

INFORME DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2014 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA NO ACEPTACIÓN POR PARTE DEL DIRECTOR GENERAL DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINAS DE UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL NOMBRAMIENTO DE UN DIRECTOR FACULTATIVO PARA DETERMINADA EXPLOTACIÓN MINERA SITA EN DICHA COMUNIDAD (UM/039/14).

I. ANTEDECENTES

El 14 de agosto de 2014 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado una reclamación fechada el 8 de agosto de 2014, de [**Confidencial**] (en adelante, el reclamante) referida a la indebida denegación por parte del Director General de Industria, Energía y Minas de la Región de Murcia, mediante Resolución [**Confidencial**], del nombramiento propuesto por dicha empresa de una Ingeniera Técnica de Minas, en sustitución del anterior director técnico, para la extracción de pórfidos en la explotación minera denominada [**Confidencial**] (en adelante, Resolución de [**Confidencial**]).

En concreto, la entidad reclamante señala en su escrito:

- Que el Reglamento General de normas básicas de seguridad minera aprobado por el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, y las Instrucciones Técnicas Complementarias que lo desarrollan, aplicados por la resolución administrativa objeto de reclamación, vulneran el principio de legalidad, al no resultar habilitados por ninguna ley previa.
- Que la reserva profesional efectuada por el artículo 1.3.1 de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) MIE SM 02.0.2001 a favor de determinadas titulaciones técnicas (ingenieros de minas, ingenieros técnicos de minas, peritos de minas y facultativos de minas) en materia de seguridad resulta innecesaria, desproporcionada y discriminatoria respecto de otros técnicos y profesionales (p.ej. ingenieros industriales o ingenieros de caminos) que podrían contar con formación específica y experiencia en seguridad minera.
- Que las limitaciones establecidas en la regulación de la dirección facultativa del artículo 1.3.2 de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) MIE SM 02.0.2001 podrían resultar contrarias a la libre prestación de servicios, al fijarse de forma injustificada y desproporcionada restricciones cuantitativas al ejercicio de una actividad profesional.
- Que el régimen de nombramiento y sustitución de directores facultativos previsto en el artículo 2 de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) MIE SM 02.0.2001 y por el que se otorga a la Administración Pública la facultad de aceptar o rechazar a los directores facultativos propuestos por las empresas interesadas resulta contrario al artículo 18 de la Ley

20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de Mercado (en adelante, LGUM).

- Que la resolución objeto de reclamación ha sido dictada extemporáneamente y en sentido erróneo (desestimatorio), al notificarse el 24 de julio de 2014 y haber entrado la propuesta de nombramiento del reclamante el 21 de marzo de 2014, resultando aplicable la regla del silencio administrativo positivo de los artículos 42.3, 43.1 y 43.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado ha remitido a esta Comisión la reclamación anterior a los efectos del informe previsto en el artículo 26 LGUM.

II. OBJETO DEL INFORME

II.1.- Exclusión de los aspectos relativos a la legalidad de las disposiciones aplicables al caso -ya enjuiciados anteriormente por los tribunales- y a la posible extemporaneidad de la resolución objeto de reclamación.

La finalidad del presente informe es el análisis de la resolución o acto administrativo objeto de reclamación y, en su caso, de las disposiciones administrativas de las que éste traiga causa, a la luz de la LGUM y de la legislación relacionada con dicha norma, como la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, de libre acceso de las actividades y servicios y su ejercicio o el artículo 39bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En este sentido, el apartado 9 del artículo 26 LGUM señala claramente que:

“Cuando existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación regulada en este artículo deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate. No obstante, el plazo para su interposición se iniciará cuando se produzca la inadmisión o eventual desestimación de la reclamación por la autoridad competente.”

No constituye, por tanto, objeto del recurso analizar aspectos relativos a la legalidad de las normas reglamentarias, como los expuestos en las páginas 6 a 12 de la reclamación, que, además, ya han sido tratados por los tribunales, y en este caso concreto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1991¹.

