

REGIMEN JURIDICO DE LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS EN EL DERECHO ALEMAN. UN SUGESTIVO ESPEJO PARA NUESTRO DOMINIO PUBLICO MINERO (*)

Por

ELISA MOREU CARBONELL
Profesora Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. TITULARIDAD DE LA COMPETENCIA SOBRE RÉGIMEN MINERO EN ALEMANIA.— II. DOMINIO PÚBLICO, *OFFENTLICHE SACHEN* Y RESERVA DE AUTORIZACIÓN EN EL SISTEMA ALEMÁN.— III. LA LLAMADA «PROHIBICIÓN GENERAL. BAJO RESERVA DE AUTORIZACIÓN» PARA LA INVESTIGACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINERALES: 1. *La ordenación jurídica de los minerales «del suelo»*. 2. *Los nuevos títulos mineros para la investigación y explotación de los minerales libres: Erlaubnis y Bewilligung*: A) Permiso de investigación (*Erlaubnis*). B) Concesión de explotación (*Bewilligung*). 3. *El derecho histórico de «propiedad minera» (Bergwerkseigentum)*.— IV. LA ARTICULACIÓN DE DERECHOS E INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS EN UN MODELO AJENO A LA PROPIEDAD PÚBLICA: 1. *Minería y propiedad del suelo*. 2. *Minería y otros intereses públicos: planificación y protección ambiental*: A) Cláusulas generales de prohibición y limitación (§48 BBergG). B) La obligación general de planificación. C) Daños causados a derechos e intereses públicos.— V. EL ENTRECRUZAMIENTO DEL SISTEMA CON UN MODELO DE PROPIEDAD ESTATAL. EL DERECHO MINERO SURGIDO DE LA UNIFICACIÓN ALEMANA.

El Derecho comparado, alejándose de todo rasgo especulativo, utópico o simplemente ornamental, debe concebirse en la actualidad de modo instrumental respecto del Derecho interno, de forma que el análisis de Derecho comparado sirva para perfeccionar las soluciones jurídicas actuales

(*) El presente estudio constituye la reelaboración y actualización de un capítulo más amplio de mi Memoria de Tesis Doctoral que, con el título de *Análisis jurídico del Dominio público minero. Crisis del modelo y propuesta de revisión*, fue defendida en el mes de octubre de 1999 ante un Tribunal formado por los Doctores E. GARCÍA DE ENTERRÍA, R. ENTRENA CUESTA, F. SAINZ MORENO, F. LÓPEZ RAMÓN y T. QUINTANA LÓPEZ, quienes, junto con mi maestro, J. BERMEJO VERA, me animaron a desgajar este capítulo para su publicación independiente, que se enmarca en el Proyecto 1-D «PB. 98-1580» del Ministerio de Educación y Cultura.

Deseo también hacer constar mi gratitud a los profesores J.-Ch. PIELOW y F.-J. TETTINGER, por su desinteresada ayuda, su inusual afecto y su total disponibilidad durante mi estancia de investigación en el *Instituto de Derecho Minero y Energético* de la Universidad de Bochum (Alemania), que resultó fundamental para la conclusión de mi Tesis Doctoral y germen del presente trabajo. Y a Luis ARROYO, por su compañía en aquellos días de vida alemana. Principales abreviaturas empleadas en el trabajo: *BBergG*: Bundesberggesetz (Ley minera alemana de 13 agosto 1980); *BGB*: Bürgerlichesgesetzbuch (Código Civil alemán); *DÖV*. Die öffentliche Verwaltung (revista); *DVBl*: Deutschesverwaltungsblatt (revista); *WHG*: Wasserhaushaltsgesetz (Ley de aguas de 12-11-1996); *ZfB*: Zeitschrift für Bergrecht (revista).

mediante otras soluciones jurídicas mejores (1). Teniendo en cuenta estas finalidades, mi análisis se centra en un sistema de ordenación del sector minero sin publicación del objeto físico, como alternativa frente a un sistema basado en el dominio público que es el que caracteriza al Derecho español. A partir de ahí, el estudio del Derecho alemán permitirá, si no perfeccionar las soluciones jurídicas del modelo español, al menos sí destacar sus carencias.

Las razones que me llevaron a elegir el modelo alemán de entre los ordenamientos europeos fueron básicamente dos. En primer lugar, porque resulta un modelo interesante para nosotros, ya que parte de un sistema ajeno por completo al concepto de dominio público. El dominio público, según la conceptualización de origen francés que entre nosotros ha hecho fortuna, no ha tenido eco en el sistema alemán. Con estos presupuestos, el Derecho alemán puede clasificarse de sistema no *propietarista* de intervención pública en la ordenación de la minería.

En segundo lugar (y esto es una motivación vinculada a una sensibilidad social muy arraigada), se da la circunstancia de que Alemania es uno de los países de mayor tradición minera de la Unión Europea, que también atraviesa por una anunciada «crisis», en especial de la minería del carbón (2), con el problema añadido de la unificación alemana. Todos estos factores, incluidos los precedentes históricos (3), así como el reto que supone adentrarse en un tema que no ha suscitado el interés doctrinal, me hicieron pensar que el modelo alemán podría despejar algunas dudas sobre las insuficiencias del sistema español, precisamente por su disparidad (que, como veremos, quizás se quede en una diferencia meramente formal).

Pese a que la intervención pública en el sector minero es una constante en la historia del Derecho alemán, éste se ha regulado tradicionalmente por normas de Derecho privado, quedando reducido el papel del Estado a controlar el acceso a la explotación de las minas, a recaudar impuestos y a

(1) S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El derecho comparado*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 50 (1998), pág. 148.

(2) Un estudio sobre la minería alemana del carbón, en W. REICHEL: «El carbón en Alemania», *Actas de las Jornadas «El carbón ante el año 2000»*, Club Español de la Energía, Oviedo, 1996.

(3) La influencia de la minería germánica fue importantísima en los siglos XVIII y XIX, cuando surgieron en España las primeras Escuelas técnicas y los Cuerpos de Ingenieros Civiles. En los albores de la industrialización, España envió pensionados a las minas del Norte y Centro de Europa (Sajonia, Austria, Bohemia y Hungría) para que aprendieran de los técnicos germanos, pero sobre todo fueron los ingenieros alemanes los que viajaron a las explotaciones españolas, como Almadén, donde se creó en 1777 la primera Escuela Especial de Ingenieros de Minas, bajo la dirección de un ingeniero alemán llamado Heinrich Storr. Destaca esta influencia esencial de la ingeniería alemana, J. ESTEVE PARDO: «El común origen del Derecho administrativo y la ingeniería civil en el XIX», en la ob. col. *La configuración jurídico-política del Estado liberal en España. Actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de D. Alejandro Oliván (1796-1996)*, Huesca, 1997, págs. 121 a 130. Por su parte, A. MATILLA TASCÓN: *Historia de las Minas de Almadén*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, págs. 140 y ss., recuerda que, mucho antes incluso de la creación de la Escuela de Ingenieros de Minas de Almadén, ingenieros alemanes como Hennig K. Koehler se habían hecho cargo ya de la dirección técnica de las minas.

vigilar el buen orden de las explotaciones. Sin embargo, la naturaleza jurídico-privada del Derecho minero tradicional ha sido desplazada por un sistema autorizatorio de carácter administrativo. La doctrina destaca con énfasis —y esto es un debate vivo en Alemania— la publicación creciente de las actividades mineras, vinculada sobre todo con una actividad de planificación y con el régimen autorizatorio establecido en la ley minera de 1980. Algún autor ha destacado que el Derecho minero «en sentido estricto», centrado en la ordenación de los títulos mineros y las relaciones con los propietarios del suelo, la regulación de los daños y la policía minera, *ha perdido peso frente a los intereses de la «nueva minería», que encaja mejor en una política global sobre planificación y ordenación del territorio* (4).

Con la entrada en vigor de la *Bundesberggesetz*, de 13 de agosto de 1980 (BBergG, en adelante), se consiguió la unificación del Derecho minero alemán, mediante la creación de un sistema autorizatorio unitario para todos los Estados alemanes y la derogación de las hasta entonces vigentes leyes mineras de los Estados alemanes, así como de la *Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten*, de 24 de junio de 1865 (en adelante, ABG), y otras leyes complementarias. No obstante, los *Länder* mantienen ciertas competencias en minería, sobre todo de carácter ejecutivo. Se hará una somera referencia a la distribución competencial en esta materia, antes de analizar el sistema minero que desarrolla la BBergG como norma común de ordenación de la minería. Porque esta voluntad de regulación general de las actividades mineras, ausente hasta la Ley actual, es una prueba más de que el peso del sistema se ha trasladado hacia el Derecho público.

I. TITULARIDAD DE LA COMPETENCIA SOBRE RÉGIMEN MINERO EN ALEMANIA

La Constitución alemana realiza una referencia específica a la minería como materia objeto de distribución competencial entre el Estado y los *Länder* (5). Así, el artículo 74.1 de la Norma Fundamental (*Grundgesetz* de

(4) En este sentido, H. SCHULTE: «Das Bundesberggesetz», *Neue Juristische Wochenschrift* (1981), págs. 88 a 95.

(5) Recordemos que el principio básico alrededor del cual se articula el sistema federativo alemán es la *Bundestreue* o lealtad federal, que puede definirse como una pauta de conducta común para que las actuaciones del *Bund* y de los *Länder* tengan siempre presentes los intereses mutuos y los del conjunto del Estado. Sobre la articulación de competencias en la Constitución alemana (en especial de las competencias de carácter económico), véanse T. MAUNZ y G. DÜRIG: *Grundgesetz, Kommentar*, III, C. H. Beck'sche Verlag, München, 1986; L. PAREJO ALFONSO: «Las competencias constitucionales económicas en Alemania Federal», en la ob. col. E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, págs. 149 a 215; E. ALBERTI ROVIRA: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 86 y ss.; R. ARNOLD: *La influencia del Mercado Único Europeo sobre las competencias de carácter económico de la Federación y de los Länder y, en particular, la armonización de las legislaciones técnicas y el reconocimiento mutuo de reglamentaciones*, «REDA», núm. 66 (1990), págs. 201 a 219; y, recientemente, A. I. SÁNCHEZ RUIZ: *Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, IVAP, 1997, págs. 31 a 54. Un estudio sobre la

1949, GG en adelante) establece que «*las competencias concurrentes recaen sobre las siguientes materias: 11.ª El Derecho de la economía (minería, industria, energía, artesanía, profesiones, comercio, banca y bolsa, seguros privados)*». La minería es, como vemos, una parte del llamado «Derecho de la economía» y una materia objeto de competencias concurrentes (6).

Podemos preguntarnos cómo una competencia concurrente ha dado origen a una legislación minera preponderantemente federal, es decir, emanada del *Bund* y con vocación unificadora, teniendo en cuenta que los poderes legislativo y ejecutivo son, en principio, competencia de los *Länder*, según el principio general de primacía formal de los Estados miembros (art. 30 GG), así como la cláusula de atribución general de competencias legislativas favorable a los *Länder*, en virtud de la cual los Estados ostentan el derecho de legislar en tanto la Constitución no conceda poderes legislativos a la Federación (art. 70 GG). En definitiva, los *Länder* gozan de una presunción de competencia legislativa, con lo que la Federación sólo dispondría de una lista de competencias legislativas exclusivas enumeradas positivamente (art. 73 GG) (7).

En relación a las competencias legislativas concurrentes, que son las que centran nuestra atención, la potestad legislativa radica en los *Länder* hasta tanto y en la medida en que el *Bund* no haga uso de la suya. Por tanto, los *Länder* asumen una competencia general para regular la materia de

distribución competencial en los sectores de energía y minas, en K. STERN: «Energierrecht im Widerstreit zwischen Bundes- und Landeskompetenz», *Vorträge zur Eröffnungsveranstaltung der Forschungsstelle für Berg- und Energierrecht am 4. Dezember 1987*, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierrecht, Band 1, 1987, págs. 17 a 29.

(6) En efecto, el Derecho minero se aborda principalmente en Alemania desde el prisma del Derecho de la economía, en concreto del Derecho de la energía (*Energievertragsrecht*), pudiéndose definir como aquel conjunto de normas especiales, distintas del procedimiento general, que regulan la investigación, explotación y transformación de determinados recursos minerales, en cuanto se trata de actividades directamente vinculadas con los intereses de la economía. Es la definición que ofrecen P. J. TETTINGER: «Eröffnung und Begründung», *Vorträge zur Eröffnungsveranstaltung der Forschungsstelle für Berg- und Energierrecht am 4. Dezember 1987*, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierrecht, Band I, 1987, pág. 11; F. RITTNER: *Wirtschaftsrecht. Ein Lehrbuch*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1987, págs. 587 y ss., y G. DAPPRICH y F.-J. FRANKE: *Leitfaden des Bergrechts*, Verlag Glückauf, Essen, 1982, pág. 38.

(7) En la materia que aquí resulta de interés, que es el Derecho de la economía, se puede identificar el núcleo de las competencias exclusivas de la Federación con los *elementos básicos definidores de la política económica y del sistema económico*, distinguiéndolo de la ordenación de los concretos sectores económicos (minería en nuestro caso), donde las competencias son concurrentes con los *Länder*. No obstante, E. ALBERTI ROVIRA: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pág. 89, recuerda que los supuestos en que la Federación asume la legitimación exclusiva para regular una materia concreta no se agotan en la enumeración del artículo 73 GG, ya que existen otras disposiciones de la *Grundgesetz* enmarcables entre las competencias legislativas exclusivas del *Bund*. Además, sobre este esquema competencial aún cabría recordar otras competencias que inciden en la regulación del régimen minero, y que han suscitado conflictos de interés. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 75 GG, la Federación tiene la competencia para dictar normas de carácter básico o normas-marco sobre determinadas materias como la caza, la protección de la naturaleza o la defensa del paisaje (núm. 3) y la distribución del suelo, la ordenación del territorio o la regulación de las aguas (núm. 4), siempre que se cumplan los presupuestos exigidos en la cláusula de necesidad del artículo 72.2 GG.

que se trate (la minería), salvo que la Federación decida hacer uso de su competencia concurrente, en cuyo caso la legislación federal prevalece sobre la de los *Länder*, aun cuando ésta sea anterior (art. 72.1 GG). Para poner freno a un posible desapoderamiento de los *Länder* en la hipótesis de que la Federación agotase todas las competencias concurrentes, pero también para permitir el desempeño por el *Bund* de aquellas funciones necesarias para el interés general, se introdujo la conocida y debatida *cláusula de necesidad* del artículo 72.2 GG, según la cual la Federación sólo podrá intervenir cuando sea necesario para salvaguardar la uniformidad de las condiciones de vida de los Estados federales o cuando así lo exija la unidad jurídica o económica del país más allá del territorio de un *Land* (8). Esta denominada *cláusula de necesidad* ha terminado provocando, pese a la presunción general de competencia legislativa de los *Länder*, un extraordinario incremento de la actividad legislativa de la Federación (9).

Pues bien, tal y como se expresaba en su Exposición de Motivos, la BBergG fue dictada en desarrollo de la competencia legislativa federal para establecer la uniformidad del régimen minero, derivada de la existencia de una competencia concurrente y del ejercicio de la *cláusula de necesidad*. Curiosamente, la doctrina afirmó la conveniencia de una unificación y modernización del Derecho minero ya desde las primeras propuestas de unificación (10).

Al contrario de lo que ocurre en el ámbito legislativo, donde la preeminencia de la Federación es evidente, en el plano de la ejecución la descentralización es prácticamente absoluta. En efecto, corresponde a los *Länder* una competencia general de ejecución de toda la legislación, incluidas las leyes federales, «como si se tratase de sus materias propias» (art. 83 GG). El articulado de la BBergG nunca concreta quiénes son las autoridades competentes, remitiéndose el §142 BBergG a lo que establezcan las normas de desarrollo de los *Länder*. Y así, la ejecución de todas las actuaciones administrativas previstas en la BBergG, desde el otorgamiento de los

(8) Sobre la evolución reciente de la *cláusula de necesidad*, véase A. I. SÁNCHEZ RUIZ: *Federalismo e integración europea*, cit., pág. 44.

(9) Para E. ALBERTI ROVIRA: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, cit., pág. 86, la *cláusula de necesidad* se ha convertido en un verdadero «coladero» de leyes federales.

(10) El Proyecto de Ley de Minas y su Exposición de Motivos (*Entwurf für ein Bundesberggesetz*, BT-Drucksache 8/1315) fue íntegramente publicado en la revista ZfB. Bd. 122 (1981), págs. 94 y ss. Como explica R. WILLECKE: «Vom Preußischen Allgemeinen Berggesetz zum Bundesberggesetz - Entwicklungstendenzen im deutschen Bergrecht-», *Vorträge zur Eröffnungsveranstaltung der Forschungsstelle für Berg- und Energerecht am 4. Dezember 1987*, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energerecht, Band 1, 1987, pág. 36, la dispersión del Derecho minero había llegado a ser tan grande que la Federación decidió hacer uso de su competencia legislativa, pues nadie dudaba ya que su unificación era imprescindible para cooperar a «la unidad económica del país» (como condición para la aplicación de la *cláusula de necesidad* del art. 72.2 GG). Mucho antes de la promulgación de la BBergG, R. ISAY: *Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts*, Munich, 1952, y *Entwurf eines Bundesberggesetzes*, Munich, 1954, había propuesto la necesidad de unificar el sistema minero.

títulos mineros hasta las instrucciones de funcionamiento interno y organización, es competencia de los *Länder* (11).

II. DOMINIO PÚBLICO, *ÖFFENTLICHE SACHEN* Y RESERVA DE AUTORIZACIÓN EN EL SISTEMA ALEMÁN

El Derecho público alemán opta por un sistema de ordenación de la minería denominado prohibición preventiva con reserva de autorización (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), que se basa en dos principios fundamentales: la separación del suelo y el subsuelo, y la prohibición de investigar y explotar recursos mineros sin autorización previa, que garantizará a sus titulares un derecho público subjetivo a desarrollar las actividades de investigación o explotación de los recursos.

Hay que aclarar, no obstante, que tal sistema ni siquiera se aplica a todas las actividades mineras, sino tan sólo a las que tengan por objeto los recursos considerados en la BBergG como *bergfreie Bodenschätze* o «minerales libres», que son los únicos que requieren autorización previa para su investigación y explotación. La explotación de las demás sustancias, denominadas *grundeigene Bodenschätze*, se atribuye al propietario del suelo, son actividades que se dejan a la libre decisión de la propiedad superficial y se rigen, salvo las excepciones que la propia ley establece, por las normas del BGB.

Quizás pudieran esbozarse las razones por las que el Derecho alemán no ha publicado sus recursos minerales, al contrario de lo que ocurre con las grandes vías fluviales de navegación o con las autopistas estatales, que se declaran propiedad de la Federación (arts. 89 y 90 GG). Incluso, la Constitución alemana contiene un precepto según el cual «*el suelo, los recursos naturales y los medios de producción pueden, mediante ley que regule la forma y el alcance de las indemnizaciones y con un fin de socialización, ser declarados de propiedad colectiva o incluidos bajo otras formas de economía socializada*» (art. 15 GG). De este modo, los recursos minerales podrían ser objeto de propiedad estatal (como en el sistema derogado de la RDA) y estarían bajo el control directo del Estado, incluso explotados directamente por éste (12). Ahora bien, aunque podría haberse producido esa «apropiación» en manos del Estado, el Derecho alemán no conoce la categoría del dominio público o de la propiedad pública.

