales proporcionan la gran mayoría de los bienes que se disfrutan en la sociedad actual, favoreciendo la calidad de vida de todos los ciudadanos europeos. Las materias primas, es decir las rocas y los minerales, han de extraerse desde el subsuelo en canteras y minas. En Europa, los ciudadanos necesitan más de 3.000 millones de toneladas de estas materias primas cada año para cubrir sus necesidades. La industria extractiva no energética europea da empleo a más de un millón de personas en estas actividades extractivas y a muchas más en la fabricación de los productos derivados.

La disponibilidad continuada de materias primas es vital para el futuro y la competitividad de la industria europea. Algunas materias primas han de importarse puesto que, simplemente, no existen yacimientos geológicos en Europa, y por ello, su suministro puede estar sometido al riesgo de perturbaciones. Otras materias primas están geológicamente presentes en Europa, pero el acceso a estos yacimientos se hace cada vez más difícil debido a la competencia de otros usos del suelo, a las medidas de conservación del entorno y, en ocasiones, al rechazo de algunos colectivos.

En este contexto, entre las Iniciativas y Documentos comunitarios sobre esta materia destacan:

- *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La minería no energética en Europa»* (2009/C 27/19) (DOUE 2.2009).

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: “La iniciativa de las materias primas: cubrir las necesidades fundamentales en Europa para generar crecimiento y empleo”* (COM 2008 699 final).

- *Declaración sobre Materias Primas Madrid 2010* (Madrid 17 de junio de 2010) en la que termina reclamando la industria extractiva europea una Directiva Europea sobre Minería y su fomento.

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Garantía del acceso de las materias primas para el futuro bienestar de Europa. Propuesta de partenariado (colaboración) europeo para la innovación sobre materias primas (Bruselas 29 de febrero de 2012 COM (2012) 82 final:*

De los documentos e iniciativas analizadas a nivel comunitario se concluye que las autoridades comunitarias subrayan la importancia de las materias primas no energéticas para el futuro de la UE, en aras de reducir la dependencia de las importaciones, así como la necesidad de fomentar el mercado de materias primas en Europa para asegurar su bienestar.

Forman parte de la Agenda 2020 acciones tanto a nivel internacional (garantía de acceso en condiciones igualdad a las materias primas de países terceros) como a nivel interno, en la UE, en aras de garantizar la seguridad del abastecimiento de tales materias primas hoy por hoy necesarias para el bienestar de la sociedad, con la tutela del medio ambiente y la innovación. Se propone como objetivo afrontar el reto a nivel europeo y nacional y hacer de Europa un ejemplo mundial de la capacidad de prospección, extracción, tratamiento, reciclado y sustitución de tales materias primas. Los mecanismos a poner en práctica son entre otros, la regulación innovadora y de cooperación con los Estados miembros para facilitar un contexto normativo o regulatorio favorable a una minería sostenible. En este sentido, se apunta hacia la necesidad de iniciar el camino de la armonización normativa que pasa por la mejora del marco normativo: más simple, previsible, sin cargas administrativas innecesarias, más eficiente en los procedimientos de otorgamiento de los títulos. Un marco regulador que propicie la innovación y el reciclado a lo largo de toda las actividades relativas a las materias primas no energéticas a lo largo de todo su ciclo de vida (investigación, exploración, explotación, desechos, reciclado) incluyendo su reciclado y su sustitución.

Por ello se concluye que promover un procedimiento de concurrencia competitiva para el otorgamiento de una concesión directa para la reapertura de las minas de Aznalcóllar, no sólo no está en contra del Derecho comunitario, sino que por el contrario, promueve los principios del Derecho comunitario originario, así como los específicos que se están asentando y están pendientes de desarrollo en el sector de las materias primas no energéticas.

En este sentido, debe constituir una guía, y una vez más servir de ejemplo, el sector de los hidrocarburos, que sí es objeto de regulación por el Derecho comunitario y constituye un modelo o una guía de lo que ha de venir en el ámbito de los minerales no energéticos, sector que dada su importancia para la UE será objeto de regulación por una Directiva.