En efecto, el reclamante denuncia que las regulaciones en materia de seguridad y salud del Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas de Seguridad Minera (en adelante, RGNSM) y las Instrucciones Técnicas Complementarias (en adelante ITCs)

¹ ROJ: STS 15399/1991, recurso de casación núm.380/1988.

dictadas en virtud del mismo “*exceden, limitan y contradicen lo estipulado en la normativa legal minera*” y efectúan “*un desarrollo mucho más allá de lo que la propia ley habilita*”², no resultando lógico a su juicio que si la norma marco general de seguridad laboral tiene rango de Ley³, las normas reguladoras de esta cuestión en el ámbito minero tengan naturaleza reglamentaria⁴.

Este argumento ya fue resuelto por la mencionada STS de 17 de junio de 1991, que en su Fundamento de Derecho Tercero rechazó la alegación de presunta ilegalidad de las ITCs aprobadas con base al RGNSM, con el siguiente razonamiento:

“Entrando en el estudio de las alegaciones de la parte recurrente, es preciso dejar sentado, desde un principio, que la Orden Ministerial de 22 de marzo de 1988 tiene el carácter de un Reglamento ejecutivo cuya habilitación legal se encuentra en el artículo 117 de la Ley 22/1973 de 21 de julio de Minas y en el artículo 2 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera que autoriza al Ministerio de Industria y Energía para aprobar por Orden, las Instrucciones Técnicas Complementarias de desarrollo y ejecución de tal Reglamento, sin que sea dable olvidar que la Constitución impone en su artículo 40-2 a los poderes públicos la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo.”

Por otra parte, y también por aplicación del apartado 9 del artículo 26 LGUM anteriormente transcrito, esta Comisión tampoco podrá entrar a analizar el argumento de la presunta extemporaneidad de la Resolución [**Confidencial**] expuesto en el escrito de reclamación⁵.

II.2 Exclusión de cuestiones ajenas al contenido del acto objeto de reclamación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 26.1 LGUM, este informe debe analizar la “*disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos previstos en esta Ley*”, es decir, y en este supuesto concreto, la referida Resolución [**Confidencial**].

En su escrito el reclamante alude a la posible concurrencia en dicho acto de tres limitaciones presuntamente contrarias a la LGUM, esto es:

- reserva profesional efectuada a favor de determinadas titulaciones técnicas⁶;
- restricciones cuantitativas al ejercicio de una actividad profesional⁷;

² Véase página 11 de la reclamación.

³ Esto es, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁴ Esto es, el ya citado Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas de Seguridad Minera.

⁵ Véase página 20 de la reclamación.

⁶ Véanse páginas 12 a 14 de la reclamación y artículo 1.3.1 de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) MIE SM 02.0.2001.

⁷ Véanse páginas 14 a 17 de la reclamación y artículo 1.3.2 de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) MIE SM 02.0.2001.

- régimen desproporcionado de nombramiento y sustitución de directores facultativos⁸.

No obstante, de la lectura del acto objeto de reclamación se desprende que en el mismo solamente podrían haber concurrido las dos últimas limitaciones denunciadas pero no la primera (reserva profesional). En efecto, esta limitación no resulta mencionada en ningún momento en el acto administrativo, a diferencia de otras reclamaciones presentadas ante esta Comisión⁹ en las que el órgano administrativo sí se refiere expresamente a la cuestión de reserva profesional y dicta su resolución en consideración a la misma.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 26 LGUM es una vía alternativa al sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales¹⁰ y el Tribunal Supremo ha indicado, entre otras en la STS de 17 de enero de 1986¹¹, que no cabe debatir en vía de recurso cuestiones extrañas al acto impugnado.

III. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analiza: **1)** Normativa estatal básica en materia de minería, seguridad minera y reparto competencial **2)** Normativa autonómica **3)** Normativa europea e internacional aplicables **4)** Concepto de “servicios” y exclusión de las actividades extractivas (mineras) de la Directiva 2006/123/CE y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio **5)** Aplicación al caso de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y del artículo 39bis de la Ley 30/1992.

III.1) Normativa estatal básica en materia de minería, seguridad minera y reparto competencial.

Con carácter previo debe recordarse que los recursos mineros tienen la consideración de bienes de dominio público, según se señala expresamente

⁸ Artículo 2 de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) MIE SM 02.0.2001.