Para profundizar en estas cuestiones será preciso recordar en este mo-

(11) No obstante, el *Bund* tiene la facultad, a través del Ministro de Economía, de dictar «instrucciones generales» para el desarrollo de la BBergG, con autorización de la Cámara Alta (facultad prevista ya en el art. 84.2 GG y concretada en el §143 BBergG). Estas «instrucciones generales» son normas de ámbito interno, que carecen de efectos generales para los ciudadanos y que tienen por objeto la organización administrativa. El concepto, en H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 1997, págs. 588 y ss.

(12) Una referencia a esta posibilidad, en G. KUHNE: «Entwicklungstendenzen des Bergrechts in Deutschland», en ob. col. *Wandel und Beharren im Bergrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1992, pág. 71.

mento las bases de la teoría alemana de las *öffentliche Sachen*. La discusión se centra en una alternativa básica entre dos formas de configurar los derechos públicos sobre las cosas. Una posibilidad consiste en entender que el Derecho público de cosas se construye como un derecho igual, en su calidad y extensión, a la propiedad privada, esto es, como una auténtica propiedad (pero «pública»). La otra opción reside en considerar que el poder público sobre las cosas no es sino un derecho real limitado, una servidumbre pública (*Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts*). Pues bien, en Alemania ha triunfado esta segunda opción, a partir de una concepción unitaria del derecho de propiedad (13). El sistema alemán no reconoce una propiedad pública distinta de la propiedad civil, sino una única propiedad, siempre civil, aunque pueda estar afectada a diversas finalidades públicas. Para la mayoría de la doctrina, la propiedad sólo puede ser privada, nunca pública, y la protección frente a las agresiones encuentra suficiente cobertura en el Derecho civil y en las reglas de la propiedad privada. Por eso, las *öffentliche Sachen* pueden regirse por las reglas del Derecho privado mientras el fin general que cumplen y al que están afectadas no se vea desfigurado; sobre ellas recae una simple servidumbre administrativa, en lo que se ha dado en llamar «propiedad privada modificada» (*modifiziertes Privateigentum*).

A OTTO MAYER corresponde el esfuerzo (calificado de «atrevimiento» por sus detractores) de haber intentado elaborar una teoría sobre la propiedad pública en Alemania a partir del concepto francés del dominio público (14). Para este autor, la afectación produciría un «cambio definitivo» en la naturaleza de las cosas, que transforma lo que hasta entonces se encontraba en manos de propietarios privados en una propiedad pública. OTTO MAYER abrazaba la idea de un «Derecho público de las cosas» y de la unidad de naturaleza de todas las cosas afectadas en torno a la propiedad pública, ya que la soberanía del Estado sobre las cosas debía regularse y obtener protección exclusivamente por el Derecho público. Aunque ha encontrado apoyos en algunas leyes de los *Länder* que sí declaran expresa-

(13) Puede discutirse, incluso, que en Alemania exista realmente una construcción dogmática de la teoría general de las cosas públicas, ya que su estudio suele hacerse a partir de las especialidades de cada sector de las cosas públicas (carreteras, aguas), en la llamada parte especial del Derecho administrativo (si es que la distinción entre una «parte general» y una «parte especial» responde a algo más que a simples criterios didácticos). No obstante, un importante sector doctrinal ofrece una teoría acabada de las *öffentliche Sachen* a partir de sus características comunes. Además de los trabajos que aparecen citados más adelante, adelanto por su interés la referencia de tres monografías ya clásicas sobre las cosas públicas, las de H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, De Gruyter, 2.^a ed., 1984; M. KROMER: *Sachenrecht des öffentlichen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, y E. PAPPERMAN, R.-P. LÖHR y ANDRISKE: *Recht der öffentlichen Sachen*, C.H. Beck'sche Verlag, München, 1987.

(14) Véase O. MAYER: «Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums», *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. 21 (1907), págs. 499 a 522; «Neues vom öffentlichen Eigentum», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 39 (1920), págs. 77 a 95, y *Derecho administrativo alemán*, tomo III: *El Derecho público de las cosas*, trad. española, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982. Los dos primeros trabajos los he consultado en la recopilación de trabajos de O. MAYER: *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981.

mente la propiedad pública sobre los lechos de agua, los diques y los caminos, sus tesis han sido siempre absolutamente minoritarias (15).

La expresión «cosa pública» abarca un amplio repertorio de objetos de naturaleza heterogénea, pero identificables por dos notas esenciales: la función de servicio al bien común y el régimen jurídico-público. Estamos ante bienes que, por estar destinados a un fin público mediante afectación (*Widmung*), adquieren una posición jurídica especial, distinta de la de los demás objetos y, por tanto, un régimen configurado tanto por el ordenamiento jurídico privado como por el Derecho público que a aquél se superpone (concepción dualista). Como se ve, uno de los elementos fundamentales resulta aquí también, como en la teoría del dominio público, la afectación a un fin público. El régimen jurídico de la cosa pública no se adquiere por el simple hecho de servir al bien común, sino por un acto legislativo o administrativo especial que destina los bienes al fin público que deben cumplir (16).

Uno de los primeros interrogantes que se plantea la teoría alemana de las *öffentliche Sachen* es si el concepto civil de «cosa» sirve también para el Derecho administrativo, llegando a la conclusión de la diferente extensión que este concepto tiene en el Derecho público. Según la doctrina mayoritaria, para el Derecho público no es válido el concepto de cosa definido en el §90 BGB, porque incluye necesariamente la nota de corporeidad. Las cosas, como objeto de Derecho público, no necesitan ser corporales. Esto significaría que el espacio aéreo (más allá del ámbito de dominio del propietario del suelo), la energía eléctrica o el mar abierto también son objetos para el Derecho público (17). Por otro lado, las normas sobre relaciones ju-

(15) Únicamente las leyes del *Land* de Hamburgo de carreteras (*Hamburgische Weggesetz*, de 14 de abril de 1961) y de diques (*Hamburgische Deichordnungsgesetz*, de 29 de abril de 1964), así como la ley sobre el lecho de las corrientes de aguas de Baden-Württemberg (*Wassergesetz*, de 1976), han reconocido auténticas propiedades públicas, aunque la doctrina ha restado valor a estas referencias legales, tildándolas de «sin sentidos» y de meras etiquetas vacías de contenido (*Etikettenschwindel*). Véanse las críticas de H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 8. Para E. FORSTHOFF: *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. francesa, Bruselas, 1969, págs. 549 y 550, la noción de propiedad privada, inherente a la cosa pública, no puede ser reemplazada por la noción, no definida y difícil de definir, de «propiedad pública».

(16) Sobre el concepto general de «cosa pública» como régimen jurídico-público, F. FLEINER: *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. española. Ed. Labor, 1933, págs. 283 a 290; K. STERN: «Die öffentliche Sache», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*, núm. 21 (1964), págs. 183 a 211; E. FORSTHOFF: *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., págs. 544 a 552; H.-J. WOLFF: *Verwaltungsrecht I*, C. H. Beck'sche Verlag, 8.ª ed., Munich, 1971, págs. 411 a 448; H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 1; E. SCHMIDT-JORTZIG: «Vom öffentlichen Eigentum zur öffentlichen Sache», *NVwZ* (1987), pág. 1028; U. HADE: «Das Recht der öffentlichen Sachen», *Juristische Schulung* (1993), pág. 113; J. SALZWEDEL: «Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen», en ob. col. H.-U. ERICHSEN: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 10.ª ed., 1995, pág. 543; F.-J. PEINE: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 283 y ss.; F.-H. PEINE: «Recht der öffentlichen Sachen-Teil 1», *Juristen Zeitung* (1996), págs. 350 a 356, y «Recht der öffentlichen Sachen-Teil 2», *Juristen Zeitung* (1996), págs. 398 a 409.

(17) Sin embargo, W. WEBER: «Die öffentliche Sache», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* (1964), pág. 149, y H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 2, niegan que esta ampliación tenga sentido y promulgan, en contra del

rídico-reales de carácter privado no resultan necesariamente aplicables a las cosas públicas (18).

Hay que aclarar que, desde luego, el sistema vigente de «prohibición con reserva de autorización» no se opone ni es incompatible con la categoría de las cosas públicas. En otras palabras, ni la construcción de las *öffentliche Sachen* ni la instauración de un sistema autorizatorio público presuponen una *publicatio* del objeto intervenido, pues se admite que éste sea objeto de propiedad privada. Ambos tienen como finalidad primordial reforzar el protagonismo del Derecho público, pero de forma bien distinta a nuestra teoría de la propiedad pública, bien mediante un régimen jurídico-público que se superpone a la propiedad privada sobre la cosa, bien mediante un control público de la actividad que ordene el acceso a los aprovechamientos, con independencia de su propiedad (19).

Sin embargo, ambos sistemas son también perfectamente diferenciables.

Mientras que la llamada «prohibición con reserva de autorización» afecta a determinadas actividades de los particulares que quedan prohibidas o limitadas en aras de ciertos intereses públicos, en el caso de las *öffentliche Sachen* son las mismas cosas las que se destinan directamente al cumplimiento de una finalidad pública, con independencia de que, posteriormente, el acceso a determinados usos de las mismas se realice a través de un sistema autorizatorio público, como ocurre con las aguas.

En realidad, la BBergG no parece tener como una de sus preocupaciones fundamentales la determinación de la propiedad de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos. Su finalidad primordial es «regular la investigación y la explotación de los recursos minerales para garantizar la seguridad del mercado de materias primas» (§1.1.º BBergG), sin que en ningún momento se establezca la propiedad estatal de los recursos. Como se verá más adelante, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia estiman que los recursos minerales son *res nullius* susceptibles de apropiación particular. Precisamente, los títulos mineros que otorga el Estado permiten a sus titulares apropiarse de los recursos concedidos por ocupación, según las reglas civiles para la adquisición de la propiedad.

Con estos precedentes, no parece descabellado plantear si las minas podrían calificarse como *öffentliche Sachen* en el sistema alemán, con el

parecer mayoritario, que sólo las cosas corporales puedan ser cosas públicas. A su juicio, si el régimen de las *öffentliche Sachen* tiene sentido únicamente para proteger funciones públicas, apartándolas (parcialmente) de un régimen jurídico-privado al que en otro caso estarían sometidas, no tiene sentido incluir entre las cosas públicas aquellos bienes que, por no darse en ellos la nota de corporeidad, nunca estarían sometidos a las reglas del Derecho privado.

(18) E. PAPPERMANN: «Grundfälle zum öffentlichen Sachenrecht», *Juristische Schulung* (1979), pág. 797, y H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 3.

(19) Incluso, el sistema denominado *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* está implícito en alguna de las categorías más típicas de las *öffentliche Sachen* como las aguas, aunque en el régimen de la ley alemana de aguas tal prohibición no tiene carácter preventivo sino prohibitivo, sin que se reconozca a los particulares un derecho subjetivo material a que la Administración les otorgue una autorización (*Erlaubnis*) o concesión (*Bewilligung*) para la explotación de las aguas.

contenido y límites que a este concepto asignan la doctrina y la jurisprudencia, ya que existirían argumentos para considerar que son también objeto de una «propiedad modificada» o limitada por una servidumbre pública. Y así, en virtud de la afectación a los fines establecidos en la BBergG, fundamentalmente la seguridad en el suministro de materias primas, la llamada «propiedad minera», tanto sobre los minerales «del suelo» como sobre los recursos cuya explotación requiere autorización previa, se encuentra sometida a unas reglas jurídico-públicas que limitan la aplicación de las normas de Derecho privado (20). Se trata de normas referentes a la planificación, a la protección del medio ambiente o a la seguridad de las explotaciones, que, en definitiva, restringen la capacidad de disposición del supuesto «propietario minero».

Ahora bien, hay un dato incluídible, y es que, al parecer, nadie en la doctrina alemana ha afirmado que las minas sean cosas públicas, pese a que se ha reconocido la creciente publicación del Derecho minero a partir del sistema autorizador público y de la planificación introducidos por la BBergG (21). Además, la BBergG silencia la conceptualización formal de los yacimientos; no existe un acto jurídico de afectación que otorgue a estos bienes un régimen jurídico-público, ni legislativo ni administrativo. Y pese a que no es menos cierto que tampoco la *Wasserhaushaltsgesetz* de 12 de noviembre de 1996 (WHG) establece el carácter de «cosa pública» de las aguas, y que pese a ello la doctrina sostiene unánimemente que las aguas son *öffentliche Sachen*, creo que entre la ordenación jurídica de las minas y de las aguas existen diferencias fundamentales que permiten negar la definición de cosa pública para las primeras.

Sin perjuicio de insistir más adelante en estas cuestiones, la diferencia esencial radica en el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos a la investigación y la explotación de los recursos minerales libres, frente a la discrecionalidad que caracteriza el otorgamiento de las autorizaciones sobre las aguas, amén de que existen explotaciones mineras auténticamente privadas que ni siquiera están sometidas a un sistema autorizador público.

Indudablemente, la hipotética inclusión de las minas en la categoría de las *öffentliche Sachen* abriría un nexo de unión interesante entre los modelos español y alemán. Porque, pese a la extendida tesis de que la concep-

(20) Los civilistas K. REMANN y J. J. SACKER: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Sachenrecht (§§854-1296)*, C. H. Beck'sche Verlag, 2.ª ed., Munich, 1986, pág. 529, consideran que la propiedad minera es una «propiedad fiduciaria» porque su constitución depende de una previa autorización administrativa, afirmación que no resultaría extensible, sin embargo, a los minerales cuya propiedad se atribuye al propietario del suelo.

(21) Luego se verá que algunos autores han afirmado, bajo la vigencia de la vieja ley minera, que los recursos minerales podían considerarse «cosas públicas» antes de la cesión de su propiedad a los particulares. En este sentido, ARNDT: *Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit*, Bielefelds Verlag, 2.ª ed., Freiburg, 1916, págs. 284 y 285, para quien los minerales son cosas públicas antes de su cesión a terceros, con independencia de que el titular de los derechos mineros sea considerado también como un verdadero propietario después de la concesión.

ción francesa del dominio público se contraponen radicalmente a la concepción alemana de las *öffentliche Sachen*, ambas muestran no pocos elementos comunes (22). No es muy distinta la tipología de bienes que cumplen directamente funciones públicas y están sometidos a un régimen jurídico-público o que, de un modo indirecto, cumplen funciones públicas. Tanto en el sistema alemán como en el español se aprecian muy semejantes tipologías de bienes, según una gradación de la intervención pública en función de su intensidad que recuerda mucho a la «escala de la demanialidad» de DUGUIT.

En primer lugar, tanto las *öffentliche Sachen* como el dominio público consisten en una categoría de bienes que se encuentran afectados a un fin público mediante acto jurídico, legislativo o administrativo. En ambos modelos, el sometimiento de las cosas a un régimen jurídico-público tiene su origen en un derecho real de naturaleza jurídico-pública. La distinción radica en que la titularidad del Estado sobre las *öffentliche Sachen* se define como un derecho o señorío real limitado, como una servidumbre pública y, en nuestro sistema, se trata de un derecho real pleno como la propiedad (si bien esta tesis está dejando de ser mayoritaria, si atendemos al debate entre las tesis *funcionalistas* y tesis *propietaristas*, por todos conocido). Para nosotros, el poder jurídico real que recae sobre las cosas de dominio público es exclusivamente una propiedad (pública). Por el contrario, el régimen jurídico-público que caracteriza a las *öffentliche Sachen* puede recaer sobre cosas de propiedad privada, sólo que esta propiedad queda gravada por una servidumbre de Derecho público que crea un señorío jurídico-público sobre la cosa y constriñe a su vez las facultades jurídico-privadas del propietario.

En segundo lugar, existen bienes de propiedad privada de titularidad de una persona jurídico-pública, sometidos a las reglas del Derecho civil como auténticas propiedades privadas, llamados bienes patrimoniales o *Finanzvermögen*. Efectivamente, las cosas públicas se contraponen al llamado patrimonio financiero de la Administración porque, frente al servicio directo que prestan aquéllas, el patrimonio financiero sólo sirve a la comunidad de forma indirecta o mediata, a través de sus rendimientos, utilizándose con criterios económicos y, por ello, totalmente sometido a las reglas del tráfico jurídico-privado (23).

El entrecruzamiento entre ambos sistemas y, por tanto, sus similitudes se pone de manifiesto en otros rasgos comunes. Por ejemplo, si bien es verdad que las *öffentliche Sachen* pueden ser objeto de propiedad privada y hallarse en manos de particulares, la realidad nos muestra que la mayor parte de las mismas se encuentran en poder de un Ente público (son pro-

(22) Para F. SAINZ MORENO: «Artículo 132. Dominio público. patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional», en ob. col. O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1985, pág. 135, ambos modelos son el resultado histórico de una diferente evolución de la distinción romana de las cosas.

(23) Con carácter general, la delimitación negativa de las cosas públicas, en H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 3; J. SALZWEDEL: «Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen», cit., pág. 544; F.-J. PEINE: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 281.

propiedades *privadas* de titularidad de una Administración pública), y que incluso la doctrina tiende a afirmar la «necesidad» de que determinadas cosas se encuentren en manos públicas mejor que en poder de los particulares (sin dejar de reconocer una propiedad *privada* sobre todas ellas). Así, PAPIER ha llegado a afirmar que «no es casualidad que la aceptación legal de la “propiedad pública” se haya producido hasta ahora únicamente en un sector concreto de las cosas públicas: el de las cosas destinadas a un uso común, en las cuales quien ejerce el poder público sobre la cosa debe ser también el propietario (privado) de la misma» (24). La Constitución alemana atribuye al Estado la propiedad de las grandes vías de agua navegables y de las carreteras y autopistas que pertenecían al Reich (arts. 89 y 90 GG), todas ellas a su vez *öffentliche Sachen* de uso común.

También en un sistema de dominio público los bienes de propiedad privada pueden encontrarse condicionados por ciertos derechos de naturaleza real no plenos, limitativos del dominio (servidumbres públicas) o de preferencia adquisitiva (derechos de tanteo y retracto), o bien por simples y puras limitaciones. ¿Tienen naturaleza demanial esos derechos reales limitados que recaen sobre la propiedad privada? Si la respuesta fuese afirmativa, la contraposición entre el modelo demanial y el de las *öffentliche Sachen* se difuminaría notablemente. Aunque muy discutida, la cuestión fue analizada en nuestro país por L. M. DIEZ-PICAZO, para quien también los derechos reales limitados, y no sólo el derecho de propiedad, pueden tener carácter demanial (25). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina circunscribe el dominio público al derecho de propiedad, considerando que esas titularidades públicas de carácter real no tienen carácter demanial.

