

El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante*

Xennia Forno Castro Pozo**

En el presente artículo la autora retorna a la doctrina y teoría administrativa para explicar, inicialmente, los alcances de las potestades administrativas y las restricciones a su discrecionalidad en la imposición de cargas a los particulares. A partir de ello, desarrolla los inconvenientes que el ejercicio del título minero, como acto habilitante, debe atravesar a propósito de una serie de disposiciones propias de sectores estatales no mineros que dificultan su ejercicio e incluso amenazan con el despojo de su esencia jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

El interés general del aprovechamiento de los recursos naturales, consagrado en nuestra Constitución Política vigente, genera la necesidad de armonizarlo con el interés de los particulares que aprovechan dichos recursos.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico prevé garantizar dicha armonía por medio de la técnica jurídica de los títulos habilitantes que, en el caso de los recursos minerales, es la concesión minera.

De ese modo, el otorgamiento de derechos de exploración o explotación sobre recursos minerales implica la intervención de la Administración en la economía, a efectos de que el particular pueda desplegar su derecho de libertad de empresa.

A pesar de lo que la doctrina y la teoría pueden establecer la calificación, características y atribuciones que corresponden al acto administrativo requerido para la realización de actividades mineras, la realidad y sobre todo, las percepciones han cambiando la naturaleza de tal acto administrativo para convertirlo en un documento vacío de contenido.

Por ende, en el presente artículo analizaremos la situación actual del título de concesión minera y su vigencia como acto administrativo/título habilitante para el desarrollo de actividades de exploración y explotación.

II. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA

La Constitución Política del Perú de 1993 redefine el rol del Estado en la economía reconociendo el pluralismo económico, según el cual dentro de la economía pueden coexistir diversas formas de propiedad y de empresa, permitiendo que el sector privado intervenga en el proceso económico a través de cualquiera de las diversas formas de propiedad o de la actividad empresarial.

En ese sentido, es factible sostener que la Constitución, en sus políticas económicas, consagra la seguridad y las libertades en este ámbito; constituyendo un instrumento de control de todo tipo de poder, tanto del Estado como de los propios particulares¹.

En todo caso, el conjunto normativo que integra la Constitución busca diseñar unos causes de ordenación económica que deben ser empleados por los poderes públicos, en atención al logro de los objetivos económicos constitucionales, como un conjunto unitario susceptible de interpretación que busque un equilibrio entre las fórmulas de reconocimiento, de un amplio margen de libertad individual de los agentes económicos, y de una acertada intervención pública con finalidad económica social. Son disposiciones sistemáticas y no un cúmulo irracional de preceptos de orientación diversa y contraria, no trata de ofrecer alternativas de actuación incompatibles sino, por el contrario².

* La autora agradece la entusiasta colaboración del señor Miguel Ángel Soto en la elaboración del presente artículo.

** Socia del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

1 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. En: *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. p. 791 y 792.

2 BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo: Parte Especial*. Madrid, Civitas: 2001. p. 869.

«El conjunto normativo que integra la Constitución busca diseñar unos causes de ordenación económica que deben ser empleados por los poderes públicos, en atención al logro de los objetivos económicos constitucionales».

Por lo tanto, resulta válido sostener que todo sistema económico ha de estar basado en un determinado conjunto de directrices y principios que sean unánimemente aceptados por los agentes económicos, ya que lo contrario supondría el caos. Dichas reglas y directrices conforman lo que podríamos llamar la “Constitución Económica”, cuya finalidad es señalar los parámetros rectores de la actividad económica que habrán de desarrollar, conjuntamente, tanto los particulares como el Estado³.

A decir de GARCÍA PELAYO, la Constitución Económica representa aquellas “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”, constituyendo los parámetros básicos para la acción de los agentes económicos⁴.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado que la Constitución Económica esta conformada por “aquellas disposiciones que suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrolla la actividad económica de nuestro país”⁵.

En este contexto, nuestra Constitución consagra en su artículo 58º la libre iniciativa privada y la libertad de empresa como el sustento de desarrollo de la actividad económica; por lo cual queda claro que, a diferencia de la Constitución anterior, los particulares son el motor de la economía y los llamados a generar la riqueza.

De la misma forma, es pertinente señalar que la segunda regla fijada en el citado artículo hace referencia a la economía social de mercado, vinculándola a la iniciativa privada.

En ese sentido, podemos afirmar que una economía social de mercado parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor instrumento para el desarrollo y funcionamiento de la economía y, por otro, que si bien el mercado puede ordenar la economía, no necesariamente lo hace con principios de equidad y justicia⁶.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala:

“La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. (...) A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social⁷ (Subrayado nuestro)

En este punto, cabe precisar que el rol del Estado en nuestro modelo económico es subsidiario; es decir, queda proscrito de ingresar al mercado como agente económico, quedándole reservado un rol regulador y promotor de la inversión, lo cual marca la pauta de la relación entre particular y Estado, así como el grado de intervención de éste último sobre el primero.

De ese modo, la subsidiariedad implica también que el Estado intervendrá en las actividades de los particulares cuando sea absolutamente necesario, siendo la regla la libre actuación de tal particular en el mercado.

Sin embargo, cabe precisar que la subsidiariedad no implica la existencia de un Estado débil sino que alude más bien al hecho de que se requerirá su presencia sólo a fin de corregir situaciones de desigualdad o asimetría en el mercado y siempre teniendo como premisa el interés o bien común.

3 *Ib*, p.865.

4 GARCÍA PELAYO, Manuel. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. En: Estudios sobre la Constitución española de 1978. Zaragoza: Libros Pórtico, 1979. p.31.

5 STC 0008-2003-AI/TC.

6 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter Gutiérrez. *Op. Cit.* p.797.

7 STC 0008-2003-AI/TC.

Es de resaltar lo sostenido en la encíclica papal *Pacem in Terris*:

“Manténganse siempre a salvo el principio de que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa salvaguardando, sin embargo, incólume los derechos de la persona humana”.

En ese sentido, es permitido “justificar medidas intervencionistas destinadas a asegurar el funcionamiento de la economía depurándola de factores que la obstaculizan, pero ellas deben ser conformes al mercado”⁸, con el objeto de no desnaturalizarlo y siempre dentro de los límites fijados legal y constitucionalmente.

En la actualidad, el concepto de economía social de mercado ya no tiene como sus objetivos prioritarios la libertad económica y la justicia social, sino que debe hacer frente a nuevos condicionamientos económicos, sociales y políticos; como, por ejemplo, los temas ecológicos.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, “el paradigma de la postmodernidad no está dispuesto a hacer de la naturaleza una simple mercancía, ni explotarla y depredarla, pues de lo contrario se amenaza la existencia de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida en todo el mundo. Ello obliga a promover una forma de producción viable desde el punto de vista social y del medio ambiente”⁹.

Del mismo modo, la Constitución reconoce una serie de derechos individuales de carácter económico, en virtud de los cuales el Estado estimula la creación de riqueza. Precisamente uno de ellos es el derecho a la libertad de empresa que parte de la premisa constitucional de que el particular es el que direcciona y organiza el proceso económico, correspondiéndole al Estado la creación de un marco jurídico que garantice su efectividad.

Sobre el contenido del derecho a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional español lo define como:

“El de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en libertad, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los objetivos propios de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado (...)”¹⁰.

Por otro lado, pese a que se garantiza la efectividad de las libertades económicas, el Estado busca que el ejercicio de estas libertades no sea lesivo a la moral, a la salud y a la seguridad pública (intereses colectivos); quedando habilitado a imponer determinadas restricciones¹¹.