⁹ Véase Informe de 5 de septiembre de 2014 sobre sendas reclamaciones presentadas, al amparo del artículo 26 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, por la no consideración por parte de un ayuntamiento de los ingenieros técnicos industriales como técnicos competentes para expedir certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas (UM/028/14).

¹⁰ Artículo 26.3 LGUM: “El procedimiento previsto en este artículo tiene carácter alternativo. De no acogerse a él, el operador económico podrá interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra la disposición, acto o actuación de que se trate.”

¹¹ ROJ: STS 73/1986. Concretamente, en el Considerando Segundo de la Sentencia se dice que: “el recurso debe contraerse a la revisión de la conformidad del contenido del acto que se refuta con el ordenamiento jurídico, sin debatir cuestiones extrañas al contenido de aquél”.

tanto en el artículo 339 del Código Civil¹² como en el artículo 2.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas¹³.

La normativa estatal básica sobre minería está constituida por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (en adelante, Ley de Minas) y por el Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, que aprueba el Reglamento General para el Régimen de Minería (en adelante, Reglamento de Minería) y el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de residuos de las industrias extractivas y rehabilitación de espacios naturales.

Con relación a los directores facultativos, resulta de especial aplicación la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) MIE SM 02.0.2001 contenida en la Orden de 22 de marzo de 1988 por la que se aprueban instrucciones técnicas complementarias de los capítulos II, IV y XIII del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera¹⁴.

En materia de seguridad minera, resultan de aplicación específica las siguientes disposiciones:

- Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero (en adelante, Estatuto Minero).
- Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas de Seguridad Minera (en adelante, RGNSM).
- Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras (en adelante, RD 1389/1997).
- Orden de 19 de marzo de 1986 (BOE 22-04-1986), por la que se establecen normas complementarias para el desarrollo y ejecución del Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Minero, en materia de seguridad e higiene.
- Orden ITC/101/2006, de 23 de enero (BOE 30-01-2006), por la que se regula el contenido mínimo y estructura del documento sobre seguridad y salud para la industria extractiva.

¹² *Son bienes de dominio público: 1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.*

¹³ *“Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso.”*

¹⁴ BOE» núm. 85, de 8 de abril de 1988.

Además de las disposiciones mencionadas, también deben considerarse, en el ámbito técnico, las siguientes instrucciones, especificaciones y criterios de seguridad¹⁵:

- Las Instrucciones técnicas complementarias del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (RGNBSM), entre las cuales está la ya mencionada (ITC) MIE SM 02.0.2001, sobre directores facultativos.
- Las Especificaciones técnicas del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (RGNBSM).
- Los Criterios técnicos de la Comisión de Seguridad Minera en el ámbito del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (RGNBSM)

El artículo 3 del RGNBSM de 1985 prevé que:

“Todas las actividades incluidas en este Reglamento estarán bajo la autoridad de un Director facultativo responsable con titulación exigida por la Ley”

Y el artículo 117.3 de la Ley de Minas señala que:

“Los trabajos de explotación habrán de ser proyectados y dirigidos por titulados de Minas, de acuerdo con sus respectivas competencias.”

El artículo 3.1.b) del RD 1389/1997 obliga al empresario de la minería a adoptar medidas para garantizar que *“el funcionamiento de los lugares de trabajo donde haya trabajadores cuente con la supervisión de una persona responsable”*. Este precepto es desarrollado por el apartado A.1.2º del Anexo de esta disposición en el sentido siguiente:

“Todos los lugares de trabajo ocupados por trabajadores deberán en todo momento estar bajo el control de una persona responsable que cuente con las aptitudes y competencias necesarias para esta función con arreglo a la legislación vigente y que haya sido designada por el empresario.

El propio empresario podrá asumir la responsabilidad del lugar de trabajo mencionada en el párrafo primero si cuenta con las aptitudes y competencias necesarias para esta función con arreglo a la legislación vigente y si trabaja en las instalaciones de una manera habitual y permanente.”

De los preceptos transcritos se desprende que el responsable de la supervisión de la seguridad y salud en el trabajo debe reunir dos requisitos:

- Técnico: contar con suficientes aptitudes y competencias en materia de minas. Dicho técnico responsable es identificado con la figura del llamado “Director facultativo”.