Ahora bien, para los autores alemanes, la teoría de la propiedad privada modificada tendría la ventaja práctica de poder determinar una posición unitaria para todas las cosas públicas (26). Indudablemente, el reconocimiento de una propiedad «pública» exclusiva del dominio público, al lado de una propiedad «privada» de la Administración (bienes patrimoniales) o de los particulares, introduce una distinción que resulta artificial o

(24) H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 11. En el mismo sentido, E. SCHMIDT-JORTZIG: «Vom öffentlichen Eigentum zur öffentlichen Sache», cit., pág. 1029, recuerda que algunas leyes de los *Länder*, para evitar los conflictos entre los propietarios y las autoridades, procuran que las cosas públicas pasen a constituir una propiedad de titularidad pública (aunque, por supuesto, una propiedad «privada»).

(25) Los primeros esfuerzos, en L. M. DIEZ-PICAZO: *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena*, «REDA», núm. 35 (1982), págs. 651 a 655, y también, L. PAREJO ALFONSO: *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, núm. 100-102 de esta REVISTA, vol. III (1983), págs. 2379 y 2380.

(26) Expresión de H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 11. E. FORSTHOFF: *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pág. 550, mantiene que la teoría de la propiedad privada modificada, como sustrato común a todas las cosas públicas, otorga unidad a la construcción alemana. Entre nosotros, J. M. DÍAZ LEMA: «Derecho alemán de aguas», en ob. col. A. GALLEGO ANABITARTE (y otros): *El Derecho de aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986, pág. 717 (en nota), ha afirmado que no hay que sobrevalorar el dato público en el régimen de las cosas públicas, pues lo realmente esencial es que entre ellas y su titular hay una relación de propiedad en sentido estricto, privado, aunque esta propiedad resulte «modificada» por un elemento público.

inútil —recuérdense las críticas a los esfuerzos de MAYER— para un sistema que, por razones históricas, sólo reconoce una única propiedad civil. Esta falta de unidad ha sido reconocida incluso en el seno de los propios sistemas basados en el dominio público, donde surgen críticas que inciden en la inconveniencia de seguir manteniendo la dualidad de regímenes entre un patrimonio administrativo «privado» y una propiedad «pública» o demanial (27).

Por lo que aquí interesa, partiendo de una realidad inexcusable, como es la falta de publicación de los yacimientos en el sistema alemán, un estudio comparativo debe orientarse hacia la resolución de las siguientes cuestiones: *qué técnicas son exclusivas de un sistema de intervención basado en el dominio estatal de los yacimientos, y cuáles son propias de un sistema que toma como eje una intervención sobre la actividad a través de una reserva de autorización jurídico-pública.*

Análisis que nos llevará a la conclusión de que el dominio público de los recursos minerales no significa sino una prohibición general de acceso a los aprovechamientos con reserva de autorización reglada. Ahora bien, precisamente por su diferente punto de partida, creo que puede afirmarse que el Derecho español es profundamente incongruente, ya que, en mi opinión, *no consigue armonizar coherentemente los principios del dominio público minero con la intervención pública en las distintas fases de la actividad extractiva.*

III. LA LLAMADA «PROHIBICIÓN GENERAL BAJO RESERVA DE AUTORIZACIÓN» PARA LA INVESTIGACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS MINERALES

La BBergG supuso la unificación del Derecho de minas en Alemania; más adelante se analizarán los efectos de la «segunda unificación» derivada de la reunificación alemana de 1990. Con anterioridad a la entrada en vigor de esta importante norma, que tuvo lugar el 1 de enero de 1982 (§178 BBergG), la ordenación de la minería se hallaba dispersa en leyes federales. En efecto, aunque la *Allgemeine Preußische Berggesetz* (ABG) de 24 de junio de 1865 supuso ya una primera homogeneización del Derecho minero, los *Länder* mantenían en vigor sus leyes propias (28). Prescindiendo de un recorrido histórico minu-

(27) Para P. YOLKA: *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1997, se trataría de unificar el régimen de los bienes de la Administración en torno a la propiedad pública, de forma que también los tradicionalmente llamados «bienes patrimoniales» constituirían propiedades «públicas», aunque no «afectadas» como los bienes de dominio público.

Otro grupo de autores, sin llegar a esta unificación alrededor del concepto de propiedad pública y basándose en la «escala de la demanialidad» de DUGUIT, reconocen que los bienes patrimoniales de la Administración también deben estar sustraídos al tráfico privado y someterse a los controles y reglas del Derecho público. Por todos, A. MENÉNDEZ RE-XACH: *Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos*, «Ciudad y Territorio», núm. 95-96 (1993), págs. 209 a 221. Cabe recordar, entre nosotros, la brecha introducida por la STC 166/1998, de 15 de julio, en la clasificación tradicional de los bienes públicos.

(28) En el momento de la promulgación de la BBergG existía una dispersión de leyes

cioso (que, pese a su interés, resultaría ajeno al *iter* argumental de este trabajo), el sistema alemán evoluciona desde la regalía minera (29), hacia el sistema de libertad minera o *Bergbaufreiheit* (30), complementándose con la potestad de policía (31) o las reservas mineras (32).

Puede destacarse como principio básico de todo sistema minero la eliminación del poder de disposición de los propietarios del suelo sobre determinadas sustancias minerales, es decir, el derecho de toda persona a ex-

mineras en los Estados alemanes. Según destaca E. KRAUTSCHNEIDER: «Die Zersplitterung des Bergrechts in der Bundesrepublik Deutschland», publicados en *ZfB*. Bd. 97 (1956), págs. 184 y ss.; Bd. 98 (1957), págs. 100 y ss.; Bd. 99 (1958), págs. 339 y ss.; Bd. 107 (1966), págs. 300 y ss.; Bd. 110 (1969), págs. 65 y ss.; Bd. 112 (1971), págs. 66 y ss.; Bd. 114 (1973), págs. 46 y ss., y Bd. 122 (1981), págs. 410 y ss.

En las leyes mineras de los *Länder* se observaba un fuerte influjo del Derecho minero francés. Así, en Renania del Norte-Westfalia estuvo vigente la Ley de minas napoleónica de 1810. como explica HERR: «Die Beziehungen des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes zum älteren deutschen und zum französischen Bergrecht», *ZfB*. Bd. 106 (1965), pág. 54.

(29) La consecuencia necesaria del sistema regalista fue, como en España, la separación entre el derecho a extraer minerales y el derecho de propiedad del suelo. Al respecto, véanse ARNDT: *Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit*. Bielefelds Verlag, 2.^a ed., Freiburg, 1916, págs. 47 y ss.; O. MAYER: *Derecho Administrativo Alemán. I. Parte General*, trad. española, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 25 a 85.

(30) H. WELLER: «Das Bundesberggesetz in der Bewährung- Zwei Jahre B BergG», *ZfB*. Bd. 125 (1984), pág. 165. define el principio de la libertad minera como aquel que ha permitido a cualquier persona que encuentra un yacimiento y realiza una denuncia formal (*Mutung*) adquirir el derecho a que el Estado le conceda un título de propiedad minera. Pese a tratarse de sistemas distintos, la libertad minera surge como una evolución de la regalía minera, pues ambos tenían como finalidad esencial la separación entre suelo y subsuelo, es decir, la negación al propietario del suelo del poder de disposición sobre el subsuelo. Una visión general de este sistema para la investigación, denuncia y adquisición de la propiedad minera, en A. BOCHALLI: *Besonderes Verwaltungsrecht II*, Carl Heymanns Verlag, Köhln, Berlín, 1959, págs. 184 a 189, y, sobre todo, en R. WILLECKE y G. TURNER: *Grundriß des Bergrechts*, Springer Verlag, 2.^a ed., Berlín, 1970, págs. 58 a 77, y G. BODLT y H. WELLER: *Bundesberggesetz. Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlín, 1984, págs. 98 a 106.

(31) El fundamento de la intervención del Estado en la actividad minera se ha basado desde antiguo en dos principios denominados de dirección (*Direktionsprinzip*) e inspección (*Inspektionsprinzip*). El primero de ellos significa que el Estado tiene una potestad de control sobre esta actividad económica a través de una organización especial que, además de velar por la aplicación de las normas, dirige personalmente las explotaciones mineras. En efecto, en aplicación de este «principio de dirección», los funcionarios públicos asumen la dirección técnica y económica de las empresas mineras. Tal principio se remonta al siglo XIV y se suaviza con el liberalismo, transformándose en el más moderado «principio de inspección», según el cual la intervención estatal en las actividades mineras se limita a un poder de policía, sin que los funcionarios participen directamente en la gestión de las empresas mineras. La diferencia entre ambos principios es analizada en profundidad por R. PIENS, H.-W. SCHULTE y S. VITZTHUM: *Bundesberggesetz. Kommentar*, Verlag W. Kohlhammer, 1.^a ed., Stuttgart, 1983, págs. 443 y 444, y E. KRAUTSCHNEIDER: «Direktionsprinzip und Inspektionsprinzip im Bergrecht», *ZfB*. Bd. 103 (1962), págs. 26 a 31.

(32) Frente al liberalismo de la ABG, los Estados alemanes se vieron en la necesidad, a partir del siglo XX, de intensificar el control sobre la explotación de los recursos minerales, no sólo mediante una potestad de policía, sino prohibiendo en ciertos casos la investigación y la explotación de los recursos, llegando hasta su explotación directa si era necesario, o interviniendo las empresas mineras. Comienza la época de las reservas mineras. Una descripción amplia sobre el alcance y la naturaleza jurídica de las reservas mineras, en E. STEFFEN: «Inhalt und Rechtsnatur des Staatsvorbehalts», *ZfB*. Bd. 102 (1961), págs. 310 a 330 y 424 a 452, y P. BADURA: *Das Verwaltungsmonopol*, Duncker & Humblot, Berlín, 1963, con una referencia específica a la reserva minera en págs. 146 a 160.

traer minerales aunque se encuentren en fundos ajenos. La ordenación jurídica de las minas en Alemania se ha basado tradicionalmente en este principio de libertad (*Bergbaufreiheit*). La libertad minera ha significado, sobre todo, como en España, la separación jurídica entre el suelo y del subsuelo, es decir, la prohibición de que el propietario del suelo pudiera atribuirse la explotación de los recursos del subsuelo (33). La importancia que para la economía tienen las sustancias minerales es el fundamento jurídico que permite que el hallazgo y explotación de tales riquezas se declare independiente de la voluntad de los propietarios del suelo (34).

El legislador de 1980 sustituyó el viejo modelo por un único sistema autorizatorio de carácter público, cuyo principio esencial es que nadie puede investigar o extraer recursos minerales libres sin una autorización pública. Este sistema alemán de *prohibición con reserva de autorización* se basa en el reconocimiento de derechos sucesivos sobre las fases económicas de la investigación y el hallazgo de los recursos minerales, tal y como vienen definidas en el §4 BBergG. Hago notar que este sistema autorizatorio tiene por objeto sólo a los minerales «libres», porque la explotación de los recursos clasificados como *grundeigene Bodenschätze* es inherente a la propiedad del suelo y no requiere de ningún acto autorizatorio público.

Ahora bien, la BBergG ha establecido una *prohibición meramente preventiva* y no de carácter represivo, lo cual trae como consecuencia que el solicitante ostenta un derecho subjetivo al otorgamiento de los títulos mineros si se cumplen las condiciones legales, de modo que la decisión administrativa no sería discrecional, sino absolutamente reglada. En otras palabras, si no concurre ninguno de los motivos de denegación establecidos en los §§11 a 13 BBergG, el solicitante tendría un derecho a obtener el correspondiente título minero (35). Desde esta perspectiva, el sistema autorizatorio

(33) Para H. WELLER: «Das Bundesberggesetz in der Bewährung- Zwei Jahre BBergG», *ZfB*, Bd. 125 (1984), pág. 165, podría afirmarse la pervivencia del sistema de libertad minera tras la entrada en vigor de la BBergG, norma de equilibrio entre la concepción más estricta del principio de la *Bergbaufreiheit* (la propiedad de las minas se adquiere por ocupación) y el descubridor ostenta un derecho a que el Estado le otorgue la propiedad de las minas) y la más restrictiva de las reservas mineras. G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 117, recuerdan que la libertad, en el sentido de la BBergG, significa todavía la quiebra del poder de disposición de los propietarios del suelo sobre las sustancias minerales, aunque ya no, como en origen, que la propiedad minera se adquiriera por el simple hallazgo y posterior denuncia de los recursos, pues ahora es necesaria una autorización estatal. Estos autores colocan a la regalía minera y al principio de libertad como el origen histórico del sistema actual de prohibición bajo reserva de autorización, lo cual se explicaría a partir de la separación dogmática entre las propiedades del suelo y el subsuelo como sustrato común a todos aquellos sistemas históricos.

(34) En este sentido, B. SCHULZ: *Der rechtliche Status von Erdölvtrträgen nach dem Bundesberggesetz*, Tesis Doctoral, 1990, pág. 37; G. KÜHNE: «Bergbau und Staatseinfluß in der neueren Berggesetzgebung», *Juristische Schulung* (1988), págs. 433 a 439. Basándose en la literalidad del §905 BGB, los civilistas K. REBMAN y F. J. SACKER: *Münchener Kommentar*, cit., pág. 540, afirman que la minería constituye una de esas actividades que, por el interés que tienen para la economía nacional, se declaran independientes de la voluntad del propietario del suelo.

(35) Según G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 223; SCHUSTER: «Die Erteilung von Bergbauberechtigungen nach dem Bundesberggesetz», *Glückauf. Zeitschrift für Technik und Wirtschaft des Bergbaus* (1983), pág. 35; M. BERGMANN: «Über die Ent-

rio de la BBergG conecta con el principio histórico de la libertad minera, como se ha indicado anteriormente.

Vale la pena detenerse algo más en la comparación de estos dos sistemas de ordenación de las aguas y de las minas. La doctrina ha puesto de manifiesto que la nueva regulación de las minas de la BBergG está inspirada en los títulos que para la explotación de las aguas establece la Ley Federal de 12 de noviembre de 1996 (*Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts o Wasserhaushaltsgesetz*, WHG). La WHG distingue dos tipos de permisos, también llamados licencia (*Erlaubnis*) y concesión (*Bewilligung*). Sin embargo, lo más destacable es que la Administración hidráulica goza de una clara potestad discrecional para otorgar la autorización o la concesión. En otras palabras, el régimen de las aguas se basa en una prohibición general de carácter represivo con reserva de autorización discrecional (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*), donde el único derecho que tiene el particular consiste en que la Administración ejerza su potestad discrecional sin incurrir en vicio alguno (derecho subjetivo formal), pero no a que se le otorgue el título correspondiente (carece de derecho subjetivo material) (36). Baste recordar que, además, las aguas son cosas públicas en Derecho alemán (37).

Ahora bien, este derecho subjetivo de los solicitantes a obtener el título de investigación o explotación predicable del sistema de la BBergG se encuentra, en mi opinión, muy matizado, cuando no solapado, desde el momento en que la clave de la intervención administrativa se ha trasladado a una fase posterior del procedimiento como es la aprobación de los planes mineros. En efecto, el titular de un título minero no obtiene más que un simple título jurídico, pero no sabe todavía cómo ni bajo qué condiciones podrá desarrollar la actividad minera autorizada. *La determinación del contenido concreto y la extensión de su derecho se pospone hasta que la Administración aprueba los planes mineros*, donde el margen de decisión es mucho mayor (38). En definitiva, aunque pueda afirmarse la pervivencia de un derecho material a obtener las autorizaciones mineras, el simple título minero no es suficiente ya para desarrollar los trabajos autorizados; la

tehung und Verbreitung des Bergrechts», *ZfB.*, Bd. 130 (1989), pág. 181; P. J. TETTINGER: «Wasserversorgung und bergbehördliche Betriebsplanzulassung», *Zeitschrift für Wasserrecht* (1991), págs. 1 a 14, los particulares tienen un *derecho subjetivo material* a obtener los títulos mineros, porque la BBergG establece el otorgamiento automático y reglado de las autorizaciones al descubridor de los minerales libres, en lo que se considera una reminiscencia del principio de libertad minera.

(36) La distinción de ambos sistemas, en H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 205 y ss., y F.-J. PEINE: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., Heidelberg, 1997, págs. 103 y 104.

(37) Un estudio de las aguas como cosas públicas, en H.-J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, cit., pág. 122; P.-J. TETTINGER: «Wasserversorgung und bergbehördliche Betriebsplanzulassung», cit., págs. 5 y ss., y W. KAHL: «La conservación del medio ambiente y el Derecho de propiedad en Alemania», en la ob. col. J. BARNÉS (dir.): *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, 1995, págs. 758 a 765, y P. GIESEKE, W. WIEDEMANN y M. CZYCHOWSKI: *Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar*, 1998, *in totum*.

(38) G. BOJDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 224.

efectividad de los títulos mineros depende de la aprobación de los planes de labores.

Frente a la euforia en las «novedades» de la ley, no faltan quienes, con ojos menos exaltados, han afirmado que el sistema concesional público no constituye una invención de la BBergG, pues el principio tradicional y absoluto de libertad hacía tiempo que había sido limitado en la práctica, cuando no desplazado, por una creciente intervención administrativa. El desvelo de la doctrina por este pretendido «nuevo» sistema público sería, pues, puramente dogmático y en nada real (39). Sin embargo, no puede negarse la progresiva publicación o *desprivatización* del Derecho minero alemán a partir de la entrada en vigor de la BBergG. El nuevo principio de proporcionalidad, según el cual la minería ya no constituye un interés absolutamente preferente frente a la protección de cualesquiera intereses públicos o privados (ambientales, urbanísticos u otros), es un indicio suficientemente demostrativo de esta tendencia publicadora (40).

1. *La ordenación jurídica de los minerales «del suelo»*

En aplicación de los §§3.2 BBergG y 905 BGB, la explotación de las sustancias denominadas *grundeigene Bodenschätze* es inherente a la propiedad del suelo (41). Con ello, el legislador ha querido que la investigación y explotación de tales sustancias no dependan de la concesión de un título minero especial otorgado por la autoridad competente. La BBergG decreta que el poder disposición sobre estas sustancias «del suelo» forma parte de la propiedad superficiaria, es decir, que el propietario del suelo puede extraer y hacer suyas estas sustancias si lo estima conveniente.

(39) H. SCHULTE: «Das Bundesberggesetz», cit., pág. 89.

(40) Utiliza el término *desprivatización*, G. KUHNE: «Bergbau und Staatseinfluß», cit., págs. 437 y 438. En su opinión, tal *desprivatización* se manifiesta en el sometimiento pleno de las explotaciones mineras a las prescripciones del Derecho administrativo. Por otro lado, el viejo título de la propiedad minera o *Bergwerkseigentum* tiende a desaparecer ante otros títulos de carácter público, novedad y eje de la BBergG, de modo que el Derecho minero encuentra ya difícil encaje en el Derecho de cosas. También las relaciones entre los explotadores mineros y los propietarios del suelo se alejan progresivamente del Derecho civil, sobre todo ante la consideración de la cesión obligatoria de la propiedad (*Grundabtretung*) como una auténtica expropiación a la que resultan aplicables las normas del Derecho administrativo. En otro trabajo, G. KUHNE: «Entwicklungstendenzen des Bergrechts in Deutschland», cit., págs. 45 a 87, destaca como nota fundamental que el Derecho minero vigente haya dado entrada a la protección de intereses que en la ABG no tenían cabida frente a las restringidas relaciones bilaterales explotador-propietario. Este autor insiste en la «publicación» del Derecho minero alemán tras la BBergG, con base en tres datos: la importancia de los nuevos títulos mineros frente a la vieja propiedad minera, la publicación del procedimiento para la aprobación de los planes mineros (exigencia de evaluación de impacto ambiental), así como la necesidad de una mayor intervención pública tras la unificación alemana de 1990.

