
Algunos apuntes en torno a la servidumbre minera y la problemática suscitada con la entrada en vigencia de la Ley No. 26505 - Ley de Tierras

Renato Barraza Lescano
Abogado.

1 Introducción.

Este tema es de particular relevancia dentro del sector minero, atendiendo a que la Ley de Inversión Privada en el Desarrollo de las Tierras (Ley No. 26505), denominada comúnmente Ley de Tierras, de fecha 14 de julio de 1995, así como sus modificatorias, han traído como consecuencia la profundización de un antiguo conflicto entre el concesionario minero y el propietario del terreno superficial, el mismo que en atención al artículo 7 de la precitada norma, concretamente de acuerdo a su modificatoria aprobada por el artículo 1 de la Ley No. 26570 del 21 de diciembre de 1995, deberá resolverse mediante acuerdo directo entre ambos, existiendo como alternativa ante la ausencia de tal acuerdo, el procedimiento administrativo de servidumbre.

A continuación desarrollaremos algunas nociones preliminares, indispensables antes de abordar el referido problema.

2 Nociones preliminares.

2.1 Marco normativo vigente en materia de servidumbres mineras.

De conformidad con los incisos 3 y 4 del artículo 37 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-92-EM, los titulares de concesiones mineras cuentan con la atribución de establecer servidumbres en terrenos de terceros previo pago de indemnización justipreciada o bien sobre terrenos superficiales de

otras concesiones, siempre que no dificulten o impidan la actividad minera de sus titulares.

En cuanto al procedimiento para establecer la servidumbre, el mismo se encuentra regulado en el artículo 130 del TUO y los artículos 43 y 44 del Reglamento de Procedimientos Mineros (Decreto Supremo No. 018-92-EM). Este procedimiento se inicia con la solicitud para el establecimiento de servidumbre dirigida a la Dirección General de Minería, precisando la ubicación del inmueble, su titular, extensión o área, el fin para el cual se solicita la servidumbre y el valor que, en concepto del solicitante, tiene dicho inmueble y, en su caso, la apreciación del desmedro que sufrirá el presunto bien. Se acompañará asimismo, una memoria descriptiva con el detalle de las obras a ejecutarse.

Luego de ello, el Director General de Minería citará a las partes involucradas a un comparendo a efectuarse al decimoquinto día de notificadas, bajo apercibimiento de continuar con el trámite de oficio ante inconcurrencia del propietario del inmueble. En este acto, el titular o propietario deberá acreditar su derecho.

Existen 3 posibilidades:

a) **Las partes llegan a un acuerdo**, en cuyo caso el citado funcionario ordenará se otorgue la respectiva escritura pública en la que conste el mismo.

b) **Las partes no llegan a ningún acuerdo**, caso en el cual el Director designará a un perito para que determine la procedencia de la servidumbre y en su caso, la compensación o justiprecio, debiendo para ello efectuarse una inspección ocular dentro de un plazo de 60 días a partir del comparendo, con citación de las partes interesadas y del perito. Luego de la inspección

el perito emite su informe en un plazo de 30 días y remitirlo con el expediente administrativo a la Dirección General de Minería, siendo establecido el justiprecio en base al último arancel del Consejo Nacional de Tasaciones, así como el valor de los daños y perjuicios.

c) **No concurre el titular o propietario del terreno superficial al comparendo**, supuesto en el cual se hace efectivo el apercibimiento y se prosigue de oficio el procedimiento administrativo de servidumbre, dentro de los alcances señalados en el anterior supuesto (desacuerdo de las partes).

De otro lado, el artículo 57 del Reglamento de diversos títulos del TUO, Decreto Supremo No. 03-94-EM, señala que las resoluciones administrativas dictadas como consecuencia del establecimiento de servidumbre minera deberán inscribirse en el Registro Público de Minería, tratándose de servidumbres sobre áreas superficiales de otras concesiones y en dicho registro así como en el Registro de Propiedad Inmueble, en el caso de servidumbres establecidas sobre terrenos de terceros ajenos a la actividad minera.

En este punto, debemos señalar que la institución pública a la que alude la precitada norma (Registro Público de Minería), ha recibido un cambio de denominación de acuerdo al artículo 1 del Decreto Supremo No. 015-2001-EM de fecha 17 de marzo de 2001, siendo su actual nombre INACC (Instituto Nacional de Catastro y Concesiones). De otro lado, debe precisarse que mediante el referido Decreto Supremo se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del INACC.

Por otro lado, el Reglamento de Peritos Mineros, aprobado en virtud al Decreto Supremo No. 017-96-EM, dispone en su artículo 8 que los **peritos mineros** serán los encargados de realizar las inspecciones oculares, comprobaciones topográficas y evaluaciones necesarias para el establecimiento de servidumbres o similares, así como de efectuar las valuaciones y tasaciones del caso. Por peritos mineros esta norma entiende a los ingenieros de minas, ingenieros geólogos e ingenieros civiles que cumplan los requisitos del artículo 3 de dicho reglamento y se encuentren inscritos en la nómina con la que para tal efecto cuentan la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

En cuanto a la servidumbres mineras y su tratamiento en relación a la legislación agraria, debemos

indicar que este tema será abordado más adelante, al momento de explicar los problemas que ha generado la Ley de Tierras y sus modificatorias respecto al mencionado procedimiento administrativo de servidumbre.