¹⁵ La versión actualizada de las citadas especificaciones técnicas puede consultarse en la web oficial del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en la siguiente dirección: <http://www.minetur.gob.es/energia/mineria/Seguridad/Paginas/Legislacion.aspx>.

- Espacial o físico: Hallarse de manera habitual y permanente en la explotación objeto de vigilancia.

Más concretamente, a efectos de que los directores facultativos responsables de la explotación designados por la empresa minera puedan dedicar el tiempo mínimo que demanda la seguridad y salud laborales, el artículo 1.3.2 de la ITC MIE SM 02.0.2001 prevé que:

“a) El número máximo de personas que tendrá a sus órdenes un Director Facultativo cuando dirija una sola unidad de explotación será 400 en labores subterráneas en general o a cielo abierto. Esta cifra se reducirá a 250 en minas de tercera o cuarta categoría, minas clasificadas con polvos explosivos o de carbón con propensión a fuegos.

b) Cuando la Dirección Facultativa afecte a distintas unidades de explotación la suma de las personas que trabajan en ellas no superarán el 40 por 100 de las cifras citadas con anterioridad.

c) Cada unidad de explotación con plantilla superior a 50 trabajadores o 1.000 KW de potencia instalada en máquinas móviles o semimóviles debe estar bajo la dirección de un Director Facultativo con plena disponibilidad.

d) El número de unidades de explotación, cualquiera que sea su naturaleza, a cargo de un mismo Director Facultativo, no será superior a cuatro, ubicadas en un círculo de 100 kilómetros de radio.”

Para garantizar el cumplimiento de los anteriores límites, el artículo 2 de la misma ITC MIE SM 02.0.2001 establece un sistema de control y autorización administrativos previos respecto a la designación o sustitución del facultativo responsable de una explotación minera, que deberá ser aceptado o rechazado expresamente por la Administración competente:

“El explotador tiene la obligación de comunicar a la autoridad minera competente el nombre, titulación y residencia del Director Facultativo, y la aceptación del interesado. Dicha autoridad podrá aceptar o rechazar razonadamente la propuesta. En caso de aceptación inscribirá al Director Facultativo en un Registro. No se procederá a la apertura de una unidad de explotación sin tener con anterioridad aceptado por la autoridad minera el nombramiento del Director Facultativo.

(...)

La sustitución del director facultativo por parte del explotador se comunicará a la autoridad minera con quince días de antelación, acompañando esta comunicación con la propuesta de nombramiento del sustituto. Si la baja del director facultativo fuera por causa de fuerza mayor, deberá hacerse esta gestión ante la autoridad minera en el plazo de un mes. Si un director facultativo renuncia a su puesto, deberá comunicarlo por escrito, con quince días de antelación, a la autoridad minera y al explotador. Dentro de ese plazo el explotador deberá comunicar a la autoridad minera el nombramiento de nuevo director facultativo.”

En el propio artículo 2 de la ITC MIE SM 02.0.2001 se prevé que la falta de director facultativo será motivo de incoación de un expediente sancionador cuando exista negligencia en el cumplimiento de la normativa.

Finalmente y en cuanto al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 149.1.25^a de la Constitución (en adelante, CE) el primero tiene competencia exclusiva para legislar sobre las bases del régimen minero y energético¹⁶.

III.2) Normativa autonómica sectorial.

Tras haber recibido el traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado¹⁷, y a diferencia de otras Comunidades Autónomas, la Región de Murcia carece de regulación sustantiva general sobre minería¹⁸ no regulando tampoco la figura del “director facultativo”¹⁹, limitándose esta Comunidad a regular aspectos de carácter meramente procedimental²⁰ y la utilización de maquinaria en las explotaciones²¹.

III.3) Normativa europea e internacional aplicables.

En el ámbito europeo encontramos la Directiva 92/104/CEE, de 3 de diciembre de 1992, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas (en adelante, Directiva 92/104/CEE), traspuesta en España mediante el antes citado Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras.

En el apartado 1.2 de la Parte A del Anexo de la Directiva 92/104/CEE se regula la figura de la “*persona responsable*” de la explotación minera en los siguientes términos:

¹⁶ El carácter básico de la legislación estatal en materia minera y energética ha sido confirmado recientemente por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de junio de 2014, por la que declara la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013, de 15 de abril, por la que se prohíbe en dicho territorio autonómico la técnica de fractura hidráulica (“fracking”) como técnica de investigación y extracción de gas no convencional, por vulnerar la normativa estatal básica.