(41) Conforme al §905 BGB, «el derecho del propietario de un inmueble se extiende al espacio situado sobre la corteza terrestre y al volumen bajo su superficie. El propietario no puede, sin embargo, prohibir los actos sobre los que, en altura o en profundidad, no tiene ningún interés». Este precepto, como es sabido, acogió la célebre teoría del interés formulada por IHERING, de enorme influencia en muchos países europeos como el nuestro.

Igualmente puede transmitir su derecho a terceros según las normas del Derecho privado.

Los autores alemanes siguen anclados en un concepto estático de mina que identifica el yacimiento *in rerum natura* con el concepto jurídico de mina, lo que les lleva a afirmar que el propietario del suelo es también «dueño» de estos recursos minerales. Recuerdo que el sistema español establece una regla similar para las sustancias de la sección A), cuya explotación es inherente a la propiedad del suelo (art. 16 LMi.), de modo que tanto el sistema alemán como el español llegan a la misma conclusión: que la explotación de estos recursos es inherente al derecho de propiedad. Ocurre, sin embargo, que los autores alemanes no encuentran reparos en afirmar que estos recursos son una propiedad privada del dueño del suelo, mientras que los españoles se esfuerzan en justificar que el propietario únicamente tiene «la explotación» de los recursos, no su «propiedad».

Las *grundeigene Bodenschätze* pueden ser de dos tipos, «catalogadas» o «no catalogadas». Las primeras se describen exhaustivamente en el §3.4.1.º BBergG mediante un sistema de lista cerrada, mucho más claro que el sistema español, que se basa en etéreos y confusos criterios económicos. Frente a ellas, las sustancias «del suelo» no catalogadas son todas aquellas cuya investigación o explotación se realizan necesariamente mediante trabajos subterráneos, sin que puedan ser consideradas como minerales «libres» por el criterio de lista (§3.4.2.º BBergG). Con ello, la BBergG extiende su ámbito de aplicación a todo el subsuelo, independientemente de la sustancia que se pretenda explotar.

Ahora bien, hay que destacar que el régimen jurídico de estas actividades «del suelo» no se encuentra absolutamente al margen de las prescripciones de la BBergG. Por eso, las normas sobre la investigación, explotación o transformación de tales sustancias, incluida la obligación de presentar planes de labores (§§39 a 64), las prescripciones referentes a la policía minera (§§69 a 74) o la regulación de los conflictos con la superficie (§§77 a 125), resultan igualmente aplicables. Su explotación no depende de un acto autorizatorio previo, pero está sujeta a una intensa intervención administrativa (42). El Derecho alemán constituye un ejemplo de cómo la intervención estatal sobre la explotación de estos recursos puede ser igual o más intensa que entre nosotros, aceptando sin problemas la existencia de un auténtico derecho de propiedad privada.

2. *Los nuevos títulos mineros para la investigación y explotación de minerales libres: Erlaubnis y Bewilligung*

El derecho de los individuos a investigar o explotar recursos minerales depende de la clasificación legal de éstos. Mientras que para las actividades «del suelo» es inherente a la propiedad del suelo, para las actividades

(42) G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 194.

libres únicamente puede autorizarse por la Administración pública. Los intereses públicos expresamente declarados en la BBergG, tales como la seguridad del abastecimiento de sustancias minerales o la protección del ambiente, se vinculan con la instauración de un sistema autorizatorio público. El sistema alemán no ha declarado la propiedad estatal de la riqueza mineral del subsuelo; tampoco le hacía falta (43). El análisis de este sistema debe partir de la distinta naturaleza jurídica que tienen los títulos para la investigación o la explotación de los recursos.

Los títulos mineros han sido definidos como actos administrativos de control mediante los que se remueve una prohibición general que afecta a las actividades de investigación y explotación de recursos minerales. Tanto el acto administrativo de reconocimiento de la investigación como el de explotación, constituyen actos de control de otorgamiento reglado. Debe destacarse que, aunque su denominación y contenido sean diferentes, su naturaleza jurídica es idéntica (44). Por ese motivo, aunque se hayan traducido aquí como «licencia» o «permiso» (*Erlaubnis*) y «concesión» (*Bewilligung*), tal distinción obedece únicamente a una voluntad por reflejar la distinta terminología que emplea la BBergG —tomada a su vez de la WHG, donde sí tiene sentido, como vimos (45)—, pero no por su diferente naturaleza jurídica.

Es más, se ha dicho que los títulos mineros tienen una doble naturaleza pública y privada, a partir de su clasificación como derechos públicos subjetivos. Por un lado, el otorgamiento de un título minero es un acto administrativo que se sitúa claramente en el ámbito del Derecho público, ya que pública debe considerarse la posición jurídica de quien solicita el otorgamiento de un título minero *frente a la Administración*. Sin embargo, después del acto administrativo de otorgamiento, la posición jurídica del titular de un derecho minero adopta claramente una naturaleza privada *frente a terceros* (propietarios del suelo, fundamentalmente), sin que ese carácter privado de los derechos mineros frente a terceros altere ni condicione su naturaleza pública (46).

(43) Esa «falta de necesidad» en la atribución de la propiedad de las minas es defendida por G. DAPPRICH y F. J. FRANKE: *Leitfaden des Bergrechts*, cit., pág. 45, aunque sin explicar las razones que llevan a aceptar esta conclusión.

(44) G. DAPPRICH y K. RÖMMERMANN: *Bundesberggesetz. Mit Erläuterungen*. Carl Heymanns Verlag, 1983, pág. 24, quienes constatan que todos los títulos mineros son «derechos públicos subjetivos de carácter absoluto». Una introducción a la teoría de los derechos públicos subjetivos, que tiene su origen en los trabajos de JELLINEK y, sobre todo, de O. BACHOF, en H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 149 a 171; F.-J. PEINE: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 52 y ss., y H.-U. ERICHSEN: «Das Verwaltungshandeln», cit., págs. 225 a 234.

(45) En efecto, la doctrina sí que distingue la licencia (*Erlaubnis*) y la concesión (*Bewilligung*) en el sistema de la WHG. Para W. KAHL: «La conservación del medio ambiente y el Derecho de propiedad en Alemania», cit., pág. 761, la concesión, por contraste con la licencia, garantiza una situación subjetiva más fuerte o, en otras palabras, un derecho subjetivo que queda constitucionalmente garantizado por el artículo 14.1.1.º GG. Esto no puede extenderse al sistema de la BBergG, pues todos los títulos mineros son derechos públicos subjetivos que disfrutan de la garantía de la propiedad del artículo 14 GG.

(46) La doble naturaleza de los títulos mineros, en G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 225, y H. SCHULTE: *Bergbau und Grundeigentum*, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, Band 12, 1991, pág. 129.

Cabe preguntarse, por último, si la protección de los derechos mineros puede incluirse en la garantía constitucional de la propiedad del artículo 14.1 GG, cuestión que se vincula con su naturaleza jurídica y con un interesante debate sobre la seguridad jurídica de los titulares de derechos mineros ante la publicación del sistema minero alemán. En otras palabras, ¿puede reconocerse la existencia de derechos adquiridos a los titulares de derechos mineros? De la respuesta que se ofrezca a este interrogante podrá sopesarse en qué medida se encuentran los derechos mineros a disposición del legislador.

Pues bien, a juicio de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, todos los derechos mineros estarían protegidos por la garantía constitucional de la propiedad privada porque todos garantizan derechos públicos subjetivos. En primer lugar, obligan a una inversión importante de capital y dirección por parte del empresario minero. En segundo lugar, la garantía de la propiedad del artículo 14.1 GG es muy amplia y abarca numerosos derechos no estrictamente reales, como los derechos subjetivos (en este caso, para la investigación y la explotación de minerales) (47). Pero esta cuestión será analizada más adelante (48).

A) *Permiso de investigación* (Erlaubnis).

Este título concede un derecho exclusivo, por tiempo determinado y dentro de una zona delimitada, a realizar prospecciones para descubrir minerales o averiguar la extensión de un yacimiento, construyendo todas las instalaciones que sean necesarias (§7 BBergG.). Aunque el titular de este permiso ostenta un derecho público subjetivo a que las autoridades mineras no otorguen otros derechos de idéntico contenido dentro de una zona ya concedida para la investigación, en Alemania es posible la concurrencia de distintos permisos dentro de una misma pertenencia, siempre que tengan por objeto sustancias diferentes o finalidades distintas. Su titular tiene también un derecho a aprovechar todas las sustancias necesarias para la investigación y a adquirir por ocupación la propiedad de las mismas. El sistema de medida, equivalente a nuestra cuadrícula minera, se denomina *Erlaubnisfeld*, y puede definirse como un volumen del subsuelo delimitado mediante líneas en la superficie y niveles en profundidad.

Para la investigación de recursos minerales libres no es necesario el consentimiento de los propietarios del suelo. La regla del §905.2 BGB re-

(47) Al respecto, O. KIMMICH: «La propiedad en la Constitución alemana», cit., págs. 153 y 154, con una alusión a la polémica doctrinal sobre la inclusión o no de los derechos públicos subjetivos en la garantía de la propiedad del artículo 14 GG.

(48) Sin perjuicio de lo que allí se dirá, hay que destacar en este lugar la sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 21 de octubre de 1987, caso *Schloß-Cappenberg*, que fue la primera en declarar que todos los títulos mineros estaban amparados por la garantía de la propiedad del artículo 14 GG. Un panorama general, en G. KÜHNE: «Entwicklungstendenzen des Bergrechts in Deutschland», cit., págs. 61 a 70, y M. B. GUTBROD y F.-R. TÖPFER: *Praxis des Bergrechts*. Verlag Kommunikationsforum, Köln, 1996, pág. 12.

sulta aplicable en estos casos y, por tanto, el propietario del suelo no puede impedir la investigación o la explotación en el subsuelo situado bajo su fundo. Ahora bien, la ley sí exige el consentimiento de los propietarios (y de todos los que ostenten algún derecho especial sobre el terreno afectado) cuando el investigador necesita utilizar el suelo mismo de propiedad privada situado sobre la explotación minera subterránea (§39 BBergG). El sistema alemán sólo establece la expropiación o la limitación del suelo necesario en la fase de explotación de minerales, pero no en la de investigación, por lo que las relaciones del investigador con el propietario fundiario se trasladan al ámbito del Derecho privado. Ahora bien, si el propietario del fundo se niega a conceder aquel permiso, la Ley ha previsto que la Administración pueda sustituir la negativa del propietario siempre que concurren determinados intereses públicos (§40 BBergG).

B) *Concesión de explotación (Bewilligung).*

Toda persona que desee extraer recursos minerales libres debe solicitar y obtener de las autoridades competentes un permiso especial denominado *Bewilligung* (§8 BBergG) (49). La concesión de explotación reconoce y garantiza un derecho público subjetivo a investigar, a extraer los recursos «libres» que se hayan delimitado y a adquirir su propiedad por ocupación. Y, sobre todo, a diferencia del permiso de investigación, da derecho a exigir la cesión de la propiedad del suelo mediante una figura peculiar del Derecho alemán denominada «cesión obligatoria de la propiedad» o *Grundabtretung*, figura asimilable a la expropiación forzosa y, por tanto, sujeta a los límites del artículo 14.3 de la GG, a la que se hará una sucinta referencia más adelante.

La concesión se otorga por tiempo determinado, pudiendo la Administración imponer condiciones especiales. Su titular está obligado a pagar un impuesto llamado «de producción» (*Förderabgabe*), equivalente aproximadamente al 10 por 100 del valor de mercado de los minerales extraídos, esto es, sin tener en cuenta si el empresario ha obtenido o no algún rendi-

(49) Ya he dicho que los nuevos títulos mineros se diferencian únicamente en su contenido, sin que puedan establecerse diferencias de naturaleza jurídica, como la doctrina ha delimitado entre los títulos de la WHG. Ahora bien, el contenido del permiso de investigación no se ciñe propiamente a la actividad de investigación de los recursos minerales, sino que incluye también la facultad de apropiarse de los que, durante la búsqueda, puedan ser hallados y extraídos por el titular del permiso. Por tanto, la clave para una diferenciación del contenido de ambos títulos no estaría tanto en las actividades de «investigación» o «explotación» que constituyen su objeto cuanto en otras facultades que la BBergG atribuye exclusivamente a uno u otro titular. Por el momento, quede claro que el privilegio de la cesión obligatoria de la propiedad sólo corresponde al titular de una concesión de explotación. Únicamente este título minero otorga la facultad de acudir a una fórmula que permite a su titular ejecutar obras subterráneas fuera de su concreta cuadrícula minera, cuando sean técnica o económicamente necesarias para la mejora de su empresa (*Hilfsbauern*: literalmente, «construcciones de apoyo»). Por último, la facultad de apropiarse de otros recursos minerales diferentes de los concedidos (lo que en Derecho alemán se llama «coexplotación» o *Mitgewinnung*) es exclusiva también del titular de una concesión.

miento económico con la actividad minera. Los *Länder* tienen competencia para regular reglamentariamente la recaudación y el pago de los impuestos mineros; incluso pueden eximir del pago a los titulares de derechos sobre determinadas sustancias minerales, así como modificar algunas de las prescripciones de la BBergG, bajo ciertas condiciones y para concretos recursos (50).

La concesión de explotación garantiza un derecho absoluto a extraer sustancias minerales libres en un terreno delimitado (*Gewinnungsfeld*). Pero una cosa es la explotación de minerales y otra la ocupación de los mismos para adquirir su propiedad. Por eso se dice que la concesión otorga también un derecho a ocupar en el sentido civil de las formas de adquirir la propiedad, ya que permite a su titular adquirir la propiedad de los minerales en aplicación del §958 BGB (51). Si bien la explotación de los recursos libres comienza con el otorgamiento del título correspondiente, que concede un derecho a ocupar las sustancias que se encuentren (§8.2 BBergG), ello no implica que se adquiera directamente la propiedad de las mismas. La propiedad de los recursos encontrados se adquiere según las normas de Derecho civil, es decir, con la toma de posesión, ya que se trata de sustancias sin dueño. En otros términos, la concesión otorga un derecho subjetivo público a que se apliquen las normas del BGB sobre la adquisición de la propiedad (52).

El derecho a adquirir la propiedad de las sustancias por ocupación se vincula con el carácter absoluto de este título minero, pues la prioridad para ocupar las sustancias y adquirir su propiedad es la única forma de garantizar un efecto *erga omnes* del derecho concedido. Este carácter absoluto de la concesión tiene también un contenido positivo frente a terceros, en concreto frente al propietario del suelo, pues concede a sus titulares la facultad de obligar a soportar todas las actividades mineras que sean necesarias para la explotación de los recursos. El carácter absoluto de la concesión de explotación debe matizarse, pues no impide que puedan concurrir otros títulos sobre una misma pertenencia minera. Significa únicamente que su otorgamiento cierra la posibilidad a otros títulos mineros posteriores que tengan por objeto las mismas sustancias, pero no, por tanto, a cualesquiera títulos que recaigan sobre sustancias distintas (53).

(50) Efectivamente, una de las novedades de la BBergG fue permitir que los *Länder* pudieran alterar las cuantías de los impuestos mineros. Sobre esta cuestión, me remito a la monografía de HORN: *Die Feldes- und Förderabgabe nach dem Bundesberggesetz*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 1990, págs. 54 y ss., donde se comentan también los reglamentos de desarrollo.

(51) Según el §958 BGB, que regula la adquisición de la propiedad por ocupación: «1) Quien toma en posesión una cosa mueble sin dueño adquiere la propiedad de la cosa. 2) La propiedad no se adquiere cuando la ocupación está prohibida por la Ley o cuando con el acto de toma de posesión se daña el derecho de tercero».

(52) Para G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., págs. 120 y 200, la concesión significa algo así como un derecho público subjetivo a que sean aplicables las prescripciones del Derecho civil sobre la adquisición de la propiedad de las sustancias concedidas. Véase también el comentario del §958 BGB en K. REIMANN y F. J. SÄCKER: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4. Sachenrecht (§§854-1296)*, 2.ª ed., C. H. Beck'sche Verlag, Munich, 1986.

(53) En este punto, la ley alemana resulta más racional que la española, pues no

3. El derecho histórico de «propiedad minera» (*Bergwerkseigentum*)

Mientras que los anteriores títulos mineros constituyen una novedad de la BBergG, la denominada «propiedad minera» (*Bergwerkseigentum*) es un título histórico que se regulaba ya en la vieja ABG de 1865. El acto administrativo de otorgamiento de la propiedad minera reconoce los mismos derechos que la concesión, es decir, el derecho a investigar, extraer y adquirir por ocupación la propiedad de los recursos libres que hayan sido concedidos (§9.1 BBergG) (54). Sin embargo, la propiedad minera sólo puede otorgarse en favor del titular de una concesión de explotación, esto es, únicamente para las sustancias y la zona minera previamente delimitadas (§13.1 BBergG). Al respecto, es indiferente que la concesión de explotación sea de nueva concesión o se trate de un derecho o contrato otorgado conforme a las legislaciones anteriores y vigente en aplicación de las disposiciones transitorias de la ley (§152 BBergG).

Sin embargo, la naturaleza jurídica del derecho que otorga este título minero es bien distinta. El derecho de propiedad minera tiene naturaleza real, se considera un derecho real inmueble y, por tanto, susceptible de ser inscrito en el Registro de la Propiedad y de ser libremente transmisible e hipotecado. En otras palabras, la *Bergwerkseigentum* constituye un derecho real sobre cosa inmueble de carácter absoluto, que permite adquirir por ocupación la propiedad de los minerales «libres» que constituyen su objeto (55).

La propiedad minera recibe, entonces, el mismo tratamiento que el BGB dispensa a los restantes derechos reales (§9.1 BBergG). Los comentaristas del BGB incluyen este derecho entre los llamados *grundstückgleiche Rechte*, equivalentes a nuestros derechos reales limitados, esto es, todos aquellos derechos reales que conceden un derecho de disfrute sobre bienes

prohíbe absolutamente la concurrencia de títulos mineros en una misma cuadrícula, sino sólo de títulos que tengan el mismo objeto. Bien es verdad que la BBergG permite también al titular de una concesión de explotación la posibilidad de apropiarse de sustancias minerales distintas de las que constituyen el objeto de su título mediante la técnica denominada co-explotación o *Mitgewinnung* (§§42 y ss. BBergG), pero siempre en concurrencia con otros explotadores. La doctrina ha destacado los conflictos que la co-explotación puede ocasionar, y que hacen necesario establecer reglas sobre la prioridad de los distintos titulares en una misma cuadrícula. Sobre esta interesante polémica, G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 366, y H. WELLER: «Kollision mehrerer Bergbauberechtigungen in einem Feld». *ZfB*. Bd. 131 (1990), págs. 111 a 134, para quien serían aplicables las reglas sobre las relaciones de vecindad del BGB.