Finalmente, cabe anotar que de manera supletoria y en tanto no desnaturalicen a las precitadas normas, se aplican las disposiciones previstas en el Código Civil respecto a las servidumbres civiles (artículos 1035 al 1054).

2.2 Servidumbre minera: ¿servidumbre civil o administrativa?

El artículo 1035 del Código Civil regula los supuestos de servidumbre legal y convencional, señalando expresamente que mediante ley o atendiendo a la voluntad del propietario de un predio, se pueden imponer gravámenes en beneficio de otro predio, que impliquen que el dueño del predio dominante realice ciertos actos de uso del predio sirviente o que impidan al dueño de este último, el ejercicio de alguno de sus derechos.

De este dispositivo legal, se pueden tomar algunos elementos que servirán para definir la servidumbre civil. En primer lugar, estamos ante la presencia de dos predios: uno dominante y otro sirviente. De otro lado, esta servidumbre puede tener un origen legal o convencional; finalmente, podemos decir que supone la realización de ciertos actos de uso del predio sirviente o bien la abstención o limitación en el ejercicio de alguno de los derechos del titular del predio sirviente.

En doctrina se señala que las servidumbres civiles constituyen un derecho real por excelencia que implica limitaciones establecidas necesariamente entre dos predios, beneficiando uno al otro. Estas restricciones gravan a perpetuidad a los predios y no a los propietarios de los mismos, pudiendo inclusive encontrarnos ante un mismo titular.

De otro lado, podemos manifestar que tienen un carácter accesorio en vista que están ligadas al predio, sin poder separarse del mismo. Otorgan así, un mayor o menor valor a la propiedad. Por otro lado, a diferencia del usufructo, no pueden constituirse sobre bienes muebles sino únicamente sobre inmuebles⁽¹⁾.

En este punto, debemos precisar que características están presentes en los artículos 1036 al 1050 del Código Civil. En resumen, dichas características son:

(1) La cita corresponde al jurista nacional Eleodoro Romero Romaña y ha sido tomada de: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Material de Enseñanza. Curso de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Semestre 1998-2. pp. 255 a 257.

a) Son inseparables del predio sirviente y del predio dominante.

b) Carácter perpetuo, salvo ley o pacto en contrario.

c) Indivisibles, en tanto se deben íntegras a los titulares de ambos predios.

d) Se adquieren por prescripción adquisitiva, esto es mediante la posición continua durante 5 años con justo título y buena fe o bien, en el ante la ausencia de estos requisitos en el plazo de 10 años. Debemos precisar que esta característica sólo es aplicable a las servidumbres aparentes, las mismas que serán explicadas a continuación.

e) Los predios sujetos a copropiedad sólo pueden ser gravados con servidumbres con el asentimiento de todos sus copropietarios.

f) Las servidumbres se extinguen por destrucción total, voluntaria o involuntaria, de cualquiera de los edificios, dominante o sirviente.

g) Las servidumbres se extinguen al no ser usadas durante 5 años⁽²⁾.

En cuanto a la clasificación de las servidumbres civiles, éstas pueden ser⁽³⁾:

a) Positivas o negativas: las positivas imponen al titular del predio sirviente la obligación de dejar hacer, esto es consisten en que éste tolere la actividad del titular del predio dominante en su predio. Ejemplo de éstas son las servidumbres de tránsito, aguas, obtención de pastos, etcétera.

De otro lado, las negativas suponen una prohibición de hacer algo que recae en el titular del predio sirviente. De no existir la servidumbre, la conducta de este titular sería perfectamente lícita, como es el caso de no levantar paredes a determinada altura.

b) Continuas y discontinuas: según se ejerzan de manera continua o permanente (como la servidumbre de acueducto) o de acuerdo a intervalos más o menos largos de tiempo y que requieren de una actividad humana (como la servidumbre de tránsito).

c) Aparentes y no aparentes: tratándose de las primeras, su existencia se manifiesta por signos exteriores o visibles, en tanto que en el caso de las segundas, estamos ante servidumbres que a simple vista no son reconocibles. Como ejemplo de las aparentes se pueden citar la de tránsito, de acueducto, en tanto que respecto a las no aparentes podemos mencionar la de no edificar a cierta altura.

d) Reales o prediales y personales: la servidumbre real es la regida en el ámbito del Derecho Civil, se constituye a favor de un predio y supondría todos los rasgos antes mencionados, en tanto que la servidumbre personal es aquella constituida a favor de determinada persona, para utilidad de ésta⁽⁴⁾. Téngase en cuenta por otro lado, que este último criterio de clasificación no es aplicable en el caso de las servidumbres administrativas.

Habiendo quedado claro cuáles son los alcances de la servidumbre civil o privada, pasamos a explicar los caracteres de la servidumbre administrativa, para más adelante concluir con el análisis de la servidumbre minera en el caso peruano.

María Diez sostiene con acierto que, siendo la servidumbre un derecho sobre un bien ajeno, su concepto jurídico es aplicable tanto al campo del derecho privado como al del derecho público. Señala así la posibilidad de hablar de “servidumbres públicas o administrativas”⁽⁵⁾.