¹⁷ Véase artículo 2 del Real Decreto núm. 640/1985, de 20 de marzo así como el apartado B.III de su Anexo I.

¹⁸ Como, por ejemplo, la gallega. Precisamente, en nuestro anterior informe de 28 de julio de 2014 (UM/023/14) fue analizado el artículo 17 de la Ley 3/2008, de 23 mayo, de ordenación de la minería de Galicia.

¹⁹ Hay Comunidades como la de Asturias (Decreto 90/1985, de 19 de septiembre, BO del Principado de Asturias y de la Provincia 26 septiembre 1985, núm. 222), Madrid (Orden 1902/2003, de 5 de marzo, BO Comunidad de Madrid 18 marzo 2003, núm. 65) o Castilla-León (Orden de 28 de julio 1988, BO. Castilla y León 27 septiembre 1988, núm. 187) que regulan expresamente la figura del “Director facultativo”.

²⁰ Por ejemplo, Orden de 9 de septiembre de 2002, de la Consejería de Ciencia, Tecnología, Industria y Comercio, por la que se adoptan medidas de normalización en la tramitación de expedientes en materia de industria, energía y minas, desarrollada por la posterior Resolución de 4 de noviembre de 2002, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas.

²¹ Por ejemplo, Orden de 15 de marzo de 2000, de la Consejería de Industria, Comercio, Turismo y Nuevas Tecnologías, por la que se aprueba el procedimiento para la realización de los exámenes para la obtención de carnés profesionales en determinadas materias relativas a instalaciones industriales y mineras; y también la Orden de 13 de marzo de 2003, de la Consejería de Ciencia, Tecnología, Industria y Comercio, por la que se aprueba la instrucción RMSM-01, que regula el periodo de prácticas de los Operadores y Conductores de maquinaria minera móvil.

“Todos los lugares de trabajo ocupados por trabajadores deberán en todo momento estar bajo la responsabilidad de una persona responsable que cuente con las aptitudes y competencias necesarias para esta función con arreglo a la legislación y/o a las prácticas nacionales, y que haya sido designada por el empresario.

El propio empresario podrá asumir la responsabilidad del lugar de trabajo mencionada en el párrafo primero si cuenta con las aptitudes y competencias necesarias para esta función con arreglo a la legislación y/o a las prácticas nacionales.”

Y en el apartado 1.3 se trata la cuestión de la “vigilancia” de las operaciones:

“Deberá disponerse una vigilancia con el fin de asegurar la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores durante todas las operaciones que se realicen; dicha vigilancia deberá ser ejercida por personas con las aptitudes y competencias necesarias para esta función con arreglo a la legislación y/o a las prácticas nacionales, y que hayan sido designadas por el empresario o en su nombre y actúen en su nombre.

Cuando el documento de seguridad y de salud lo exija un vigilante deberá visitar los puestos de trabajo ocupados, al menos una vez en el transcurso de cada turno.

El propio empresario podrá asumir la vigilancia contemplada en los párrafos primero y segundo si cuenta con las aptitudes y competencia necesarias al efecto, con arreglo a la legislación y/o a las prácticas nacionales.”

Por otro lado, España ratificó el 22 de mayo de 1997 el Convenio núm.176 (C176) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre seguridad y salud en las minas, en vigor desde el 5 de junio de 1998²².

El artículo 7 e) de dicho Convenio obliga a los Estados firmantes a “asegurar la vigilancia, la evaluación y la inspección periódica del medio ambiente de trabajo para identificar los diferentes riesgos a que puedan estar expuestos los trabajadores, y evaluar el grado de exposición a dichos riesgos”. Por su parte, el artículo 11 del mismo Convenio exige que el empresario de la mina se asegure de que “se lleve a cabo de manera sistemática la vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos a los riesgos propios de las actividades mineras”.