(54) Hay que destacar la diferente terminología que la legislación y la doctrina emplean para referirse al acto mediante el cual la Administración minera otorga los permisos de investigación o de explotación, o instaura la propiedad minera. En efecto, mientras que para los primeros se utiliza el término *Erteilung*, que significa «otorgamiento», cuando se refiere a la propiedad minera la palabra empleada es *Verleihung*, que, aunque en castellano pudiera traducirse igualmente como «otorgamiento» o «cesión», posee en alemán un matiz distinto, más solemne, cercano a «investidura» o «constitución». G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., págs. 270 y ss., hacen hincapié en la distinción expresada por motivos históricos.

(55) G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 250.

inmuebles, pero no de carácter absoluto, sino limitado (56). En este sentido, la propiedad minera se ha podido considerar como una *propiedad fiduciaria* porque su constitución depende de una previa autorización de carácter administrativo (57). El derecho de propiedad minera se diferencia del de concesión de explotación, precisamente, en esta naturaleza real que permite que pueda inscribirse, transmitirse e hipotecarse.

La naturaleza real del derecho de propiedad minera determina también la existencia de importantes diferencias formales con los demás títulos mineros. Mientras que los efectos de un permiso de investigación o de explotación se producen con la mera notificación de la resolución administrativa que decide sobre su adecuación a Derecho, la resolución administrativa que decide sobre el otorgamiento de este título minero no hace surgir todavía ningún derecho real, sino tan sólo una expectativa a obtenerlo. El derecho real de propiedad minera nace con la expedición de un título constitutivo llamado *Verleihungsurkunde*, una vez que la resolución administrativa ha adquirido firmeza. En otras palabras, la resolución favorable al otorgamiento de la propiedad minera hace surgir en favor del solicitante un derecho a obtener el título constitutivo, pero ello no le permite aún ejercitar los derechos implícitos a la propiedad minera (58). Con el nacimiento de la propiedad minera, una vez producidos estos trámites formales, caduca el título concesional que constituye su causa.

Además, a diferencia de los permisos de investigación y de explotación, el título de propiedad minera no puede otorgarse bajo condición ni con disposiciones accesorias. Mientras la resolución acerca de aquellos permisos constituye un acto administrativo puramente autorizatorio, de remoción de obstáculos, con el que las autoridades eliminan una prohibición que recae sobre ciertos minerales libres para que puedan ser investigados, extraídos y adquiridos por ocupación, la decisión sobre la propiedad minera es origen de la futura constitución de un derecho real limitado que entra en el tráfico jurídico mediante negocios entre particulares. Por ese motivo, los requisitos formales de su otorgamiento son más estrictos.

(56) Partiendo de esta naturaleza real, el análisis del título de la *Bergwerkseigentum* aparece en los principales manuales de Derecho civil y de Derecho de cosas. H. STOLL: *Grundriß des Sachenrechts*, C. F. Müller Juristischen Verlag, Heidelberg, 1983, pág. 40; K. REBMAN y F. J. SACKER: *Münchener Kommentar*, cit., §958; H. P. WESTERMANN, K.-H. GURSKY y W. PINGER: *Westermann Sachenrecht. Ein Lehrbuch. Band I. Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen*, C. F. Müller Juristischer Verlag, 6.ª ed., Heidelberg, 1990, págs. 414 a 433; H. J. WIELING: *Sachenrecht*, Springer Verlag, Berlín, 1992, págs. 351, 357 y 358; R. STURNER: *Lehrbuch des Sachenrechts*, C.H. Beck'sche Verlag, 16.ª ed., München, 1992, págs. 323 a 324; WILHELM: *Sachenrecht*, De Gruyter, Berlín, 1993, págs. 681 a 692; J. BAUR, K. SCHWAB y H. PRUTTING: *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, C.H. Beck'sche Verlag, 26.ª ed., München, 1996, págs. 220 y 221, incluyen la propiedad minera entre los derechos de adquisición (*Erverbsrechte*), porque todos los derechos mineros conceden un derecho de ocupación sobre las sustancias minerales consideradas como «cosas sin dueño».

(57) Véase K. REBMAN y F. J. SACKER: *Münchener Kommentar*, cit., pág. 529, en el comentario al §903 BGB. Además, la propiedad minera, igual que la concesión, ha sido equiparada a los derechos de caza y pesca porque, como aquéllos, otorga un derecho a disponer de los minerales en concepto de dueño. Por todos, H. STOLL: *Grundriß des Sachenrechts*, cit., pág. 40, y H. P. WESTERMANN: *Westermann Sachenrecht*, cit., pág. 432.

(58) G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, cit., pág. 281.

tos, pero también por ello su régimen jurídico permanece más firme y estable.

Pese a la distinción que se ha visto entre los efectos del acto administrativo de otorgamiento del título y el surgimiento del derecho real, la naturaleza real de la propiedad minera aparece, sin embargo, como un elemento extraño en un sistema público como el actual, que se califica de autorizatorio y que está basado en una prohibición meramente preventiva y sometida a autorización. *Podemos preguntarnos, en efecto, cómo un sistema simplemente autorizatorio puede ser constitutivo de un derecho real regido por el Derecho civil* (59).

A mi juicio, son preguntas cuya respuesta debe buscarse mediante una indagación histórica. La propiedad minera es una figura histórica que se remonta a sistemas jurídicos muy diferentes del actual, basados en una concepción estricta de la libertad minera y en la ocupación como medio de adquirir la propiedad de los recursos minerales. En el sistema anterior de la ABG, todo sujeto tenía libertad para investigar la existencia de yacimientos minerales (*schürfen*) y para instar el denuncia de los mismos ante las autoridades mineras (*Mutung*), quienes reconocían simplemente la propiedad ya adquirida civilmente con este título de la *Bergwerkseigentum*. Pues bien, la BBergG no sólo ha mantenido este viejo título como una posibilidad para los titulares de una concesión, sino que ha respetado los viejos derechos otorgados conforme a las legislaciones anteriores, pudiéndose distinguir, a partir de su entrada en vigor, viejos y nuevos títulos de propiedad minera.

En relación con ello, hay que destacar que el legislador alemán se vio en la tesitura de enfrentarse a los numerosos contratos y viejos derechos para la investigación o la explotación de recursos mineros que, desde la Edad Media, continuaban vigentes en los distintos *Länder*. Los §§149 y ss. BBergG se ocupan de regular cuáles de estos derechos se mantienen, cuáles deben otorgarse nuevamente y cuáles quedan sencillamente derogados. Efectivamente, hasta la entrada en vigor de la BBergG, la explotación de las minas estaba amparada bien en contratos privados entre los propietarios del suelo y los empresarios mineros, bien en contratos públicos entre el Estado y los empresarios (allí donde existía una reserva minera), bien en títulos de propiedad otorgados por el Estado. Como estas propiedades mineras se han mantenido con carácter absoluto, ilimitado e irrevocable, respetando el contenido y alcance con que habían sido otorgadas, junto a los nuevos derechos de propiedad minera ex §9 BBergG deben contemplarse también las «viejas propiedades mineras» (*altes Bergwerkseigentum*), que constituyen un foco permanente de conflicto con otros bienes jurídicos (60).

(59) Según SCHUSTER: «Die Erteilung von Bergbauberechtigungen nach dem Bundesberggesetz», *Glückauf. Zeitschrift für Technik und Wirtschaft des Bergbaus* (1983), págs. 34 a 36, la finalidad del carácter real del derecho de propiedad minera es puramente económica, y no es otra que la equiparación plena con el propietario del suelo a efectos de facilitar la adquisición de medios financieros mediante crédito.

(60) Sobre estos problemas, H. WELLER: «Der rechtliche Status aufrechterhaltener alter Rechte und Verträge nach dem BBergG», *ZfB*, Bd. 126 (1985), págs. 68 a 74; B. SCHULZ:

IV. LA ARTICULACIÓN DE DERECHOS E INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS EN UN MODELO AJENO A LA PROPIEDAD PÚBLICA

El presente epígrafe asume una finalidad clara: indagar si las diferentes concepciones sobre la naturaleza jurídica de los títulos mineros en España y Alemania obedecen a sistemas radicalmente distintos o si, por el contrario, las diferencias dogmáticas son puramente formales y concurren en un punto común.

1. Minería y propiedad del suelo

Uno de los problemas tradicionales del Derecho minero alemán ha sido la articulación jurídica de las actividades mineras con la propiedad superficiaria. La mayor parte de las monografías, tesis doctorales y estudios de Derecho minero siguen dedicando muchas páginas a estas cuestiones, lo que demuestra no sólo que el propietario del suelo es un protagonista ineludible en el escenario de las actividades mineras, sino también que el Derecho civil tiene mucho que decir en la ordenación de la minería (61). No obstante, el sistema originariamente privado de relaciones entre la propiedad del suelo y las actividades extractivas se encuentra en la actualidad condicionado por numerosas disposiciones de Derecho público que o bien se superponen al vínculo dual propietario-explorador (normas referidas a la ordenación del territorio, a la protección del am-

Der rechtliche Status von Erdölverträgen nach dem Bundesberggesetz, cit., págs. 43 y ss.; F. SCHÖCH: «Bergwerkseigentum und Grundeigentum im Betriebsplanverfahren», en la ob. col. *Gegentwartsprobleme des Bergrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, págs. 25 a 65, y G. KUHN: «Bergwerkseigentum und Bestandschutz», en la ob. col. *Wettbewerb - Bestandschutz - Umweltschutz. Aktuelle Tendenzen des Berg- und Energierechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1997, págs. 73 a 88.

(61) Como ejemplo de esta profusión de trabajos pueden citarse los de U. KARPEN: «Grundeigentum und Bergbaurechte nach dem Bundesberggesetz vom 13.8.1980», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 106 (1981), págs. 15 a 41; B. STUER: «Bergbau und Grundeigentum im Widerstreit», *Natur und Recht*, 1985, págs. 263 a 269; W. HOPPE y M. BECKMANN: «Zur Vereinbarkeit bergrechtlicher Duldungspflichten mit dem verfassungsgebundenen Grundeigentümerschutz», *DÖV* (1988), págs. 893 a 901; la recopilación de trabajos de H. SCHULTE: *Bergbau und Grundeigentum*, en *Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht*, Band 12, Bochum, 1991; W. HOPPE: *Das Spannungsverhältnis von Bergwerkseigentum und Oberflächeneigentum im Lichte des Verfassungsrechts*, Walter de Gruyter, Berlín, 1991; M. BECKMANN: «Oberflächeneigentum und Bergbau», *DVBl* (1992), págs. 741 a 749; G. LINDNER: «Bergbau und Grundeigentum heute», *ZfB*, Bd. 133 (1992), págs. 167 a 170; la obra colectiva desarrollada en la Universidad de Bochum, titulada *Oberflächeneigentum und Bergbau*, *Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht*, Band 19, Bochum, 1994, y F. SCHÖCH: «Bergwerkseigentum und Grundeigentum im Betriebsplanverfahren», cit., págs. 25 a 62.

Como se verá más adelante, habrá que dividir estos trabajos entre los que se publicaron antes y después de la sentencia del Tribunal Federal alemán de 16-3-1989 (*Moers-Kapellen-Urteil*), ya que esta decisión jurisprudencial marca un decisivo avance sobre el papel que deben jugar los propietarios del suelo en el desarrollo de las actividades mineras.

biente), o bien alteran la naturaleza de dichas relaciones (carácter público de la cesión obligatoria de la propiedad, carácter público del sistema de derechos mineros) (62).

La Parte VII de la BBergG articula estas relaciones, siempre conflictivas, entre la minería y la propiedad superficiaria, basándose en tres figuras peculiares: la «cesión obligatoria» de la propiedad del suelo (*Grundabtretung*) (63), la declaración de zonas mineras de servidumbre o limitación (*Bau-*

(62) En efecto, para H. SCHULTE: «Das Bundesberggesetz», cit., págs. 89 y 92, ya no puede considerarse que la relación entre la minería y la propiedad del suelo sea una cuestión estrictamente privada, ni siquiera mantenerse que éste constituya el problema fundamental de la minería. En su opinión, la minería «en el sentido tradicional de la palabra», como actividad privada dirigida a la explotación de minerales, ha cedido el paso ante lo que denomina «la nueva minería», diluida en los instrumentos de intervención ajenos al Derecho minero como la política energética, la ordenación del territorio o la protección del medio ambiente. Sin embargo, apartándose de la opinión mayoritaria, en otro trabajo titulado «Zum Verhältnis Bergwerkseigentum- Grundeigentum», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (1989), págs. 1138 a 1142, considera que las relaciones entre la minería y la propiedad deben mantenerse en el ámbito privado, reguladas por el Derecho civil, frente a la imparable tendencia publicadora introducida por la BBergG.

En un interesante trabajo, G. KUHNE: «Einleitung: Aktuelle Problemschwerpunkte des Bergrechts», en ob. col. *Gegenwartsprobleme des Bergrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, págs. 9 a 24, ofrece un panorama general de los nuevos focos de conflicto en el Derecho minero alemán, entre los que destacan la redefinición del papel de los propietarios del suelo, el procedimiento para la elaboración y admisión de los planes de industria, la exigencia de evaluación de impacto ambiental en minería, el conflicto con otros intereses públicos contrarios al fomento de la minería (protección del ambiente, aguas, obras públicas), el mantenimiento de viejos derechos históricos o la introducción de nuevas tecnologías.

(63) La cesión obligatoria no se configura necesariamente como una ablación absoluta de la propiedad o de los demás derechos reales o personales afectados, sino que es una técnica polidéctica que reviste formas diversas, que van desde la ablación absoluta de los derechos, pasando por el deber temporal de soportar el desarrollo de las actividades mineras, hasta la simple limitación o modificación de derechos reales o personales, siempre mediando la oportuna indemnización (§78 BBergG). La sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 21 de octubre de 1987, caso *Schloß-Cappenberg*, constituye un ejemplo de esta heterogeneidad, y en sus antecedentes fácticos puede leerse cómo la autoridad minera de Münsterland había decretado una limitación durante tres meses a los propietarios del castillo afectado, a lo largo de los cuales debían soportar los trabajos mineros entre las 7.30 y las 16 horas. Ahora bien, no se extiende a los bienes de titularidad pública. Además, teniendo en cuenta que el Derecho alemán carece de una ley general reguladora de la expropiación forzosa (fuera de los principios generales del art. 14.3 GG) y que la legislación expropiatoria se encuentra dispersa en un amplio número de leyes sectoriales de la Federación y de los *Länder*, la propia BBergG ha previsto que sean aplicables otras normas sobre expropiación diferentes de la cesión obligatoria, principalmente de contenido urbanístico (§77.3 BBergG), que aparece regulada en los epígrafes §§85 y ss. de la Ley del Suelo de 8 de diciembre de 1986 (*Baugesetzbuch*).

Para una aproximación a esta técnica, M. PALM: «Die Grundabtretung nach altem und neuem Bergrecht, dargestellt am Beispiel des Grundabtretungsvertrages», *ZfB*, Bd. 122 (1981), págs. 415 a 424; H. WELLER: «Aktuelle Fragen des Grundabtretungsrechts», *ZfB*, Bd. 127 (1986), pág. 243; K. LANGE: «Grundabtretung und vorzeitige Besitzübergang im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren», *DöV*, (1988), págs. 805 a 813, y G. DAPPRICH: «Der Schutz des Eigentums nach Art. 14 Grundgesetz mit Blick auf das bundesberggesetzliche Grundabtretungsverfahren», *ZfB*, Bd. 129 (1988), págs. 364 a 370; O. KIMMICH: «La propiedad en la Constitución alemana», en la ob. col. J. BARNÉS (dir.): *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos, 1995, págs. 151 a 173.

beschränkungsgebiete) (64) y la responsabilidad por daños y perjuicios (65). No obstante, la vinculación entre la minería y la propiedad del suelo no se reduce a este régimen legal, ya que doctrina y jurisprudencia han ido ampliando el elenco de focos virtuales de conflicto, en paralelo a la evolución sobre los límites del derecho de propiedad ante el desarrollo de las actividades extractivas.

(64) Las autoridades mineras de los *Länder* pueden establecer dichas zonas, en atención al interés general, concretamente para favorecer la seguridad del mercado de minerales o para la mejor protección de los yacimientos, y siempre durante un plazo que no excederá de quince años (§§107 a 109 BBergG). En estas zonas se limitan las facultades de los propietarios para realizar obras que puedan afectar al desarrollo de las actividades mineras, obligándoles a solicitar una autorización previa, que únicamente podrá ser rechazada cuando se haya demostrado suficientemente que la obra en cuestión vaya a dificultar las actividades extractivas. Además, la desestimación de esta autorización va acompañada del derecho del propietario a obtener una indemnización en dinero, siempre que se demuestre la existencia de una disminución considerable del valor del terreno imputable a la imposibilidad de realizar las obras. La declaración de una zona de servidumbre afecta únicamente a las obras o construcciones de carácter privado, que son aquellas que realizan los propietarios del suelo para uso particular, y ello con independencia de que sea preciso obtener también otras autorizaciones administrativas (urbanísticas, medioambientales u otras). En cuanto a las obras públicas, siguen un régimen distinto.

(65) La indemnización por daños y perjuicios se contempla en la BBergG como el último recurso (y el menos deseable) del sistema de relaciones entre la propiedad fundiaria y la minería. La BBergG opta por unas medidas de carácter preventivo que eviten la producción de daños y, por tanto, la obligación de indemnizar, y que se clasifican en dos tipos: medidas de adaptación (*Anpassungspflicht*) y medidas de seguridad (*Sicherungsmaßnahmen*). Las primeras obligan a que las obras, urbanizaciones o construcciones de la superficie se adapten a las necesidades de las actividades mineras, de forma que se garantice que no causarán daños a la vida, la salud o la seguridad de las personas y de las cosas. En todo caso, el incumplimiento de estas medidas preventivas trae consigo la pérdida del derecho a indemnización (§112 BBergG). Además, su electividad se concreta en el procedimiento de aprobación de los planes mineros, constituyendo su incumplimiento una causa de inadmisión. Con ello, la tradicional pasividad del propietario ha evolucionado hasta exigir de él una colaboración activa en la prevención de los daños. Y así, los gastos e inconvenientes derivados de las medidas de adaptación corren a cargo del propietario del suelo, siempre que sean «insignificantes», según expresión legal. Por el contrario, las «medidas de seguridad» son responsabilidad exclusiva del empresario minero (salvo cuando el propietario haya incumplido su deber de adaptación). La atribución al propietario del suelo de estos gastos y perjuicios «de poca importancia» por las necesarias medidas de adaptación se considera como un límite implícito en la función social de la propiedad (art. 14.2 GG). El problema estriba en determinar cuándo los perjuicios deben considerarse «insignificantes», cuestión que no aclara la BBergG y que corresponde determinar a las legislaciones mineras de los *Länder*.