Siguiendo al referido tratadista argentino, tratándose de la servidumbre administrativa, la individualización de la persona beneficiaria es indiferente, en vista que es el bien o cosa la que coloca a su titular en la posibilidad de “hacer, no hacer o sufrir”. De otro lado, sin perjuicio de estar efectivamente ante un privado beneficiario de la servidumbre y distinto al Estado (caso del concesionario minero), la razón de ser de estas servidumbres estriba necesariamente en una utilidad pública o general, con lo cual nos aproximamos a un análisis de la noción de interés público. En este punto, recuérdese que el artículo V del Título Preliminar del TUO señala que la promoción de inversiones en la actividad minera es de interés nacional.

Siguiendo al mencionado autor, las servidumbres administrativas implicarían en buena cuenta una restricción a la exclusividad en el ejercicio del derecho de propiedad, no en cuanto al contenido de este derecho. Así, las facultades del derecho de propiedad son divididas entre el propietario del predio sirviente y el titular de la servidumbre⁽⁶⁾.

Ahora bien, esta restricción a la exclusividad en el ejercicio del derecho de propiedad, ¿se encuentra acompañada de alguna retribución o compensación en beneficio del propietario del predio sirviente?

Como bien señala Dromi, la imposición de servidumbre administrativa debe ir acompañada de un

(2) CUCHO MENDOZA, Héctor Ubaldo. *Manual del Derecho de Minería en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 1999. p. 595.

(3) AVENDANO VALDEZ, Jorge. *Material de Enseñanza*. Op. cit.; pp. 259-261.

(4) MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires: Biblioteca Omeba, 1969. p. 193.

(5) *Ibid.*; p. 187.

(6) *Ibid.*; pp. 188, 189 y 191.

deber indemnizatorio a efectos de reparar la lesión experimentada en la exclusividad por parte del titular del predio sirviente. Es decir que, ante una reducción en la posibilidad de disposición plena y exclusiva sobre el inmueble, el mencionado titular debe ser recompensado proporcionalmente a la reducción o desmedro de las atribuciones jurídicas sobre el bien de su propiedad⁽⁷⁾. Téngase en cuenta que esta obligación resarcitoria se encuentra sustentada en la propia Constitución (artículo 70), cuando se destaca el carácter inviolable de la propiedad privada.

Por otro lado, Dromi nos menciona cinco formas de constitución de la servidumbre administrativa: (i) **ley**; (ii) **acto administrativo**; (iii) **contrato administrativo**; (iv) **accesión**, esto es cuando una servidumbre civil existe sobre un bien privado y al convertirse este último en público, la servidumbre se torna administrativa; y, (v) **prescripción adquisitiva**, en vista que, si se puede lo más (adquirir dominio público), se puede lo menos (imposición de servidumbre administrativa). Estos supuestos de constitución, no consideran la imposición de servidumbres por decisión judicial ante la oposición del titular del predio sirviente.

En el caso peruano, Bacacorzo señala que existen las denominadas “servidumbres forzosas”, esto es servidumbres impuestas por acto administrativo, pudiendo el titular del predio sirviente cuestionar únicamente mediante acción judicial, el monto de la indemnización⁽⁸⁾.

En este punto, debemos precisar que en doctrina, por su origen, las servidumbres de manera general -civiles o administrativas- se clasifican en legales o voluntarias. Las primeras son impuestas por mandato legal mientras que las segundas por voluntad de los propietarios de los predios⁽⁹⁾. En el caso de las mencionadas servidumbres forzosas, estamos propiamente ante servidumbres reconocidas por mandato legal y que se concretizan mediante acto administrativo.

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de las servidumbres mineras en el Perú? Consideramos que estamos ante servidumbres administrativas (no civiles) por los siguientes fundamentos:

a) En el caso de las servidumbres civiles estamos ante dos propietarios o titulares: el del predio dominante y el del predio sirviente, en cambio, en el caso de las servidumbres mineras, el titular del derecho minero no

(…) lejos de responder la Ley de Tierras a una necesidad de protección de los intereses de los propietarios de los predios, (…) estaría siendo empleada como un instrumento de presión respecto a los titulares de actividad minera

es propiamente un propietario del yacimiento minero sino un concesionario del mismo, atendiendo a que el dominio originario del derecho minero corresponde al Estado y allí estriba la razón que, ante un eventual abandono del derecho minero en trámite, caducidad por falta de pago del derecho de vigencia o incumplimiento de obligaciones de producción, el derecho minero revierta necesariamente al Estado.

b) La razón de ser de las servidumbres administrativas, como señala María Díez, estriba necesariamente en una utilidad pública o general y dicho carácter también se encuentra presente en las servidumbres mineras, justificándose la imposición administrativa de las mismas.

c) El titular del derecho minero lo es en virtud a normas de carácter imperativo y de índole administrativo, siendo investido con la condición de concesionario en mérito a un acto administrativo. Por el contrario, en el caso de las servidumbres civiles, estamos ante un verdadero propietario del inmueble, encontrándose regulada su calidad de propietario del predio dominante y por ende beneficiario con la imposición de la servidumbre, por normas de índole civil o privado.

d) Siguiendo la idea desarrollada en el numeral anterior, la concesión minera constituye un inmueble en vista que es un derecho registrable otorgado mediante un acto administrativo, que le da a su titular la posibilidad de hacerse del dominio de los minerales extraídos del derecho minero y las características de este inmueble son definidas en el TUO de la Ley General Minería. Es decir que en realidad, el concesionario minero sólo es verdadero dueño o propietario del mineral desarraigado del yacimiento.

e) En el caso de las servidumbres civiles, estamos ante dos predios superficiales, a diferencia del caso

(7) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 7a. edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. pp. 696 y 697.

