

Sobre la problemática de obtener derechos superficiales para el desarrollo de actividades mineras

Francisco Tong Gonzáles*
Fernando Montero Alvarado**

“Todo ya se ha dicho alguna vez,
pero como nadie escucha, hay que decirlo de nuevo”.
André GIDE

La Minería tiene un rol relevante en el desarrollo social, cultural y económico del Perú; sin embargo, el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con los mecanismos legales eficientes que permita obtener derechos sobre terrenos superficiales. El presente artículo nos ofrece un análisis histórico, social y jurídico sobre dicho problema.

I. INTRODUCCIÓN: LAS MEJORES CONDICIONES PARA UN “SOCIO ESTRATÉGICO”

Para nadie es un misterio la importancia que tiene la Minería en nuestra economía. Basta revisar un par de cifras para darse cuenta de esta realidad.

Como fue señalado en una reciente conferencia¹, entre el período 2006 – 2008, las empresas mineras han pagado un total de 24,247 millones de nuevos soles por concepto de Impuesto a la Renta y un total de 1,319 millones de soles por concepto de regalías mineras durante el mismo periodo. Esto significa que, para nuestra economía actual, la minería representa el principal y más importante sector productivo. Así, los aportes de esta industria contribuyen con el 40% del Impuesto a la Renta de tercera categoría que recauda el Estado; representan el 59% de las exportaciones totales del país; el diez por ciento del presupuesto del Sector Público y aportan al Producto Bruto Interno nacional con el 6.4%.

Pero la importancia de la minería no sólo radica en el aporte de recursos al Estado a través de impuestos y contribuciones. También (y, quizás, sobre todo) la minería contribuye al desarrollo social, cultural, así como

al desarrollo de infraestructura de las localidades y poblaciones asentadas en el área de influencia de los proyectos mineros. Es importante enfatizar este gran aporte social toda vez que, muchas de estas zonas, ya sea por su lejanía o por lo intrincado de su acceso, no cuentan con el soporte económico y cultural que el Estado se encuentra obligado a brindar.

Entonces es innegable que la minería no es sólo un generoso contribuyente de impuestos, sino que se ha convertido en un “socio estratégico” para el Estado coadyuvando en su rol promotor del desarrollo del país. Conviene, por tanto, que el Estado genere las mejores condiciones; es decir, el marco legal más idóneo para facilitar y hacer atractiva la inversión minera en nuestro país.

Ahora bien, uno de los problemas que han enfrentado desde siempre quienes emprenden actividades mineras es el de obtener algún derecho sobre los terrenos ubicados sobre sus concesiones mineras. Recordemos, al respecto, que la concesión minera es un inmueble distinto y separado del terreno superficial donde se ubica conforme lo dispone el segundo párrafo del artículo 3° del Decreto Supremo N° 14-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General Minería (en adelante TUO)² y el artículo 885° del Código Civil³.

* Abogado por la Universidad de Lima. Master en Mineral Law and Policy por la Universidad de Dundee. Profesor de Derecho minero en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

** Abogado por la Universidad de Lima. Contratado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

1 Datos proporcionados por el actual presidente de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, Hans FLURY ROYLE en la vigésimo novena Convención Minera (Perumin).

2 “Artículo 9°.-

(...)

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada

3 (...).”

“Artículo 885°.- Bienes inmuebles.

Son inmuebles:

De esta manera, resulta imprescindible para muchos proyectos mineros, el tener que ocupar todo o parte de la superficie comprendida en el proyecto, no sólo por razones técnicas, sino también porque es un requisito legal impuesto por el Estado para realizar actividad minera⁴.

Para solucionar este problema, sin perjuicio de otras alternativas generales como las contractuales, el Texto Único Ordenado en su artículo 37° establecía básicamente tres mecanismos legales, denominados "atributos", que facilitaban a los concesionarios mineros a ocupar la superficie. Estos atributos son el uso minero, la expropiación y la servidumbre minera.

No obstante, con la entrada en vigencia de la actual Constitución y años más tarde, el devenir de un nuevo marco legal que pretendía reivindicar al Estado de su pasado militarista brindando mayor seguridad al derecho de propiedad, los atributos antes mencionados se vieron drásticamente limitados, en algunos casos, e inaplicables, en otros, dejando a los concesionarios mineros ciertamente "a su suerte", ante este complejo problema.

Si bien mucho se ha comentado al respecto, hemos considerado oportuno resumir y analizar en estas líneas, la problemática de la aplicación de estos atributos de acuerdo al marco legal vigente, pues creemos que ningún esfuerzo es inútil cuando se trata de recordar al Estado los beneficios de tener a su lado a este "socio estratégico" llamado minería.

II. CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA SEPARACIÓN DEL SUELO Y EL YACIMIENTO MINERO

Una de las soluciones, aparentemente obvias, al problema de obtener derechos sobre el terreno superficial es que exista una norma o, en todo caso, que se cambien las actuales, de manera que quede establecido que quien sea propietario del suelo, lo sea también del yacimiento que se encuentra en el subsuelo.

Esta solución, no sólo acabaría con el problema en cuestión, sino que, para algunos, terminaría también con este "artificio legal, proveniente de

una falsa interpretación del derecho castellano" consistente en la separación del suelo y el yacimiento mineral y, así, con la crisis social de la minería consistente en el empobrecimiento de los campesinos y comunidades indígenas al no tener ningún tipo de derecho sobre los minerales ubicados en el subsuelo de sus predios⁵.

Revisemos, entonces, las razones que explican la separación entre el suelo y los yacimientos minerales, para luego determinar si la solución antes mencionada sería viable.

Se suele afirmar que en la época de la República, en Roma⁶, el suelo se extendía tanto hacia los aires como hacia el subsuelo, incluyendo, así, los yacimientos minerales. De esta manera, el subsuelo y los bienes que ahí se encontraban eran considerados bienes accesorios a la superficie y, de acuerdo a la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, todos los bienes que se encontraban en el subsuelo pertenecían, también, al propietario del terreno superficial.

Algunos glosadores en tiempos no tan remotos, pretendieron reconocer el principio antes mencionado en la máxima "*cuius est solum eius usque ad coelum us ad inferos*"⁷, según el cual, el derecho de propiedad del dueño del suelo, llegaba por los aires, hasta el cielo y por el subsuelo, hasta el infierno. Aún cuando se cuestiona el origen real de esta máxima, lo cierto es que en el sistema legal privado republicano regía el principio de accesión.