Por ello, resulta previsible sostener que el Estado buscará ingresar en el mercado a fin de corregir las desigualdades existentes a través de distintas formas de intervención, buscando con ello, armonizar los intereses de los particulares con el interés común; más aún en actividades económicas que estén vinculadas al aprovechamiento de bienes de dominio público y la protección del medio ambiente, como es el caso de la explotación de los recursos minerales.

De ese modo, la Administración buscará vencer las resistencias que pueda encontrar por parte de los intereses particulares opuestos al interés general y colectivo que tutela, por lo cual debe disponer de armas excepcionales que le permitan dominar esos impulsos reconduciéndolos al interés común¹².

En ese sentido, la doctrina ha venido clasificando las formas de actuación de la Administración del siguiente modo: (i) mantenimiento del orden público (policía), (ii) estímulo (fomento), (iii) garantía de prestaciones (servicio público), (iv) prestación mercantil de bienes y servicios (actividad empresarial del estado), (v) actividad de solución de controversias, (vi) actividad de planificación y (vii) actividad sancionadora.

8 KRESALJA, Baldo y César, OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial PUCP. 2009. p. 354.

9 *Ib.* p.357.

10 STC 225/1993.

11 Artículo 59° de la Constitución: Rol Económico del Estado.

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (subrayado nuestro).

12 MARTIN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 70.

En esta ocasión prestaremos particular atención a la Actividad de Mantenimiento del Orden Público, conocida también como Actuación Administrativa de Ordenación o Limitación o Policía.

III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE ORDENACIÓN O LIMITACIÓN: EL PODER DE POLICÍA

En sus inicios, la intervención de la Administración en la actuación de los particulares se dirigía a la preservación de la seguridad pública, teniendo por objeto la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana por medio de la vigilancia del cumplimiento de las normas, el auxilio y la protección de las personas y sus bienes, la vigilancia y protección de instalaciones y edificios públicos en los que sea necesario el mantenimiento y reestablecimiento del orden¹³.

Como es de suponer, el desarrollo de las sociedades ocasionó que la concepción esbozada en el párrafo precedente quede desfasada, dándose mayor importancia a las actividades económicas de los particulares y sus consecuencias en el entorno social.

En ese sentido, la premisa de la cual se parte recae en el hecho de que, si bien constitucionalmente se reconoce al particular como motor de la actividad económica y al Estado un rol subsidiario, el modelo de economía social de mercado requiere que se armonice el interés particular con el colectivo; lo cual se realizará a través de ciertas limitaciones a la actuación de los particulares.

Ello en virtud de que, la afirmación de un derecho (como forma jurídica de libertad) o de una libertad (como forma política de un derecho), importan, recíprocamente, la existencia de un deber, carga o limitación a ese derecho o a esa libertad.

Por ende, ante la reticencia a la intervención del Estado mediante la regulación económica, surge la extendida creencia de que en el campo económico es necesaria una "nueva regulación". "Un ejemplo de esta última se encuentra en la limitación a la libertad de empresa. Esta intervención de carácter normativo sobre los mercados se ha revelado como un elemento fundamental para la protección, siendo los mecanismos utilizados básicamente de carácter administrativo"¹⁴.

Se trata de intervenciones concretas, cuyos efectos a veces pueden ser permanentes, que deben tener una cobertura legal y con cuyo ejercicio se condicionan los derechos o los intereses de los particulares; o

sus conductas sufren algún tipo de control de su ejercicio o alguna represión¹⁵.

Es de resaltar que la actuación de la administración se enmarca dentro de límites constitucionales; por lo cual queda habilitada a intervenir en las actividades de los particulares, limitando o condicionando el ejercicio de sus derechos, siempre y cuando no vacíe de contenido a dichos derechos económicos.

En consecuencia, dicha actuación se ha venido a denominar Actuación de Policía de la Administración, llamada también Actividad de Limitación u Ordenación, por la cual el poder estatal impone reglas para normar los actos de la vida corriente o el ejercicio de determinada actividad¹⁶.

DROMI precisa que con la expresión "Poder de Policía" se hace, en suma, referencia al poder de limitar mediante ley los derechos reconocidos por la Constitución en razón del interés público. Ella se enmarca dentro de la función administrativa, representando una modalidad de obrar, de contenido "prohibitivo y limitativo"¹⁷.

Cabe resaltar que la limitación jurídica de los derechos subjetivos de los particulares es algo propio de la función administrativa; ya que se realizan en virtud de la necesidad pública de reglamentar, regular, ordenar, limitar e imponer otras conductas, por razones del bien común, con miras a la convivencia social.

Por tanto, dicha actuación se da por intermedio de disposiciones legales de distintas jerarquías, así como una serie de actuaciones concretas que la Administración debe llevar a cabo directamente, por ejemplo durante toda la vida de una empresa.

Sin embargo, debemos precisar que la actividad administrativa de policía se proyecta y remite al mantenimiento de un orden público económico, es decir, busca el normal funcionamiento del sistema económico apoyado en los principios orientadores del mercado que serán los que, al final, determinen su alcance y contenido¹⁸.

Asimismo, algunos autores sostienen que en realidad es una acción administrativa de garantía ya que lo que la Administración hace es "fijar el marco de vida colectiva, establecer un orden intencional de convivencia, garantizar, pues, cuáles son los ámbitos dentro de los que se pueden mover las iniciativas privadas, y cuáles las posibles conductas de los particulares, definiendo para ello derechos (...) o imponiendo obligaciones"¹⁹.

13 BERMEJO VERA, José. Op. Cit. p. 59.

14 KRESALJA, Baldo y César, OCHOA. Op. Cit. p. 371.

15 BERMEJO VERA, José. Op. Cit. p. 60.

16 CERVANTES ANAYA, Dante A. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rhodas, 2004. p. 139.

17 DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo. Tomo 2*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987. p. 37-39.

18 KRESALJA, Baldo y César, OCHOA. Op. Cit. p. 372.

19 MARTIN MATEO, Ramón. Op. Cit. p. 352.

«En la actualidad, el concepto de economía social de mercado ya no tiene como sus objetivos prioritarios la libertad económica y la justicia social, sino que debe hacer frente a nuevos condicionamientos económicos, sociales y políticos; como por ejemplo los temas ecológicos».

En suma, por intermedio de la actividad de policía, la administración estructura la vida social garantizando, primero, que las iniciativas y actividades de los particulares no entrarán en conflicto perjudicial entre sí y, segundo, que tampoco pugnarán con los intereses públicos definidos por política estatal.

Por otro lado, es de resaltar que las corrientes actuales, que redefinen la actividad de policía, pasando de un diseño en el cual se pretendía el desarrollo de actividades con “peligro cero” a un sistema en el cual se busca la gestión de los riesgos que son inherentes a toda actividad humana.

Es así que se habla de la tolerancia frente a “riesgos permitidos”; es decir, se parte de la premisa de que es imposible desarrollar actividades exentas de todo riesgo, por lo cual, en aras de intereses colectivos y del bienestar general, es preferible permitir la antes que prohibirla; claro está, dentro de determinados límites.

Al respecto, ESTEVE PARDO sostiene que “se trata de optar por, de valorar alternativas y decidir entre ellas, sabiendo que no puede aspirarse a un riesgo cero, dado que existe un riesgo permitido con el que necesariamente ha de convivir la sociedad”²⁰.