(8) BACACORZO, Gustavo. *Derecho Administrativo del Perú*. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco, p. 409.

(9) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Material de Enseñanza*. Op. cit.: p. 262.

minero, en el cual la concesión es un derecho que recae en el subsuelo y no se ajusta a la clásica regla privada o civil por la que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, esto es que el titular del predio superficial donde se encuentra ubicado el yacimiento minero, lo es también de los minerales que se hayan dentro del perímetro de su propiedad. Hay pues una clara distinción legal entre predio superficial y yacimiento minero ubicado en el mismo.

f) Finalmente y vinculado a las razones antes expuestas, en el caso de las servidumbres civiles, puede darse el supuesto que un titular de un predio superficial lo sea en virtud a prescripción adquisitiva o usucapión, por lo que al adquirir mediante esta vía el dominio de un inmueble, tendría asimismo el derecho a las servidumbres que benefician al mismo (“prescripción adquisitiva de servidumbres civiles”). Tratándose de las servidumbres mineras, estas requieren el necesario concurso de la autoridad administrativa y nunca podrán adquirirse mediante prescripción adquisitiva. En este punto, estimamos que en el caso peruano, las servidumbres mineras se apartan de la doctrina argentina (recuérdese la cita anterior de Dromi), que reconoce la posibilidad de adquirir servidumbres administrativas vía prescripción adquisitiva.

No obstante el carácter administrativo de las servidumbres mineras, resulta innegable que en lo no previsto en la legislación minera, deba aplicarse de manera supletoria el Código Civil, en tanto no se desnaturalice el carácter *sui generis* de la concesión minera.

2.3 Características adicionales de las servidumbres mineras.

Además de las características señaladas para el caso de las servidumbres civiles y administrativas, debemos indicar que Gómez Nuñez incide en el hecho que las servidumbres mineras son obligatorias y esencialmente transitorias, debiendo usarse para un fin establecido. Asimismo, éstas pueden ampliarse o restringirse en razón de la exploración, explotación o beneficio de mineral, pudiendo igualmente autorizarse su uso antes de su constitución que opera mediante sentencia judicial (supuesto de la legislación chilena) y que, tratándose del caso de la servidumbre establecida entre dos concesiones mineras, no puede impedir o restringir la exploración o explotación de la concesión que le sirve⁽¹⁰⁾. En similares términos se pronuncia Lira Ovalle⁽¹¹⁾.

Es oportuno hacer un comentario final en este acápite. Si bien hemos mencionado que las servidumbres mineras son esencialmente temporales, debe indicarse que Velarde⁽¹²⁾ cita como ejemplos de servidumbres mineras permanentes a las servidumbres de acueducto y de paso.

2.4 Clasificación de las servidumbres mineras.

Martínez⁽¹³⁾ nos ofrece una adecuada clasificación de las servidumbres mineras, que desarrollaremos a continuación.

a) Típicas o atípicas: en primer lugar, el referido autor señala que según las servidumbres mineras estén o no previstas de modo particular en la legislación minera, pueden ser **típicas** y **atípicas**. En el caso de las típicas, a su vez pueden estar expresa o tácitamente reguladas en la ley minera, no debiéndose confundir por ello con las servidumbres **legales** o **convencionales**. Así, puede darse el caso de servidumbres típicas determinadas por la ley, pero ello no excluye la posibilidad de servidumbres atípicas, así como de las convencionales.

De otro lado, es oportuno mencionar que las servidumbres atípicas son impuestas al titular del predio sirviente aun contra su voluntad, atendiendo al principio de utilidad o interés público presente en la actividad minera.

Como ejemplos de servidumbres típicas, el citado tratadista argentino señala:

- Ocupación de los terrenos superficiales con trabajos y construcciones.
- Ocupación de los terrenos superficiales para apertura de vías de comunicación y transporte (“trabajos auxiliares”).
- Uso de aguas naturales para las necesidades de explotación, para la bebida de personas y animales ocupados en la faena, así como para el movimiento y servicio de maquinaria.
- Uso de pastos naturales en terrenos no cercados.

En cuanto a las atípicas, menciona las de extracción de leña del predio sirviente, así como las de tendido de conductores de energía eléctrica.

b) Real o personal: según sea establecida en beneficio del derecho minero o sólo a favor de persona determinada. De otro lado, se precisa que las reales deben tener una expresa mención en la ley.

(10) GÓMEZ NUÑEZ, Sergio. *Manual de Derecho de Minería*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991. pp. 237-239.

(11) LIRA OVALLE, Samuel. *Curso de Derecho de Minería*. Santiago: Jurídica de Chile, 1992. p. 219.

(12) VELARDE, Marta Sylvia. *Manual de Derecho Minero*. Buenos Aires: Astrea, p. 208.

(13) MARTÍNEZ, Víctor H. *Derechos Reales en Minería*. Buenos Aires: Depalma, 1982. pp. 72-86.