Este principio de propiedad absoluta sobre los yacimientos minerales dio origen a lo que en Derecho Minero se conoce como sistema de accesión, civil, fundiario o de derecho ilimitado y es considerado como uno de los sistemas de dominio originario de los yacimientos.

Ya en la época del Imperio Romano y debido a la gran cantidad de terrenos conquistados, convenía al Estado imponer contribuciones más onerosas a los particulares propietarios de minas, lo que los obligaba, en buena cuenta, a abandonar sus derechos de propiedad sobre ellas, derechos que

1. El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

(...)

8. Las concesiones mineras obtenidas por particulares."

4 Al respecto, el artículo 23° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo No. 18-92-EM y modificado por Decreto Supremo 59-2008-EM, ha sido contundente al precisar que "[e]l título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que previamente el concesionario deberá: (...) c) Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, conforme a la reglamentación sobre la materia."

5 Para mayor referencia, ver GHERSI, Enrique. *Ni dádivas, ni impuestos: por la propiedad privada del subsuelo*, en Sociedad Libre. El artículo puede obtenerse a través de la siguiente dirección: http://www.upc.edu.pe/sociedadlibre/Det_Bol1.asp?CON=2949&BOL=18&EJE=274&SEC=Opini%C3%B3n.

6 En la época de la República, la propiedad privada sólo regía en Roma más no en las provincias romanas. En estos lugares, el suelo romano pertenecía al pueblo romano o al Emperador. Así, la facultad para explotar cualquier yacimiento en las provincias, era otorgada por medio de concesiones.

7 En efecto, se suele afirmar que este principio no es una creación del Derecho Romano, sino más bien del glosador Cino de PISTOIA aproximadamente en el siglo XIV.

luego el Imperio se encargaba de adquirir. Así, se limitó al dueño del predio la propiedad sobre los yacimientos minerales y estos pasaron al dominio del Estado, convirtiéndolos de privados a públicos. No obstante, era posible para los particulares explotar yacimientos minerales, pero debían pagar una contribución al fisco y al propietario del suelo.

Este sistema, denominado dominialista regalista, aunque con ciertas modificaciones y matices, es el que ha durado hasta nuestros días y rige en la mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo. En virtud de este sistema, se separa el terreno superficial de los yacimientos, atribuyéndole el dominio originario de estos recursos al Estado. Por su parte, el Estado puede explotarlos a través de empresas estatales o entregarla a entidades netamente privadas mediante el sistema de concesiones, contratos o permisos⁸.

Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a este sistema y lo podemos encontrar plasmado, de manera general, en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú⁹ y, particularmente, en el artículo II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado¹⁰.

Ahora bien, ¿cuál es el mejor sistema?; o, mejor dicho, ¿cuál conviene aplicar? Creemos que, como se ha explicado, la historia ha respondido estas preguntas inclinándose por el sistema dominialista, fundamentalmente, por las siguientes razones:

El sistema de accesión se basa en un concepto de propiedad privada absoluta, a diferencia del sistema dominialista en donde el concepto de propiedad, si bien supone un derecho fundamental inviolable, tienen una función social y debe ser ejercido conforme al bien común.

- El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular que “[n]i la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse”¹¹. Así, nuestra actual Constitución ha previsto en el artículo 70° que el derecho de propiedad se “ejerce en armonía con el bien común”.

Si se aplicara el sistema de accesión, el Estado, principalmente las regiones y distritos ubicados

dentro del área de influencia del proyecto minero, perderían significativas fuentes de ingreso como la regalía minera, en el entendido que ésta es la contraprestación que se paga al Estado por la explotación de los minerales.

- No existe criterio legal alguno para considerar al suelo como el bien principal y al yacimiento como el bien accesorio o viceversa. Jorge BASADRE AYULO analiza correctamente esta razón en los siguientes términos:

“Las situaciones jurídicas y fácticas pueden suceder a la inversa, con lo que queda demostrada la falta de solidez inherente a este sistema si seguimos un criterio del valor comercial del suelo y del subsuelo. En efecto, basta la simple experiencia práctica para demostrar cómo en nuestro país, a mayor abundamiento de razones, los grandes y valiosos yacimientos mineros son hallados muchas veces en terrenos sin cultivar, a gran altura o de escaso valor predial, en zonas donde la vida comunitaria es difícil y el suelo no es utilizable o de muy poco rendimiento. En tal caso, la mina, dentro de la categoría diferencial de bienes principales y accesorios, sería lo principal y el suelo lo accesorio”¹².

- El propietario del terreno superficial, muchas veces agricultor, no tiene interés, ni el conocimiento, ni está en la mejor posición para asumir las diversas obligaciones que implica la actividad minera, sobre todo aquellas obligaciones de orden ambiental.
- En la misma línea con lo anterior, al ser la actividad minera una actividad riesgosa, no sólo física, sino también, económicamente, el propietario del suelo no estaría en posibilidades de afrontar este tipo de riesgo. En estos casos, lo más probable es que, por temor a perder sus predios, no estén dispuestos a venderlos.

En este escenario, la actividad minera quedaría reducida drásticamente, o terminaría derivando en minería de menor escala o minería artesanal, con las consecuencias económicas que ello supondría para nuestro país.

- Finalmente, si se tiene en cuenta que los grandes yacimientos cubren extensiones que superan los límites de los predios donde se encuentran ubicados, bajo el sistema de accesión, cuando menos, se dificultaría la explotación de estos bie-

8 BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*. San Marcos. Lima. 2007. p. 22

9 “Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

10 “Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.”

11 Considerando N° 16 de la Resolución N° 48-2004-AI que resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28258, Ley de la Regalía Minera.

12 BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho de minería y del petróleo*. San Marcos. Lima. 2001. p. 139

nes, toda vez que el minero tendría que adquirir necesariamente cuanto predio sea comprendido por los referidos yacimientos, lo cual, además de ser sumamente complicado, resulta, en muchos casos, inservible.

Recordemos que, para llevar a cabo una operación minera, no es necesario ocupar todos los predios ubicados en el perímetro de la concesión, sino únicamente aquellos que efectivamente permiten realizar actividad minera (como serían aquellos predios que facilitan el acceso al yacimiento o aquellos donde se asienta el campamento minero).