III.4.- Exclusión de las actividades “extractivas” (mineras) propiamente dichas de la Directiva 2006/123/CE y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Tal y como se indicó en nuestro anterior Informe de 28 de julio de 2014²³, las actividades extractivas propiamente dichas no están sujetas a la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009), de acuerdo con lo previsto en los artículos 2.1 y 3.1 de dicha Ley y 2.1 y 4.1 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior (en adelante, Directiva 2006/123/CE) en relación

²² http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C176.

²³ informe de 28 de julio de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra la exigencia de solvencia técnica y económica por parte de la legislación autonómica gallega a los solicitantes de derechos mineros (UM/023/14), en particular, véanse páginas 6 a 8 .

con el artículo 57 TFUE y la Comunicación de la Comisión Europea sobre la implantación de la Directiva Servicios de 8 de junio de 2012²⁴.

En la citada Comunicación de 8 de junio de 2012 se excluyen explícitamente las actividades manufactureras, agrícolas, pesqueras y mineras del ámbito de aplicación de la citada Directiva 2006/123/CE²⁵ al no considerarlas dentro del “sector servicios”.

Por tanto, en atención a lo anterior, no podría decirse que la actividad extractiva o minera de la entidad solicitante esté dentro del ámbito de aplicación ni de la Directiva 2006/123/CE ni de la Ley 17/2009 de trasposición de la misma, ya que éstas se circunscriben únicamente al sector “servicios” y no abarcan otros sectores como el productivo o de transformación dentro del que se encuentra la citada actividad minera o extractiva. En cambio, y como veremos en el apartado siguiente, sí se halla dentro del ámbito de la Ley 20/2013, de garantía de la Unidad de Mercado.

Podría argumentarse ciertamente que la actividad de ingeniería o consultoría prestadas a la empresa extractiva solicitante por la ingeniera técnica de minas cuyo nombre consta en la resolución administrativa constituye una actividad de servicios separable y por tanto, sujeta, a la Ley 17/2009²⁶.

Sin embargo, para que ello pudiera admitirse en este caso concreto, debería haberse presentado la reclamación no en nombre y representación de la empresa extractiva sino en nombre y representación de la profesional cuyo nombramiento para el puesto fue denegado por la Administración y, además, darse la circunstancia de que dicha profesional no tuviera vinculación laboral alguna con dicha empresa minera²⁷ sino que actuara como consultora independiente prestando sus servicios. Así, por ejemplo, en el Informe de 5 de septiembre de 2014 (UM/028/14), antes citado, esta Comisión resolvió la reclamación efectuada al amparo del artículo 26 LGUM por dos ingenieros

²⁴ COM (2012) 261 final.

²⁵ Véase gráfico del apartado 1 (página 2) de la Comunicación indicada en la que se indican tanto los servicios expresamente excluidos del ámbito de la Directiva (servicios administrativos o públicos, sanidad y servicios sociales, servicios de redes, servicios de transporte servicios financieros) así como los sectores “no servicios” y, por tanto, “conceptualmente” excluidos (industria manufacturera, agricultura, pesca y minería).

²⁶ “Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos de servicios contemplados en la Directiva los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios de los artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios)”. Véase página 10 del Manual de Transposición de la Directiva de Servicios elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea (<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/enlaces/destacados/Docu2DS.pdf>).

²⁷ El artículo 3.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley 17/2009) define servicio como “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea”. Y el artículo 3.5 de la misma Ley 17/2009 conceptúa el establecimiento como “el acceso a una actividad económica no asalariada y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación, por una duración indeterminada, en particular por medio de una infraestructura estable”.

técnicos industriales en su propio nombre y representación frente a la no consideración por parte de un Ayuntamiento de que dichos profesionales pudieran resultar competentes para expedir determinados certificados técnicos de edificación, certificados que expedían para sus clientes, esto es, terceros destinatarios de sus servicios profesionales.

III.5.- Aplicación al caso de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

III.5.1 Inclusión de la actividad extractiva en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado

La actividad minera o extractiva se encuentra dentro del ámbito de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM), al tener ésta un ámbito de aplicación más amplio que la Ley 17/2009. Así se desprende tanto de su Exposición de motivos como del artículo 2 LGUM. En la primera se indica que:

“La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas”.

Y en el artículo 2 de la LGUM no se habla de “servicios”, como en el artículo 2.1 de la Ley 17/2009 y de la Directiva 2006/123/CE sino de “actividades económicas”:

“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”.