Por lo demás, el paralelismo entre ambos sectores minería energética y no energética (en algunos países se regula conjuntamente (Ley polaca de minas) es patente. Ambos comparten la exigencia de grandes inversiones para su investigación y posterior explotación, y tiene relevantes implicaciones ambientales y sobre la actividad económica. En el caso de España, ambos recursos son de titularidad estatal. Es pues indudable que el régimen del sector de hidrocarburos –armonizado por el Derecho comunitario– podría utilizarse de modelo a efectos de estimular la actividad del sector, promover la investigación y la explotación en las mejores condiciones económicas, sociales y tecnológicas, minimizando su impacto medioambiental. Objetivos que se consiguen a través de un procedimiento de oferta en competencia, como regla de principio en la fase del otorgamiento del título de investigación. En definitiva, estableciendo, el sistema de solicitudes u ofertas en competencia.

La última propuesta de modificación del art. 25 *LSHi* introduce la previsión de que las solicitudes de concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos o de almacenamientos subterráneos, deberán someterse, “*con carácter general*”, a un procedimiento de concurrencia en todos aquellos casos que no se deriven de permisos de investigación de hidrocarburos. (Informe de la Comisión Nacional de la Competencia 56/11, de 25 de mayo de 2011 relativo al anteproyecto de ley de modificación de la ley del Sector de Hidrocarburos para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55, en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados).

Por último, las anteriores reflexiones encuentran, a nuestro juicio, un apoyo indirecto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Citamos al respecto la STJUE (Sala cuarta) asunto Comisión Europea y República de Polonia con la expresa advertencia de que el asunto en cuestión va referido al sector de Hidrocarburos.

ros y no al estrictamente de la minería extractiva. No obstante, creemos que la solución dada en esta Sentencia marca el camino para futuros sectores aun no reformados como el de estos sectores excluidos y que la solución será, previsiblemente la misma.

En cualquier caso tómesese la Sentencia a mayor abundamiento de los argumentos ya expuestos que avalan más que suficientemente la necesidad de la concurrencia competitiva en las concesiones de minerales.

La STJUE de 27 de junio de 2013 asunto C-569/10 Comisión Europea contra República de Polonia resolvió la demanda de la Comisión contra el referido Estado en la que solicita al Tribunal de Justicia que declarara que “la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, apartado 2, 3, apartado 1, y 5, puntos 1 y 2, de la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos (DO L 164, p. 3), al no adoptar las medidas apropiadas para garantizar que el acceso a las actividades de prospección, de explotación y de producción de hidrocarburos esté libre de toda discriminación entre las entidades interesadas y que las autorizaciones para ejercer esas actividades se concedan al término de un procedimiento en el que todas las entidades interesadas puedan presentar solicitudes, conforme a criterios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea antes del inicio del plazo de presentación de las solicitudes.”

Para entender el alcance de este pronunciamiento respecto a la inadecuación de la LMi española al Derecho comunitario deben hacerse tres observaciones previas:

1ª.- El artículo 1, punto 3, de la Directiva 94/22 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos define el término «autorización» como «toda disposición legal, reglamentaria, administrativa o contractual, o instrumento producido al amparo de la misma, en virtud de los cuales las autoridades competentes de un Estado miembro facultan a una entidad para ejercer, por su cuenta y riesgo, el derecho exclusivo de efectuar prospecciones o exploraciones o producir hidrocarburos en una zona geográfica. Podrá concederse una autorización para cada una de dichas actividades o para varias de ellas».

Por tanto, a los efectos de aplicación de la doctrina de esta sentencia a nuestro Derecho es indiferente, según el Derecho comunitario hablar de autorización o concesión en la terminología de nuestro derecho.

2ª.- La Comisión recurre la Transposición de esta Directiva en el Derecho polaco en la Ley Geológica y minera polaca de 4 de febrero de 1994, según su modificación de 2005, y en el Reglamento del Consejo de ministros sobre el procedimiento de adjudicación para la adquisición de derechos de usufructo minero de 21 de junio de 2005.