Deberá tenerse en cuenta que, siguiendo a Martínez, los precitados ejemplos de servidumbres mineras son de carácter real, en tanto que considera a los permisos o autorizaciones de cateo o prospección, como formas de servidumbre minera personal.

c) De acuerdo al predio dominante o sirviente: se mencionan:

- De derecho minero a predio superficial.
- De predio superficial a derecho minero (caso inverso al anterior pues el predio superficial es el dominante).
- Entre dos derechos mineros. Es el supuesto denominado en la legislación argentina como “internación de labores en pertenencias ajenas”.
- Servidumbre exclusiva o común, dependiendo de estar ante un derecho minero que sirve a uno o más predios dominantes.

d) Aparentes o no aparentes: en este punto, nos remitimos a la definición empleada en el caso de las servidumbres civiles. Como servidumbres aparentes, Velarde menciona las que se manifiestan por un signo exterior como un canal o socavón, en tanto que un ejemplo de las no aparentes lo constituye la servidumbre minera de no edificar⁽¹⁴⁾.

e) Onerosas o gratuitas: en el caso de la legislación peruana, las servidumbres mineras son necesariamente onerosas, pero estimamos que nada impediría que se pacten servidumbres convencionales de carácter gratuito. Recuérdese por otro lado que en el caso peruano, la onerosidad esta referida al pago previo de un justiprecio al titular del predio sirviente.

Adicionalmente a la clasificación ofrecida, resulta interesante el comentario vertido por Velarde al momento de caracterizar las servidumbres mineras y que nos permite adicionar un criterio adicional de clasificación. Así, la citada autora señala que las servidumbres minera pueden ser **continuas o discontinuas**, según se ejerzan de manera permanente o deba intervenir un hecho actual del hombre para su ejercicio. Como ejemplos de las continuas nos menciona las de ventilación, acueducto, en tanto que como ejemplo de las discontinuas nos cita a las de tránsito⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, en este punto debemos preguntarnos: ¿qué clases o modalidades de servidumbres mineras reconoce nuestra legislación? Guerra Peñaloza⁽¹⁶⁾ señala dos clases: (i) servidumbres superficiales; y, (ii) servidumbres subterráneas.

Las servidumbres superficiales implican la

ejecución de obras de infraestructura minera, exclusivamente dentro de la superficie del área de la concesión como tendido de tuberías de agua, trochas carrozables, canales y canaletas de relaves, tendido de redes telefónicas, telegráficas y de energía eléctrica, puestos, caletas, campos de aterrizaje, estaciones de radio, etcétera.

Las servidumbres subterráneas suponen la construcción en concesiones vecinas, de las labores necesarias para el acceso, ventilación y desagüe, etcétera, de las minas que requieren de dicho servicio.

Definido el concepto de servidumbre minera tanto en el nivel doctrinario nacional e internacional, pasamos a continuación a explicar los problemas suscitados a raíz de la entrada en vigencia de la Ley de Tierras.

3 Ley de Tierras y modificaciones al procedimiento administrativo de servidumbre minera.

El artículo 7 de la Ley de Inversión Privada en el Desarrollo de las Tierras (Ley No. 26505), denominada comúnmente Ley de Tierras, su modificatoria introducida por el artículo 1 de la Ley No. 26570 y el Reglamento del referido artículo 7, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 017-96-AG de fecha 18 de octubre de 1996, señalan expresamente **que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras requiere de un acuerdo previo con el propietario de las mismas o bien la culminación del procedimiento de servidumbre precisado en el Reglamento de la Ley de Tierras.**

Cabe mencionar que este acuerdo previo y el establecimiento de servidumbre están referidos originalmente a la explotación o extracción de mineral en los derechos mineros, con lo cual no era exigible en el caso de los derechos mineros de exploración. Sin embargo, mediante el artículo 2 del Decreto Supremo No. 038-98-EM, norma que aprueba el Reglamento Ambiental para Actividades de Exploración Minera, se exige actualmente que la actividad minera de exploración cuente también con un acuerdo previo con el propietario del predio o la culminación del procedimiento administrativo de servidumbre, lo cual en opinión del tratadista nacional Lastres Berninzon es claramente limitativo al no distinguir entre actividades de exploración que causen ligera o ninguna alteración en la superficie, como de aquellas actividades que

(14) VELARDE, Marta Sylvia. Op. cit.: pp. 207 y 208.

(15) Ibid.: p. 207.

(16) GUERRA PEÑALOZA, José y Ana María GUERRA SOTO. *Elementos del Derecho Minero*. Lima: Rhodas, 1996. pp. 243 y 244.

efectivamente degraden o disturben ligera o profundamente el ambiente⁽¹⁷⁾.

Recuérdese en este punto que la legislación minera vigente, considera que al momento de otorgarse una concesión minera, se cuenta con las facultades de exploración y explotación del derecho minero (con ambas), estos no se distinguen como en el caso de la legislación anterior (Decreto Legislativo No. 109) entre derechos mineros de exploración y los de explotación.

El procedimiento administrativo de servidumbre minera ha sido desarrollado por el referido Decreto Supremo No. 017-96-AG. Así, previamente a iniciarse este procedimiento, las partes cuentan con una etapa de 30 días útiles para llegar a un acuerdo común sobre el uso de las tierras en actividades mineras, plazo que corre a partir del día siguiente de cursada la comunicación al propietario del predio por parte del titular de actividad minera, a efectos de buscar un acuerdo mutuo.

