

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Las tensiones entre minería y espacios naturales protegidos: su consideración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Daniel del Castillo Mora

Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio
Junta de Andalucía

SUMARIO. I.- INTRODUCCIÓN II.- LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE ACTIVIDADES MINERAS QUE SE PROYECTAN SOBRE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. 1. Prohibición de establecer limitaciones con carácter genérico a las actividades mineras en los Espacios Naturales Protegidos. 2.- El instrumento adecuado para establecer las limitaciones a la actividad extractiva debe ser el instrumento planificador de ordenación ambiental o urbanística. 3.- Las limitaciones que pueden consignarse en los instrumentos de ordenación ambiental o urbanísticos deben responder a los requisitos establecidos en la doctrina constitucional y desarrollados en la ulterior Jurisprudencia. 4.- Sin perjuicio de que se establezcan las limitaciones correspondientes en el instrumento de ordenación ambiental o urbanística, el análisis de las actividades singulares que se pretendan proyectar deben hacerse caso por caso mediante la aplicación del instrumento de prevención y control ambiental correspondiente, salvo incompatibilidad manifiesta con la normativa ambiental. 5.- Las prohibiciones de realización de actividades mineras en instrumentos de ordenación ambiental no son susceptibles de ser resarcidas a través del instituto de responsabilidad patrimonial, sin que pueda pretenderse, con carácter general, la subsunción de prohibiciones en privaciones singulares indemnizables ex

art. 33.3 CE. III.- LA PROYECCIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS EN ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS QUE FORMAN PARTE DE LA RED NATURA 2000. EL CONCEPTO DE AFECCIÓN APRECIABLE.1.- Proyección comunitaria de la Red Natura 2000. Concepción integradora y coherente de la Red.2.- Interpretación del concepto de afección apreciable o significativa.3.- necesidad de sujeción continua. Principio de evaluación dinámica del espacio.4.- innecesariedad e imposibilidad de aplicar simultáneamente el procedimiento de protección singular (art. 6.3) y el procedimiento de protección general (art. 6.2).5.- viabilidad del plan sujeto a la ausencia de perjuicio a la integridad del lugar en cuestión, previa, en su caso, información pública. a) Principio general: imposibilidad legal de llevar el plan o proyecto a cabo si cuenta con evaluación negativa sobre las repercusiones del lugar por menoscabo de su integridad.b) Principio excepcional: el artículo 6.4 Directiva *Habitats* posibilita, a pesar de la existencia de conclusiones negativas, la viabilidad del mismo cuando, a falta de soluciones alternativas, por razones imperiosas de interés público de primer orden, se adopten medidas compensatorias para garantizar la coherencia global de la red natura 2000. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El presente artículo trata de analizar las tensiones existentes entre minería y espacios naturales protegidos, como proyección del concepto de desarrollo sostenible. El Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido conformando un cuerpo consolidado de Jurisprudencia que permite solventar las tensiones entre ambos bienes. Se trata, en definitiva, de buscar la ponderación necesaria entre el respeto a las normas de protección del medio ambiente y el derecho a efectuar una determinada extracción de minerales proyectada sobre un espacio natural protegido, sin que se permitan decisiones apriorísticas o generales, sino un examen caso a caso como regla general.

PALABRAS CLAVE: minería. medio ambiente. espacios naturales protegidos desarrollo sostenible.

ABSTRACT: Tensions between mining and protected areas are reviewed in this issue, throughout the view of sustainable development. High Court and European Court of Justice have ruled constant landmarks decisions, which might be used to solve the tensions above mentioned. Finally, the aim is to find a deliberation and balance between the enforcement of Environmental laws and the right to develop the mining industry in a certain protected area, without abstract or deductive criteria being allowed, but a case study as a general rule.

KEY WORDS: Mining. environment. protected areas. sustainable development.

I. INTRODUCCIÓN

Las labores mineras se han venido desarrollando históricamente en nuestro territorio. Ya desde época tartésica, pero sobre todo romana se consolida en la *Baética* un auténtico desarrollo de la minería como suministradora de riqueza al imperio Romano, de modo que fundamentalmente en Riotinto y en Sierra Morena existían asentamientos romanos cerca de explotaciones mineras.

Actualmente, la minería se ve sometida a los continuos vaivenes de la coyuntura económica, si bien, la relevancia de la producción minera metálica vendible sobre el PIB en ningún caso ha alcanzado en los últimos diez años el 0,1 % del PIB, correspondiendo en el mejor de los casos (año 2013) al 0,078 % del mismo¹.

Mientras, la protección del medio ambiente encuentra su primera aproximación en el movimiento romántico de finales del S. XIX desde una perspectiva fundamentalmente paisajística, con los primeros viajeros procedentes de la Europa ilustrada, sin perjuicio de algunos precursores que llegan a Andalucía a analizar la riqueza de su biodiversidad, como el caso del biólogo Simón de Rojas Clemente y Rubio².

Esta preocupación por las áreas naturales se ve reforzada en el S.XX, con la aprobación de la Ley de 8 de diciembre de 1916 de Parques Nacionales, primera norma mundial que recoge, a nivel legislativo esta figura, y de la que este año se celebra su Centenario. Las posteriores normas de 1975 y 1989 no hicieron sino apuntalar su importancia, sobre todo tras la promulgación de la Constitución de 1978. Actualmente, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, constituyen el marco normativo básico.