El artículo 9 de la Ley geológica y minera dispone que, dentro de los límites que establezcan las leyes y el contrato de usufructo minero, el usufructuario, con exclusión de terceros, podrá llevar a cabo la prospección, exploración o explotación de un mineral determinado, y que con los mismos límites el usufructuario podrá disponer de su derecho.

El artículo 15, apartado 1, de la Ley geológica y minera, exige una concesión para: «1) la prospección o la exploración de yacimientos minerales, 2) la extracción de minerales». En todo lo no previsto en esa Ley, el apartado 2 de este artículo se remite a la Ley de 2 de julio de 2004 sobre el libre ejercicio de la actividad económica.

La Ley polaca objeto de la Sentencia regula por tanto la prospección, exploración o explotación de todos los minerales, con independencia de que el litigio en cuestión afectara a un tema de hidrocarburos.

3ª.- El sistema preferencial en la explotación a favor de los titulares de permisos de investigación en nuestro Derecho es muy similar al Polaco que el Tribunal acabara declarando contrario al derecho de la Unión. Efectivamente, el artículo 12, apartados 1 y 3, de la Ley polaca prevé:

«1. El empresario que haya explorado y documentado un yacimiento mineral propiedad del Tesoro público y haya elaborado documentación geológica con la precisión requerida para la obtención de una concesión de extracción podrá solicitar que se constituya a su favor un derecho de usufructo minero, y disfrutará para ello de prioridad sobre otras entidades.

3. La facultad prevista en el apartado 1 expirará una vez transcurridos dos años desde la recepción del escrito por el que la autoridad administrativa competente en materia geológica apruebe la documentación.»

Y según los arts. 10, apartado 1, y 11, apartado 2, de la Ley geológica y minera la constitución del derecho de usufructo minero que cubra la prospección, exploración o extracción de gas natural, petróleo y sus derivados naturales y de metano de hulla estará precedida por un procedimiento de licitación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, apartado 1, de la misma Ley, y se llevará a cabo mediante un contrato, a cambio de una remuneración, y estando condicionado a la obtención de una concesión.

Frente a esta regulación está la Directiva 94/22.

El artículo 2 de la Directiva establece:

«1. Los Estados miembros conservarán el derecho a determinar dentro de sus territorios respectivas las zonas en las que quedará autorizado el ejercicio de actividades de prospección, exploración y producción de hidrocarburos.

2. Siempre que el ejercicio de las actividades mencionadas en el apartado 1 quede autorizado en una zona, los Estados miembros deberán garantizar que no haya discriminación entre entidades en lo relativo al acceso a esas actividades y al ejercicio de las mismas.

No obstante, los Estados miembros podrán denegar, por motivos de seguridad nacional, el acceso a estas actividades y su ejercicio a cualquier entidad que esté efectivamente controlada por terceros países o por nacionales de terceros países.»

El art. 3 de la Directiva dispone:

«1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que la concesión de autorizaciones se efectúe mediante un procedimiento que permita a todas las entidades interesadas presentar una solicitud con arreglo al apartado 2 o al apartado 3.

2. Dicho procedimiento se abrirá:

a) bien por iniciativa de las autoridades competentes, mediante un anuncio que invite a presentar solicitudes publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas al menos 90 días antes de la fecha límite de presentación de solicitudes,

b) o bien, tras la presentación de una solicitud por parte de una entidad, mediante la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de un anuncio que invite a presentar solicitudes, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2. Las demás entidades interesadas dispondrán de un plazo de al menos 90 días a partir de la publicación para presentar a su vez una solicitud.

En el anuncio se especificará el tipo de autorización y la zona o zonas geográficas que hayan sido o puedan ser objeto de una solicitud, así como la fecha o el plazo previstos para la concesión de la autorización.

En el anuncio se especificará si se otorga preferencia a las solicitudes de entidades constituidas por una única persona física o jurídica.