Un ejemplo didáctico resulta ser el caso de las actividades extractivas y el medio ambiente. Es evidente de que toda actividad humana genera impactos ambientales en menor o mayor escala y más aún en la gestión de recursos naturales donde existen riesgos latentes; sin embargo, la técnica ha demostrado que es posible controlar los impactos, resultando inadecuado prohibir dichas actividades, más aún cuando se hace una ponderación de la cual resulta evidente los beneficios y réditos que genera.

Las principales características de la actuación de policía son las siguientes:

- a) Actuación administrativa de control. - Supone un supuesto de restricción de la esfera de libertad de los particulares, que se ven obligados por el ordenamiento jurídico, a requerir a la Administración una decisión favorable para llevar a cabo una determinada actividad económica (limitación al derecho de libertad de empresa).
- b) Se ejerce de forma singular. - La acción de control administrativo debe realizarse en forma individualizada, puntual y concreta, por lo que la intervención administrativa se sujetará al principio de proporcionalidad, ajustando las medidas de intervención a los motivos y fines justificativos de dicha intervención, que es el interés general.
- c) Es un control de naturaleza transitoria. - La actividad de limitación no liga permanentemente a la Administración con el titular del derecho que pretende ejercitar. Por tanto, el acto administrativo que resulta de su ejercicio (autorización, licencia, etc.) define de manera definitiva y hacia el futuro la situación de adecuación del ejercicio del derecho al interés público. Sin embargo, cabe precisar que ello no supone el decline de la Administración en su función de fiscalización y control posterior.
- d) Tiene por finalidad el interés público. - La finalidad a la que debe dirigirse siempre la actividad de limitación se refiere, en términos generales, a garantizar el sometimiento del ejercicio de los derechos de los ciudadanos a las exigencias del interés público.

Asimismo, en virtud de que la regulación policial supone una limitación a las libertades económicas de los particulares, aquella está sujeta a determinados “límites-garantía” (razonabilidad, legalidad, etc.) de relevancia normativa, en cuanto alcance, y extensión del poder estatal para limitar reglamentariamente los derechos individuales²¹.

En ese sentido, si bien muchos de los principios que mencionaremos a continuación inspiran toda actuación administrativa; la actividad de policía requiere que se haga mayor énfasis, por su especial significación a fin de garantizar los derechos de los administrados, en los siguientes:

- a) Principio de legalidad. - La esfera de los derechos y deberes de los ciudadanos constituye por excelencia una materia “reservada a la Ley”; por tanto, toda restricción a la libertad y a los derechos debe tener su origen en una norma con rango de ley.

20 ESTEVE PARDO, José. *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*. En: Revista española de Derecho Administrativo N° 119. p.355.

21 DROMI, José Roberto. *Op. Cit.* p. 53.

Ello se ve reforzado por la premisa de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por tanto, el establecimiento de condiciones al ejercicio de derechos no puede ser nunca el resultado de una simple decisión administrativa sin previo respaldo legal. De este modo se busca que la Administración no ejerza sus potestades con total discrecionalidad.

- b) Principio de respeto y garantía de la economía de mercado.- La actuación administrativa no debe suponer una traba al desarrollo de actividades económicas en un régimen de libre competencia.
- c) Principio de especificación.- La ley debe indicar con detalle los supuestos en los cuales la Administración podrá ejercer la actividad de policía; dado que habilitaciones genéricas de actuación equivaldrían a dejar en manos de la Administración la limitación de los derechos ciudadanos.
- d) Principio de proporcionalidad-razonabilidad.- Supone que la Administración tiene el deber de ajustar las medidas de policía, así como en general el contenido de los actos de intervención, a los motivos y fines que lo justifiquen; sin permitir el ejercicio de una facultad discrecional.

Al respecto, DROMI precisa que se ha declarado que para que exista razonabilidad tienen que concurrir: 1. Fin público, 2. Circunstancias justificantes, 3. Adecuación del medio al fin propuesto, y 4. Ausencia de iniquidad manifiesta²².

En ese sentido, este principio "obliga a ponderar con prudencia las consecuencias sociales de la decisión, para evitar la arbitrariedad por prohibiciones injustificadas o por excepciones arbitrarias"²³.

- e) Principio de no indemnizabilidad.- Dado que, en principio, las limitaciones no afectan el contenido esencial del derecho y, asimismo, constituyen una carga que su titular debe soportar, éste no tiene derecho a indemnización alguna.
- f) Principio de igualdad de trato.- Por medio de este principio lo que se pretende es que frente a situaciones similares la respuesta de la Administración debe ser la misma; por lo cual, la actividad de intervención no admite excepciones en casos particulares; no resultando posible otorgar privilegios singulares de disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico que tienen vocación de generalidad.

Un ejemplo de ello constituye la igualdad de trato frente a las inversiones extranjeras y nacionales.

En suma, si bien se reconoce las libertades económicas de los particulares y la Constitución apunta a que el despliegue de su actividad sea el motor de la economía, ello no supone la presencia de un Estado insignificante, sino más bien su actuación subsidiaria a efectos de armonizar el interés particular con el orden público y el interés colectivo, a través de la imposición de ciertas limitaciones.

IV. LA TÉCNICA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS HABILITANTES

Hemos visto que la Administración ordena la actividad económica, imponiendo determinadas cargas y restringiendo ciertos derechos, con la finalidad de armonizar los intereses particular y colectivo.

Por tanto, el hecho de que la Actividad de Policía incida sobre la libertad de empresa supone que las autoridades administrativas otorguen determinados títulos, para el ejercicio de las actividades económicas, que pretendan realizar los particulares.

De ese modo, en el campo económico, la intervención de la policía administrativa encuentra su justificación en la necesidad de imponer cargas a los particulares para cautelar el bienestar general y el interés colectivo, como es el caso de los servicios públicos o la explotación de recursos naturales.

En el Estado social, democrático y libre se pretende hacer más efectivos los derechos de los particulares, como es el caso de la libertad de empresa, "dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro"²⁴.

En ese sentido, se pretende armonizar el interés particular, que subyace en el desarrollo de una actividad económica, con el interés de la colectividad (vivir en un ambiente equilibrado, paz, seguridad, etc.) a fin de generar bienestar. Ello encuentra un sustento constitucional al encontramos enmarcados dentro de un Estado Democrático y Social de Derecho, en el cual los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad.

De ese modo, como fórmula típica del Derecho Administrativo se encuentra la técnica de los Títulos Habilitantes (licencias, permisos, autorizaciones, concesiones, etc.), que son siempre una manifestación de la actividad de policía, propia de la

22 *Ib.*

23 *Ib.*

24 GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980. p. 26.

función administrativa, en la medida que sirven de condicionantes al ejercicio de derechos subjetivos o la consolidación de intereses legítimos de los ciudadanos.

Si bien la Administración puede establecer restricciones relativas o imponer determinadas cargas; cabe resaltar que las prohibiciones absolutas solo son justificadas en razón de causas específicas, por lo general de seguridad nacional²⁵.

En ese sentido, los Títulos Habilitantes responden a un sistema preventivo por el cual se corrobora que la iniciativa privada del particular (ejercicio de su libertad de empresa) cumple con la normativa vigente a efectos de poder llevarla a cabo y, además, suponen una de las principales formas jurídicas por medio del cual se imponen limitaciones, siendo las principales:

- a) Licencia: Es el acto administrativo por medio del cual se crea un derecho a favor de quien se otorga; considerándose que transfiere el ejercicio de determinadas actividades que, en principio, estuvieron reservadas a la administración y que, por el principio de subsidiariedad, pasan a la esfera de la gestión privada.