Es evidente que el marco comunitario y las normas estatales y autonómicas han consolidado la protección del medio ambiente en pleno S. XXI, y, por ende, de los espacios naturales protegidos, lo que comporta, correlativamente, un aumento de las tensiones entre éstos y las actividades mineras que se proyectan sobre los mismos, tensiones que acaban en diversas ocasiones judicializadas, y de las que se viene perfilando un cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidada.

¹ “Análisis de la situación de la minería española en el año 2014 y comienzos de 2015”. Asociación Nacional de Ingenieros de Minas. Junio 2015. P. 78. Si bien en el mismo informe se destaca “la potencialidad nada desdenable en diversas sustancias metálicas de carácter crítico para la industria europea y española” p. 85.

² De su obra puede destacarse *Viaje a Andalucía. Historia Natural del Reino de Granada (1804-1809)*.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE ACTIVIDADES MINERAS QUE SE PROYECTAN SOBRE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

El Alto Tribunal, en un cuerpo consolidado de Sentencias ha ido desgranando los requisitos para las posibles limitaciones a las actividades mineras en los Espacios Naturales Protegidos, de los que cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. Prohibición de establecer limitaciones con carácter genérico a las actividades mineras en los Espacios Naturales Protegidos

El Fundamento de Derecho 6º de la trascendente Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982, de 4 de noviembre establece que *“ello supone que si bien como se ha dicho anteriormente la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución ni al Estatuto, sí lo es la prohibición con carácter general de las actividades extractivas de las secciones C y D, que son las de mayor importancia económica, en una amplia serie de espacios aunque se exceptúen de esa prohibición los casos en que a nivel estatal y según el plan energético o cualquier otro análogo sea definida la prioridad de aquella actividad con referencia a otros intereses públicos concurrentes (art. 3.3 de la Ley). Cuestión distinta es que puedan prohibir la actividad minera en casos concretos, siempre que no exista un interés prioritario, pero el carácter general con la excepción citada, que prevé el art. 3.3 de la Ley impugnada, debe tacharse de inconstitucional por exceder la finalidad de la Ley y por substraer a la riqueza nacional posibles recursos mineros.”*

Dicho de otra forma, no podrán establecerse limitaciones generales vía leyes que afecten a extensas zonas o vía directrices de ordenación territorial (respecto de éstas últimas limitaciones y su prohibición, cfr. SSTs 3 de noviembre de 2010 -rec. 5294/2007- y 14 de febrero de 2012 -rec. 1049/2008-, siendo ponente en ambas D. Jesús Ernesto Peces Morate). Otra interpretación supondría conculcar el art. 122 LM que dispone que *“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”*.

Lo que no puede cuestionarse, desde la óptica de la legalidad, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2016 –recurso de casación 2081/2015- es que pueda inferirse una prohibición genérica cuando en la normativa examinada se disponga la excepcionalidad de la extracción *“cuando éstos sean declarados expresamente de interés social y utilidad pública conforme a la legislación vigente”*, máxime atendiendo a la naturaleza del Plan en el que se inserta (art. 96 del Pla especial de Protecció del Medi Natural i del Paisatge del Parc del Montseny), con una naturaleza eminentemente preventiva, de modo que lo que incorpora *“no es una*

prohibición, sino un sistema rigurosos en cuanto a la motivación, para poder autorizar nuevas explotaciones mineras, dejando en manos de la autoridad correspondiente la evaluación y valoración de la compatibilidad de las mismas con el carácter protegido de los terrenos en los que pretenda desarrollarse”.

Sin embargo, resulta relevante que el propio Tribunal Supremo tiene como doctrina consolidada la **legalidad en la denegación de autorización de actividades extractivas por estar los suelos clasificados como no urbanizables protegidos** (SSTS 1 de junio de 1998, recurso de apelación 6492/1992, 22 de febrero de 2006 –recurso de casación 5805/2003-, 1 de abril de 2009 –recurso de casación 9773/2004-, 14 de octubre de 2010 –recurso casación 4725/2006-, todas ellas glósadas en la Sentencia de 19 de septiembre de 2016 –recurso de casación 2081/2015-.

2. El instrumento adecuado para establecer las limitaciones a la actividad extractiva debe ser el instrumento planificador de ordenación ambiental o urbanística

A este respecto debe reproducirse el FD tercero de la STS 3 de noviembre de 2010 -rec 5294/2007- que señala que *“el motivo de casación alegado por la representación procesal de la asociación recurrente debe prosperar porque, efectivamente, el Tribunal a quo, al declarar ajustadas a derecho las prohibiciones de la actividad extractiva minera contenidas en las Directrices de Ordenación de Ambito Subregional de Segovia y Entorno, aprobadas por Decreto 74/2005, de 20 de octubre, ha infringido los preceptos invocados en el único motivo de casación esgrimido por haber sido tales prohibiciones acordadas a través de ese instrumento de ordenación del territorio en lugar de haber utilizado la Administración de la Comunidad Autónoma demandada, y ahora recurrida, su potestad de planeamiento urbanístico o ambiental al amparo de las Leyes 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, y 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos, mediante la correcta tramitación del correspondiente instrumento de ordenación a fin de definir el grado de protección que los terrenos mereciesen en atención a sus características o valores ambientales y así quedar total o parcialmente excluidos de las actividades extractivas mineras”.*