No se considerará concesión de una autorización con arreglo al apartado 1: (anteriormente citado)

b) la concesión de una autorización a una entidad que posea otra forma de autorización cuando la posesión de esta última suponga un derecho a la concesión de la primera;

Y, finalmente, el art. 5 de la Directiva 94/22 tiene la siguiente redacción:

«Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que:

1) Las autorizaciones se concedan con arreglo a criterios relativos en todos los casos:

a) a la capacidad técnica y financiera de las entidades y

b) al modo en el que prevén llevar a cabo las actividades de prospección, de exploración o de producción de la zona geográfica de que se trate,

Los criterios se elaborarán y se publicarán en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas antes de que se inicie el plazo de presentación de las solicitudes. Los Estados miembros que ya hayan publicado los criterios en sus diarios oficiales podrán limitarse a publicar en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas una referencia a la publicación en sus diarios oficiales.

Sin embargo, cualquier cambio en los criterios deberá ser objeto de una publicación completa en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

A la vista de la Directiva y de la Ley Polaca, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) decide:

1) Declarar que la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, apartado 2, y 5, puntos 1 y 2, de la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos, al no adoptar las medidas apropiadas para garantizar que el acceso a las actividades de prospección, de explotación y de producción de hidrocarburos esté libre de toda discriminación entre las entidades interesadas y que las autorizaciones de ejercicio de esas actividades se otorguen al término de un procedimiento en el que todas las entidades interesadas puedan presentar solicitudes conforme a criterios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea antes del inicio.

Consideramos que este fallo debe ser un criterio claro de referencia para poder adelantar que en el futuro este será el sistema a aplicar en la adjudicación de permisos de investigación y concesiones frente al sistema actual de la LMi. El sistema actual creemos no se ajusta al Derecho comunitario y debe ser sustituido por un sistema que garantice los principios comunitarios – acogidos, no se olvide, por la vigente Ley de Contratos Públicos – de publicidad y concurrencia⁶.

⁶ En esta misma línea, puede citarse el Code Minier francés Versión consolidée du code au 30 mai 2013. Edition: 2013-06-02 artículos 22.3 “concurrencia en el permiso de investigación” y 32.4 “otorgamiento de la explotación por concurso”.

IV. ARTICULACIÓN FINAL, NORMATIVA Y PROCEDIMENTAL, DE LA PROPUESTA DE REAPERTURA DE LA MINA DE AZNALCÓLLAR

Entre las dos opciones estudiadas, la Junta de Andalucía optó por ejercer la potestad de reserva definiendo y delimitando la “zona Aznalcóllar” y permitiendo la adjudicación de la Mina conforme a un procedimiento de concurrencia competitiva.

1. Utilización del Decreto-ley para garantizar la reserva de ley y habilitar la expropiación de urgencia.

Para ejecutar esta opción, se partía de la base de la competencia autonómica para la potestad de reserva minera ejercida, respetando la reserva de ley, mediante la técnica del Decreto ley reconocido en el art. 110.1 de la LO 2/2007 de 19 de marzo, por la que se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía⁷.

Con esta habilitación se promulga el Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar, en cuya Exposición de Motivos se proclama:

“En este Decreto-ley se adoptan dos medidas, con carácter de urgencia, dirigidas a garantizar que la explotación del complejo minero de Aznalcóllar se lleve a cabo por la empresa minera que ofrezca las mejores condiciones científicas, técnicas, de seguridad y ambientales, y las mayores ventajas económicas y sociales. A cada una de las medidas se dedica un Título.

El Título I tiene por objeto la expropiación de los derechos e intereses patrimoniales legítimos eventualmente derivados de los procedimientos de solicitudes de permisos de investigación sobre terrenos del complejo minero de Aznalcóllar. Se estima inaplazable la adquisición de los mismos para, declarada la reserva que se expone a continuación, poder seleccionar a la empresa explotadora de la mina de Aznalcóllar a través de un procedimiento público y de concurrencia competitiva.