Por ello, la actividad minera o extractiva, aunque excluida de la Ley 17/2009, sí se halla incluida en el ámbito de la LGUM.

III.5.2 Sujeción de la actividad extractiva al régimen de autorización o control ex ante.

El artículo 16 de la LGUM recoge el principio de libre iniciativa económica al señalar que:

“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales.”

El artículo 39bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé que:

“Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así

como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.”

Y el artículo 17.1 LGUM señala que:

“Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley.

Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización: (...)

b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.”

Perteneciendo los yacimientos mineros al dominio público, según indica el artículo 2.1 de la Ley de Minas, concurren en este caso las exigencias de necesidad y proporcionalidad que justifican la sujeción de la actividad minera a un régimen de control previo o ex ante, tal y como ya se indicó en nuestro Informe de 28 de julio de 2014 (UM/023/14).

Por otro lado, también debe considerarse que la minería está directamente asociada a la infraestructura o instalación concretas en las que se realiza la actividad extractiva y a la maquinaria e instalaciones empleadas en dicha extracción, y respecto de las cuales se prevén disposiciones específicas en materia de riesgos laborales,²⁸ por lo que en este caso también resultaría exigible solicitar una autorización individual para cada una de las minas en las que se va a desarrollar la actividad.

Sin embargo, cabe preguntarse ahora y dentro del régimen legal de autorización individual para cada explotación minera, si tanto las limitaciones cuantitativas que afectan a la actuación del Director facultativo de la explotación como la autorización previa exigida en el régimen de nombramiento y sustitución del mismo son conformes con la Ley 20/2013.

²⁸ Véanse Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, el Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, la Orden de 19 de marzo de 1986 (BOE 22.04.1986) y la Orden ITC/101/2006, de 23 de enero (BOE 30.01.2006) .

III.5.3 Análisis del régimen de las limitaciones cuantitativas que afectan a los directores facultativos de explotaciones mineras (artículo 1.3.2 de la ITC MIE SM 02.0.2001).

El artículo 5 de la LGUM señala que:

“Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.”

De acuerdo con dicho precepto, la imposición de requisitos a una actividad económica debe fundarse en alguna o algunas de las razones imperiosas de interés general de las incluidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, debiendo ser proporcionados los requisitos fijados al motivo u objeto de protección. Dichas razones son las siguientes:

“el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”

Aplicando lo anterior al caso concreto, se considera que:

- Existe una razón de interés general para fijar límites cuantitativos a la actuación de los directores facultativos: garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de la explotación minera, asegurando mediante estos límites una suficiente dedicación por parte del Director facultativo al control y vigilancia de los lugares de trabajo y de las operaciones mineras según se exige en la Directiva 92/104/CEE, de 3 de diciembre de 1992.
- Ello no obstante, y en cuanto al juicio de proporcionalidad de las limitaciones establecidas en el artículo 1.3.2 de la ITC MIE SM 02.0.2001 con relación a la finalidad perseguida, debe señalarse que dichas limitaciones no tienen en cuenta el menor o mayor volumen de producción de la explotación minera en cuestión, ni si la misma tiene o no una actividad continua durante todo el año, no aclarándose tampoco si por “plena disponibilidad” del apartado c) del artículo 1.3.2 se entiende la presencia física constante del Director facultativo en la explotación o bien si basta con encontrarse allí durante un determinado porcentaje

mínimo de horas al día (también y en todo caso, durante las operaciones de mayor riesgo) estando disponible y localizable el resto de horas. Estas cuestiones, a título de ejemplo, sí se abordan en la Orden 1902/2003, de 5 de marzo, de la Comunidad de Madrid, que desarrolla las funciones de los Directores facultativos en dicha Comunidad²⁹.

Al no definir “plena disponibilidad” ni graduar la misma según el menor o mayor volumen de producción o el carácter continuo o no de la explotación minera, cabe concluir que el artículo 1.3.2.c) de la ITC MIE SM 02.0.2001 podría vulnerar el principio de proporcionalidad exigido por el artículo 5 LGUM.

III.5.4 Análisis del régimen de autorización previa para el nombramiento y sustitución de directores facultativos (artículo 2 de la ITC MIE SM 02.0.2001).