Los MAZEUD han resumido estas últimas razones de la siguiente manera:

“Las riquezas del subsuelo presentan un interés primordial para la economía y el poderío industrial de un país. Dos motivos militan a favor de la restricción de los derechos de propiedad de la superficie sobre los yacimientos minerales que se encuentran en su finca: la explotación racional de todas las riquezas minerales exige la investigación y la extracción del mineral sobre extensiones considerables, que rebasan los límites de los fundos parcelados; aun cuando reunieran sus recursos, los propietarios rurales interesados se encontrarían en la imposibilidad de afrontar una explotación que exige poderosos medios financieros, de los que tan sólo pueden disponer grandes sociedades de capitales”¹³.

Por lo expuesto, creemos que no resulta legal ni económicamente viable para los intereses del país, que se aplique el sistema de accesión. De esta manera, la aparente solución mencionada al principio de este acápite no la consideramos viable ni creemos que resuelva algún tipo de crisis social que pueda afectar a la minería.

III. ANTECEDENTES: EVOLUCIÓN DEL MARCO LEGAL PARA EL USO DE TERRENOS SUPERFICIALES CON FINES MINEROS

En el acápite anterior, se han esgrimido las razones que explican la separación entre el yacimiento minero y el suelo. Resulta necesario ahora, explicar el marco legal que permite o permitía a los concesionarios mineros a obtener derechos sobre el suelo para el desarrollo de sus actividades mineras.

Hemos señalado anteriormente que nuestra legislación ha previsto para los titulares de concesiones mineras la facultad o “atributo” de solicitar el uso minero, la expropiación y la servidumbre minera para el desarrollo de sus actividades. Como an-

«Para nuestra economía actual, la minería representa el principal y más importante sector productivo».

tecedentes, tenemos que estas facultades fueron previstas en el Código de Minería de 1900, en el Decreto Ley N° 11357, Código de Minería de 1950 y el Decreto Ley N° 18880, Ley General de Minería.

Por su parte, de manera muy similar a cómo se encontraba dispuesto en el Decreto Ley N° 18880 antes mencionado, el Texto Único Ordenado estableció una sección especial referida a los derechos comunes que tenían todos los concesionarios mineros. En dicha sección (precisamente el título quinto) se encontraban regulados los atributos antes mencionados.

Con la aprobación de la actual Constitución Política del Perú en 1993 y dos años después la aprobación de la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (la, “Ley de Tierras”), se cambiaron significativamente los alcances y aplicación de estos derechos.

Así, con la Constitución de 1993 se planteó un modelo de Economía Social de Mercado limitando el papel del Estado a promover la inversión privada en la Economía, relegando, de esta manera, su actividad empresarial de forma subsidiaria a la privada. Con este nuevo marco legal y, en contraposición a los regímenes estatistas – nacionalistas que habían imperado en los gobiernos militares anteriores a la promulgación de dicha Constitución, se optó por brindar mayor seguridad al derecho de propiedad a efectos de garantizar la tan anhelada inversión privada.

Es en ese orden de ideas que la Constitución de 1993 limitó las causales de expropiación a sólo dos, la seguridad nacional y la necesidad pública, eliminando a la utilidad pública, concepto que fue utilizado constantemente no sólo por nuestras anteriores constituciones, sino también por muchas constituciones a nivel mundial.

Por su parte, la Ley de Tierras, buscaba incentivar la inversión en el sector agrario, para lo cual, siguiendo la tendencia constitucional mencionada, brindó mayor seguridad al derecho de propiedad sobre las tierras. Ejemplo de esta tendencia es la Primera

13 MAZEUD, Henry/MAZEUD, León/MAZEUD Jean, *Lecciones de Derecho civil*. Parte segunda. Volumen IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1969. p. 87

Disposición Complementaria de la referida ley, la cual, restringiendo el concepto de necesidad pública impuesto por la Constitución, lo limita a los casos de ejecución de obras de infraestructura y servicios públicos como causales expropiatorias.

De otro lado, el texto original del artículo 7° de la Ley de Tierras condicionó expresamente las actividades de explotación minera al acuerdo previo con el propietario de los terrenos superficiales. No obstante, y a modo de excepción, se dispuso (aunque con una redacción poco clara que pretendía hacer referencia a la expropiación) que si el yacimiento era considerado por acuerdo del Consejo de Ministros como de interés nacional, el propietario del terreno sería compensado previamente por el titular del derecho minero con el justiprecio y la indemnización correspondiente.

Este cambio en el ordenamiento legal minero originó gran reocupación para los empresarios ya que la obligación legal de tener que lidiar necesariamente con los propietarios de los terrenos para llegar a un acuerdo suponía, para dichos empresarios, un cambio, por no decir menos, considerable en sus estrategias empresariales y comerciales.

Fue así que, ante la presión de estos inversionistas, meses después de la publicación de la Ley de Tierras, en enero de 1996, se expidió la Ley N° 26570. Esta Ley modificaba el artículo 7° de la Ley de Tierras dando una alternativa al acuerdo con los propietarios la cual consistía en el establecimiento de una servidumbre minera sobre el terreno superficial. Asimismo, con una redacción confusa que analizaremos más adelante, esta Ley dispuso que se mantuviera vigente el uso minero sobre tierras eriazas de propiedad del Estado y que, a la fecha de entrada en vigencia de la norma, se encontraban ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros.

Ese mismo año, mediante Decreto Supremo N° 17-96-AG, se promulgó el reglamento del artículo 7° de la Ley de Tierras, señalando los trámites y procedimientos para el establecimiento de la servidumbre minera, con intervención de los Ministerios de Agricultura y de Energía y Minas. Este Reglamento, debido a las dificultades en su aplicación, tuvo que ser modificado tardíamente (siete años después) a través del Decreto Supremo N° 15-2003-AG.

El año pasado, con el propósito de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, el Congreso de la República

expidió la Ley N° 29157 delegando al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre determinadas materias.

En el marco de estas facultades, en junio de 2008, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N°1064, el cual aprobaba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario y derogaba la Ley de Tierras salvo su artículo 10°.

No obstante, y aún cuando, evidentemente, se encontraba sujeto a reglamentación, el Decreto Legislativo N°1064 reconocía la posibilidad del establecimiento de servidumbres para fines mineros, así como el derecho de uso minero sobre tierras eriazas de propiedad del Estado en los mismos términos que su predecesora, la Ley de Tierras.

Como consecuencia de los conflictos sociales que ocasionó el paquete de Decretos Legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, entre los que se encontraba el Decreto Legislativo N°1064 (ello, básicamente, por una supuesta y alegada falta de “participación” de las Comunidades Campesinas y Nativas en su preparación¹⁴), el diecinueve de junio de 2009 fue publicada la Ley N° 29382, la cual derogó el Decreto Legislativo N°1064. Ya para entonces se había publicado la Ley N° 29376 que restituía la vigencia de la Ley de Tierras.