Las medidas de carácter preventivo constituyeron una novedad de la BBergG que fue, en principio, acogida con reservas por la doctrina, quien las consideraba como una intromisión excesiva del poder público en las actividades mineras. Hacen referencia a esta polémica los trabajos de H. PAPENFUß: «Das Anpassungsverhältnis und die Haltung für Bergschäden nach dem Bundesberggesetz», *ZfB*, Bd. 125 (1984), págs. 305 a 332; D. FINKE: «Zur Abgrenzung zwischen Anpassung und Sicherung im Sinne des Bundesberggesetzes und zur entsprechenden Kostentragung», *ZfB*, Bd. 129 (1988), págs. 40 y ss.; G. LINDNER: «Die Bergschadensproblematik - Erläuterungen und Empfehlungen für die Regulierungspraxis», *ZfB*, Bd. 129 (1988), págs. 36 a 40; U. HÜFFER: «Präventive Maßnahmen im Bergschadensrecht», en ob. col. *Berg- und Energierecht vor den Fragen der Gegenwart. Festschrift für Fritz Fabricius*, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, Bd. 7, Bochum, 1989, págs. 115 a 132; H. SCHULTE: «Obliegenheiten zu nachträglicher Gebäudesicherung im Bergschadensrecht», en ob. col. *Bergbau und Grundeigentum*, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, Bochum, 1991, págs. 174 a 203, y D. FUNKE: «Bergschadensgefahr - Bergschadensvorsorge (nochmals zu Sach- und Rechtsfragen im Zusammenhang mit §§110, 111 BBergG)», *ZfB*, Bd. 133 (1992), págs. 170 a 188.

El Derecho alemán ha colocado tradicionalmente al propietario del suelo en una posición pasiva, imponiéndole una obligación general de tolerar las actividades mineras, principio que enuncian los autores alemanes con el tradicional *dulden und liquidieren*. Pese a que se observa una pausada evolución, la obligación de soportar y el derecho a obtener una indemnización representan todavía la esencia de las relaciones entre la minería y la propiedad fundiaria, cuya regla general se enuncia en el §114 BBergG, al fijar que cuando el ejercicio de cualquier actividad minera produce un resultado de muerte o de lesiones a las personas o de daños a las cosas, hay que compensar a los afectados mediante la oportuna indemnización.

Ahora bien, el principio básico de *dulden und liquidieren* ha sufrido una importante limitación desde la sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 16 de marzo de 1989, caso *Moers-Kapellen*, que declaró que, en virtud de la garantía de la propiedad del artículo 14 GG, los propietarios afectados por una explotación minera (así como los titulares de otros intereses dignos de protección) pueden participar y ser oídos en el marco del procedimiento de aprobación de los planes mineros. Si la minería es una actividad triangular, porque pone en juego los intereses de la Administración, de los empresarios mineros y de los propietarios del suelo, el debate ha pasado a centrarse hoy en diversas decisiones jurisprudenciales que han alterado la histórica posición pasiva del propietario del suelo frente a la prioridad absoluta de la actividad minera.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal ha establecido que los derechos del propietario del suelo frente a la tradicional prioridad de las actividades mineras encuentran apoyo tanto en el §48.2 como en el §55.I.3.º BBergG. El primero de ellos recoge lo que la doctrina alemana llama la «cláusula de orden público» (*Öffnungsklausel*), en virtud de la cual las autoridades mineras pueden limitar o prohibir la investigación o explotación de recursos minerales alegando un interés público preferente, incluidos los intereses de los propietarios del suelo. El §55.I.3.º BBergG, por su parte, contiene una causa de inadmisión de los planes mineros cuando pueda ponerse en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o de las cosas (66).

Falta en nuestro país, a diferencia del interés del legislador alemán, una regulación detallada de las relaciones entre la minería y la propiedad fundiaria. La Ley española reduce esta necesaria vinculación al otorgamiento de determinados beneficios de la Ley de Expropiación Forzosa a los titulares mineros y a la responsabilidad por daños, es decir, sigue an-

(66) Esta cláusula fue reformada por Ley de 12 de febrero de 1990 para dar cabida a los intereses de terceros afectados. La sentencia del Tribunal Federal alemán de 13 diciembre 1991, caso *Gasspeicher-Urteil*, analizó el significado del §55.I.3.º BBergG y concluyó que se trata de una cláusula de protección de intereses de terceros, no sólo de los vinculados con la empresa minera, sino también de aquellos intereses que, como los de los propietarios, se encuentran fuera de las actividades mineras. Además, G. BOEHLT y H. WELLER: *Bundesberggesetz, Ergänzungsband zum Kommentar*, De Gruyter, Berlín, 1992, págs. 27 a 35, creen que no constituye una facultad discrecional de las autoridades mineras, sino absolutamente reglada.

clada en un modelo que sitúa al propietario en una posición pasiva. Tan escueta regulación, acompañada del desinterés doctrinal y de la confianza que suscita la declaración formal del dominio público minero, han obviado el tratamiento de cuestiones esenciales como los efectos de los títulos mineros frente a terceros, la participación de los propietarios en el expediente de otorgamiento de los títulos o la responsabilidad por daños causados en minería.

En nuestro sistema, la ocupación temporal o la expropiación forzosa se han configurado como la regla general de solución de conflictos entre los intereses eventualmente contrapuestos de los empresarios mineros y de los propietarios fundiarios, olvidando, una vez más, que la intervención pública en la actividad extractiva no impide el desarrollo de relaciones jurídico-privadas entre los sujetos implicados (*con el problema añadido de tener que explicar cómo puede declararse implícitamente la necesidad de ocupación mediante un simple acto administrativo como es la concesión minera*). Tampoco aclara nuestra legislación minera los efectos que las actividades extractivas tienen sobre otros titulares de derechos distintos del propietario del suelo, ni contiene una regulación de las relaciones entre la minería y las obras de la superficie (en general, entre la minería y el urbanismo), aunque el problema ha merecido el interés de una jurisprudencia que ha declarado la necesidad de que, junto con las autorizaciones mineras, concurren las de las autoridades urbanísticas.

Este análisis de las relaciones entre la minería y la propiedad superficial, destacando, en particular, las medidas preventivas que constituyen la novedad más interesante de la BBergG, permite constatar las insuficiencias de nuestra ley minera, en la que se aprecia una absoluta falta de sensibilidad por estos problemas. En la legislación minera española no existe un régimen de obligaciones mutuas del empresario minero y del propietario del suelo con reflejo en el régimen concesional, ninguna causa expresa denegatoria de la concesión por incumplimiento de medidas preventivas obligatorias. Las normas sobre seguridad minera afectan en exclusiva a los empresarios mineros, y nada nos dice la ley española sobre las obligaciones de los propietarios del suelo en relación con las construcciones de la superficie o sobre la posible exclusión de responsabilidad por cumplimiento de las normas de seguridad. *Una vez más, el mito del dominio público inspira una excesiva confianza en que los intereses generales van a quedar mejor salvaguardados, aunque ello no se corresponda con la realidad.*

2. *Minería y otros intereses públicos: planificación y protección ambiental*

El sistema alemán manifiesta una gran sensibilidad por conseguir el equilibrio de los intereses enfrentados en minería, tanto los de carácter privado (propiedad del suelo) como los de carácter público (protección del ambiente, urbanismo, explotación de las aguas). Empezaré destacando las prohibiciones y limitaciones generales contenidas en la BBergG, para des-

cender luego a técnicas concretas. Y es que la ley asume la realización de determinadas finalidades en forma de grandes principios o cláusulas sobre el desarrollo de la minería y sus límites. *Lo verdaderamente importante es que tales finalidades no se quedan en simples declaraciones de principios sin consecuencias prácticas, sino que encuentran su reflejo en técnicas concretas que, como la planificación o la responsabilidad por daños, permiten desarrollarlas plenamente y exigir su cumplimiento.*

A) *Cláusulas generales de prohibición y limitación* (§48 BBergG).

Ocupa un lugar especial la denominada «cláusula de intangibilidad» (*Unberührtheitsklausel*), considerada como una norma de protección de bienes inmuebles que afecta a cualquier actividad de investigación o explotación de recursos mineros, incluso cuando no esté incluida en el ámbito de aplicación de la BBergG, que podría llegar a prohibirse o limitarse en aplicación de normas de Derecho público distintas de las mineras, siempre que los bienes objeto de protección se encuentren afectos a una finalidad pública o deban ser protegidos por causa de interés general (aguas, calles, puertos). En definitiva, se trata de una cláusula que respeta la protección que otras regulaciones de Derecho público puedan dispensar a los inmuebles afectos a un fin público, en forma de prohibiciones y limitaciones.

Esta previsión, no obstante, se complementa con la denominada «cláusula de garantía del suministro de materias primas» (*Rohstoffsicherungsklausel*), que prescribe que, pese a las prohibiciones y limitaciones anteriores, las actividades mineras no se verán perjudicadas más que «en la menor medida posible». Ello significa, en el fondo, que la BBergG no ha arrinconado los intereses de la minería sobre los demás, erigiéndose la seguridad del mercado de materias primas en un principio de primer orden.

Finalmente, la llamada «cláusula de garantía del interés general» o «de orden público» (*Öffnungsklausel*) permite a las autoridades mineras competentes limitar o rechazar la aprobación de los planes mineros ante intereses públicos prevalentes. En la medida en que tales intereses públicos se concretan en diversos derechos de terceros dignos de protección, la *Öffnungsklausel* se refleja en un trámite procedimental específico, la información pública, cuando haya más de trescientos interesados o bien una pluralidad indeterminada de afectados (67). La importancia esencial de la cláusula de orden público es que refleja las demandas de intereses no específicamente mineros y permite su defensa en el procedimiento de aprobación de los planes de empresa, conectada con la causa desestimatoria del §55.I.9.º BBergG (68).

(67) Este segundo inciso de la *Öffnungsklausel* fue introducido por la Ley de reforma de la BBergG de 12 de febrero de 1990. Véase el comentario de G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz. Ergänzung zum Kommentar*, cit., págs. 27 a 39, para quienes se trata de una «pura regla técnica».

(68) Según este párrafo, «[la aprobación de un plan de empresa podrá tener lugar cuando] pueda suponerse que no se producirán efectos perjudiciales para la comunidad

B) *La obligación general de planificación.*

En la ordenación jurídica de los intereses contrapuestos han adquirido extrema importancia los planes de empresa mineros (*Bergbetriebsplan*), que cualquiera que pretenda desarrollar una empresa de investigación o explotación de recursos minerales debe presentar para su aprobación por las autoridades competentes (§51 BBergG) (69). Por tanto, la obligación general de presentar planes de labores no atañe sólo a los explotadores de recursos «libres», sino también a los de las actividades inherentes a la propiedad del suelo. La nueva regulación de la planificación en minería constituye la novedad más sobresaliente de la BBergG, según ha destacado con énfasis la doctrina (70).

La importancia que las últimas reformas han concedido a la planificación ha alterado los esquemas básicos del Derecho minero alemán, y en los últimos años ha surgido con fuerza un debate sobre el alcance y efectos de los planes mineros. Tradicionalmente, se ha considerado que el foco principal de conflictos se localizaba en las relaciones jurídicas entre el propietario del suelo y el empresario minero, que se canalizan al margen del Derecho administrativo. No obstante, los autores empiezan a reclamar y a reafirmar la primacía del Derecho público sobre el Derecho privado.

derivados de la investigación o la explotación de los recursos». Una explicación de lo que deba entenderse por «daños causados al interés general» a efectos del §55 BBergG en H. SCHULTE: «Gemeinschaftliche Einwirkungen nach §55 BBergG», en la ob. col. *Berg- und Energierecht vor den Fragen der Gegenwart. Festschrift für Fritz Fabricius*, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, Band 7, Boorberg Verlag, 1989, págs. 149 a 163.

(69) Existen cinco tipos o grados de planificación en el ámbito minero. La ordenación más detallada y concreta de la actividad de las empresas mineras se reserva para el plan principal (*Hauptbetriebsplan*), al que corresponde definir los elementos básicos para la constitución y el desarrollo de las explotaciones durante un plazo mínimo de dos años. Mientras la obligación de elaborar planes principales afecta a todas las empresas mineras sin excepción, la presentación de los demás planes depende de requisitos relacionados con las características específicas de cada explotación. Ahora bien, estos planes circunstanciales o facultativos no pueden sustituir en ningún caso a los planes principales. Y así, el plan marco (*Rahmenbetriebsplan*) podrá ser exigido cuando, en atención a determinadas circunstancias, sea necesario describir, antes del establecimiento de una explotación minera, datos generales sobre el proyecto en preparación, su desarrollo técnico o los cálculos sobre su terminación. En cuanto a los planes especiales (*Sonderbetriebsplan*), se refieren a aspectos concretos de una explotación o a proyectos determinados, y los *planes comunitarios* (*gemeinschaftliche Betriebsplan*) son elaborados a instancia de la Administración cuando se trate de trabajos y explotaciones desarrollados por una pluralidad de empresarios. Finalmente, procederá elaborar y presentar planes de cierre (*Abschlussbetriebsplan*) en el momento del cierre o abandono de la explotación minera, y responden a la necesidad de regular los efectos negativos que el abandono de las explotaciones tiene sobre ciertos intereses, principalmente de carácter público y ambiental. Un estudio específico sobre este abanico de problemas, en D. BEDDIES: *Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Einstellung eines Bergwerkes*, Carl Heymanns Verlag, 1995.

(70) Por todos, G. KUHNE: «Einleitung: Aktuelle Problemschwerpunkte des Bergrechts», cit., págs. 13 a 19. Sobre la planificación minera en el momento inmediatamente anterior al Proyecto de BBergG, me remito a la monografía de H. PRADT: *Rechtsfragen zum Betriebsplan im Bergrecht*, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln, Band 46, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1981, especialmente págs. 115 a 171.

Se constata que los títulos mineros son una condición necesaria para desarrollar las actividades extractivas y que, a su vez, la prueba de su titularidad constituye un requisito necesario para la aprobación del plan por la autoridad competente. Sin embargo, hasta que la Administración no aprueba el plan, el titular de un derecho minero no puede desarrollar las facultades que este título le otorga. En otras palabras, el trámite principal ha pasado a ser la aprobación del plan y, por eso, la doctrina concluye que el procedimiento autorizatorio minero tiene naturaleza jurídica pública. La planificación minera no sería, en realidad, una verdadera planificación en sentido material, sino que se inserta en un procedimiento autorizatorio sometido al requisito formal del plan, de forma que éste constituye un requisito de eficacia de los títulos mineros (71).

De esta manera, el foco de conflicto se ha trasladado desde la relación propietarios del suelo / titulares de derechos mineros a la relación de rivalidad entre diversos intereses públicos, todos ellos merecedores de protección. Cuando la autoridad debe aprobar un plan, asume una concreta posición de dirección y prevención de riesgos, lo cual implica una toma de consideración previa de los intereses de terceros, una postura decidida en un conflicto que materialmente surge entre los intereses del titular de derechos mineros y los intereses de terceros afectados por las actividades mineras.

La jurisprudencia del Tribunal Federal Administrativo ha definido cuáles son los principios básicos que rigen las relaciones de vecindad en minería, tanto de carácter privado como público. Puede decirse, en una primera aproximación, que el Tribunal Federal ha limitado la prioridad absoluta de la minería sobre las demás actividades económicas cuando concurren determinados intereses dignos de protección. Una conocida sentencia de 4 de julio de 1986, caso *Altenberg*, fue la pionera en romper con la tradicional prioridad de la minería, dando entrada a los intereses públicos en el procedimiento de aprobación de los planes de empresa (72). Pero sólo a raíz de otra decisión importantísima, la sentencia *Moers-Kapellen*, de 16 de marzo de 1989, se ha consolidado y ampliado el ámbito de los derechos de terceros protegidos por la cláusula general de garantía de los intereses públicos de los §§48.2.º y 55.I.9.º BBergG con incidencia en el procedimiento de elaboración de los planes mineros (73). Estos derechos dignos de protección

(71) Véase G. GAENTZSCH: «Die bergrechtliche Planfeststellung», en ob. col. *Bürger. Richter. Staat. Festschrift für Horst Sandler*, C.H. Beck'sche Verlag, München, 1991, pág. 421, y «Die Zulassung bergbaulicher Vorhaben», cit., pág. 14.

(72) Véase el comentario específico de F. SEIFERT: «Die Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Zulassung eines Betriebsplans nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4.7.1986 am Beispiel des Denkmalschutzes», *ZfB*. Bd. 128 (1987), págs. 238 a 248.

(73) Sentencia recogida en *ZfB*. Bd. 130 (1989), págs. 199 y ss. Destaco los comentarios de G. HEITMANN: «Die Leitlinien des Bundesverwaltungsgerichts für den Bergbau», *ZfB*. Bd. 131 (1990), págs. 179 a 189; U. HÜFFER: «Bergbau, Eigentum und Schadensrisiko - Zivilrechtliche Überlegungen nach dem Moers-Kapellen-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts», en la ob. col. *Festschrift für Hubert Niederländer*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1991, págs. 267 a 284, y T. WIESNER: «Beteiligung von Hauseigentümern im

son los que se relacionan con el elenco de intereses públicos virtualmente en conflicto, incluidos los de los municipios interesados (74).

Lo decisivo de la sentencia *Moers-Kapellen* es que incluye también en el ámbito de la cláusula de orden público a los intereses de los propietarios del suelo. En efecto, a partir de las dificultades para encajar el derecho de propiedad fundiaria en el concepto de «perjuicios al interés general» como causa de inadmisión de los planes mineros, el Tribunal Federal alemán se esfuerza por incluir la propiedad en la más apropiada noción de «intereses dignos de protección», recurriendo a una interpretación amplia de la cláusula de orden público del §48.2 BBergG que haga posible que los propietarios del suelo participen en el procedimiento de aprobación de los planes mineros. Es más, la vinculación tradicional de la minería con la propiedad fundiaria constituiría un supuesto especial de protección del interés general, en un intento de que los intereses particulares coincidan con los generales a través de la aprobación de los planes de empresa, de modo que las autoridades mineras pueden limitar o denegar un proyecto minero cuando, tras una adecuada ponderación de intereses, la defensa de la propiedad sea objetivo prioritario (75).

Desde otra perspectiva, resulta indudable que la planificación debe ponerse en relación con la enraizada potestad de policía, que es una norma histórica derivada de los viejos principios de dirección e inspección. Puesto que la BBergG declara que «la minería está bajo el control de las autoridades mineras competentes», la planificación, como técnica específica de control administrativo sobre las explotaciones, es una manifestación de este principio de vigilancia. La *Bergaufsicht* comienza con la puesta en marcha de una empresa minera, independientemente de la fecha en que se

Rahmen bergrechtlicher Betriebsplanzulassungsverfahren», *ZfB*, Bd. 133 (1992), págs. 194 a 202. En el mismo sentido, la posterior sentencia *Erdgasspeicher-Urteil*, de 13 de diciembre de 1991.