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2012 señala, citando la anterior que *“en nuestra sentencia de fecha 3 de noviembre de 2010 (recurso de casación 5294/2007), en la que declaramos nula la prohibición total de extracciones mineras contenidas en unas Directrices de Ordenación Subregional, declaramos también (fundamento jurídico segundo, penúltimo párrafo) que la limitación de actividades extractivas mineras podría establecerse a través de la tramitación de los correspondientes instrumentos de ordenación urbanística o ambiental, en que se procediese a clasificar los suelos con la protección adecuada a sus singulares características, que es lo acaecido en el caso enjuiciado, razón por la que, repetimos, este primer motivo de casación debe ser también desestimado.”.*

3. Las limitaciones que pueden consignarse en los instrumentos de ordenación ambiental o urbanísticos deben responder a los requisitos establecidos en la doctrina constitucional y desarrollados en la ulterior Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha exigido que las limitaciones que puedan establecerse desde la variable ambiental, a efectos de establecer un necesario equilibrio, y con objeto de dar carta de naturaleza al art. 45 CE, siempre dentro de un respeto al principio de legalidad, **“no alteren el ordenamiento básico minero, sean razonables, proporcionados al fin propuesto y no quebranten el principio de solidaridad** consagrado en los arts. 2 y 138 de la Constitución con carácter general, en el 45 con relación específica a la protección del medio ambiente”.

Esa razonabilidad y proporcionalidad exige que el instrumento de ordenación ambiental **justifique**, en base a su zonificación, en qué zonas se establecen limitaciones a la actividad minera, así como, en base a dicha zonificación, los valores ambientales a preservar a fin de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado ex art. 45 CE.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2012 (rec. 2650/2008, ponente D^a. María del Pilar Tesso Gamella) la justificación es un deber inexcusable por lo que no solo debe estar contenida en las normas del Plan sino también en su memoria.

*“De modo que, al margen del acierto y precisión de la sentencia respecto de las normas de aplicación, resulta claro que la prohibición de la actividad extractiva minera que impone a todo el territorio del paraje natural debe de estar **justificada** y, como veremos, no es así.*

CUARTO .- Desde antiguo esta Sala viene declarando, por todas, las sentencias dictadas en apelación de 23 de junio de 1997 (recurso de apelación n^o 13058 / 1991), 27 de diciembre de 1995 (recurso de apelación n^o 5436 / 1991), y 25 de junio de 1996 (recurso de apelación n^o 8533 / 1991), entre otras muchas posteriores, que la memoria ha de contener justificación suficiente sobre las determinaciones fundamentales que establece, exteriorizando las razones por las que adopta las decisiones esenciales contenidas en el plan. Tal justificación es una exigencia en garantía de los intereses generales. En este sentido, la última sentencia citada declara que << La Administración al planificar y al modificar no puede actuar con alejamiento de los intereses generales o con falta de motivación debidamente justificada, y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución >>.

La prohibición de la actividad extractiva, contenida en el artículo 24 del plan especial, no se justifica, porque en la memoria del plan figura que la “ minería es inexistente en la actualidad en el ámbito del plan “. Y al concretar las diversas áreas del plan -- áreas de reserva, áreas de protección ecológica y áreas de uso público--, en las dos primeras se plasma tal prohibición, mientras que en la última se ignora. Por otro lado, como recoge la sentencia, mientras que otras prohibiciones de usos agrícolas

o cinegéticos tienen una justificación concreta en la memoria del plan, tal motivación no repara en la actividad minera. Y, en fin, la inexistencia de tal actividad a que alude el plan viene desmentida por los hechos, pues constan permisos de investigación, concesiones y autorizaciones de explotaciones mineras.

No está de más añadir que sobre la falta de justificación de este tipo de prohibiciones, contenidas en el planeamiento, nos hemos pronunciado recientemente, aunque en casos no exactamente asimilables la ahora enjuiciado, en Sentencias de 30 de noviembre de 2011 (recurso de casación nº 5617/2008) y de 3 de noviembre de 2010 (recurso de casación nº 5294/2007).”.

Asimismo, debe reseñarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 (RD 2016/781) se acoge a la normativa aplicable a espacios naturales protegidos, concluyendo que la protección otorgadas a las aves es incompatible con la actividad extractiva.