Con arreglo a lo anterior, actualmente nuestro ordenamiento minero mantiene a la Ley de Tierras y sus Reglamentos como el régimen legal que regula el acceso de los concesionarios mineros a los terrenos superficiales.

Analicemos, pues, la problemática que generó el impacto de esta Ley en los denominados “atributos” de los concesionarios mineros.

IV. EL DERECHO DE USO MINERO

4.1. Definición

El artículo 37° del Texto Único Ordenado en su inciso 1, concede a favor de los titulares de concesiones mineras el derecho a usar gratuita y automáticamente el terreno eriazo ubicado sobre sus concesiones¹⁵.

La norma minera establece que es un derecho de uso (sino el único, uno de los pocos derechos de uso constituido por Ley en nuestro ordenamiento jurídico) pero no da mayores referencias sobre sus características o alcances a excepción de la gratuidad. Resulta, entonces, oportuno explicar

14 Lo cual se sustentaría en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados respecto de las medidas susceptibles de afectarlos directamente, entre las que se encontraría la regulación de las tierras que ocupan.

15 “Artículo 37°. Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

1. En las concesiones que se otorguen en terrenos eriazos, al uso minero gratuito de la superficie correspondiente a la concesión, para el fin económico de la misma, sin necesidad de solicitud adicional alguna.

brevemente cuáles serían sus alcances a la luz de las disposiciones generales contenidas en el Código Civil sobre el derecho de uso y aquellas que señala la doctrina.

Tradicionalmente, el derecho de uso suele ser entendido como un “usufructo restringido”¹⁶ exclusivamente a la facultad de usar el bien. Sin embargo, ha quedado aceptado que el derecho de uso también implica un goce de los frutos resultantes del bien ya que el uso y el disfrute son conceptos casi inseparables. Así, el bien “se usa para disfrutar y se disfruta mediante el uso”¹⁷. La diferencia con el usufructo radica, entonces, en que el derecho de uso sobre el bien sólo puede ser ejercido para satisfacer las necesidades fundamentales del usuario.

Por su parte, el Código Civil regula en escasos cuatro artículos el derecho de uso y remite su régimen legal al del usufructo, en lo que le sea aplicable.

Lo señalado líneas arriba nos da una idea general de cuáles serían los alcances del derecho de uso minero.

En principio el concesionario sólo estaría autorizado a usar aquella parte del terreno eriazos que le sea útil o fundamental para el desarrollo de sus actividades, pero de ninguna manera poseería un derecho sobre todo el terreno. De igual manera, el concesionario minero no podría lucrar a expensas del terreno eriazos o de su derecho de uso. En ese sentido y de conformidad con el artículo 1029° del Código Civil¹⁸, el concesionario no tendría derecho de celebrar ningún contrato respecto de dicho bien, salvo aquel que tenga por objeto la consolidación.

Podría discutirse si es que el concesionario, en virtud del derecho de uso minero, tiene la facultad de realizar excavaciones, perforaciones o tajos en el terreno, ya que el artículo 1009° del Código Civil¹⁹ dispone que el usufructuario no puede realizar modificaciones sustanciales a dicho bien. Sin embargo, esta limitación parecería no ser aplicable para la actividad minera la cual exige, en casos como la exploración, modificar la superficie de la concesión.

Ya en el plano práctico, consideramos que hacer este derecho eficaz y oponible frente a terceros resulta complicado, toda vez que su inscripción en los Registros Públicos es prácticamente imposible, salvo que exista una orden judicial reconociendo expresa-

mente su existencia. Sobre el particular, recordemos que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2022° del Código Civil²⁰, para oponer derechos reales sobre inmuebles es requisito imprescindible que estos derechos se encuentren previamente inscritos.

No obstante, si se tiene en cuenta que el derecho de uso minero ha sido otorgado por una norma con rango de Ley (la cual, por definición, es de conocimiento público), podría argumentarse entonces la oponibilidad del referido derecho, aún cuando, somos conscientes que, en la práctica, este argumento podría no ser aceptado por las autoridades.

4.2. ¿Qué se entiende por tierras eriazas?

Como hemos señalado, el Texto Único Ordenado prevé que el derecho de uso minero es aplicable respecto de aquellos terrenos eriazos ubicados sobre sus concesiones. Ya que hemos dado algunas aproximaciones acerca de la definición y los alcances del derecho de uso minero, cabe preguntarse, ahora, ¿qué debemos entender por terrenos eriazos?

La Real Academia de la Lengua Española define como eriazos a aquel terreno o campo sin cultivar o labrar. En nuestro ámbito jurídico, se ha sostenido que las tierras eriazas son aquellas que pertenecen al Estado y que no podían ser cultivables por falta o exceso de agua.

Tradicionalmente, el origen de esta concepción se remonta al Decreto Ley N° 14197, el cual dispuso en su artículo 1° que eran de propiedad del Estado todos los terrenos eriazos del territorio nacional, cualquiera fuese el título anterior de adquisición. Asimismo, el artículo 3° de esta norma señalaba que se consideraban terrenos eriazos aquellos que no estaban sujetos a explotación, como son los no cultivados por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos; exceptuándose los de forestación o de reforestación, las lomas con pastos naturales dedicados a la ganadería, los terrenos urbanos y los usados con fines domésticos e industriales.

Con el gobierno militar de Juan Velasco ALVARADO se dictó el Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria, estableciendo en su artículo 193° que pertenecían al dominio público todos los terrenos eriazos del territorio nacional, cualquiera fuese el título anterior de adquisición, salvo ciertas excepciones.

Ya en tiempo más recientes, el Decreto Legislativo N° 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el

16 MAZEUD, Henry/MAZEUD, León/MAZEUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, op. cit. p. 404

17 Para mayor referencia, ver CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Fecat. Lima. T. III. [Derechos reales sobre bien ajeno], p. 114.

18 “Artículo 1029°.- Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación”.

19 “Artículo 1009°.- El usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso.”

20 “Artículo 2022°.- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.”