Se establece que la licencia hace referencia a un acto administrativo que permite el ejercicio a un particular de un derecho personal y subjetivo en atención a las condiciones propias del beneficiario²⁶.

- b) Autorización: Consiste en la remoción de límites para el ejercicio de derechos de particulares; es decir, algunos derechos subjetivos necesitan, para ser ejercidos en plenitud y válidamente, el permiso de la administración pública correspondiente quien antes de otorgarlo, comprueba que el derecho preexistente se va a ejercitar de manera adecuada²⁷.

Por tanto, la autorización como técnica administrativa de control preventivo, supone el ejercicio de una actividad privada que es consentida por la Administración, previa valoración de la misma conforme al interés público que en cada caso concreto se pretende cautelar.

Ello supone que "existe el reconocimiento de un derecho preexistente, pero que no puede ejercerse si previa conformidad de la Administración"²⁸;

por lo cual no se amplía la esfera de derechos del administrado ni tampoco se transfiere un derecho privativo del Estado, sino que tan sólo se le permite ejercitarlo con las condiciones impuestas en razón del interés colectivo.

La Autorización clásica se denomina reglada, porque la administración verificante debe otorgarla en cuanto el ejercicio previsto del derecho sea adecuado a las reglas jurídicas que lo condicionan. Sin embargo, determinadas formas de autorización parecen más prohibiciones genéricas singularmente removibles que simples verificaciones de ajuste a la legalidad. Dicho de otro modo, mientras la técnica de autorización clásica vincula a la administración a la comprobación de ajuste a la legalidad, las modernas técnicas de autorización le dejan amplio margen en cuanto a su otorgamiento²⁹.

Existe también la Autorización de carácter discrecional, en la cual la Administración dispone de amplias posibilidades de apreciación como valorar la oportunidad de la actividad que se pretende desde la óptica de los intereses públicos, la de someterla al cumplimiento de determinadas condiciones o de un plazo determinado. Al no encontrarse previamente determinados todas las condiciones para el ejercicio de una actividad, la ley remite a una valoración, por parte del funcionario, de la compatibilidad de la actividad que pretende ejercerse con el interés público.

Sin embargo, lo dicho en el párrafo precedente no es absoluto, toda vez que la actuación de la Administración no debiera tener un amplio margen de discrecionalidad, toda vez que se encuentra sujeta a los principios señalados en el punto precedente.

- c) Permiso.- A diferencia de la autorización, "en el permiso el particular se beneficia con la ventaja que le produce un bien común, pues se tolera algo que quiebra la igualdad de trato en los beneficios que cualquiera de la colectividad debe recibir"³⁰.

En ese sentido, el permiso constituye un acto administrativo por el cual se autoriza a una persona el ejercicio de un derecho, que en principio está prohibido por el ordenamiento jurídico; es decir, posibilita la remoción de un obstáculo legal.

25 Artículo 72° de la Constitución:

La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

26 CHIRINOS, Carlos y Manuel, RUIZ. *Concesiones sobre Recursos Naturales: Una Oportunidad para la Gestión Privada*. Lima: SPDA, 2002. p. 49.

27 BERMEJO VERA, José. *Op. Cit.* p. 60.

28 DROMI, José Roberto. *Op. Cit.* p. 59.

29 BERMEJO VERA, José. *Op. Cit.* p. 60.

30 DROMI, José Roberto. *Op. Cit.* p. 59.

En suma, constituye “una tolerancia precaria concedida discrecionalmente que no crea ningún derecho subjetivo”³¹ a favor del administrado.

- d) Concesión administrativa.- Mientras que con la autorización se permite el ejercicio de un derecho preexistente de forma lícita y con el permiso se hace una excepción a una actividad en principio prohibida, las concesiones operan a partir de una previa reserva del sector a los poderes públicos.

Por tanto, la concesión, entendida como una técnica de intervención administrativa en la economía, se reserva sólo a aquellas situaciones en las que la Administración no puede ceder totalmente la actividad a la libre iniciativa privada, en la medida que el interés público sobre la misma es tal que debe ser garantizado en forma permanente por el Estado (servicios públicos, recursos naturales, etc.). Sin embargo, se contempla la posibilidad de que la gestión de una actividad sea entregada a un particular, sin perjuicio de los poderes de control y fiscalización que la Administración pueda ejercer.

En ese sentido, la concesión administrativa se configura como una relación jurídica pública, a través de la cual el Estado otorga la gestión de una determinada actividad manteniendo la titularidad de la misma.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene que:

“En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen a privados derechos para el ejercicio de una actividad económica. Es, en sí misma, un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privados derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en

«Ante la reticencia a la intervención del Estado mediante la regulación económica, surge la extendida creencia de que en el campo económico es necesaria una “nueva regulación”».

ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello es el *ius imperium* de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular”³² (el subrayado es nuestro).

Respecto a la naturaleza jurídica de la concesión, pueden esbozarse tres teorías:

- Teoría Clásica o de la Doble Personalidad del Estado.- El Estado asume una doble personalidad a efectos de poder contratar con los particulares. De acuerdo con esta concepción, el Estado actúa como un agente privado contratando con los particulares y sometiéndose a las reglas del derecho común. Se niega que en el acto de concesión pueda existir algún elemento de derecho público.
- Teoría Unilateral.- Esta teoría sostiene que la concesión tiene como fundamento carecer de un carácter contractual, considerándolo como un acto exclusivamente de derecho público, lo que supone la subordinación del interés individual al interés general.

En ese sentido, la concesión nace de un acto administrativo otorgado por la Administración constituyendo, a favor del concesionario, un derecho subjetivo sin revestir forma de contrato.

- Teoría del Acto Mixto o de Doble Configuración Jurídica.- Se conciben dos facetas del acto concesional. Por una parte, reconoce un acto de poder público, en virtud del cual el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado pero conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público, y, de otro lado, una faz contractual que se refiere a los deberes que fijan el concedente y el concesionario por medio del contrato de concesión administrativa. Ejemplos claros de este tipo de concesión se dan en la gestión de los servicios públicos.

A efectos del presente artículo, acogeremos la teoría unilateral, en la medida que es aquella que rige el otorgamiento de derechos sobre recursos minerales.

Cierto sector de la doctrina no encuentra diferencias entre los permisos, licencias y autorizaciones, considerando su unidad en un solo concepto: autorización, toda vez que la nota común en todos ellos sería el control preventivo de la Administración frente al riesgo que conlleva el desarrollo de una actividad económica.

31 *Ib.* p. 60.

32 Exp. N.º 05503-2007-PA/TC

Cabe precisar que no compartimos la postura sostenida en el párrafo anterior, dado que cada modalidad descrita contiene efectos jurídicos distintos, hecho que muchas veces no es considerado por la Administración, quien al momento de otorgar Títulos Habilitantes suele dar un tratamiento inadecuado a dichas figuras.

V. MARCO LEGAL PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

Puede definirse a los recursos naturales como “el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular; y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre”³³.

En ese sentido, nuestra Constitución Política del Perú de 1993 declara, en el artículo 66°, que los recursos naturales, renovables o no renovables³⁴, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento.

Algunos autores, como Marcial RUBIO, sostienen que lo “que se pretende decir es que los recursos naturales pertenecen al colectivo del pueblo y que él debe beneficiarse de su explotación mediante la participación que la ley determine”³⁵.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado del siguiente modo:

“El artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben

alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce”. (EXP. 0048-2204-AI/TC)

Lo citado conlleva la idea de que la Nación en su conjunto tiene derechos sobre estos recursos; sin embargo, la Nación como tal no puede ejercer efectivamente dichos derechos, por lo cual se organiza en un aparato institucional que la representa denominado Estado. Es él quien representa a la Nación y el que en la práctica asume una responsabilidad sobre este patrimonio”³⁶.