⁷ “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Consejo de Gobierno podrá dictar medidas legislativas provisionales en forma de decretos-leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía. No podrán aprobarse por decreto-ley los presupuestos de Andalucía”.

En el Título II la Comunidad Autónoma de Andalucía se reserva la actividad extractiva de los derechos mineros de todas las secciones en los terrenos correspondientes al complejo minero de Aznalcóllar (Sevilla), a fin de adjudicar las actividades extractivas de explotación de esta mina a través de un concurso público internacional.

Esta reserva es necesaria para cumplir la proposición no de ley del Parlamento de Andalucía, puesto que en la Ley de Minas se superponen un sistema concesional común y un sistema concesional derivado de una zona de reserva, ambos radicalmente distintos. La regla general es que los particulares ostentan un derecho a aprovechar los recursos mineros, pero su ejercicio se condiciona al otorgamiento de un título jurídico-público de carácter rogado y reglado, rigiendo el principio *prior tempore, potior iure*. La excepción es la reserva minera, puesto que en las zonas reservadas —y solo en las zonas reservadas la actividad extractiva se encuentra sometida a un procedimiento paralelo distinto al concesional común, regido por los principios de publicidad y libre concurrencia y basado en una previa *publicatio* de la actividad.

La Ley de Minas de 1973 declara que todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos forman parte del dominio público estatal, pero es una ley que lo que tiene como objeto es establecer el régimen jurídico de la investigación y aprovechamiento de los recursos minerales, priorizando la actividad extractiva privada y asumiendo como finalidad esencial el fomento de la libertad de empresa. En esta ley preconstitucional la mina, por tanto, tiene un doble significado jurídico, como yacimiento, objeto de propiedad del Estado, y como actividad extractiva.

Partiendo del dual concepto de mina, como yacimiento propiedad del Estado y como actividad extractiva, la reserva minera que se establece en este Decreto-ley tiene por objeto tan solo la actividad extractiva, que puede circular por los cauces del Derecho privado, de conformidad con la legislación de minas. Para que no circule por los cauces del Derecho privado, el bien minero (identificado no con el yacimiento de la realidad física sino con la actividad extractiva) necesita ser extraído del mercado. La reserva minera autonómica tiene, por tanto, el efecto de publicar la actividad extractiva en una determinada zona, por lo que encaja en la reserva de actividad del artículo 128.2 de la Constitución, entendiéndose por tal, no necesariamente una gestión directa, sino la asunción en exclusiva por el poder público autonómico del desarrollo de una actividad económica en una determinada zona.

Esta reserva minera autonómica es respetuosa con la Ley de Minas de 1973, puesto que tanto el derecho a investigar y explotar con técnicas mineras que al empresariado privado reconoce la preconstitucional Ley, como el ejercicio de la potestad de reserva, deben analizarse partiendo de la Constitución Española, que delimita un sistema de reparto competencial en el que al Estado corresponde establecer las «bases del régimen minero y energético», pudiendo las Comunidades Autónomas

asumir competencias en relación con las actividades extractivas, como ha hecho Andalucía, que ha asumido en su Estatuto de Autonomía, como competencia compartida, la regulación y control de las minas y de los recursos mineros, así como de las actividades extractivas, además de importantes competencias en relación con la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio, bienes sobre los que la minería tiene una notoria incidencia.

La justificación del ejercicio de la excepcional potestad que tiene la Comunidad Autónoma de Andalucía para reservarse una determinada zona del territorio andaluz, a efectos de controlar el desarrollo de las actividades extractivas, se encuentra en las particulares circunstancias que concurren en Aznalcóllar, que obligan al Gobierno andaluz a extremar el control del ejercicio de las actividades extractivas. A fin de que la reapertura de la mina de Aznalcóllar no comprometa el entorno natural, es crucial que venga precedida de un concurso internacional, un procedimiento público y de concurrencia competitiva en el que la Comunidad Autónoma pueda imponer a los concursantes exigencias distintas a las de la mera prioridad en la solicitud para el otorgamiento de los títulos mineros.