A la solicitud dirigida a la autoridad minera para el establecimiento de servidumbre, deberá adjuntarse el documento o constancia que acredite que el propietario del predio recibió la comunicación referida en el párrafo anterior, pudiendo inclusive dicho titular dirigirse a la autoridad minera, especificando las razones de su oposición al uso de las tierras.

La servidumbre minera es otorgada mediante Resolución Suprema firmada por el Presidente de la República y refrendada por los Ministros de Energía y Minas y de Agricultura, que en proyecto es preparada por el Director General de Minería, teniendo en consideración un **informe pericial** respecto a la viabilidad de la servidumbre, fijando el perito el monto o valor de indemnización. De otro lado, este profesional deberá pertenecer a la especialidad agronómica del Consejo Nacional de Tasaciones, siendo sus honorarios cubiertos por el solicitante de la servidumbre.

El valor de indemnización comprenderá dos conceptos: (i) el valor de las tierras que hayan de sufrir daños, el mismo que no podrá ser menor al fijado por arancel de tierras del Ministerio de Agricultura; y, (ii) una compensación monetaria por el eventual lucro cesante durante el período de afectación, calculado en función a la actividad agropecuaria habitual del conductor.

Este importe será entregado al propietario del predio a la fecha de firmada la escritura pública de la servidumbre, la misma que es posterior a la expedición

de la respectiva resolución suprema. En caso de no tenerse certeza del propietario de las tierras, el dinero será consignado por el Director General de Minería en el Banco de la Nación de la localidad donde está el predio, bajo la forma de una cuenta de depósito en calidad de fideicomiso que beneficiará a quien acredite fehacientemente la titularidad, firmando el Director General de Minería luego de dicha consignación, la escritura pública de servidumbre, aun en ausencia del referido titular de las tierras.

Respecto a las causales de extinción de la servidumbre, la norma comentada menciona dos:

a) Destinar la servidumbre, sin previa autorización, a fin distinto para el cual se estableció.

b) Conclusión de la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre.

Por otro lado, téngase presente que el artículo 37 inciso 1 del T.U.O. de la Ley General de Minería reconoce expresamente que el titular de actividad minera cuenta con el uso minero gratuito de terrenos eriazos de dominio del Estado. El concepto de terrenos eriazos lo encontramos definido actualmente en los artículos 7 al 9 del Reglamento de la Ley No. 26505, aprobado mediante Decreto Supremo No. 011-97-AG de fecha 12 de junio de 1997.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Tierras, modificada por la Ley No. 26681 del 7 de noviembre de 1996 y el artículo 10 del comentado Decreto Supremo, disponen la continuación del uso minero gratuito de terrenos eriazos sólo en el caso que los mismos hayan sido usados antes de la vigencia de la Ley de Tierras, contando los titulares de actividad minera con la obligación de presentar al Ministerio de Energía y Minas en un plazo de 90 días contados a partir de la vigencia de dicha norma (20 de octubre de 1996), un plano a escala adecuada y memoria descriptiva del terreno eriazo, señalando áreas superficiales ocupadas por la explotación, infraestructura, instalaciones y servicios.

Sin embargo, ¿qué sucede con los titulares de actividad minera que no estaban usando dichos terrenos a la vigencia de la Ley No. 26505? Como bien señala Belaúnde Moreyra⁽¹⁸⁾, de las citadas normas se desprende que, a partir del mes de marzo de 1997, los titulares de actividad minera deberán cumplir con un requisito adicional cual es el de adquirir dichos terrenos

(17) LASTRES BERNINZON, Enrique. *Normatividad sobre el Acceso a la Tierra y el Proceso de Aprobación*. En: *Revista de Derecho Minero y Petrolero*. Año XLVIII, No. 56. Lima: Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo, 1998. p. 15.

(18) BELAÚNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*. Lima: San Marcos, 1998. pp. 90-93



en venta o pública subasta dirigida por el Ministerio de Agricultura, lo cual constituye una modificación a lo dispuesto en el artículo 37 inciso 1 del TUO y obviamente encarece la actividad minera

Finalizando esta mención al Decreto Supremo No. 017-96-AG, debe precisarse que en su artículo 6, señala claramente en concordancia con la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo No. 653 y el artículo 14 del TUO de la Ley General de Minería, que **no es procedente el establecimiento de servidumbres mineras sobre tierras de uso agrícola o ganadero, cuando las actividades mineras a desarrollarse sean no metálicas.**

La razón de esta prohibición es evidente: el desarrollo de actividades mineras no metálicas, como por ejemplo la extracción de materiales de construcción (mármol, talco, baritina, arcilla, etcétera), se realiza comúnmente en canteras y mediante la denominada técnica de extracción a tajo abierto, lo que implica un continuo "forado" en la superficie del terreno, que perjudica sobremanera la actividad agro-ganadera y más aun, el valor comercial del predio.

Vemos pues como el procedimiento administrativo introducido por la Ley de Tierras y normas

complementarias y modificatorias, difiere del establecido previamente en la legislación minera, concretamente por el artículo 130 del TUO y los artículos 43 y 44 del Reglamento de Procedimientos Mineros (Decreto Supremo No. 018-92-EM).