4. Sin perjuicio de que se establezcan las limitaciones correspondientes en el instrumento de ordenación ambiental o urbanística, el análisis de las actividades singulares que se pretendan proyectar deben hacerse caso por caso mediante la aplicación del instrumento de prevención y control ambiental correspondiente, salvo incompatibilidad manifiesta con la normativa ambiental

Ello comporta, consecuentemente, que en el análisis a través del instrumento de prevención ambiental se incluyan como parámetros, entre otros que puedan considerarse de índole técnico:

- Las determinaciones y consideraciones que el Plan de Ordenación, tanto en la Memoria como en las Normas haya realizado de la zona en concreto donde se proyecte la instalación, obra o actuación, con especial justificación de los ecosistemas y valores ambientales a proteger y las previsiones sobre realización de actividades en dicho lugar en atención a su zonificación.
- La afección que la instalación, obra o actuación singular que es objeto de análisis vaya a proyectar sobre el espacio donde se ubica.
- El establecimiento de un juicio de compatibilidad entre una y otra, en atención a la incidencia sobre los valores ambientales que pudieran ser afectados.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2012 (ponente D^a María del Pilar Teso Gamella):

“OCTAVO .- *Llegados a este punto fácilmente se colige lo siguiente.*

Primero , que efectivamente la Comunidad Autónoma tiene competencia en materia de medio ambiente y protección de espacios naturales para elaborar y aprobar los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. Competencia que como antes señalamos, y ahora insistimos, nadie discute.

Segundo , que efectivamente tal como recoge el artículo 3.1 del Decreto impugnado en la instancia, al reproducir sustancialmente el artículo 7.2 de la Ley 4/1989 , durante la sustanciación del

procedimiento para la elaboración de estos planes no puede expedirse ningún título de intervención, por ninguna Administración Pública, que suponga la transformación de la realidad física o biológica de la zona afectada sin informe favorable de la Comunidad Autónoma.

Y tercero, ello no significa que la Comunidad Autónoma pueda establecer, con carácter general, un listado general preventivo de ámbitos sectoriales desvinculados de la transformación de la realidad física o biológica que tenga sobre el terreno, como el que se relaciona en los apartados declarados nulos por la sentencia, que hemos recogido en el fundamento quinto.

La disposición que contiene tal listado de materias (letras a/, b/, d/, m/, p/, q/ y z/ del artículo 3.2 del Decreto recurrido en la instancia) es nulo porque no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley 4/1989.

Así es, lo relevante para que no pueda otorgarse ninguna autorización, licencia o concesión, sin informe previo autonómico, no es el ámbito sectorial sobre el que verse dicha intervención, sino si la misma produce esa transformación de la realidad física o biológica a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley de tanta cita, y en el caso de que tal transformación sea “sensible” el informe habrá de ser negativo.

Es más, la propia redacción del apartado z) del citado artículo 3.2 del Decreto impugnado en la instancia avala la tesis que exponemos, pues de dicha norma se infiere que cuando se trata de tales sectores concurre una prohibición general para otorgar autorización, concesión o licencia sin informe previo. Sin embargo, en los demás casos no aludidos ha de determinarse si suponen una transformación de la realidad física o biológica. Y lo cierto es que esta apreciación es aplicable en todo caso.

NOVENO.- En definitiva, no pueden establecerse presunciones generales para sujetar a informe favorable de la Comunidad Autónoma, considerando o suponiendo que toda autorización o concesión en determinadas materias siempre producirá esa transformación cualificada sobre la realidad física o biológica.

Habrà de estarse al caso concreto, según el tipo de actuación proyectada, la naturaleza, finalidad e incidencia de la misma sobre el medio para determinar si efectivamente está sujeta al citado informe, insistimos, sin listas generales previas.

Dicho en términos legales, el informe únicamente se precisa respecto de actuaciones que comporten actos de transformación de la realidad física o biológica (artículo 7.2 de la Ley 4/1989), y será negativo cuando se trate de una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos del plan (artículo 7.1 de la misma Ley 4/1989).

En el bien entendido, como antes adelantamos, que dicho informe favorable también se emitirá cuando la actuación administrativa deba ser autorizada por la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias, aquí hemos de corregir a la sentencia recurrida que parece señalar lo contrario, siempre que la concesión, autorización o licencia produzca esa transformación de la realidad física o biológica.

Dicho de otro modo, el informe que prevé el artículo 7.2 de la Ley 4/1989 no es exigible únicamente respecto de actuaciones proyectadas por la Comunidad Autónoma, sino por cualquier Administración siempre que puedan producir esa transformación de la realidad física o biológica.

No está de más recordar, como señala la STC 102/1995, de 25 de junio, que el medio ambiente acaba siendo el entorno vital del hombre en un régimen de armonía y equilibrio que no puede ser considerado sólo desde la aislada atención de los factores de todo tipo que lo componen sino que es también, y sobre todo, el entramado de las relaciones de todos esos elementos (geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales) que condicionan la existencia de los seres vivos. La idea rectora de la protección del medio ambiente es, pues, el equilibrio de todos esos elementos, lo que se traduce, en la incidencia de la normativa sectorial que los contempla sobre los más variados sectores del ordenamiento jurídico.

Y añadimos aquí que tal carácter horizontal de la materia del medio ambiente, que se infiltra como ninguna otra en diversos y variados ámbitos sectoriales, ni puede impedir la actuación administrativa en el resto de los sectores, ni dicha actuación sectorial puede socavar la competencia medioambiental que comparten, con carácter general, el Estado y las Comunidades Autónomas.