Ya hemos visto en el apartado **III.5.2** que la actividad extractiva está sujeta al régimen de autorización o control ex ante por concurrir en ella las circunstancias de necesidad y proporcionalidad del artículo 17 LGUM.

El nombramiento y, en su caso, sustitución de director facultativo también estarían sujetos a este mismo régimen en la medida en que la designación del responsable de la mina formara parte integrante de la autorización de la explotación. No obstante, del artículo 31.1 del Reglamento de Minería (RD 2857/1978, de 25.8.1978) se desprende que el nombramiento de director facultativo se realiza con posterioridad a la solicitud y obtención de la autorización de explotación de la mina:

“El titular de la autorización de la explotación deberá comenzar los trabajos, según el programa inicial aprobado, dentro de un plazo de seis meses a contar desde la notificación de su otorgamiento, plazo que podrá prorrogarse por causa debidamente justificada hasta un año por el Organismo que lo haya concedido. De no iniciarse los trabajos en dicho plazo, se declarará caducada la autorización de explotación. La iniciación de los trabajos deberá comunicarse a la Delegación Provincial o, en su caso, a la Corporación local, dando cuenta al mismo tiempo del nombramiento del Director facultativo responsable de los mismos.”

Por tanto, la designación y sustitución del director facultativo, debería ajustarse a un procedimiento menos gravoso que el previsto en el artículo 17.1 (autorización), considerando que el más procedente sería en este caso el de la declaración responsable del artículo 17.2, puesto que existe una razón imperiosa de interés general en este caso (protección de la seguridad y salud de los trabajadores de la mina) y el mecanismo de intervención es proporcionado al fin perseguido.

Concretamente, en este caso la empresa debería declarar, junto con el director facultativo designado para la explotación, según el apartado 1 del artículo 71bis

²⁹ BO. Comunidad de Madrid 18 marzo 2003, núm. 65. Por ejemplo, en el artículo 5.6 de la citada Orden 1902/2003 se exige que el 50 por 100 de la dedicación anual del Director Facultativo a la explotación lo sea en presencia física.

de la LRJPAC³⁰, que dicho director designado cumple con los requisitos legales y reglamentarios y, específicamente, que no incurre en ninguna de las limitaciones o incompatibilidades previstas en el artículo 1.3.2 de la ITC MIE SM 02.0.2001 comentadas en este informe, todo ello sin perjuicio de las facultades de inspección o supervisión de la propia Administración prevista en el apartado 3 del artículo 71bis LRJPAC y en el capítulo VI de la LGUM.

IV. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión:

1º.- A la empresa solicitante no le resulta de aplicación la Ley 17/2009, al no hallarse su actividad dentro del ámbito del sector “servicios” ni del concepto de “servicio”, según el artículo 2.1 de la Ley 17/2009 y de la Directiva 2006/123/CE.

2º.- La limitación prevista en el artículo 1.3.2.c) de la ITC MIE SM 02.0.2001, aplicada por la resolución objeto de la presente reclamación, resulta necesaria para asegurar la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores de las explotaciones mineras en los términos de la Directiva 92/104/CEE, de 3 de diciembre de 1992 y del Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, de trasposición de la misma.

Ello no obstante, dicha limitación no cumple el requisito de proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, al no definir lo que deba entenderse en concreto por “*plena disponibilidad*” del Director Facultativo (presencia física, accesibilidad por medios electrónicos o telemáticos), ni establecer graduaciones según parámetros como el menor o mayor volumen de producción o bien el carácter continuo o no de la explotación minera de que se trate.

3º.- La exigencia de autorización administrativa previa para el nombramiento o sustitución de director facultativo del artículo 2 de la ITC MIE SM 02.0.2001, exigencia no comprendida dentro de la solicitud y obtención del permiso de explotación minera (artículo 31.1 del RD 2857/1978, Reglamento de Minería), resulta contraria al artículo 17 de la Ley 20/2013, debiendo sustituirse por un procedimiento de declaración responsable a suscribir por la empresa explotadora y por el director facultativo nombrado por ella, sin perjuicio de la facultad de inspección o supervisión posterior de la Administración.

³⁰ “A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.”