Por tanto, si bien nuestra Constitución no atribuye la propiedad de los recursos naturales al Estado³⁷, sí lo constituye en garante de los mismos, atribuyéndole la responsabilidad de proteger los intereses de la Nación, lo cual incluye también el de las generaciones futuras.

Asimismo, aunque es determinante la importancia económica del aprovechamiento de los recursos naturales, no debe dejarse de lado el hecho de que su explotación debe ser racional, buscando además proteger el medio ambiente, la naturaleza y la diversidad de formas de vida³⁸.

A final de cuentas, será el Estado quien, en representación de todos nosotros, materialice los derechos sobre los recursos naturales y decida la gestión más eficiente sobre ellos.

Por tanto, llegamos a la conclusión que los recursos naturales son de dominio público³⁹, lo cual implica que los poderes públicos se reservan la potestad de otorgar los Títulos Habilitantes necesarios para desarrollar las actividades de investigación y explotación de dichos recursos, que son llevadas a cabo principalmente por particulares⁴⁰.

33 ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Derecho Ambiental*. Lima: Gráfica Bellido, 2004. p. 26.

34 La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado que los recursos naturales son todos aquellos recursos que el hombre encuentra en su ambiente y que puede utilizar en su beneficio. Estos se clasifican en:

Recursos renovables: Son aquellos que, a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales. En tal sentido, devienen en duraderos y obtienen permanencia de utilidad. Los procesos de autoregeneración y autodepuración se denominan resiliencia, y sólo tienen lugar cuando el ser humano no excede la capacidad de carga en su aprovechamiento.

Recursos no renovables: Son aquellos que, al ser utilizados, se agotan irremediablemente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc. Su utilización o provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de su incapacidad de alcanzar autoregeneración o autodepuración (EXP 0048-2004-PI/TC)

35 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999. p.331.

36 CHIRINOS, Carlos y Manuel, RUIZ. *Op. Cit.* p. 23.

37 Caso contrario sucedía en la Constitución de 1979, la cual señalaba que los recursos naturales pertenecían al Estado.

38 RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.* p.328.

39 Siguiendo esa misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional, en Sentencia recaída en el expediente 0048-2204-AI/TC ha señalado:

“Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación -no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una “propiedad especial”. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil”.

40 BERMEJO VERA, José. *Op. Cit.* p. 476.

Al respecto, el Tribunal Constitucional argumenta que el dominio sobre los recursos naturales es eminente; es decir, “el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento”⁴¹.

En ese sentido, el artículo 73° de la Constitución establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, pudiendo ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

A decir de DROMI, lo que caracteriza al dominio público no es, precisamente, ni el uso directo ni la afectación a un servicio público sino la afectación del bien a una utilidad o comodidad común, resultando además una declaración legal en tal sentido⁴².

Cabe precisar que el dominio público es un régimen jurídico de utilización y protección, una técnica de intervención (Actividad de Policía) por la cual la Administración se encuentra en capacidad suficiente de gestionar los bienes de dominio público en beneficio de un interés colectivo (la nación). No debe confundirse con el derecho de propiedad reconocido en el Código Civil, régimen del cual queda excluido.

Por ende, el dominio público “ni supone ni excluye el vínculo de apropiación o pertenencia privativa”; sino que es un título jurídico de intervención, un soporte jurídico de potestades, en virtud del cual la Administración regula y ordena la utilización y aprovechamiento de unos bienes al cumplimiento de un fin de interés público”⁴³.

En suma, lo que en realidad se busca, más allá de las técnicas jurídicas empleadas, es no privar a la sociedad de los réditos que genere la explotación de los recursos naturales, así sea llevado a cabo por particulares que buscan la satisfacción de intereses propios. Como ya hemos visto, se pretende armonizar ambos intereses.

En ese sentido, la segunda parte del artículo 66° de nuestra Constitución precisa que por ley orgánica se fijarán las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares, señalando además que la concesión otorga a su titular un derecho real sujeto a dicha norma legal.

Al respecto, el artículo 7° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26281, establece que es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de leyes especiales sobre la materia, las políticas de desarrollo sostenible la generación de infraestructura de apoyo a la producción, el fomento del conocimiento científico y tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva.

Siguiendo dicha línea, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

“(…) el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.” (Resaltado nuestro) (EXP. 0048-2204-AI/TC)

Asimismo, la Ley Orgánica define los roles y responsabilidades del Estado frente al aprovechamiento de los recursos naturales, los cuales se pueden resumir en las siguientes funciones⁴⁴:

1. Función Promotora⁴⁵: Generación de de infraestructura de apoyo e incentivo a la libre iniciativa privada.
2. Función de Apoyo a la Ciencia y Tecnología⁴⁶: Desarrollo de medidas destinadas a actividades de investigación sobre los recursos naturales.
3. Función de Valoración de los Recursos Naturales⁴⁷: Valorizar los recursos naturales así como los servicios ambientales que pueden prestarse.
4. Función Ordenadora de los Recursos Naturales⁴⁸: Supone la responsabilidad del Estado de ordenar el territorio a través de la creación de Zonas Ecológicas y Económicas.
5. Función de Conservación⁴⁹: Implica la protección de la riqueza y patrimonio natural del país.

41 STC 0048-2204-AI/TC.

42 DROMI, José Roberto. *Op. Cit.* p. 22.

43 CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *Bienes Patrimoniales del Estado (Concepto y formas de Adquisición por atribución de Ley)*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p.57.

44 CHIRINOS, Carlos y Manuel, RUIZ. *Op. Cit.* p. 26 y 27.

45 Artículo 7° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

46 Artículo 9° op. Cit.

47 Artículo 10° op. Cit.

48 Artículo 11° op. Cit.

49 Artículo 12° op. Cit.

«Es de resaltar que el acto administrativo que otorga la concesión minera, no es discrecional, toda vez que proviene de un mandato de la ley; es decir, una vez cumplido con los requisitos exigidos no habría forma de que la autoridad se niegue a otorgarla. Es, lo que se denomina en doctrina administrativa, un acto reglado».

6. Función de Gestión y Manejo⁵⁰: Coordinación entre las instituciones estatales competentes en la administración de los recursos naturales.
7. Función de Resolución de Conflictos⁵¹; cuando éstos surjan en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales.
8. Función de Supervisión⁵² de las actividades de los particulares de aprovechamiento de los recursos naturales.

La soberanía del Estado sobre los recursos naturales lo legitima a que disponga de sus facultades a efecto de decidir cómo, quién y bajo qué condiciones deben aprovecharse. Dicho poder, sin embargo, se encuentra limitado por el marco constitucional y legal⁵³.

Por ende, los recursos naturales pueden clasificarse, en función a su aprovechamiento, en dos grupos: (i) aquellos que a los que se puede acceder libremente y (ii) aquellos a los que se accede a través de un uso privativo, excluyente y exclusivo.

En relación a los segundos, el artículo 4° de la Ley Orgánica señala que los recursos naturales mantenidos en su fuente son "Patrimonio de la Nación"; sin embargo, respecto a los frutos y productos que generan, precisa que son de dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos, en la medida que sean obtenidos en la forma establecida en la ley.