Así, como explicáramos en el punto primero de las nociones preliminares del presente trabajo, el anterior procedimiento de servidumbre requería de una diligencia de comparendo en el mismo predio, pudiendo llevarse a cabo el procedimiento de oficio por la autoridad minera. Asimismo el profesional encargado de la referida diligencia y de estimar el justiprecio era un perito minero, calculándose el monto indemnizatorio sobre la base de los daños y perjuicios del predio, concepto que parece aludir únicamente a los daños emergentes y no así al lucro cesante.

Hoy, el procedimiento no es llevado de oficio por la autoridad minera (se requiere solicitud documentada), el perito es un profesional de especialidad agronómica del Consejo Nacional de Tasaciones (no es un perito minero) y el justiprecio comprende expresamente el daño emergente y lucro cesante. Debe asimismo precisarse que este procedimiento administrativo demora en total un plazo mínimo de 200 a 225 días⁽¹⁹⁾.

4 Comentarios finales.

Estimamos que el procedimiento administrativo de servidumbre minera introducido por la Ley de Tierras, no obstante que pretende buscar una salida más justa al problema agro-minería (a favor del propietario de predio) generará un entorpecimiento o paralización en la actividades mineras habida cuenta que, al otorgarse la servidumbre vía resolución suprema expedida con la intervención de los Ministerios de Energía y Minas y Agricultura, dependerá de consideraciones de índole político, el escoger si primarán las necesidades mineras o bien las agropecuarias.

De otro lado, al no contar el Ministerio de Energía y Minas con una regulación expresa de un proceso de negociación y conciliación a cargo de un tercero especializado, la posibilidad de llegar a un acuerdo previo con el propietario del predio se hace poco probable, quedando muchas veces condicionada esta posibilidad a una clara presión del titular del mismo, quien en el fondo busca un desmedido valor económico en comparación con la limitación o daño real sobre su predio, producto de la servidumbre minera, lo cual se desdice abiertamente con el supuesto interés de dicho

(19) DE ORBEGOSO BARAYBAR, Fernando. *Tierras y Aguas*. En: *Informativo Mensual de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía*. Año VII, No. 9. Lima, setiembre 1999. p. 36.

propietario en desarrollar labores agrícolas sobre el terreno.

Es decir que, lejos de responder la Ley de Tierras a una necesidad de resguardo o protección de los intereses de los propietarios de los predios, en aras, claro está, de las labores agrícolas, estaría siendo empleada como un instrumento de presión respecto a los titulares de actividad minera, quienes de pretender continuar con sus labores de exploración y extractivas, deberán previamente aceptar un acuerdo que resulte económicamente lesivo con relación al real valor del terreno o bien y admitir la posibilidad de que los propietarios de los predios participen ventajosamente de los resultados de la actividad minera, esto es, los dividendos o utilidades devengadas en función al mineral extraído del derecho minero.

Por “real valor del terreno”, entendemos el valor comercial o de mercado atendiendo a consideraciones geográficas (vías de acceso y cercanía de recursos hidrográficos), de productividad y otros factores tales como la presencia de pastos naturales, ganado y proximidad a las áreas naturales intangibles, parques nacionales o tierras destinadas a las Comunidades Campesinas.

Este marcado “afán mercantilista” generado en los propietarios de los predios superficiales, como consecuencia de las innovaciones al procedimiento administrativo de servidumbre introducidos por el régimen de la Ley de Tierras (Ley No. 26505), alcanza inclusive a las propias Comunidades Campesinas, las que tradicionalmente y por una cuestión sociológica, no permitían en teoría que terceros ajenos a la organización comunal, se beneficien usando las tierras que provienen de sus ancestros, las mismas que cuentan con una destino preestablecido en conjunto por los líderes comunales, organizados por el artículo 17 de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley No. 24656) como “Asamblea General”.

En efecto, el artículo 15 de la Ley General de Comunidades Campesinas destaca que las Comunidades Campesina podrán obtener concesiones mineras de explotación para el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro del terreno de su propiedad, en observancia de las leyes y reglamentos de la materia y contando para ello con el apoyo y protección del Estado. Asimismo, en el caso que la Comunidad Campesina no pueda explotar directamente estos recursos, según el citado artículo, ésta podrá constituir empresas con terceros, en las que su participación se sujetará al volumen de producción, uso de los recursos o atendiendo a cualquier otra forma

consensual que guarde justa proporción con sus aportes.

Relacionado con el párrafo anterior, debe mencionarse que esta participación en la actividad empresarial por parte de la Comunidad Campesina, está recogida expresamente en el artículo 25 inciso c) de la referida ley. Como comentario marginal, podemos señalar que notamos que la precitada Ley General de Comunidades Campesinas, estaría introduciendo una lógica empresarial en las comunidades campesinas que no se ajusta a la forma en que los comuneros perciben el uso de sus tierras y de los recursos contenidos en ellas, proponiendo una participación asociativa con el sector privado que se contrapone abiertamente con el propósito constitucionalmente regulado en el artículo 89 de dotar de protección a la identidad comunal e imprescriptibilidad a sus tierras. Tal vez la intención del legislador nacional fue la de hacer viable la actividad minera privada dentro de dichas tierras.