(74) Tras la entrada en vigor de la BBergG, la posición de los municipios en el procedimiento de aprobación de los planes mineros se erigió en un tema central, pues la ley ha previsto expresamente algunos derechos de participación de los municipios. El tema ha suscitado el interés de la doctrina, quien destaca especialmente la importancia de los planes generales como representativos de los intereses municipales. Véanse H. ZEILER: «Die rechtliche Stellung der Gemeinden beim bergrechtlichen Betriebsplanverfahren», *ZfB*, Bd. 124 (1983), págs. 404 a 419; W.-R. SCHENKE: *Bergbau contra Oberflächeneigentum und kommunale Selbstverwaltung?*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, especialmente págs. 5 a 64, y A. STRECKER: *Die Rechtsposition der Gemeinden im bergrechtlichen Betriebsplanverfahren*, Tesis Doctoral, Göttingen, 1995, especialmente págs. 1 a 55.

Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado en alguna ocasión que los municipios no participan incondicionadamente en la aprobación de los planes mineros de labores, sino tan sólo cuando éstos puedan entrar en conflicto con determinadas planificaciones sectoriales directamente relacionadas con sus competencias propias —Sentencia del Tribunal Federal alemán de 15 de julio de 1994, recogida en *Neue Zeitschrift für Verwaltung - Rechtsprechungs - Report* (1995), pág. 313—.

(75) Para el civilista U. HUFFER: «Bergbau, Eigentum und Schadenrisiko - Zivilrechtliche Überlungen nach dem Moers-Kapellen-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts», cit., pág. 276, la protección de los intereses de terceros (incluidos los de la propiedad fundiaria) no está exenta de problemas en su aplicación práctica. Por eso, a su juicio, la garantía de la propiedad se encuentra mejor salvaguardada con las técnicas de Derecho privado que ofrece el BGB (indemnización por daños, relaciones de vecindad).

hayán otorgado los títulos de investigación o explotación, y termina con la admisión del plan de cierre de una explotación. En definitiva, el ámbito de efectividad de la vigilancia minera coincide con todas las fases de la planificación (76).

Se ha discutido el contenido y alcance del procedimiento autorizatorio de los planes mineros. Se trata de determinar si este modelo de intervención basado en la presentación de planes de empresa encuentra o no acomodo en el procedimiento autorizatorio general, regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG). Ante todo, debe decirse que la VwVfG tiene carácter subsidiario y que se aplica únicamente en defecto de reglas especiales contenidas en otras normas (77). Por tanto, ni las reglas generales sobre procedimiento ni las referidas a la planificación resultan aplicables a los planes mineros, que se rigen por las reglas especiales de la BBergG (78). De la literalidad de la VwVfG se deduce la inexistencia de un núcleo procedimental básico y general aplicable a todos los procedimientos administrativos. Ahora bien, existen ciertos trámites que, por no estar regulados en la BBergG, se duda si podrían incluirse en el procedimiento de aprobación de los planes mineros, tales como la audiencia a los terceros interesados (prevista expresamente en el §73 VwVfG).

La polémica tiene su razón de ser desde el momento en que la puesta en marcha de una explotación minera entra en conflicto con otros procedimientos autorizatorios establecidos para los demás sectores económicos, en particular la licencia urbanística de obras, las relacionadas con la protección del ambiente o las que afectan a otros recursos naturales como el agua. Se afirma que los constantes conflictos entre la minería y los restan-

(76) La doctrina destaca que la intervención pública a través de la planificación constituye un desarrollo de los viejos principios de dirección e inspección, ya que implica una vigilancia directa sobre las explotaciones mineras y una extensión del ámbito de las personas responsables. Por todos, C.H. STIENS: *Der bergrechtliche Betriebsplan*, Tesis Doctoral, Beiträge zum Siedlungs- und Wohnungswesen und zur Raumplanung, Münster, 1995, págs. 16 a 29; M. BECKMANN: «Bergrechtliches Direktionsprinzip und ordnungsrechtliche Verantwortung», *ZfB*. Bd. 133 (1992), págs. 120 a 126; M. KIRCHNER y E. KREMER: «Leitung und Beaufichtigung des Bergbaubetriebes», *ZfB*. Bd. 131 (1990), págs. 189 a 199; H. WELER: «Das Bergrecht im Verhältnis zum Allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht», *ZfB*. Bd. 128 (1987), págs. 13 a 25; G. DAPPRICH: «Grundsätze des bundesberggesetzlichen Betriebsplan- und Bergaufsichtsrechts», *ZfB*. Bd. 128 (1987), págs. 325 a 340, y G. FÜRER: «Bergbau und Bergaufsicht - offene und kritische Partnerschaft», *ZfB*. Bd. 126 (1985), págs. 162 a 179.

(77) Como explican H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 96 y 450; P. BADURA: «Das Verwaltungsverfahren», en ob. col. H.-U. ERICHSEN (dir.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10.ª ed., 1995, págs. 427 y ss., y F.-J. PEINE: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 62, la cláusula de subsidiariedad de la VwVfG ha sido duramente criticada, echándose en falta unas reglas básicas que aclaren o unifiquen la compleja red de especialidades procedimentales existente en Derecho alemán.

(78) G. GAENTZSCH: «Die bergrechtliche Planfeststellung», cit., pág. 410, destaca como nota característica de los planes mineros que éstos no quedan restringidos al establecimiento de una empresa minera, sino que ordenan también las actividades derivadas de la explotación y el cierre de la explotación minera. Por el contrario, el procedimiento autorizatorio de los §§72 y ss. VwVfG se limita a establecer unas condiciones generales para el establecimiento de un proyecto u obra.

tes intereses públicos o privados, sobre todo derivados de la utilización del suelo, constituyen razón suficiente para plantear la necesidad de conectar el procedimiento autorizatorio minero, concretado en la aprobación de los planes de labores, con el sistema autorizatorio general. Además, el Derecho minero no se aplica sólo a proyectos relacionados con la minería (véase el §126.1.º y 3.º BBergG), sino, como en España, a otros planes que prevén proyectos de construcción de depósitos o galerías subterráneos para almacenamiento de recursos.

En definitiva, viene a decirse que el procedimiento de aprobación de planes mineros, requisito imprescindible para la eficacia de los títulos mineros, no se encuentra totalmente aislado del procedimiento general ni de las demás planificaciones sectoriales. Si la BBergG prescribe que, a falta de procedimiento especial, son aplicables las normas de la VwVfG, en atención a la unidad del ordenamiento jurídico una explotación minera no debe estar enfrentada a intereses públicos prevalentes y, por tanto, debe darse entrada a terceros que opongan intereses legítimos (79).

En relación con ello, se ha suscitado un fructífero debate en la doctrina alemana a raíz de la publicación del Reglamento del *Land* de la Baja Sajonia de 13 de diciembre de 1985 sobre el Parque Nacional *Niedersächsisches Wattenmeer*, que enfrentaba a la planificación ambiental con los intereses de la minería y que nos conduce al problema más general de la estabilidad de los titulares de derechos mineros frente a la planificación pública sectorial (80). Algo se comentó ya, al hilo del estudio de la naturaleza jurídica

(79) P.-J. TETTINGER: «Wasserversorgung und bergbehördliche Betriebsplanzulassung», cit., págs. 1 a 14, y *Umweltverträglichkeitsprüfung bei Projekten des Bergbaus und der Energiewirtschaft*, Bochumer Beiträge für Berg- und Energierecht, Band 8, Bochum, 1989, considera que el titular de una explotación de aguas puede participar en el procedimiento para la aprobación de un plan minero y tiene derecho a ser admitido en él, con lo cual las posibilidades de éxito del sujeto que pretende la aprobación del plan minero disminuyen frente a la libre decisión administrativa, en contra de la opinión mayoritaria que considera reglada la potestad de aprobar los planes de empresa. También, G. GAENTZSCH: «Die Zulassung bergbaulicher Vorhaben im System des Anlagengenehmigungsrechts», en G. KÜHNE y G. GAENTZSCH: *Wandel und Beharren im Bergrecht. Perspektiven der Bergrechtsentwicklung in Deutschland*, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln, Band 68, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, págs. 11 y 12.

(80) Las relaciones entre los planes de empresa mineros y la planificación general para la ordenación del territorio encuentra un antecedente importante en la *nordrhein-westfälische Landesplanungsgesetz* de 28 de noviembre de 1979, que contenía unas prescripciones generales para las cuencas del carbón que limitaban proyectos aprobados y derechos de los titulares mineros.

Sobre los conflictos entre planificaciones sectoriales, G. KÜHNE: «Zulassung und Ausübung des Bergbaus bei Kollisionen mit anderen öffentlichen Interessen - zugleich ein Beitrag zu §47 RegE BBergG», *ZfB*. Bd. 121 (1980), págs. 58 a 72, -«Die Bedeutung der Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung bei bergbaulichen Vorhaben», *DVBl.* (1984), págs. 709 a 716; «Bergauberechtigungen und Bestandsschutz», en la ob. col. *Europarecht. Energierecht. Wirtschaftsrecht. Festschrift für Bodo Bömer*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1992, y «Bergwerkseigentum und Bestandsschutz», en la ob. col. *Wettbewerb - Bestandsschutz - Umweltschutz. Aktuelle Tendenzen des Berg- und Energierechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, págs. 73 a 88; W. HOPPE: «Bergauberechtigungen als verfassungskräftige Eigentumsposition und ihr Schutz gegenüber Planung», *DVBl.* (1982), págs. 101 a 112; U. WINTER y W. SAGOLLA: «Bergbau kontra Planungsrecht? - oder: Ist in Rahmen des bestehenden Planungsrecht eine befriedigende Lösung bergbauverursac

de los títulos. La cuestión a resolver se refería a si los títulos mineros están protegidos por la garantía de la propiedad del artículo 14 GG frente a posibles privaciones o limitaciones establecidas en normas reglamentarias.

Partiendo de que, efectivamente, los derechos mineros estarían protegidos por esta garantía constitucional (81), un sector doctrinal concluyó que las limitaciones contenidas en un reglamento no pueden afectar al contenido esencial de los títulos mineros, so pena de vulnerar el principio de legalidad. En otras palabras, los empresarios mineros tendrían un derecho reconocido por la BBergG a la aprobación de los planes, que no podría ser limitado por una norma reglamentaria reguladora de materias ajenas a la minería (82). Frente a esta opinión, otros autores se muestran partidarios de que los planes de protección de la naturaleza y ordenación del territorio limiten los derechos mineros con más intensidad, en uso de los intereses públicos que la BBergG asume (83).

Esta divergencia procede, a mi juicio, de un diferente punto de partida sobre la naturaleza del procedimiento de aprobación de los planes mineros. Y así, quienes afirman que el empresario minero ostenta un derecho a la aprobación del plan, estiman que la planificación no es sino una mani-

ter Rau- und Nutzungskonflikte möglich?», *ZfB*. Bd. 123 (1982), págs. 347 a 361; W. ERGUTH: «Verfassungsrechtliche Fragen in Verhältnis Landesplanung und Braunkohlenplanung», *DVBl.* (1982), págs. 1 a 13; H. WELLER: *Das neue Bundesberggesetz und die Braunkohlenplanung*, Materialien der Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Hannover, 1983; G. HEITMANN: «Rechtliche Aspekte des Bundesberggesetzes für die Wasserwirtschaft», *ZfB*. Bd. 125 (1984), págs. 354 a 363; H. SCHULTE: «Bergbau, Umweltrecht, Raumplanung», *ZfB*. Bd. 128 (1987), págs. 178 a 232; W. GERIGK: «Zum Verhältnis zwischen Bergrecht und Naturschutzrecht», *ZfB*. Bd. 128 (1987), págs. 232 a 237; H. KRUGER: «Verfassungsrechtlicher Eigentumschutz für den Bergbau», *cit.*, págs. 99 a 113; M. BECKMANN: «Berg-, umwelt- und planungsrechtliche Probleme der Wiedernutzbarmachung und Folgenutzung bergbaulicher Flächen und Anlagen», en la ob. col. *Gegenwartsprobleme des Bergrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, págs. 67 a 114; M. WILDE: «Verhältnis zwischen Bergrecht und Naturschutzrecht», *DVBl.* (1998), págs. 1321 a 1329.

(81) Pese a que, como hemos visto, doctrina y jurisprudencia afirman que los títulos mineros gozan de la garantía de la propiedad del artículo 14 GG, algún autor ha matizado que, frente a la propiedad del suelo, los títulos mineros se caracterizarían por su carácter unidimensional. Con ello se quiere decir que el ámbito de los derechos mineros está restringido a unas actividades concretas, la explotación de los recursos minerales, frente al carácter ilimitado de facultades de que disfruta el propietario del suelo. Por eso, la garantía de la propiedad de los títulos mineros estaría limitada a ese contenido «unidimensional». De esta opinión, G. KÜHNE: «Bergwerkseigentum und Bestandschutz», *cit.*, pág. 77.

(82) G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz*, *cit.*, pág. 400; W. HOPPE: «Die Einschränkung bergbaulicher Berechtigungen durch eine Nationalparkverordnung - am Beispiel des niedersächsischen Wattenmeeres», *DVBl.* (1987), págs. 757 a 765, y *Nationalparkverordnung «Niedersächsisches Wattenmeer» und bergbauliche Berechtigungen*, 1987, pág. 50; W. GERIGK: «Zum Verhältnis zwischen Bergrecht und Naturschutzrecht», *ZfB*. Bd. 128 (1987), pág. 232; M. BECKMANN: «Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.03.1989», *DVBl.* (1989), págs. 669 y 670; J.-D. RAUSCH: *Umwelt- und Planungsrecht beim Bergbau*, Baden-Baden, 1990, pág. 38; H. WELLER: «Der rechtliche Status aufrechterhaltener alter Rechte und Verträge nach dem BBergG», *cit.*, pág. 69.

(83) M. SEIBERT: «Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 04.07.1986», *DVBl.* (1986), págs. 1277 y 1278; G. KÜHNE: «Nochmals: bergbauliche Berechtigungen und Nationalparkverordnung Niedersächsisches Wattenmeer», *DVBl.* (1987), págs. 1259 a 1263, y W. PETERS: «Nationalpark-Verordnung "Niedersächsisches Wattenmeer" und bergbauliche Berechtigungen», *DVBl.* (1988), págs. 227 a 229.

festación del sistema de prohibición preventiva con reserva de autorización, es decir, del sistema autorizatorio público de control (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*). Por el contrario, los autores que no reconocen este derecho de los empresarios mineros consideran que el plan minero se inserta en la planificación pública general (84) y que, por tanto, está llamado a regular el desarrollo de las actividades mineras con absoluta discrecionalidad.

Pese a que la mayor parte de la doctrina considera que la aprobación de los planes mineros constituye una potestad reglada de la Administración, que debe ceñirse a la comprobación de si concurren o no las circunstancias enumeradas en el §55 BBergG, conviene destacar que la amplitud con que aparecen enunciadas éstas, junto con las matizaciones jurisprudenciales, permiten hablar de una amplia discrecionalidad administrativa a la hora de decidir la aprobación de los planes mineros y, por tanto, la plena eficacia de los títulos mineros.

Una de las novedades más destacables consistió en la introducción de la evaluación de impacto ambiental (*Umweltverträglichkeitsprüfung*, UVP) en el procedimiento para la aprobación de los planes marco o generales (§52.2a BBergG) (85). La evaluación de impacto ambiental ha alterado la funcionalidad de estos planes, cuya exigencia y elaboración no puede considerarse ya una facultad discrecional de las autoridades mineras en atención a las circunstancias concurrentes, sino una verdadera obligación en los casos en los que la evaluación de impacto ambiental sea exigible reglamentariamente (86). Indudablemente, los planes generales eran los instrumentos más adecuados para recoger esta técnica de la protección ambiental, dado su carácter preventivo y más adecuado a las especialidades de cada explotación.

Nuestro sistema cuenta también con una ordenación de la planificación que afecta específicamente a las explotaciones mineras, concretada en los conocidos planes de labores. Sin embargo, los planes de labores no se insertan con rotundidad en el procedimiento general para el otorgamiento

(84) Aunque ni el Derecho constitucional alemán ni el Derecho administrativo han realizado hasta épocas muy recientes una sistematización dogmática de la planificación, se considera que el plan no es un fenómeno cualitativo nuevo, sino que puede insertarse en otras formas de actuación conocidas, bien como modelo general y abstracto, bien como una regla concreta de actuación. Sobre la naturaleza jurídica de los planes, véase H. U. ERICHSEN: «Das Verwaltungshandeln», en H.-U. ERICHSEN (dir.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., De Gruyter Verlag, pág. 341; H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 404 a 421; P. BADURA: «Das Verwaltungsverfahren», cit., págs. 497 y ss., y F.-J. PEINE: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 68.

(85) La técnica de la evaluación de impacto ambiental fue introducida por la Ley de Reforma de la BBergG de 12 de febrero de 1990, en respuesta a una demanda ampliamente extendida sobre todo a raíz de la Directiva comunitaria 85/337, de 27 de junio de 1985, que imponía la necesidad de evaluación de impacto ambiental para ciertas obras públicas y privadas. El Reglamento sobre Evaluación de Impacto Ambiental (*UVP-V Bergbau*) de 13 de julio de 1990, por su parte, determina las condiciones de los proyectos para los que resulta exigible.

(86) G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz. Ergänzungsband zum Kommentar*, cit., pág. 50.

de las autorizaciones y concesiones mineras, amén de que el debate sobre sus efectos y su naturaleza jurídica no ha sido resuelto por la doctrina. Además, ni siquiera están previstos para la investigación y explotación de todas las secciones, ni su falta de presentación conlleva necesariamente la caducidad del título minero. Los planes de labores del sistema español, además, pueden elaborarse una vez que los trabajos mineros han dado comienzo, con lo que carecen de ese carácter preventivo que diferencia a los planes de empresa alemanes. Una vez más, la BBergG nos proporciona referencias para constatar las lagunas del sistema español.

C) *Daños causados a derechos e intereses públicos.*

La BBergG contiene normas especiales que complementan el régimen general de responsabilidad por daños cuando surgen conflictos entre las explotaciones mineras y la construcción de obras públicas o proyectos públicos de otro tipo, especialmente los que afectan a la protección del ambiente. En efecto, la ley establece una regla general de reciprocidad e igualdad entre los intereses de la minería y los de las obras públicas, procurando que los perjuicios sean «los menos posibles» (§124 BBergG) (87). Este régimen de igualdad u obligación de respeto determina que los gastos por las necesarias medidas de adaptación y seguridad se repartan entre el empresario minero y el responsable de las obras públicas, aunque éstas serán prioritarias en algún caso, cuando resulte imposible impedir un perjuicio grave para la ejecución de la obra pública y ello entorpezca gravemente el interés general.

He aquí algunos ejemplos en los que la propia BBergG asume la prioridad, bajo ciertos presupuestos, de intereses públicos ajenos al fomento de la minería.

V. EL ENTRECRUZAMIENTO DEL SISTEMA CON UN MODELO DE PROPIEDAD ESTATAL. EL DERECHO MINERO SURGIDO DE LA UNIFICACIÓN ALEMANA

Uno de los debates más intensos en el ámbito del Derecho minero se centra en la situación jurídica de los cinco nuevos *Länder* surgidos tras la unificación alemana (Brandemburgo, Mecklenburgo-Vorpommern, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia) y en cómo se ha afrontado la adaptación de las normas mineras.