La tardanza estatal en aprobar una norma legal básica en materia de minas hace que se mantenga vigente una legislación estatal inadaptada al régimen constitucional de distribución de competencias, pero esta tardanza no puede impedir el ejercicio legítimo de sus competencias por parte de Andalucía.

Las actuaciones excepcionales y extraordinarias previstas en este Decreto-ley son de imperiosa urgencia, puesto que, dado que es de notorio conocimiento que el Gobierno andaluz –atendiendo a la proposición no de ley del Parlamento– tiene la intención de conceder las actividades extractivas de explotación del complejo minero de Aznalcóllar a través de un concurso público internacional, es necesario poner un límite a posibles movimientos especulativos. Queda, por tanto, cumplimentado el supuesto de hecho que habilita el ejercicio normativo a través de un Decreto-ley.

En la Disposición Final única se establece que el Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación, a fin de prevenir la especulación relacionada con la propia naturaleza de las medidas previstas en el mismo”.

El citado Decreto-ley permitía, respetando el art. 52 de la Ley de Expropiación forzosa proceder a la expropiación de urgencia de los eventuales derechos e intereses patrimoniales legítimos existentes sobre el complejo minero. En la parte dispositiva del Decreto-ley 9/2013, se establecía efectivamente:

La declaración de utilidad pública e interés social de la expropiación de los derechos e intereses patrimoniales legítimos derivados, en su caso, de los procedimientos de solicitudes de los permisos de investigación afectados.

Se declaraba la reserva a favor de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la actividad extractiva en el área denominada Complejo minero de Aznalcóllar (Sevilla). Y se descartaba que las solicitudes presentadas con posterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto-ley, en relación con las actividades extractivas en el área delimitada en el artículo primero del Título II, serían canceladas en aplicación del art 9, apartado 3, de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (arts. 2 y 3 del Decreto-ley).

Se preveía que en la zona de reserva especificada en el artículo primero de este Título las actividades extractivas de explotación se adjudicarán mediante concurso público entre empresas españolas y extranjeras, en aplicación del artículo 11.3.b) de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (art. 4 del Decreto-ley).

Por Resolución de 13 de enero de 2014, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, se convoca concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar en la provincia de Sevilla (BOJA núm. 10, de 16 de enero de 2014).

2. Conflicto competencial y desbloqueo mediante una solución singular.

El transcrito Decreto ley, dio lugar al planteamiento, el día 17 de marzo de 2014 del recurso de inconstitucionalidad 1627-2014 interpuesto por el Gobierno contra el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar.

Más adelante, y como resultado de las negociaciones políticas que tuvieron lugar para resolver esta crisis, el 28 de abril de 2014 el Abogado del Estado traslada al TC la certificación del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en sesión celebrada el 25 de abril de 2014, por el que se acordó solicitar del Presidente del Gobierno el desistimiento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el referido Decreto-ley 9/2013, y del acuerdo del Presidente del Gobierno de la misma fecha, solicitando que se tenga por desistido al Presidente del Gobierno en este recurso de inconstitucionalidad. Finalmente, por Auto 155/2014, 27 de mayo, el TC tiene por desistido el recurso de inconstitucionalidad.

El desbloqueo de la situación de la mina de Aznalcóllar se articuló jurídicamente a través de dos Decretos-leyes: de una parte, el Decreto-ley estatal 6/2014, de 11 de abril, por el que se regula el otorgamiento de la explotación de los recursos mineros de la zona denominada «Aznalcóllar», y de otra parte, el Decreto-ley 4/2014, de 11 de abril, por el que se adoptan las medidas urgentes necesarias en relación con el procedimiento de reapertura de la mina de Aznalcóllar y se complementan las disposiciones recogidas a tal fin en el Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre.