50 Artículo 13° op. Cit.

51 Artículo 15° op. Cit.

52 Artículo 16° op. Cit.

53 CHIRINOS, Carlos y Manuel, RUIZ. *Op. Cit.* p. 33.

54 *Ib.* p. 39.

55 Al respecto, el artículo 24° de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales señala:

Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

56 STC 0048-2004-PI.

57 CHIRINOS, Carlos y Manuel, RUIZ. *Op. Cit.* p. 53.

En relación a ello, el artículo 23° de la citada norma precisa que la concesión otorga a su titular el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido (uso y disfrute), en las condiciones y con las limitaciones que establezca dicho título, y en virtud de ello la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

Por tanto, "ningún particular puede realizar un aprovechamiento intensivo de los recursos con fines de explotación económica, sin la aquiescencia previa de la Administración; es decir, el Estado"⁵⁴.

Cabe precisar que, si bien la Constitución hace mención expresa a la concesión, éste no es el único mecanismo a través del cual se puede llevar a cabo el aprovechamiento de recursos naturales, existiendo otros títulos habilitantes tales como: el permiso, la licencia y la autorización⁵⁵.

Pese a ello, a efectos del presente artículo, pondremos especial énfasis en la figura jurídica de la concesión, que reviste la finalidad estatal de búsqueda del uso sostenible de los recursos naturales en aras del fomento de la riqueza y el bienestar general.

Dicha figura implica el otorgamiento de derechos nuevos, ampliándose de ese modo el patrimonio jurídico del particular así como la delimitación de las facultades conferidas.

Estamos frente a una situación en la que al particular no le corresponde ningún derecho si no es por virtud de la propia concesión; es decir, antes de que se celebre el acto de concesión, carecía absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo*⁵⁶.

Asimismo, la concesión sobre recursos naturales tiene un elemento que le da identidad propia, el cual es la exclusividad de aprovechamiento que otorga a los particulares. "En ese sentido, la exclusión implica que el derecho de aprovechamiento se restringe a determinado número de beneficiarios, siendo éstos los únicos que pueden obtener los frutos propios de dicho aprovechamiento"⁵⁷.

Cabe resaltar que, en principio, las concesiones sobre recursos naturales son irrevocables siempre y cuando se cumplan con las obligaciones que la Ley Orgánica y las leyes especiales impongan a efectos de mantener su vigencia.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

“(…) si la Administración decide dar en concesión la explotación de recursos naturales no renovables a un número limitado de administrados para que la indicada actividad se cumpla a través del título de concesión, no supone que queda anulada su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable”⁵⁸.

Por ende, lo sostenido por el Tribunal implica que la acción estatal no se agota en el acto de otorgamiento de la concesión sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad (fiscalización, por ejemplo).

En ningún momento el Estado cede su *ius imperium*, sino que por intermedio de la Administración llevará a cabo una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad de asegurarla⁵⁹.

Por tanto, la explotación de recursos naturales se legitima por medio del otorgamiento de Títulos Habilitantes con la finalidad de armonizar el interés del inversionista, quien despliega su derecho a libertad de empresa, con los intereses de la colectividad, a quien también deben de revertir las ganancias que se generen producto del aprovechamiento sostenible de dichos recursos.

VI. LA CONCESIÓN MINERA

Habiendo descrito el régimen que enmarca la intervención administrativa en la economía, a través del despliegue de actuaciones de ordenación, como es la técnica de los Títulos Habilitantes así como el marco dentro del cual se otorgan derechos para el aprovechamiento de recursos naturales; resulta válido dar inicio al estudio de la concesión minera.

En primer lugar, cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 18° de la Ley de Aprovechamiento

Sostenible de Recursos Naturales, los derechos de exploración y explotación sobre dichos recursos se otorgan a los particulares mediante las modalidades previstas en la legislación especial, que en este caso correspondería a la Ley General de Minería⁶⁰ (TUO de LGM).

En ese sentido, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería establece que la concesión minera otorga el derecho a explorar y explotar los recursos minerales existentes en el área concedida⁶¹.

Al respecto, cabe precisar que nuestra legislación adopta el criterio del “primer solicitante”, mediante el cual el derecho de aprovechamiento exclusivo de recursos naturales ubicados en una determinada área es concedido al primer peticionario⁶².

De manera somera, diremos que el procedimiento de otorgamiento de concesión minera constituye un procedimiento administrativo iniciado de parte, a través de la presentación de un petitorio minero; y que concluye, de ser el caso, con un acto administrativo emitido por la autoridad (Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET) que resuelve asignando el derecho.

Asimismo, nuestro ordenamiento parte del Sistema Dominial; es decir, se basa en el principio jurídico de que: “el Estado, como representante político de la colectividad nacional, es el propietario absoluto de la riqueza minera existente en su territorio y que investido de esta prerrogativa o derecho eminente otorga en concesión, derechos mineros para su exploración y explotación”⁶⁴.

Por tanto, podemos definir a la concesión minera como el acto administrativo por medio del cual el Estado confiere a su titular el derecho real de explorar y explotar recursos minerales dentro de un área determinada. El titular de la concesión minera es propietario de los recursos minerales que extrae dentro del área concesionada.

Al respecto, BELAÚNDE MOREYRA precisa que la “concesión es un acto unilateral del Estado y una manifestación de su soberanía para la explotación

58 STC. 0048-2004-PI.

59 *Ib.*

60 El Texto Único Ordenado de la Ley general de Minería – TUO de la LGM, fue aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM.

61 Artículo 9° del TUO de la LGM, señala:

La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

62 BARCHI VELOACHAGA, Luciano. *Asignación y Transferencia de los Derechos de Aprovechamiento Exclusivo de los Recursos Minerales*. En: *Advocatus* 4. p. 144.

63 GUERRA PEÑALOZA, José. *Elementos del derecho minero* Lima: Rodhas, 1996. p. 155.

de un recurso natural que le pertenece en representación de la colectividad y de la Nación”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

“La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables”⁶⁵.

Es de resaltar que el acto administrativo que otorga la concesión minera, no es discrecional, toda vez que proviene de un mandato de la ley; es decir, una vez cumplido con los requisitos exigidos no habrá forma de que la autoridad se niegue a otorgarla. Es, lo que se denomina en doctrina administrativa, un acto reglado.

Habiendo delimitado la naturaleza de la concesión minera, pasamos a detallar algunas de sus principales características:

1. Es legal: Ello se refiere a que la ley es quien fija el procedimiento de su otorgamiento así como los derechos y obligaciones del Titular Minero.
2. Es formal: Como habíamos visto previamente, el acto por el cual se otorga la concesión es reglado; es decir, está regido por un procedimiento imperativo que no da lugar a la actuación discrecional de la Administración.

En ese sentido, consideramos que la concesión minera es obligatoria; es decir, una vez que se emiten los dictámenes legal y técnico favorables, la autoridad minera competente queda obligada a otorgar el título.

3. La concesión minera es un inmueble: El artículo 9° del TUO de la LGM precisa que la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada. Ello implica que la concesión minera no abarca el terreno superficial, que bien podría pertenecer a otra persona, por lo cual sería necesario llegar a un acuerdo con el titular de dicho terreno a efectos de poder llevar a cabo actividades mineras.

65 STC 0048-2204-AI/TC.

66 GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo y Militz FRANCISCOVÍK INGUNZA. *Derecho Minero*. Lima: Gráfica Horizonte, 2001. p. 64.

67 Artículo 9° del TUO de la LGM.

Asimismo, el artículo 885° del Código Civil también otorga a las concesiones mineras carácter inmobiliario, lo cual le confiere la posibilidad de ser inscribible en los Registros Públicos.