DÉCIMO .- *La solución contraria a la expuesta supondría que durante la sustanciación de la elaboración del plan de ordenación de recursos se pudieran bloquear, con carácter general y preventivo, las competencias estatales en materia de minas, carreteras, ferrocarriles, aprovechamientos hidroeléctricos, energéticos, o aguas (apartados a/, b/, d/, m/, p/ y q/ del artículo 3.2 del Decreto 346/2003 impugnado en la instancia), desvinculando su actuación de esa transformación de la realidad física o biológica que constituye el núcleo esencial para la exigencia del indicado informe favorable.*

La relación de materias declarada nula ha de ser, por tanto, confirmada y los motivos de casación, que por cierto no combaten separadamente cada apartado declarado nulo, desestimados porque, insistimos, no puede someterse al trámite de informe favorable en determinadas materias, sin tener en cuenta que dicho informe sólo es procedente, ex artículo 7.2 de la Ley 4/1989, cuando cualquiera que sea la materia afectada se traduzca en actos que ocasionen una transformación de la realidad física y biológica.

Por cuanto antecede procede declarar que no ha lugar la recurso de casación.”.

Sin embargo, este examen caso por caso tiene una **excepción: cuando el proyecto que se platee resulte incompatible con la normativa ambiental, se decretará directamente el archivo, sin que proceda continuar la tramitación del procedimiento por aplicación del artículo 18 del Decreto 356/2010, de 3 de agosto** por el que se regula la autorización ambiental unificada, se establece el régimen de organización y funcionamiento del registro de autorizaciones de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental, de las actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y de las instalaciones que emiten compuestos orgánicos volátiles, y se modifica el contenido del Anexo I de

la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, señalando el mismo que:

“En los casos en los que de la documentación presentada se ponga de manifiesto que la actuación para la que se solicita autorización ambiental unificada incurre en alguna de las prohibiciones previstas en la normativa ambiental, el órgano ambiental competente, previa audiencia de la persona interesada, dictará resolución que ordene el archivo de las actuaciones poniendo fin al procedimiento”.

A modo de ejemplo, piénsese en un proyecto de nueva concesión minera en zona A cualesquiera de las figuras de un espacio natural protegido. Es decir, este archivo solo tendría lugar respecto de aquellas incompatibilidades manifiestas con la normativa ambiental, ya que en caso de dudas sobre la incompatibilidad deberán resolverse en el seno de la tramitación y resolución de la AAU correspondiente.

5. Las prohibiciones de realización de actividades mineras en instrumentos de ordenación ambiental no son susceptibles de ser resarcidas a través del instituto de responsabilidad patrimonial, sin que pueda pretenderse, con carácter general, la subsunción de prohibiciones en privaciones singulares indemnizables ex art. 33.3 CE

En este sentido, tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2016 (recurso de casación 53/2015), como la Sentencia 157/2015, de 4 de marzo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso 455/2012) parten de la configuración legal de las facultades del dominio (la función social de la propiedad ex art. 33.2 CE), de modo que “no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino tan sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades han de establecerse como medidas necesarias para la conservación de los espacios naturales a proteger”.

Ambas Sentencias, coincidentemente, parten de las consideraciones que el Tribunal Constitucional realiza en la sentencia 170/1989, de 19 de octubre de 1989 a propósito de la Ley 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares aprobada por la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid, al referir que: “de la lectura de los citados preceptos no puede extraerse la conclusión de que exista una privación de propiedad alguna de los terrenos incluidos en el Parque Regional, o de cualquier otro derecho que deba ser indemnizable, por lo que no existe medida ablatoria del derecho de propiedad. La Ley realiza, eso sí, una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá, no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger. No cabe duda, por otra parte, que si las exigencias que impone la protección de los espacios naturales llevara al poder público

a estimar necesaria la expropiación, ésta se vería obviamente sujeta a la legislación vigente en materia de expropiación; y lo mismo ha de decirse en relación con cualquier otra limitación singular de un derecho patrimonial susceptible de provocar daños que aunque legítimos deban ser objeto de resarcimiento”.

Tampoco en el presente caso, por tanto, nos encontramos en presencia de una privación de propiedad alguna o de bienes y derechos patrimoniales sobre los terrenos en que se ubica la explotación minera de la sociedad actora, sino únicamente ante el establecimiento de limitaciones dotadas de vocación de generalidad respecto a los usos y actividades permitidos “dentro de los límites y zonas de afección de los espacios naturales protegidos” en función de la conservación de los espacios a proteger”.

III. LA PROYECCIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS EN ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS QUE FORMAN PARTE DE LA RED NATURA 2000. EL CONCEPTO DE AFECCIÓN APRECIABLE

El artículo 46.4 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, modificado por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, incorporando lo dispuesto en el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE, Directiva Hábitats, dispone que:

“Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a las especies o hábitats de los citados espacios, ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el espacio, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las comunidades autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho espacio. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el espacio y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5, los órganos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos sólo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del espacio en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública. Los criterios para la determinación de la existencia de perjuicio a la integridad del espacio serán fijados mediante orden del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, oída la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente”.

Por tanto, parece que resulta fundamental discernir cuándo estamos ante una afección que pueda calificarse como “apreciable”, cuestión que debe ser modulada por la Jurisprudencia existente, especialmente por la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que podemos sintetizar en varios bloques.