Comenzando por el primero, en el Real Decreto-ley estatal 6/20014, de 11 de abril, por el que se regula el otorgamiento de la explotación de los recursos mineros de la zona denominada «Aznalcóllar», se hacen algunas manifestaciones en su Exposición de Motivos, que son de interés. Así:

-“Sin perjuicio del principio de prioridad que se establece en la ley, de cierta rai-gambre en el Derecho Minero y que ha sido estímulo determinante en el hallazgo de gran número de yacimientos, es necesario tener en cuenta la necesidad imperante de la solvencia científica, técnica y económico-financiera de los solicitantes, lo que permite contar con mayores garantías en cuanto al cumplimiento de las tareas programadas”.

-“El yacimiento minero de Aznalcóllar, en la Provincia de Sevilla, a partir del incidente acaecido el 25 de abril de 1998, ha implicado a las Administraciones Estatal y de la Junta de Andalucía en una actuación conjunta para corregir el daño medioambiental producido por la rotura de la balsa de estériles. A partir de la producción del daño medioambiental por la entonces concesionaria, ambas Administraciones desplegaron una actuación conjunta que merece ahora ser continuada para asegurar que la reapertura del yacimiento, de indudable interés para el desarrollo económico y social, se produzca con las máximas garantías medioambientales. Dichas garantías medioambientales se pueden verificar de manera más exigente si la selección del nuevo operador minero se lleva a cabo mediante la forma de concurso.

Por todo lo anterior, se considera que la tramitación de cualquier investigación sobre una zona tan estudiada como la de Aznalcóllar únicamente retrasa la posibilidad de la explotación racional de los recursos, pues se considera suficientemente conocida su existencia y se estima viable su aprovechamiento racional puesto que existen suficientes datos y pruebas que permiten definir su explotación como consecuencia de las mejoras tecnológicas actuales y las nuevas. Dada la situación del empleo tanto a nivel nacional como local y las posibilidades de ocupación efectiva de trabajadores en la explotación de la mina, se considera de extraordinaria y urgente necesidad posibilitar que se realice la adjudicación de la explotación de la mina por la Comunidad Autónoma de Andalucía conforme a un procedimiento de concurrencia competitiva. De este modo y conforme a este Real Decreto-ley se prevé la inmediata adjudicación de la explotación y su puesta en funcionamiento con la consiguiente contratación de trabajadores en el menor plazo posible. En este mismo sentido, en el presente Real Decreto-ley se adoptan medidas de extraordinaria y urgente necesidad dirigidas a garantizar la inmediata puesta en explotación del complejo minero de Aznalcóllar en condiciones idóneas de seguridad y protección del medio ambiente, y con pleno respeto al marco competencial”.

Por su parte, el Decreto-ley 4/2014, de 11 de abril, de la Junta de Andalucía, por el que se adoptan las medidas urgentes necesarias en relación con el procedimiento de reapertura de la mina de Aznalcóllar y se complementan las disposiciones recogidas a tal fin en el Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, en la Exposición de Motivos declara:

“En el actual contexto económico, la seguridad jurídica exige el estricto cumplimiento de los plazos del concurso internacional ya convocado, la estabilidad y confianza de las inversiones que se desarrollen en el conjunto de España, y la ineludible e inaplazable necesidad de crear empleo y riqueza en la comarca de Aznalcóllar. Dicho de otro modo, ha de asegurarse que las actuaciones del conjunto de Administraciones Públicas aseguren que Andalucía, como destino atractivo y seguro para inversiones, no sufra menoscabo alguno.

Se trata, en definitiva, de la articulación de una solución singular ad hoc, con la finalidad de dar cumplimiento al Acuerdo de ambas Administraciones para la resolución del conflicto abierto en materia de competencias mineras en relación con la mina de Aznalcóllar, de acuerdo con los principios de colaboración, cooperación, mutua lealtad institucional y auxilio recíproco, habiéndose adoptado –en función precisamente de estos principios y de aquel objetivo– la decisión de los dos Gobiernos, de España y de Andalucía, de adoptar las disposiciones normativas necesarias para la erradicación del conflicto competencial y para la seguridad del procedimiento concurrencial actualmente abierto para la selección de la empresa minera que haya de proceder a la reapertura del yacimiento(...)