Abordar aquí la reunificación alemana en el concreto sector de la minería tiene sentido porque me pareció interesante reflexionar sobre el modo en que habrían enlazado dos sistemas de intervención dogmáticamente opuestos, uno basado en la propiedad estatal de los recursos y otro en una intervención sobre la actividad extractiva a través de un sis-

(87) G. BOLDT y H. WEILER: *Bundesberggesetz*, cit., págs. 879 a 902.

tema autorizatorio. Por supuesto, el tema tenía igualmente interés desde otras perspectivas, incluidas la económica y la política. Aún no podemos saber cuál será el alcance real de la unificación alemana en todas las parcelas del Derecho público (diez años es poco tiempo para un episodio de tanta envergadura), pero sí podemos afirmar que, al menos en el Derecho minero, se ha producido una auténtica «invasión» de las normas del Oeste y una casi total «absorción» del viejo Derecho de la Alemania comunista, hecho que provoca muchos interrogantes, cuando no perplejidad y recelo.

La Ley de la Unificación de Alemania (*Einigungsvertragsgesetz*, de 23 de septiembre de 1990), que fue precedida de un Tratado firmado entre las antiguas RFA y RDA para su unificación (*Einigungsvertrag*, de 31 agosto 1990), contiene una específica previsión para el sector minero. El problema que se planteó fue que los sistemas jurídicos mineros eran esencialmente distintos en cada país y hacía falta un esfuerzo homogeneizador. Pues bien, ¿cómo se ha realizado la unificación del Derecho minero alemán? Para contestar a esta pregunta resulta necesario remontarse a la situación inmediatamente anterior a la unificación.

El sistema económico de la RDA era el propio de una economía planificada basada en la propiedad estatal de los medios de producción. Y así, el artículo 9.III.1.º de la vieja Constitución de la República Democrática Alemana de 6 de abril de 1968 (*Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik*), reformada el 7 de octubre de 1974, elevaba a principio fundamental la dirección y planificación económicas por el Estado. Tanto la producción como los medios de producción estaban bajo el control y la dirección del Estado (88).

En particular, interesa destacar la norma del artículo 12 de la Constitución de la RDA, que establecía que todas las materias primas minerales y los yacimientos eran propiedad del Estado socialista. La expresión *Volkseigentum* (literalmente, «propiedad del pueblo») no estuvo nunca suficientemente aclarada, sin que la doctrina se haya puesto de acuerdo sobre su naturaleza jurídica. Bajo el régimen socialista se explicaba como sinónimo de una «propiedad colectiva al servicio de la clase trabajadora», que permitía desarrollar mejor los fines económicos del Estado y la planificación (89).

(88) Un panorama general del sistema estatal de intervención en el sector minero en la vieja RDA, en C.H. GLORIA: «Das Berg- und Energierecht der Deutschen Demokratischen Republik», en ob. col. *Berg- und Energierecht vor den Fragen der Gegenwart. Festschrift für Fritz Fabricius*, Bochum, 1989, págs. 457 a 480.

(89) He tenido ocasión de consultar un manual de Derecho minero, publicado por la editorial estatal de la RDA, que resulta muy interesante para comprender los principios básicos y declarados que el régimen perseguía con la ordenación de la minería. Se trata del manual de M. MÜCKE (dir.): *Bergrecht*, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, Berlín, 1985, págs. 24 y 75. Con un estilo de indisimulada propaganda política, se explican las razones por las que se ha optado por la propiedad colectiva de los recursos minerales, como que «las reglas constitucionales y legales acerca de la propiedad colectiva de las sustancias minerales son expresión de una medida general para el desarrollo del socialismo, que ha erigido en principios económicos básicos para la industria y la clase trabajadora las relaciones sociales de la propiedad colectiva en la producción minera», o que la apropiación pública de todos los medios de producción, y en especial de los recursos minerales, se considera un «objetivo antifascista».

Para la mayoría de los autores, esta expresión hacía referencia a una propiedad del Estado típica de los sistemas de economía socialista (90). Según otro sector doctrinal, la sociedad en su conjunto sería la titular de esa propiedad «del pueblo», aunque, puesto que la propiedad no puede explicarse aquí como un poder de disposición directo sobre el objeto, el concepto *Volkseigentum* constituiría más bien una «atípica forma de propiedad sin titular» (*subjektlosen Rechte*) (91).

Sentado lo anterior, los principios básicos en los que se basaba la intervención del Estado en el sector minero podían resumirse en los tres siguientes:

Primero. La utilización de la corteza terrestre es un derecho de disposición exclusiva del Estado con la finalidad de garantizar el suministro de materias primas minerales. Únicamente el Estado socialista estaba autorizado a disponer de los yacimientos minerales. Esta regla era, a juicio de los autores de la época, «la más importante del sistema de utilización del suelo en el Estado socialista» (92).

Segundo. La planificación horizontal y vertical, que controla el ciclo geológico de producción de los recursos en sus diversas fases, la responsabilidad por daños y los riesgos que resultan de las técnicas mineras aplicadas a la corteza terrestre y la seguridad pública (93). El Derecho minero se consideraba, en definitiva, como un conjunto de normas pertenecientes a distintas ramas del Derecho (político, administrativo, económico, civil y urbanístico), para la regulación de la propiedad de los medios de producción, su dirección y control por el Estado.

Tercero. El equilibrio con la protección del ambiente y la utilización de los recursos minerales.

La Ley de Minas de la RDA (*Berggesetz der DDR*, de 12 de mayo de 1969; en adelante, BG-RDA) distinguía las materias primas minerales en general (*Mineralrohstoffe*) de las sustancias minerales «a efectos de la

(90) De esta opinión, P. BADURA: «Der Verfassungsauftrag der Eigentumsgarantie im wiedervereinigten Deutschland», *DVBl.* (1990), pág. 1258, y C.-H. HEUER y J. HOFFMANN: «Gewinnung mineralischer Rohstoffe in den neuen Bundesländern (I)», *Wirtschaftsrecht* (1991), pág. 22. Por su parte, E. KRAUTSCHNEIDER: «Direktionsprinzip und Inspektionsprinzip im Bergrecht», *ZfB.* Bd. 103 (1962), pág. 31, entendía que la propiedad pública de los yacimientos y las explotaciones mineras en la RDA constituye una manifestación del principio de dirección en su máximo grado de intensidad, subrayando a estos efectos que la expresión «propiedad del pueblo» era tanto como hablar de la propiedad estatal de los medios de producción.

(91) C.H. GLORIA: «Das Berg und Energierecht der Deutschen Demokratischen Republik», cit., págs. 462 y 463, para quien la expresión *Volkseigentum* constituye un moderno ejemplo de la teoría de los derechos sin sujeto. Sobre los «derechos sin sujeto», también R. SCHÜSSLER: «Volkseigentum und Volkseigentumsrecht im Prozeß der Entfaltung des ökonomischen Systems des Sozialismus», *Staat und Recht* (1968), pág. 229.

(92) M. MÜCKE: *Bergrecht*, cit., pág. 87.

(93) El §11 de la vieja BG-RDA dividía el territorio en «provincias mineras» (*Bergbauschutzgebiete*) para el desarrollo, coordinación y vigilancia de las explotaciones mineras. Véase el artículo de H. RAURER: «Bergbauschutzgebiete in den neuen Bundesländern», *Glückauf* (1991), págs. 699 a 703.

Ley» (propriadamente *Bodenschätze*), una calificación con trascendentes consecuencias. Según esta norma, sólo las materias primas minerales importantes para la economía nacional enumeradas expresamente debían considerarse *Bodenschätze* y, por tanto, de propiedad del Estado democrático alemán, «con independencia de la propiedad del suelo». Esta última expresión no deja de ser curiosa, toda vez que también la mayor parte del suelo era una propiedad colectiva o del Estado, con lo cual los conflictos de intereses entre la minería y los usos del suelo eran casi siempre conflictos entre intereses públicos.

Frente a éstas, las sustancias no consideradas legalmente *Bodenschätze*, como la arena, la grava o la arcilla, podían disfrutar de un régimen de propiedad diferente, incluso de propiedad individual en el sentido del viejo Código civil de la RDA (*Zivilgesetzbuch*, de 19 de junio de 1975). Para salvar la contradicción que suponía la existencia de recursos de propiedad privada en un sistema regido por la propiedad estatal de los medios de producción, los profesores de la RDA quitaban valor a estos recursos privados y explicaban que su importancia «era mínima», porque el derecho a extraer minerales siempre correspondía al Estado socialista (94).

La concreción de las *Bodenschätze* a efectos de la BG-RDA había sido desarrollada por diversos reglamentos, entre los que cabe destacar el último de ellos, muy cercano ya a la unificación. Se trata del Reglamento sobre la cesión de la propiedad minera de 15 de agosto de 1990, que contiene una ampliación del catálogo de sustancias enumeradas legalmente y, sobre todo, una reforma trascendental de los derechos de investigación y explotación. Véamoslo.

En virtud de la BG-RDA, los derechos para investigar recursos minerales y para extraerlos y explotarlos, así como para aprovechar depósitos subterráneos, pertenecían exclusivamente al Estado socialista, que los llevaba a cabo a través de órganos estatales o de empresas públicas. La totalidad de los trabajos mineros debía desarrollarse de acuerdo con la planificación y con intervención directa del Estado. Para la opinión mayoritaria, este precepto constituía una reserva estatal propia (*echte Staatsvorbehalt*) sobre la totalidad de las sustancias minerales de propiedad pública (95). Sin embargo, la Ley permitía también la cesión de los derechos mineros a terceras personas, incluidas empresas privadas, a través de un sistema de base contractual (*Vertragssystem*).

Lo significativo del Reglamento de 1990 es que, poco antes de la unificación, abrió la posibilidad de conceder derechos individuales para la investigación y explotación de los minerales de propiedad estatal, que garantizaban a su titular una posición jurídica estable. En otras palabras, permitió que el Estado cediera derechos de propiedad minera para sustancias y terrenos determinados. La propiedad minera (también llamada *Bergwerkseigentum*, como en el sistema del Oeste) otorgaba un derecho absoluto

(94) M. MÜCKE: *Bergrecht*, cit., pág. 74.

(95) J. HOFFMANN: «Deutsche Einigung - begrechtliche Konsequenzen für die neuen Bundesländer», *Betriebs-Berater* (1991). pág. 1507.

para investigar, explotar y apropiarse de los recursos, y tenía la naturaleza jurídica de un derecho real limitado. Con esta importante innovación, el Reglamento quiso instaurar una nueva categoría del derecho de propiedad minera y terminar con el sistema de derechos estatales hasta entonces vigente (96).

La homogeneización de los diferentes sistemas jurídicos de los dos Estados alemanes a través de la Ley de Unificación ocasionó muchísimos problemas. El primero de ellos, la propia adaptación del Derecho minero, hasta entonces basado en dos sistemas de principios divergentes. Como en muchos otros sectores del Derecho, este conflicto tenía que solucionarse a través de disposiciones transitorias, puesto que la BBergG había entrado en vigor en los nuevos *Länder* alemanes y en el sistema jurídico minero de la RDA no era conocido ninguno de los derechos mineros en sus distintas categorías, basándose la explotación de las sustancias minerales en criterios muy diferentes. La reunificación ha incidido en todas las parcelas del Derecho minero, desde la organización (97) hasta el régimen de responsabilidad por daños (98).

Pues bien, en virtud de la Ley de Unificación, las materias primas minerales más importantes para la economía del país, enumeradas en el §3 BG-RDA y ampliadas por el Reglamento de 15 de agosto de 1990, pasaban a ser minerales «libres» a efectos de la BBergG. En cuanto al resto de materias primas, debían considerarse minerales «del suelo». La consecuencia necesaria de esta regla fue una división bipartita de las sustancias minerales en los nuevos *Länder*: los recursos separados de la propiedad del suelo o «libres» (*bergfreie Bodenschätze*), antes considerados propiedad del Estado, y las sustancias que pertenecen al propietario del suelo (*grundeigene Bodenschätze*).

Ya se ha producido la absorción de ese sistema *propietarista*, basado en la propiedad pública de los recursos, por un sistema autorizatorio y de control sobre la actividad, pues la propiedad estatal desapareció el 3 de octubre de 1990 con la entrada en vigor del Tratado de adhesión.

Destaquemos, sin embargo, que en los Estados alemanes del Oeste, en aplicación de la BBergG, la clasificación es tripartita y no bipartita. En efecto, junto a las actividades «libres» y las inherentes a la propiedad del suelo, existen otras sustancias que no caen dentro del ámbito de aplicación de la BBergG, a las que la doctrina llama tradicionalmente «minerales de

(96) Para U. HÜFFER y P. TETTINGER: *Sand und Kies als Gegenstand des Bergwerkseigentums in den neuen Bundesländer*, Bochumer Forschungsberichte zum Berg- und Energierecht, Band 7, Bochum, 1993, pág. 1, este derecho de propiedad minera introducido por el Reglamento de 1990 no puede equipararse al derecho de *Bergwerkseigentum* de la BBergG, sino más bien a los viejos títulos de propiedad minera.

(97) Al respecto, R. SCHMIDT: «Zur Entwicklung der Bergbehörden auf dem Gebiet der ehemaligen DDR», *ZfB*, Bd. 134 (1993), págs. 40 a 48.

(98) P. JÄGERS: «Der Bergschadensersatzanspruch nach DDR-Recht», *ZfB*, Bd. 133 (1992), págs. 202 a 208, recuerda que los daños que se hayan producido antes de la entrada en vigor de la Ley de unificación siguen rigiéndose por la vieja BG-RDA, que no ha sido totalmente desplazada en esta materia.

propiedad privada» o *Grundeigentümermineralien*, que pertenecen también al propietario fundiario pero que no requieren para el desarrollo de su explotación la presentación de ningún plan específicamente minero (tan sólo los que sean precisos de acuerdo con otras reglamentaciones, como la urbanística o la ambiental). Esta última categoría, pues, falta en los nuevos *Länder* (99). Por otro lado, en los nuevos *Länder* hay más sustancias minerales «libres» que en los viejos, puesto que el Reglamento de 1990 (al que hay que acudir necesariamente para determinar los recursos que se transformaron en «libres») había ampliado el catálogo de sustancias minerales de propiedad estatal, incluyendo a recursos como las piedras y arenillas.

Resumiendo, la transformación del sistema de propiedad estatal tras la Ley de Unificación trajo consigo problemáticas consecuencias. En primer lugar, en los cinco nuevos *Länder*, la totalidad de las materias primas minerales se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la BBergG, pues no se conoce allí aquella tercera categoría de minerales de propiedad privada. Si tales sustancias aparecían en la enumeración del Reglamento de 1990 como «minerales de propiedad estatal», requerirán además un título minero para su investigación y explotación. En segundo lugar, algunas de las actividades clasificadas ahora como libres en los nuevos *Länder* son, en los viejos minerales, «del suelo» (arena, gravas, arcilla) e incluso pueden encontrarse fuera del ámbito de aplicación de la BBergG (como la turba). Por tanto, en los nuevos Estados se exige la obtención de títulos mineros para ciertas sustancias que en los viejos *Länder* pertenecen en propiedad al dueño del suelo.

Esta situación trae como consecuencia necesaria que en la República Alemana unificada existen diferencias regionales para la ordenación de la investigación y explotación de los recursos minerales.

Por otro lado, aún quedaba por resolver la situación en que quedarían los viejos derechos otorgados conforme al sistema de la BG-RDA. La Ley de Unificación dispuso que continuaran en vigor, aunque debían ser notificados a las autoridades mineras en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Tratado (plazo que terminó, por tanto, el 3 de abril de 1991). A partir de aquí la Ley establecía un complicado sistema de disposiciones transitorias que resulta sumamente interesante pero que excede de la finalidad de este análisis comparativo (100).

(99) Estas dificultades han sido puestas de manifiesto por G. BOLDT y H. WELLER: *Bundesberggesetz. Ergänzungsband zum Kommentar*, cit., pág. 218; G. KUHNE: «Entwicklungstendenzen des Bergrechts in Deutschland», en *Wandel und Beharren im Bergrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, especialmente págs. 70 a 74; U. PHILIP y B. KOLONKO: «Vereinheitlichung des Bergrechts in Deutschland. Das Gesetz zur Vereinheitlichung der Rechtsverhältnisse bei Bodenschätzen», *Neue Juristische Wochenschrift* (1996), pág. 2694, y M. B. GUTBROD y F.-R. TÖPFER: *Praxis des Bergrechts*, cit., págs. 35 a 44.

(100) Sí habría que recordar, sin embargo, cuáles eran esos viejos derechos mineros: 1) Los viejos derechos que fueron concedidos a terceros por el Estado mediante un sistema contractual. 2) Los viejos derechos de explotación y aprovechamiento de depósitos subterráneos que correspondían en exclusiva al Estado sobre los recursos minerales de su propiedad. En cuanto a los derechos estatales de investigación, se estableció su caducidad

Las desigualdades que ha producido la unificación alemana han dado lugar a un fructífero debate sobre la extensión de la garantía de la propiedad privada del artículo 14 GG a los nuevos *Länder*. Por eso, se discute si los propietarios del suelo en los nuevos territorios han visto mermada esa garantía constitucional, al no poder disponer de ciertas sustancias minerales (fundamentalmente, arenas, gravas y arcillas) que en los viejos *Länder* pertenecen al propietario del suelo y que en los nuevos están separadas de la propiedad fundiaria porque se han transformado en sustancias «libres» (101). La jurisprudencia del Tribunal Federal alemán ha tenido ocasión de pronunciarse, en el sentido de que las normas de la RDA son Derecho preconstitucional y, por tanto, el artículo 14 de la GG no resulta aplicable a los derechos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución alemana en los territorios de la vieja RDA. Para el Tribunal Federal alemán, las normas sobre la unificación no han afectado ni limitado los derechos de propiedad en relación con la minería (102). Sin embargo, aún quedan lagunas, desigualdades y focos de conflictos, a los que se suma una crisis del sector derivada de las limitaciones impuestas por la Unión Europea. Por eso, el legislador federal debe asumir ahora la importante misión de realizar el fin genérico de la unidad de los viejos y nuevos *Länder* (103).

a los doce meses del día de la adhesión. 3) Los derechos de propiedad minera otorgados en virtud del Reglamento de 15 de agosto de 1990.

Un completo resumen, en C.-H. HEUER y J. HOFFMANN: «Gewinnung mineralischer Rohstoffe in den neuen Bundesländern (II)», *Wirtschaftsrecht* (1991), págs. 55 a 58.

(101) Sobre estas cuestiones, U. HÜFFER y P.-J. TETTINGER: *Sand und Kies als Gegenstand des Bergwerkseigentums in den neuen Bundesländer*, cit., pág. 3.

(102) Sentencia del Tribunal Federal alemán de 3 de mayo de 1995, en *Neue Juristische Woche* (1996), pág. 2746.

(103) Precisamente, ante las protestas surgidas a instancia de los municipios y de algunas asociaciones ecologistas, se dictó la *Ley para la uniformidad de la situación jurídica de las sustancias minerales*, de 15 de abril de 1996, que intenta poner fin a los conflictos que debido a estas diferencias surgieron en los nuevos *Länder*, y que ha sido, comentada por U. PHILIPP y B. KOLONKO: «Vereinheitlichung des Bergrechts in Deutschland», cit., págs. 2694 a 2698.