Sector Agrario, promulgada en el primer gobierno de Alberto FUJIMORI, dispuso en su artículo 23° que la propiedad de las tierras eriazas, sin excepción, corresponde al Estado. Asimismo, el artículo 24° dispuso que se consideraran tierras eriazas las no cultivadas por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos excepto las lomas y praderas con pastos naturales dedicados a la ganadería, aun cuando su uso fuese de carácter temporal; las tierras de protección, entendiéndose por tales, las que no reúnan las condiciones ecológicas mínimas, requeridas para cultivo, pastoreo o producción forestal; y, las que constituyan patrimonio arqueológico de la Nación. Asimismo, dicha ley establecía un procedimiento para la adjudicación de tierras eriazas a cualquier persona natural o jurídica a través de las siguientes modalidades: (i) adjudicación para fines de irrigación y/o drenaje; (ii) arrendamiento; y, (iii) venta.

Con arreglo a lo anterior, queda claro que, con la expedición del Decreto Legislativo N° 653, el Estado se convertía en propietario de todos los terrenos eriazos comprendidos en el territorio nacional y que sólo mediante las modalidades previstas en dicha norma, era posible que el Estado otorgue estos terrenos a los particulares.

4.3. ¿Derogación del derecho de uso minero?

Como hemos señalado en el acápite III precedente, la promulgación de la Ley de Tierras trajo ciertas modificaciones que afectaron la regulación de los atributos de los concesionarios mineros. Parecería que el uso minero no fue ajeno a dichas modificaciones. Veamos:

El artículo 2° de la Ley de Tierras precisa que el concepto constitucional de "tierras" en el régimen agrario "comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario." Así, "[e]ntre otras, están comprendidas (...) las tierras eriazas (...) y en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano".

Asimismo, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Tierras, modificada por la Ley N° 26681 y luego por la Ley N° 27887 dispone en sus primeras líneas que "[a] partir de la fecha de vigencia de la presente Ley, el Estado procederá a la venta o concesión de las tierras eriazas de su dominio en subasta pública (...)".

De otro lado, el artículo 7° de Ley de Tierras dispuso expresamente lo siguiente:

"La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. (...) Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio

corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos". (El resaltado y subrayado es nuestro).

En ese mismo sentido, el artículo 10° del Decreto Supremo 17-96-AG, Reglamento del referido artículo 7° de la Ley de Tierras, dispuso que los titulares de actividad minera que mantienen en uso terrenos eriazos de dominio del Estado, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un plano a escala apropiada y una memoria descriptiva del terreno, señalando las áreas superficiales ocupadas por la explotación, infraestructura, instalaciones y servicios, dentro de un plazo de noventa días de puesto en vigencia dicho Reglamento a efectos que se organice un registro que permita excluir dichos terrenos del procedimiento de subasta al que hiciéramos referencia líneas arriba. Este plazo venció indefectiblemente el veintiocho de febrero de 1997 y sabemos que el referido procedimiento no llegó a implementarse.

Conviene, pues, analizar los efectos jurídicos de las normas antes mencionadas en el derecho de uso minero.

Un sector de la doctrina sostiene que el conflicto entre el derecho de uso minero y la Ley de Tierras es total, ya que, mientras el artículo 37° del Texto Único Ordenado otorga un derecho de uso sobre el suelo eriazo, el artículo 7° de la Ley de Tierras dispone que, para realizar actividades mineras, se requiere previamente un acuerdo con el propietario de dicho bien o la culminación de un procedimiento de servidumbre.

En ese sentido, si se tiene en cuenta que el Estado es propietario de todos los terrenos eriazos, sin excepción, conforme lo señalado en el numeral 4.2 y en ejercicio de este derecho podía otorgar dichos bienes a particulares, en la actualidad, no existiría un derecho de uso automático, sino más bien la exigencia de una autorización del Estado o un acuerdo con los particulares a quien éste haya otorgado los terrenos eriazos para realizar dicho uso.

Con arreglo a lo anterior, en caso el concesionario minero necesitase utilizar los terrenos eriazos ubicados sobre su concesión, deberá: (i) para el caso de terrenos eriazos de propiedad de particulares, llegar a un acuerdo con ellos o culminar el procedimiento de servidumbre minera; o, (ii) para el caso de terrenos eriazos de propiedad del Estado, se deberá seguir un procedimiento administrativo ante la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales ("SBN"), lo cual implica tramitar previamente la inscripción del derecho de propiedad del Estado sobre el bien ante los Registros Públicos, para que, luego, la SBN lo adjudique o entregue al referido concesionario; es decir, un procedimiento que en la práctica podría llegar a tomar años y, por tanto, llegaría a ser, muchas veces, ineficiente e inservible.

Partícipe de esta interpretación es, por ejemplo, Martín BELAUNDE, quien señala lo siguiente:

“Veamos, por consiguiente, que el Poder Legislativo mediante Ley 26505 y el Ejecutivo a través del Reglamento de su artículo 7º, sin querer o tal vez, queriéndolo, han modificado, radicalmente el sentido de la concesión minera (entendida en un sentido amplio), al establecer a partir de marzo de 1997 el requisito adicional de la venta o concesión, mediante subasta pública, del terrenos superficial de la misma. Ello implica, entre otros cambios, la necesidad de seguir dos procedimientos administrativos distintos para ejercer los derechos de la concesión. Uno ante la autoridad minera para el trámite de la concesión y otro ante la autoridad agraria para adquirir el terreno superficial de la misma”²¹.

En ese mismo sentido, Luis ECHEVARRÍA afirma lo siguiente:

“Como es por todos conocidos la denominada Ley de Tierras del mes de Junio de 1995 con su posterior modificación de Enero de 1996 (...) modificaron sustancialmente el régimen que se encontraba vigente anteriormente y que permitía el uso de terrenos eriazos para fines mineros.

Estas normas han venido en la práctica a derogar aquellas establecidas en la Ley General de Minería vigente y que permiten el uso de los terrenos eriazos sobre los cuales se ubican las concesiones”²².

Ahora bien, siguiendo con esta postura, la única excepción que permitiría la vigencia del derecho de uso minero hoy en día, sería aplicable a aquellos concesionarios que hubieran hecho uso de los terrenos eriazos de propiedad del Estado ocupados por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros a la entrada en vigencia de la Ley de Tierras.

Una segunda interpretación, supone que el derecho de uso no ha sido derogado por la Ley de Tierras ya que sería absurdo que los concesionarios mineros sigan todo un procedimiento especial para exigir una autorización adicional cuando tal uso, muchas veces, es la única forma de ejercer los derechos mineros derivados de la concesión, como la explotación y explotación.