Por otra parte, de conformidad con lo acordado entre ambas Administraciones, el reconocimiento de la competencia exclusiva del Estado para la declaración de reserva no menoscaba el procedimiento de selección ya abierto mediante la citada Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, de fecha 13 de enero de 2014 y los plazos allí previstos. Como cláusula de salvaguarda se confirman expresamente todos los actos administrativos dictados durante la vigencia del Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, para la reapertura de la mina de Aznalcóllar, así como los que sean consecuencia o ejecución de aquellos, que conservarán plena validez y eficacia. En particular, queda confirmado todo lo actuado para la expropiación forzosa de los intereses legítimos en su caso derivados de las solicitudes de permisos registradas, disponiéndose asimismo que el expediente expropiatorio siga el procedimiento de urgencia”.

En cuanto a la parte dispositiva del Decreto-ley transcribimos su artículo único dedicado al Concurso público para la adjudicación de los recursos mineros: “De conformidad con la legislación estatal dictada al efecto, se concederá el derecho de explotación de los yacimientos existentes en la zona denominada «Aznalcóllar», a la

persona jurídica que resulte adjudicataria del concurso público convocado por Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, de fecha 13 de enero de 2014.

Hasta que concluya el procedimiento de concurrencia competitiva indicado en el párrafo anterior, no podrán presentarse ni se admitirán solicitudes de permisos de investigación sobre la zona denominada «Aznalcóllar».

Quedan confirmados todos los actos administrativos dictados por la Administración de la Junta de Andalucía durante la vigencia del Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, para la reapertura de la mina de Aznalcóllar, así como los que sean consecuencia o ejecución de aquellos, teniendo aquellos y estos plena validez y eficacia. En particular, quedan confirmados todos los actos realizados al amparo del artículo 1 del Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, tramitándose la correspondiente expropiación por el procedimiento de urgencia”.

Por último, la disposición derogatoria única declara derogados los artículos 2, 3 y 4 del Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión es evidente que no puede mantenerse una normativa preconstitucional para regular un sector tan complejo y de tanta trascendencia para la economía y el empleo de nuestro país y menos en la actual crisis económica. No lo permite nuestra Constitución ni el nuevo modelo de nuestro Estado de las Autonomías.

Es inaplazable la puesta al día del Derecho de la Minería, la publicación de la Ley Estatal de Minas, la adecuación del sector a la normativa estatal básica y la puesta en marcha de la normativa autonómica correspondiente. Dada la importancia estratégica del sector para nuestra economía la reforma normativa es inaplazable, pero requiere reflexión y huir de la improvisación (en este sentido nos parece criticable en forma y fondo el Borrador de Anteproyecto de Ley de Minas Fecha: 17/11/2014).

La experiencia de Aznalcóllar es un ejemplo de decisión política en este marco normativo precario, a la vez que de capacidad negociadora de las partes en la resolución de un conflicto que, por lo ya expuesto, parecía inevitable.

Los Decretos-leyes comentados no han resuelto sin embargo, evidentemente, los problemas de estas carencias normativas. Son -ni más ni menos- normas coyunturales para resolver problemas estructurales. En ello está su mérito y sus límites.

Hay, creemos, un consenso en este debate en la necesidad de sustituir el sistema automático de adjudicación de los recursos mineros por el sistema concesional. Parece clara la exigencia de fuertes garantías de protección ambiental y de restauración. No queda, sin embargo, resuelto, el problema del reparto competencial entre Administraciones, ni quedan resueltas múltiples cuestiones procedimentales y de simplificación y coordinación inter orgánica e inter administrativa.

Quien padece todo esto es el sufrido “Sector” y nuestra maltrecha economía.

Es por ello que, quienes consideramos que la actividad minera es un sector económico vital para nuestro país, y apasionante para los que nos dedicamos al Derecho administrativo, reclamemos una regulación urgente y acorde con los nuevos presupuestos jurídico- constitucionales.