4. La concesión minera otorga un derecho real: El artículo 10° del TUO de la LGM señala que la concesión minera otorga a su titular un derecho real consistente en la suma de atributos reconocidos por la ley. En ese sentido, dichos atributos son el derecho a explorar, desarrollar y explotar la concesión; y, consiguientemente, a extraer los recursos minerales convirtiéndose en propietario de los mismos. Asimismo, existen derechos colaterales tales como el derecho a usar el terreno superficial de la concesión, el derecho a solicitar el uso de terrenos eriazos ubicados fuera de la concesión así como servidumbres de diversa naturaleza.

Asimismo, cabe precisar que son derechos reales administrativos de acuerdo a con lo prescrito en el artículo 66° de la Constitución que, es decir, se diferencia del derecho real civil en el hecho de que se encuentra regido por un régimen jurídico especial de Derecho Público, cuyas características son distintas a las que exhibe el Derecho Civil.

5. Es un acto irrevocable: Según García MONTÚFAR, “la autoridad minera no puede dejar sin efecto el acto administrativo mediante el cual otorga una concesión, salvo que se haya incurrido en causal de nulidad prevista en la ley”⁶⁶. El TUO de la LGM establece que las concesiones son irrevocables en tanto su titular cumpla con las obligaciones que dicha ley establece para mantener su vigencia.⁶⁷
6. Es de plazo indefinido: En tanto el Titular Minero cumpla con las obligaciones establecidas en el ordenamiento, como es el pago del derecho de vigencia y la producción mínima, no habría forma de revocar el acto que, con vocación de perpetuidad, otorgó el derecho minero.

Asimismo, la Concesión Minera, entendida como un Título Habilitante, otorga a su titular determinados derechos con la finalidad de que pueda llevar a cabo la actividad concesionada.

Cabe precisar que la actividad minera es calificada por el TUO de la LGM como de utilidad pública; es decir, el desarrollo de la misma incide en beneficio de un colectivo, así también precisa que la inversión en las actividades mineras es de interés nacional.

Ello va acorde con el mandato constitucional de un eficiente aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de la Nación, que es el titular de los

mismos. Por tanto, resultaría vacío el otorgamiento de un derecho minero sin los debidos derechos conexos que coadyuvan a la eficiente gestión de los recursos minerales.

En ese sentido, algunos de los derechos que amparan al Titular Minero, vinculados con el desarrollo de su actividad, y que requieren del inicio de un procedimiento administrativo son los siguientes:

1. Derecho a solicitar servidumbre sobre terrenos de terceros.- Es una facultad otorgada al Titular Minero, por el cual queda habilitado a iniciar el procedimiento de imposición de servidumbre para uso minero el cual se rige por la Ley N° 26505 - Ley de Tierras, su reglamento el artículo 7° así como el TUO de la LGM.

Dicho procedimiento obliga al Titular Minero a agotar una vía previa consistente en la negociación directa con el propietario de las tierras. En caso de no haber acuerdo deberá seguirse el mencionado procedimiento administrativo.

La figura jurídica de la servidumbre es definida por la doctrina como la limitación al derecho de dominio ejercida sobre un predio, a favor del propietario de otro.

Al respecto, el artículo 1035° del Código Civil establece que: “la ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de algunos de sus derechos”.

Si bien en el Derecho Civil se habla de dos predios: el dominante y el sirviente; en la servidumbre minera lo que encontraremos es un predio sirviente y una concesión dominante.

Cabe recalcar que la servidumbre minera subsiste cualquiera que sea el concesionario, pues está afectada al aprovechamiento de un recurso natural identificado dentro de un determinado territorio. Asimismo, sigue la suerte de la concesión, de modo que si ésta queda extinta, la servidumbre también.

2. Derecho de Uso de Aguas.- El artículo 37° del TUO de la LGM precisa que el titular minero tiene derecho a usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal así como para las operaciones mineras de la concesión; de conformidad sobre la legislación sectorial, la que en nuestro caso es la Autoridad Nacional del Agua a través de las autoridades locales, la cual otorgará el título habilitante para el uso

de los recursos hídricos en coordinación con el Consejo Regional o Interregional de Cuenca.

En ese sentido, el procedimiento queda sometido a una autoridad no minera que en muchos casos puede tener una visión propia de la minería que no se condice necesariamente con una política nacional de promoción de la inversión sostenible.

3. Vertimiento de Aguas Industriales y Domésticas.- Sobre este tema podemos precisar que toda actividad humana e industrial genera desechos líquidos, los cuales pueden ser vertidos en el medio natural sin sobrepasar los límites permitidos. En ese sentido, las autorizaciones para poder hacerlo son gestionadas ante la Dirección General de Salud – DIGESA.

Para concluir este punto podemos sostener que la concesión minera es el título habilitante que otorga el derecho exclusivo de exploración y explotación de recursos minerales en una determinada área. Sin embargo, para que aquella actividad pueda llevarse a cabo se requiere del inicio de procedimientos administrativos, muchas veces sometidos a autoridades no mineras, a fin de poder operar en su totalidad un proyecto minero.

VII. SITUACIÓN ACTUAL DEL TITULAR MINERO

Para iniciar este punto vale la pena citar una sentencia del Tribunal Constitucional la cual señala:

“(..) la reserva de titularidad de recursos esenciales (...), con la finalidad última de ordenar o regular el uso general -p. ej., la pesca en la zona económica- y explotación de los recursos (p. ej. las minas), fijando un orden de preferencia (...), en función del interés público, y de establecer límites en cuanto al posible alcance del derecho de propiedad privada sobre el suelo, cuando los recursos se encuentran en el subsuelo (...); no comporta el desconocimiento de los límites constitucionales a la actuación de la Administración, como son los principios del modelo económico contenido en la Constitución, el principio de justicia social, de igualdad jurídica y los derechos y libertades de los administrados”⁶⁸.

Lo argumentado en el párrafo precedente resume de muy buen modo lo que hemos venido analizando hasta el momento.

Al respecto, vemos que lo citado parte de la premisa según la cual los recursos naturales son “Patrimonio de la Nación”, por lo que su aprovechamiento encierra un interés general el cual es garantizado por medio de la intervención administrativa en la economía y la técnica jurídica de los Títulos Habilitantes.

68 STC 0048-2204-AI/TC

En ese sentido, el Estado, como ente organizador de la Nación, garantiza el aprovechamiento eficiente y sostenible de los recursos naturales buscando armonizar el interés del inversionista minero con el interés colectivo, autorizando el desarrollo de las actividades económicas del primero, y el ejercicio de sus libertades, a través de la concesión minera.

De ese modo, la concesión minera es entendida como el título habilitante que permite a su titular desarrollar la actividad de exploración y explotación de los recursos minerales sobre el área concedida. Por tanto, dicho instrumento se convierte en la herramienta por la cual el inversionista ejercerá su derecho de libertad de empresa.

Sin embargo, la situación no resulta así de sencilla. La concesión minera no representa el único instrumento habilitante para el desarrollo de un proyecto minero, necesitándose una serie de permisos y autorizaciones requeridos por los ordenamientos sectoriales tales como: Licencia de uso de agua, Certificado de inexistencia de restos arqueológicos, Certificaciones ambientales, Certificado de uso de sustancias controladas, entre muchos otros.

Ello se evidencia en el mismo título de concesión el cual precisa que el derecho a explorar y explotar los recursos minerales, una vez obtenido el título de la concesión, no es otorgado en forma automática. Las personas naturales o jurídicas que realicen o deseen realizar estas actividades requieren de aprobación previa por autoridad competente.