1. Proyección comunitaria de la Red Natura 2000. Concepción integradora y coherente de la red

La Sentencia del TJCE de 7 de noviembre de 2000, *The Queen* (UK) (TJCE\2000\261), C-371/98, señala en su fundamento 23 que

“habida cuenta del hecho que un Estado miembro no dispone, cuando elabora la lista nacional de lugares, de un conocimiento preciso y detallado de la situación de los hábitats de los demás Estados miembros, no puede por sí solo, aunque existan exigencias económicas, sociales y culturales o particularidades regionales y locales, excluir lugares que posean a nivel nacional un interés ecológico pertinente para el objetivo de conservación, sin poner en peligro la consecución de este mismo objetivo en el ámbito comunitario”.

Trasladando esta Sentencia al caso que nos ocupa, es importante que el órgano ambiental, a la hora de tomar una decisión sobre la evaluación de un lugar en concreto, la coherente con el resto de Espacios que forman la Red Natura 2000, la cual debe ser interpretada de manera coherente. Como señala el artículo 3.1 de la Directiva Hábitats «se crea una red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación, denominada «Natura 2000». Dicha red, compuesta por los lugares que alberguen tipos de hábitats naturales que figuran en el anexo I y de hábitats de especies que figuran en el anexo II (LCEur 1992, 2415) , deberá garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural”.

2. Interpretación del concepto de afección apreciable o significativa

La Sentencia TJCE de 20 de mayo de 2010, [TJCE\2010\146], Comisión Europea contra Reino de España, C-308/08. relativa a la adecuada gestión en la protección del lince ibérico en Doñana, señala que “es preciso recordar que, en virtud de la Directiva hábitats, los Estados miembros tienen la obligación de adoptar, respecto a los lugares en que existan tipos de hábitats naturales y/o especies prioritarias y que hayan identificado con vistas a su inscripción en la lista comunitaria, medidas de protección apropiadas para mantener las características ecológicas de dichos lugares. Los Estados miembros no pueden, por lo tanto, autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de aquéllos. Ello ocurre, en particular, cuando una intervención conlleva el riesgo de provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en el sitio de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia *Bund Naturschutz in Bayern* y otros [TJCE 2006, 250] , antes citada, apartados 44 y 46).” (f. 21).

La importante Sentencia TJCE de 7 de septiembre de 2004, [TJCE\2004\226] *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee* -Países Bajos- y otros, C-127/02, parte del principio de presunción de afección significativa de todo plan o proyecto planteado cuando el mismo pueda comprometer los objetivos de conservación del Espacio integrante de la Red Natura 2000. Como decíamos, el concepto de “conservación” debe interpretarse a la luz del artículo 1.a) de la Directiva Hábitats, esto es,

“conjunto de medidas necesarias para mantener o restablecer los hábitats naturales y las poblaciones de especies de fauna y de flora silvestres en un estado favorable con arreglo a las letras e) e i)”.

Al respecto, la letra i) define estado de conservación favorable como el «estado de conservación» se considerará *«favorable»* cuando:

“los datos sobre la dinámica de las poblaciones de la especie en cuestión indiquen que la misma sigue y puede seguir constituyendo a largo plazo un elemento vital de los hábitats naturales a los que pertenezca, y

el área de distribución natural de la especie no se esté reduciendo ni amenace con reducirse en un futuro previsible, y

exista y probablemente siga existiendo un hábitat de extensión suficiente para mantener sus poblaciones a largo plazo”.

Por tanto, salvo que del análisis apriorístico resulte que fehaciente y exhaustivamente ninguno de estos tres aspectos van a ser objeto de trasgresión por el plan o proyecto, existe el deber de someter el mismo a la oportuna evaluación, a la luz del principio de cautela comunitario, ya que el riesgo de afección cualificada, significativa o importante es probable que se produzca por el mismo.

En efecto, la meritada Sentencia señala que

“47

Por consiguiente, no cabe considerar que tal plan o proyecto pueda afectar de manera significativa al lugar de que se trate cuando, a pesar de tener alguna repercusión sobre éste, no puede comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar.

48

A la inversa, debe considerarse necesariamente que tal plan o proyecto puede afectar de manera significativa al lugar de que se trate, cuando puede comprometer los objetivos de conservación de éste. *En el marco de la apreciación prospectiva de los efectos vinculados a dicho plan o proyecto, debe determinarse el carácter significativo de estos efectos, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por aquel plan o proyecto, tal como en esencia ha sostenido la Comisión.*

49

En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión, letra b), que, con arreglo al artículo

6, apartado 3, primera frase, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415), cuando un plan o proyecto, que no tenga relación directa con la gestión de un determinado lugar o no sea necesario para la misma, puede comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar, se debe considerar que puede afectar a ese lugar de forma apreciable. Esta posibilidad debe apreciarse, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por tal plan o proyecto.”.

3. Necesidad de sujeción continua. Principio de evaluación dinámica del espacio

Este principio se plasma en la necesidad de establecer un control periódico de las actuaciones que se proyectan sobre un espacio en cuestión, de modo que la necesaria obtención de un acto reglado o discrecional de la Administración competente, de manera periódica, aunque se trate de la misma actividad y del mismo espacio, conlleva la necesidad de evaluación continua de la actividad en cuestión. En ello consiste el principio de evaluación dinámica del espacio.