Al respecto, Guillermo GARCÍA MONTUFAR y Militza FRANCISKOVIC INGUNZA, refieren lo siguiente:

“La segunda interpretación tiene presente que la conclusión de la primera conduce a un absurdo

porque resulta que por la naturaleza de las cosas el concesionario está obligado a usar el terreno superficial ubicado dentro del perímetro de su concesión para el adecuado ejercicio de su actividad. No obstante, la Ley le impondría someterse a una subasta pública e hipotéticamente no obtener el derecho de uso solicitado. Por ello pensamos que la Ley N° 26681 es una Ley de carácter general que no ha derogado una norma especial: el inciso 1 del artículo 37º del TUO y por supuesto el artículo 10 del Reglamento de la Ley N° 26505 es de inferior categoría. En conclusión, el inciso 1 del artículo 37º del TUO de la Ley General de Minería continúa vigente, no hay que seguir un procedimiento especial para tener derecho al uso del terreno superficial ubicado dentro del perímetro de su concesión, ese derecho se adquiere automáticamente y de modo gratuito. En consecuencia el titular de un derecho minero conserva su atribución para usar en forma automática y gratuita los terrenos superficiales eriazos ubicados dentro del perímetro de la concesión”²³.

Según esta segunda postura, el derecho de uso minero no ha sido derogado simplemente porque el artículo 7º de la Ley de Tierras no haría otra cosa sino reconocer y proteger una determinada situación de hecho; esto es, el derecho de uso adquirido por aquellos concesionarios mineros que hubiesen ocupado dichos terrenos antes de la entrada en vigencia de dicha ley. Así, el artículo 7º de la Ley de Tierras bien podría haber prescindido de referir al derecho de uso minero de estos concesionarios sin que ello hubiese supuesto la pérdida o derogación del mismo.

Esta idea quedaría reforzada básicamente por dos hechos. El primero, es que el inciso 1 del artículo 37º del TUO no ha sido derogado expresamente por la Ley de Tierras ni por ninguna otra norma. La segunda, es que el inciso 1 del artículo 37º del Texto Único Ordenado tampoco habría sido derogado tácitamente ni entraría en conflicto con el artículo 7º de la Ley de Tierras ya que, si se tiene en cuenta que las opciones señaladas en el referido artículo 7º no son *numerus clausus*, el derecho de uso minero, al igual que las otras opciones que tiene el concesionario minero (como lo son, por ejemplo, los procedimientos establecidos ante la SBN o, incluso, algunos modos de adquirir propiedad establecidos en el Código Civil) sería una opción válida y vigente para los concesionarios mineros.

Según esta postura, lo cuestionable del artículo 7º de la Ley de Tierras sería el hecho que se condicione la vigencia del derecho de uso minero de los

21 BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*. cit. p. 74

22 ECHEVARRÍA SILVA-SANTISTEBAN, Luis. *Uso de tierras superficiales tierras eriazos de propiedad del Estado*, en *Revista de Derecho minero y petrolero*, N° 57 p. 193.

23 GARCÍA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISKOVIC INGUNZA, Militza. *Derecho minero común*. San Marcos. Lima. p. 95

concesionarios a la existencia de infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros, ya que esto no era un requisito originalmente previsto en el TUO. Así, esto podría llevar a interpretaciones erróneas como sostener que aquellos concesionarios mineros que, teniendo el derecho de uso minero (por haber obtenido una concesión minera antes de la entrada en vigencia de la Ley de Tierras) y no lo hubiesen ejercido (únicamente mediante la ocupación del terreno eriazos con infraestructura, instalaciones y servicios), lo habrían perdido.

Como puede apreciarse, ambas posturas, hacen que, en la práctica, los empresarios no vean en el derecho de uso minero una opción totalmente clara y confiable, ya que, si se opta por este atributo, podría considerarse que el concesionario no tiene ningún derecho de uso (siguiendo la primera postura) en caso haya ocupado el terreno de facto luego de expedida la Ley de Tierras; o que, teniéndolo (siguiendo la segunda postura) opte por alternativas más onerosas y dilatorias (como el llegar a un acuerdo con el propietario o algún procedimiento administrativo, como el de servidumbre minera), en busca de mayor seguridad jurídica.

V. LA EXPROPIACIÓN PARA FINES MINEROS

5.1. Definición

Se suele entender por expropiación al "(...)ejercicio de potestad estatal, autorizada por la Constitución del Estado, de tomar la propiedad privada, cuando las necesidades públicas lo reclamen"²⁴.

La expropiación se trata de una medida basada en la soberanía del Estado, quizás, la medida administrativa más radical debido a que, a través de ella, se sacrifica el derecho de propiedad.

La regulación moderna de esta institución nos remonta a 1789, cuando la Asamblea Nacional Constituyente francesa aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Este documento, de corte netamente *ius naturalista*, establecía en su artículo 17° que la propiedad era inviolable y sagrada y que nadie podía ser privada de ella salvo por causas de necesidad pública evidentes y legalmente comprobadas²⁵.

De esta manera, la Declaración disponía que la propiedad era un derecho intrínseco e inalienable del hombre, pero determinaba que no era absoluto,

sino que tenía que servir a una necesidad social o colectiva.

Así pues, la expropiación intenta armonizar dos aspectos fundamentales: por un lado, el interés público que requiere de un determinado bien y, por otro, el derecho de propiedad de los particulares.

Las tendencias contemporáneas han considerado este límite a la propiedad incluyendo en la mayoría de constituciones el mecanismo expropiatorio para favorecer a la causa pública. Nuestro régimen constitucional no ha sido ajeno a esta institución y la ha recogido a lo largo de todas nuestras constituciones permaneciendo hasta en la actual en su artículo 70°:

"El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

5.2. La expropiación para fines mineros

En el ámbito legal minero, la expropiación se encuentra prevista en el inciso 7 del artículo 37° del TUO²⁶ específicamente como un "atributo" de los titulares de concesiones en general para obtener derechos sobre los terrenos superficiales. Así, al amparo de estas normas, los concesionarios podían solicitar a la autoridad minera la expropiación del suelo y tras seguir un procedimiento administrativo, podían obtener la propiedad de dicho bien siempre que concurren los siguientes requisitos: (i) que el área expropiada fuera necesaria para la racional utilización de la concesión, (ii) que se acredite la mayor importancia de la actividad minera sobre el bien afectado; y, (iii) que se pague una indemnización justipreciada.