Estimamos que el artículo 15 de la Ley General de Comunidades Campesinas debió ser objeto de una mayor precisión o desarrollo legal con relación al sector minero, pues señala que el Estado apoyará a las Comunidades Campesinas en el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en sus tierras, pero no se hace mención a la forma o características que adoptará dicho apoyo, por ejemplo mayores facilidades en el trámite de la concesión minera ante el INACC o quizás una adecuada colaboración por parte de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, al momento de negociar y conciliar a efectos de establecer un mutuo acuerdo con los titulares que detentan un derecho a exploración y explotación minera sobre sus tierras.

Respecto a este último punto, debe indicarse que los artículos 17 y 18 de la Ley para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley No. 26821) de fecha 25 de junio de 1997, dispone el libre acceso a los recursos naturales del suelo y subsuelo de las tierras, bien sea para usos rituales o de subsistencia, así como una preferencia en cuanto a su explotación, a favor de las Comunidades Campesinas. Este aprovechamiento, señalan las referidas normas, sólo es posible en tanto no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado.

Asumimos por derechos exclusivos o excluyentes de terceros, el supuesto de concesiones mineras otorgadas antes que dichas tierras sean asignadas por el Estado a las Comunidades, mientras que por reservas del Estado, dichas normas se estarían refiriendo a supuestos como el de “Áreas de No Admisión de Denuncias” constituidas a

favor del INGEMMET (artículo del 25 del TUO) o las denominadas “Áreas de Reserva Nacional” y “Derechos Especiales del Estado”, reconocidas expresamente en la anterior legislación minera (Decreto Ley No. 18880 y Decreto Legislativo No. 109), quedando estas últimas convertidas al régimen actual de concesiones mineras en virtud al mandato de la Primera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo No. 708 de fecha 06 de noviembre de 1991, coincidente en su texto con la misma disposición del TUO.

Ahora bien, al señalarnos los precitados artículos 17 y 18 de la Ley No. 26821 que las Comunidades Campesinas deberán respetar los derechos exclusivos o excluyentes de terceros otorgados por el Estado para el aprovechamiento de recursos naturales dentro de sus tierras, creemos que dichas normas no descartan la posibilidad que los comuneros (concretamente el Asamblea General) celebren acuerdos con los titulares de actividad minera que obtienen concesiones sobre estas tierras, luego que las mismas han sido asignadas por el Estado a la Comunidad, esto a efectos de procederse a la exploración y explotación del yacimiento particular.

De otro lado, debemos destacar que la Ley de Tierras evidencia una notoria disfuncionalidad con la práctica de la industria minera, sin zanjar adecuadamente el antiguo conflicto existente entre los sectores agrario y minero. Así, creemos que era conveniente que dicha norma estableciera más detalladamente, los criterios a tenerse en cuenta al momento de estimarse o calcularse el justiprecio a pagarse al titular del predio superficial al momento de establecerse la servidumbre, señalándose asimismo una definición legal clara de algunos tipos o clases de terrenos destinados al agro, que por contar quizás con ciertas características peculiares tales como la proximidad a fuentes hidrográficas, pastos naturales, acceso a vías de comunicación, zonas reservadas o restringidas como parques naturales, etcétera, hicieran que el pago del justiprecio de los mismos resulte más o menos oneroso al titular de actividad minera.

Es decir que, pudo regularse en la referida Ley de Tierras, lo que lamentablemente no sucedió, una suerte de escala en el pago del justiprecio en concordancia o función al tipo o clase de suelo o terreno, que permitiera

que el titular de la actividad minera tenga las reglas de juego claras respecto a la indemnización previa que debía pagar al propietario de las tierras donde se encuentra ubicado su concesión, circunstancia que hubiera permitido dotar de mayor transparencia al procedimiento administrativo de servidumbre y de otro lado, evitar los abusos de los titulares superficiales que en la práctica se generan al momento de pretender que éstos acepten fijar un acuerdo común sobre el uso de sus tierras.

Sólo en este escenario, consideramos que puede perfectamente garantizarse que ambos titulares (agrario y minero), conozcan de antemano la suma que uno probablemente recibirá y el otro abonará como resultado de un acuerdo común o de un procedimiento de servidumbre minera.

Finalmente, debe mencionarse que en la página *web* del Ministerio de Energía y Minas, ha sido publicado un Proyecto de Reglamento para el Procedimiento de Servidumbre Minera. Habiendo analizado los términos del mismo, consideramos que si bien en el mismo se busca una mayor énfasis en desarrollar un mecanismo alternativo a la solución del conflicto titular minero -titular del predio-, mediante la intervención previa a la imposición de la servidumbre de un Centro de Conciliación designado por la autoridad agraria competente, el proyecto no refleja una postura media que considere una intervención más activa de la autoridad agraria sino que retorna, con algunos matices, a la forma que tradicionalmente adoptara la servidumbre minera en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo No. 014-92-EM) y que tantos reclamos por parte de los participantes del sector agrario generó.

Asimismo, otro aspecto que estimamos deberá adecuarse en el proyecto es asumir que la invitación a la conciliación sea efectuada por conducto notarial, cuando en la realidad existen zonas de nuestro país donde no se cuenta con la presencia de Notario Público, debiendo regir en estos casos la solicitud de publicación ante el Juez de Paz Letrado o la publicación directa de edictos en el diario oficial encargado de las publicaciones judiciales del lugar, por sugerir alguna solución alternativa a este inconveniente. 卐