Es de resaltar que la serie de autorizaciones requeridas no necesariamente van a ser otorgadas por una autoridad minera; lo cual podría suponer que en muchos casos los procedimientos y criterios se regirán por directrices sectoriales que no necesariamente se van a condecir con la minera.

Pese a ello, resulta razonable que se requieran títulos habilitantes adicionales a la concesión minera, siempre y cuando sean entendidos como accesorios, dado que la intervención más intensa de la administración sobre la actividad de particular se ha evidenciado en el título minero.

Dichos permisos y autorizaciones accesorios responden al desarrollo de una actividad específica y accesorio, pero a la vez necesaria, para empezar a operar un proyecto minero.

Por tanto resulta válido que sean organismos especializados de la administración, los encargados de habilitar al concesionario en la gestión de dichas actividades; toda vez que legalmente les ha sido asignada dichas competencias, como es el caso de la Autoridad Nacional de Agua en lo que respecta a la utilización de recursos hídricos.

«Llegamos al punto en que la concesión minera, como título habilitante, ha quedado en la actualidad seriamente disminuido; llegando incluso a despojarse de su esencia misma y contravenir su naturaleza jurídica».

A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso del Proyecto Minero Antamina el cual requirió de 320 títulos habilitantes, además de la concesión minera, para iniciar sus operaciones⁶⁹.

A este punto, cabe recalcar que la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757, señala que los ministerios, instituciones u organismos públicos, y otras entidades de la Administración de cualquier naturaleza, ya sean dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales; están obligadas a aprobar normas legales destinadas a unificar, reducir y simplificar drásticamente todos los procedimientos y trámites administrativos que se siguen ante la respectiva entidad.

Lo señalado establece la necesidad de crear ventanillas únicas a fin de que el concesionario presente en un solo lugar la documentación requerida para obtener todos los permisos y autorizaciones necesarias para empezar a operar su proyecto. Ello en virtud de evitar decisiones contradictorias que retrasen la actividad del inversionista.

Sin embargo, dicho mandato legal dista de la realidad, lo cual conlleva a una situación en la cual habiendo obtenido un título minero no se puede operar el Proyecto dado que una autoridad no minera se niega a otorgar el permiso peticionado por razones subjetivas.

Hemos visto a lo largo de presente artículo que si bien el interés general habilita a la Administración a realizar determinadas restricciones a las libertades económicas de los particulares; ésta potestad no puede ser ilimitada, arbitraria y discrecional.

Lamentablemente lo que viene sucediendo es ésta última situación, contraviniendo los límites impuestos a la Actividad de Policía de la Administración y, de ese modo, afectando los derechos constitucionales de los particulares, como es el caso del derecho a libertad de empresa.

69 Obtención de licencias y permisos para un Proyecto de Gran Minería en el Perú – Caso Antamina. <http://www.antamina.com/03_ambiente/docs/licencias_y_permisos_arequipa2003_esp.pdf>

En suma, si bien la normativa minera reconoce determinados derechos a favor del titular minero, en la realidad, muchos de dichos derechos no solo son modificados por cambios normativos, sino son soslayados, disminuidos o eliminados, por el ejercicio de la actividad de algunas autoridades no mineras.

A modo de ejemplo, podemos desarrollar los siguientes casos:

- La Municipalidad Provincial de Celendin emitió la Ordenanza Municipal N° 020-2004-MPC/A, por la cual declaró como Área de Conservación Ambiental, Zona Intangible, Reserva Ecológica y Reservada contra la Explotación Minera y Zona No Apta para la Explotación Minera, diversas zonas geográficas que se detallan en dicha ordenanza.
 - Del mismo modo, la Ordenanza Municipal N° 051-2006-MDBI, emitida por la Municipalidad Distrital de Baños del Inca-Cajamarca, creó un Área de Conservación Municipal denominada "Recurso Hídrico de Protección de los Ríos Quinuario, Mashcon y Grande de Conservación Municipal".
 - La Ordenanza N° 001-2007-MSP, de la Municipalidad Distrital de San Pablo-Cajamarca, declaró intangible las 280 Lagunas de Alto Perú y El Pozo Seco de la Provincia de San Pablo.
 - La Ordenanza Municipal N° 012-2000, emitida por la Municipalidad Provincial de Cajamarca, declaró como Zona Reservada Protegida el Cerro Quilish y las microcuencas de los ríos Quilish, Porcón y Grande.
 - La Ordenanza Municipal N° 005-2005, emitida por la Municipalidad de Matara, declaró como Zona Intangible para actividades mineras toda la jurisdicción territorial del distrito.
 - La Ordenanza Municipal N° 006-2007/A-MPN, emitida por la Municipalidad Provincial de Nazca, dispone cancelar todas las concesiones mineras existentes, sostiene que las concesiones se encuentran dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediendo las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental.
 - En el 2007, el Gobierno Regional de Tacna emitió la Ordenanza Regional N° 015-2007-CR, por la cual declaró adoptar medidas de protección en la utilización del recurso hídrico y cautelar que su consumo tenga relación con las necesidades prioritarias de uso poblacional o de uso agrícola, negándose su autorización para uso minero.
- Por último, en los considerandos del Decreto Supremo N° 070-2009-EM, que declara áreas de no admisión de petitorios mineros, se señala que la concesión minera no otorga derecho a la explotación de recursos minerales si antes no se han obtenido las certificaciones ambiental y arqueológica correspondientes, así como los permisos para uso de los terrenos de propiedad privada en su caso; a pesar de lo cual deben dictarse medidas que eviten situaciones que se perciban como ambientalmente no sostenibles y generen alarma social.

Resulta irónico que sea el propio Ministerio de Energía y Minas, el que declare que se debe reglamentar sobre situaciones percibidas como no sostenibles o de conflicto social; es decir, se lleva a su máxima expresión la discrecionalidad de la Administración, pudiendo en cualquier momento restringir los derechos otorgados al titular minero.

La nota característica en todos estos casos es que se trata de impedir el desarrollo de actividades mineras, muchas veces por razones políticas, desconociendo los derechos conferidos por un título otorgado por el Estado, como es la concesión minera, creando inseguridad jurídica.

Al respecto, sostenemos que el ejercicio de las potestades administrativas se ejecuta como Estado y no como unidades independientes en cada nivel de gobierno, por lo cual, si se ha otorgado un título minero debe ser entendido por la administración en su conjunto que el particular queda habilitado a desarrollar actividades de exploración y explotación, facilitándose la ejecución de las mismas.

Ello no quiere decir que se "suavicen" los procedimientos a favor del titular minero, sino más bien, que se le otorgue seguridad jurídica, restringiéndose la discrecionalidad en los mismos.

Lo que se busca evitar es que por razones de tipo subjetivo, como es el político, se reste todo valor al título minero; ya que hemos visto que la realidad ha llevado a que la decisión de, por ejemplo, una autoridad no minera paralice todo un proyecto de inversión, convirtiendo al otorgamiento de concesión en un acto improductivo.

En ese sentido, llegamos al punto en que la concesión minera, como título habilitante, ha quedado en la actualidad seriamente disminuido; llegando incluso a despojarse de su esencia misma y contravenir su naturaleza jurídica.

Por tal motivo, se requiere que la Administración sea consecuente con sus decisiones, ya que ante el particular, el Estado es uno solo. Ello será determinante a fin de devolverle a la concesión minera su verdadero status jurídico. CA