Este derecho a solicitar la expropiación se ajustaba a lo previsto en el artículo 125° de la Constitución Política del Perú de 1979 y, en general, a nuestra tradición constitucional en materia de expropiación, en virtud de la cual el derecho a la propiedad era

24 CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Fecat. Lima. T. II. [Derechos reales sobre bien propio], p. 590.

25 "Artículo 17°.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización."

26 "Artículo 37°.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

7. A solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada, de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera, para la racional utilización de la concesión y se acredite la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada.

En casos en que la expropiación comprenda inmuebles ubicados en zonas urbanas o de expansión urbana, se solicitará la opinión del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción o del Organismo Regional correspondiente."

inviolable salvo por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a Ley²⁷. En ese sentido, siendo la minería una actividad de utilidad pública conforme lo dispone el artículo V del título preliminar del TUO, resultaba constitucionalmente viable la expropiación.

No obstante, a raíz de la expedición de la Constitución de 1993, se ha señalado que este atributo ha quedado derogado, debido a que su artículo 70° limitaba las causas de expropiación únicamente a aquellas de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley. En ese sentido, como quiera que la minería no calzaba dentro de estos supuestos, la expropiación para fines mineros no resulta procedente, salvo que una nueva Ley lo estableciera.

La doctrina es unánime al convalidar esta posición. Así, por ejemplo, Jorge AVENDAÑO VALDEZ, afirma lo siguiente:

“¿Procede la expropiación para fines mineros? Opino que la respuesta es negativa, en razón de que la nueva Constitución ha derogado las normas de rango legal que autorizaban dicha expropiación. En efecto, el artículo 70° de la Constitución vigente limita la expropiación a dos causas; seguridad nacional y necesidad pública. La utilidad pública y el interés social, que estaban previstos en Constituciones anteriores, han sido descartados”²⁸.

Por su parte, Guillermo GARCÍA MONTUFAR y Militza FRANCISKOVIC INGUNZA han señalado que:

“El anterior dispositivo [la expropiación] ha sido derogado por la Constitución. En efecto el artículo 70° de la Constitución establece que sólo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley expresa procede la expropiación de un predio perteneciente a un tercero. (...) Por tanto, el concesionario minero según la Constitución Política actual no puede invocar la utilidad pública para iniciar un procedimiento de expropiación de un predio perteneciente a un tercero porque el artículo 70° de la Constitución exige que se declare la expropiación por causa de necesidad pública y mediante Ley”²⁹.

Si bien, de un análisis preliminar de las normas comentadas parecería que, efectivamente, no resulta posible sostener que hoy en día procede la expropiación para fines mineros, existirían algunas razones que, en teoría, podrían hacer replantear esta postura.

5.3. Utilidad y necesidad pública: ¿Es legalmente viable la expropiación con fines mineros en la actualidad?

El sistema expropiatorio está compuesto por tres elementos, a saber: (i) que exista una causa expropiatoria que amerite la privación del bien, (ii) que dicha causa sea acreditada por Ley; y, (iii) que exista una indemnización justa. Sobre estas tres condiciones, nos centraremos en la primera, la causa expropiatoria.

Como ya hemos referido, la “necesidad pública evidente” (concepto instaurado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) fue, en principio, la causa que sustentaba la expropiación. Este concepto ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, incorporando otros nuevos como el de utilidad pública o general. Max ARIAS SCHREIBER explica esta evolución en los siguientes términos:

“[el criterio de necesidad pública] fue el que primero se invocó y tuvo alcances muy reducidos pues estaba circunscrito a situaciones de apremio y de seguridad en que se encontraba el Estado. Sólo por necesidad de un orden fundamental y casi podríamos calificar vital, se aplica la expropiación. Históricamente este criterio es mucho más amplio que el de la necesidad, pues abarca todas aquellas obras o empresas que respondan a una legítima necesidad colectiva. Desde luego se siguió aquí un proceso de crecimiento expansivo, pues mientras inicialmente apenas tuvo un carácter casuístico más tarde y con su maduración se hizo extensivo, flexible y abstracto. Resulta que la utilidad pública puede ser inmediata o mediata y directa o indirecta y en todas estas circunstancias deberá tener cabida”³⁰.

Actualmente, la mayoría de constituciones europeas y de América latina establecen a la “utilidad pública” como la causa expropiatoria por excelencia³¹. Este

27 “Artículo 125°.- La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a ley, y previo pago en dinero de indemnización justipreciada”.

28 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Servidumbres mineras y expropiación, en *Cathedra* N° 5, Lima, 1999, p. 17.

29 GARCÍA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISKOVIC INGUNZA, Militza. Derecho minero común. San Marcos. Lima. p. 98.

30 ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Los Derechos Reales. T. IV, Lima 1991. p. 214.

31 Así, a manera de ejemplo, podemos citar las siguientes disposiciones constitucionales:

1. Constitución argentina

“Artículo 17°. La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. (...)”

2. Constitución chilena

“Artículo 19°. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

tratamiento de la expropiación no es ajeno a nuestro sistema legal, sino que, por el contrario, ha sido recogido a lo largo de nuestras constituciones³².

No obstante, contrariamente a sus predecesoras y a la corriente moderna, nuestra actual Constitución consagra en su artículo 50° a la seguridad nacional y la necesidad pública como causas de expropiación.

Es oportuno preguntarnos, entonces, qué se debe entender por necesidad y utilidad pública.

Gran parte de la doctrina ha optado por separar estos dos conceptos, definiendo a la necesidad pública como aquello que no puede prescindirse o, mejor dicho, como la falta de aquella cosa sin la cual no podrá atenderse necesidades sociales y, por otro lado, a la utilidad pública como aquello que reporta un beneficio o provecho a la colectividad³³.

Otros autores más radicales, pero minoritarios, han señalado que, en puridad las causales de necesidad y seguridad pública son virtualmente sinónimos dentro del contexto de una interpretación legal.

Así, las palabras “necesidad” y “utilidad” deben ser consideradas equivalentes y cuando son empleadas en forma conjunta deben ser interpretadas como una reiteración³⁴.

Sin ánimos de ahondar innecesariamente en las definiciones de ambos conceptos, creemos que, al menos, en teoría, existirían algunas razones para sostener que, hoy en día y pese a la calificación expresa de la actividad minera como de utilidad pública, podría sostenerse la viabilidad de la expropiación para fines mineros³⁵. Veamos:

Nuestra actual Constitución dispone en su artículo 71° lo siguiente:

“Artículo 71°.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir

24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

(...)

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. (...).”