En este sentido, la Sentencia TJCE de 7 de septiembre de 2004 señala que

“El hecho de que desde hace muchos años se lleve a cabo esta actividad periódicamente en la zona de que se trata, previa obtención cada año de la licencia pertinente, cuya expedición requiere en cada ocasión una nueva evaluación tanto de la posibilidad de ejercer esta actividad como del lugar en el que puede realizarse, no constituye por sí solo un obstáculo para que, con motivo de cada solicitud, dicha actividad sea considerada como un plan o proyecto distinto a los efectos de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415)”.

4. Innecesariedad e imposibilidad de aplicar simultáneamente el procedimiento de protección singular (art. 6.3) y el procedimiento de protección general (art. 6.2)

Si, como hemos visto, el apartado 3º del artículo 6 de la Directiva Hábitats recoge el principio de protección singular, esto es, por cada plan o proyecto que se traslade a un espacio en cuestión, el apartado 2º del mismo precepto recoge el principio general de protección por el que “los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de las zonas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva”.

En este sentido era discutible si ambos regímenes de protección, especial y general podían simultanearse en el tiempo, lo que ha sido vedado expresamente por el TJCE sin perjuicio de la posible aplicación diferida en el tiempo del genérico cuando

el singular no alcanza los objetivos previstos en la propia Directiva en cuanto a la conservación del hábitat en cuestión.

Así, la calendada Sentencia de 7 de septiembre de 2004 señala que

“34

Por consiguiente, esta última disposición establece un procedimiento destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a éste último, en la medida en que no cause perjuicio a la integridad de dicho lugar.

35

Pues bien, el hecho de que se haya autorizado un plan o proyecto de conformidad con el procedimiento del artículo 6, apartado 3 de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) , hace innecesario aplicar simultáneamente la norma de protección general contemplada en el apartado 2 del mismo artículo, por lo que respecta a la intervención en el lugar protegido, perseguida por dicho plan o proyecto.

36

En efecto, la concesión de una autorización de un plano o proyecto, con arreglo al artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) , presupone necesariamente que se ha considerado que dicho plan o proyecto no puede perjudicar a la integridad del lugar de que se trate ni, por consiguiente, causar deterioros o alteraciones apreciables en el sentido del apartado 2 de dicho artículo.

37

Sin embargo, no cabe excluir que, a continuación, dicho plan o proyecto se revele capaz de producir tales deterioros o alteraciones, incluso a falta de todo error imputable a las autoridades nacionales competentes. En tales circunstancias, la aplicación del artículo 6, apartado 2, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) permite responder al objetivo esencial de la conservación y protección de la calidad del medio ambiente, incluida la conservación de los hábitat naturales, así como de la fauna y flora silvestres, tal como se enuncia en el primer considerando de esta misma Directiva.

38

En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) establece un procedimiento destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a este último, en la medida en que no cause perjuicio a la integridad de dicho lugar, mientras que el artículo 6, apartado 2, de esta Directiva contiene una obligación de protección general, consistente en evitar deterioros y alteraciones que puedan tener efectos apreciables en lo que respecta a los objetivos de

la Directiva, y **no puede ser aplicado simultáneamente con el apartado 3 del mismo artículo.**”.

5. Viabilidad del plan sujeto a la ausencia de perjuicio a la integridad del lugar en cuestión, previa, en su caso, información pública

A) PRINCIPIO GENERAL: IMPOSIBILIDAD LEGAL DE LLEVAR EL PLAN O PROYECTO A CABO SI CUENTA CON EVALUACIÓN NEGATIVA SOBRE LAS REPERCUSIONES DEL LUGAR POR MENOSCABO DE SU INTEGRIDAD.

En este sentido, la Directiva es clara al sentar el principio general de imposibilidad de llevar a cabo actuación alguna que suponga menoscabo a la integridad del espacio, corroborado en la evaluación correspondiente.

Sin embargo, examinando la Jurisprudencia del TJCE puede apreciarse cierta evolución en la misma.

*En un primer momento, la STJCE de 7 de septiembre de 2004 entendía que dicho menoscabo debía verificarse sobre los objetivos de conservación del mismo, de manera, que en virtud del axioma de cautela comunitario, se deberá denegar la autorización del plan o proyecto cuando haya incertidumbre sobre la **inexistencia de efectos perjudiciales que el mismo pueda tener sobre la integridad del lugar**. Por ende, no basta que para el lugar concreto sobre el que se proyecta la actuación no resulte afectada, sino que debe contemplarse la evaluación desde una perspectiva íntegra del espacio natural protegido en cuestión.*

A título ilustrativo, aludía, citando por analogía, la sentencia de 9 de septiembre de 2003 [TJCE 2003, 246], Monsanto Agricultura Italia y otros, C-236/01, al supuesto de la no existencia de duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos.

Empero, la Sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 2006 [TJCE\2006\250], Bund Naturschutz in Bayern eV y otros, C-244/05, gradúa el menoscabo o alteración, exigiendo que sea **significativo** respecto de las características significativas de los lugares.

A título ilustrativo, la Jurisprudencia del TJCE ha venido señalando como intervenciones que conllevan menoscabo de la integridad significativa aquellas que suponen “el riesgo de reducir de forma significativa la superficie del lugar”, “aquellas que pueden provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en él” o “aquellas que pueden tener como resultado la destrucción del lugar o eliminación de sus características representativas”, entre otras.

Ello conlleva que no todo daño o menoscabo potencial va a impedir que el proyecto sea viable, so pena de conculcar el principio de desarrollo sostenible, esto es, la

actividad económica y social está prevista dentro de un hábitat, pero ahora el daño, menoscabo o alteración ha de ser significativo para impedir la viabilidad del proyecto en cuestión. En este sentido también se pronuncia la Sentencia de 20 de mayo de 2010 [TJCE\2010\146], Comisión Europea contra Reino de España, C-308/08.

Evidentemente, en virtud del principio de cautela, cuando varias actuaciones se proyectan sobre el mismo espacio natural protegido incluído en la Red Natura 2000, y en conjunto, todas ellas pueden provocar una alteración significativa del mismo, ello obliga a la Administración competente a tener en consideración a la hora de adoptar un decisión el carácter coherente de la Red Natura 2000 que aludíamos en el punto 8.1, así como el principio de conservación favorable a la hora de determinar si se da la meritada afección o alteración significativa.

B) PRINCIPIO EXCEPCIONAL: EL ARTÍCULO 6.4 DIRECTIVA HÁBITATS POSIBILITA, A PESAR DE LA EXISTENCIA DE CONCLUSIONES NEGATIVAS, LA VIABILIDAD DEL MISMO CUANDO, A FALTA DE SOLUCIONES ALTERNATIVAS, POR RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS PÚBLICO DE PRIMER ORDEN, SE ADOPTEN MEDIDAS COMPENSATORIAS PARA GARANTIZAR LA COHERENCIA GLOBAL DE LA RED NATURA 2000.

Por tanto, solo cuando, a falta de soluciones alternativas, a pesar de la existencia de conclusiones negativas, existan razones imperiosas de interés público de primer orden y se adopten medidas compensatorias para garantizar la coherencia global de la Red Natura 2000, se podrá llevar a cabo la actuación concreta.

Debemos partir de la consideración que la utilización del artículo 6.4 de la Directiva debe ser sumamente excepcional, por así imponerle el principio de cautela y de mantenimiento de la conservación, o en su caso, de conservación favorable e integridad de la Red Natura 2000.

El primer elemento es la ausencia de soluciones alternativas, lo que debe contemplarse a la luz del principio de integridad del espacio en cuestión.

En segundo lugar, que se trate de razones imperiosas de interés público de primer orden, concepto jurídico indeterminado que deberá interpretarse desde una *óptica*, de nuevo, excepcional, ya que todo promotor podrá justificar la imperiosidad del interés público de primer orden. Por ello, deberán examinarse todas las variables para su justificación (económicas, sociales, amén de otros sectores) y a la luz de los datos globales de la situación económica de la Administración competente, justificar la misma que dicha actuación se sitúa en la *órbita* del primer orden, lo que deberá ser verificado por la Comisión previamente en los supuestos que veremos a continuación.

En efecto, el tercero de los requisitos es el establecimiento de las medidas compensatorias. En el ámbito autonómico andaluz, la Instrucción de la Viceconsejería de Medio Ambiente por la que “se establece el procedimiento a seguir para la emisión de informes sobre planes y proyectos que puedan afectar a espacios naturales de la Red Natura 2000 en Andalucía, así como para la determinación de las medidas compensatorias que sean de aplicación” señala que conceptualmente, debe partirse de una diferenciación apriorística ya que las medidas preventivas y correctoras responden a distintos motivos y tiene finalidades diferentes a las medidas compensatorias. Así, que mientras las primeras responden, respectivamente a la finalidad de evitar la aparición de un impacto o a la minoración de las repercusiones de *éste*, garantizando un nivel de afección admisible y compatible con el normal desarrollo de los ciclos biológicos de las especies y hábitats sobre los que se adopten, las medidas compensatorias responden *únicamente* a las consideraciones establecidas en el artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE: afección negativa inevitable, ausencia de alternativas y justificación conforme a los casos tasados en el referido artículo 6.4.

En todo caso, la finalidad de las medidas compensatorias propuestas deben dirigirse en aras del mantenimiento de la integridad del espacio bajo el principio de mantenimiento o, en su caso, en un estado de conservación favorable y en su *área* de distribución natural.”.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las tensiones entre minería y medio ambiente, y, particularmente, espacios naturales protegidos determinan la puesta en valor de dos bienes jurídicamente relevantes: la actividad económica y la protección del medio. A ello debe añadirse que en muchas ocasiones las mayores fuentes de recursos minerales coinciden con lugares naturales relevantes, que han sido declarados áreas protegidas.

Por un lado, se impone, sin ambages, una planificación seria y rigurosa, de los emplazamientos de las actividades mineras, a fin de evitar tensiones innecesarias. Por otro, cuando la nueva planificación y ordenación ambiental determina la necesidad de protección sobre un determinado espacio, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene perfilando una doctrina a fin de impedir lesiones en ambos bienes, sin perjuicio de la pervivencia de tensiones entre ambos sectores.

Es por ello que la planificación, con amplia participación en su elaboración, se ha de convertir en el mejor aliado del éxito de la convivencia de la minería y los espacios naturales protegidos.