3. Constitución mexicana

“Artículo 27°. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”

4. Constitución alemana

“Artículo 14°.

1. Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia (*Erbrecht*), con el contenido y las limitaciones que la ley determine.

2. La propiedad obliga (*Eigentum verpflichtet*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común.

3. Sólo procederá la expropiación (*Enteignung*) cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y el alcance de la misma. La indemnización (*Entschädigung*) se ajustará mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización”.

5. Constitución española

“Artículo 33°.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

6. Constitución italiana

“Artículo 42°. La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares.

La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización.”

32 Así, por ejemplo, nuestras constituciones han señalado lo siguiente con relación a la expropiación

Constitución de 1867

“Art. 25°.- La propiedad es inviolable, bien sea material o intelectual. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, aprobada legalmente, y previa indemnización justipreciada.”

Constitución de 1920

“Art. 38°.- La propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.”

Constitución de 1933

“Artículo 29°.- La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.”

33 Para mayor referencia, ver CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. T. II. p. 595.

34 Para mayor referencia, ver BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho minero y concesión*. San Marcos. Lima. 1998. p. 99.

35 En este punto seguiremos a Carlos MARCHESE CÁNEPA. *Derecho superficiales sobre tierras de particulares*, en *Revista de Derecho minero y petrolero* N° 57. Lima. 1999 p. 206.

ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a Ley.” (Resaltado y subrayado nuestro)

Al respecto, desde la expedición del TUO hasta la fecha, el Estado ha venido autorizando a diversas empresas mineras extranjeras a adquirir concesiones mineras dentro de los 50 kilómetros de las fronteras bajo el sustento que la inversión privada en actividades mineras es de necesidad pública conforme lo dispone el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada³⁶.

Sobre el particular, si bien es cierto que aquí lo que se cataloga como objeto de necesidad pública es la inversión, consideramos que, en puridad, no existe ninguna razón para diferenciar la inversión privada en actividades mineras, de las actividades mineras propiamente dichas.

En ese sentido y como quiera que donde existe la misma razón rige el mismo derecho, las actividades mineras deberían, o en todo caso podrían ser consideradas también como de necesidad pública en nuestro ordenamiento.

De otro lado, el veintitrés de julio de 1997, es decir, dentro del actual régimen constitucional, fue promulgada la Ley N° 26848, Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos. El artículo VII del título preliminar de dicha Ley, de manera similar a lo dispuesto en el artículo V del título preliminar del TUO, establece que la actividad geotérmica es de utilidad pública.

No obstante, el artículo 21° de la referida Ley señala que “[e]l titular de una concesión tiene facultad de solicitar al Ministerio de Energía y Minas, la expropiación de los inmuebles que fueren necesarios para la actividad geotérmica, siempre que se acredite la mayor importancia de la actividad geotérmica sobre la afectada, de acuerdo al reglamento”.

De estas disposiciones podrían concluirse dos cosas. En primer lugar, la conclusión aparentemente obvia es que el artículo 21° de la Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos podría ser considerado inconstitucional y no habría mayor discusión al respecto. En segundo lugar, si reflexionamos un poco

más sobre dichas normas, resulta, por lo menos, curioso que, encontrándose vigente el artículo 70° de la Constitución, se hayan expedido una serie de normas que, aparentemente, vulnerarían dicha disposición. De esta manera, si superamos el mismo argumento de la inconstitucionalidad y aceptamos, por tanto, que el contenido de dicha norma se ajusta a Ley, ¿no será entonces que el Estado puede declarar la expropiación para algunos proyectos (en el entendido que son de necesidad pública y de interés general) pese a que la calificación general de la actividad es de utilidad pública?

Como explicaremos más adelante, consideramos que ésta podría ser la interpretación a primar ya que, si bien los conceptos de utilidad y necesidad pública son distintos, no son, necesariamente, excluyentes. En ese sentido, un proyecto minero bien podría reportar un beneficio o provecho a la colectividad y, al mismo tiempo, satisfacer las necesidades sociales básicas, cumpliendo, de esta manera con el concepto de necesidad pública.

En esta misma línea, creemos que no sería viable que se califique legalmente a todas las actividades mineras como de necesidad pública, pues no todos los proyectos mineros satisfacen las necesidades más elementales de un determinado lugar. Recordemos que nuestro ordenamiento minero prevé regímenes como la pequeña minería y la minería artesanal, que si bien son importantes, no suponen una gran contribución económica y sobre todo social.

No obstante, si bien, como hemos señalado, en teoría podría ser sostenible la existencia de la facultad expropiatoria, no debe perderse de vista que, la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, la cual rige todo procedimiento de expropiación³⁷, ha dispuesto en sus artículos 3° y 10.3°, respectivamente, que el único beneficiario de dicha medida es el Estado y que cualquier expropiación realizada a favor de persona natural o jurídica de derecho privado deviene en nula.

Asimismo, si se tiene en cuenta que, conforme a la Séptima Disposición Final, han quedado derogadas todas las normas que se opongan a la Ley General de Expropiaciones, podría entenderse, entonces, que la facultad expropiatoria para fines mineros habría quedado derogada por dicha Ley.

VI. LA SERVIDUMBRE MINERA

Tenemos, entonces, que la aplicación del uso minero gratuito sobre tierras eriazas ha sido, por lo menos, modificado y limitado; mientras que la fa-

36 “Artículo 13°.- De conformidad con lo prescrito en el último párrafo del artículo 126° de la Constitución Política, declárese de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país”.

37 Al respecto, el artículo 1° de esta ley señala que “[l]a expropiación a que se refiere el Artículo 70° de la Constitución Política, el Artículo 928° del Código Civil y los Artículos 519° a 532° del Código Procesal Civil, se rigen por la presente Ley”. (Resaltado y subrayado nuestro).

«En ese sentido, un proyecto minero bien podría reportar un beneficio o provecho a la colectividad y, al mismo tiempo, satisfacer las necesidades sociales básicas, cumpliendo, de esta manera con el concepto de necesidad pública».

cultad expropiatoria para fines mineros ha devenido teóricamente en inaplicable dejando en la práctica como único "atributo" para obtener derechos sobre el suelo a la servidumbre minera.

Conviene, por estas razones, explicar la problemática que aqueja a esta institución hoy en día que, salvo que su formalización tenga como sustento el acuerdo de las partes, su otorgamiento en la vía administrativa la han vuelto prácticamente inviable.

6.1. Definición

Aún cuando ciertos autores consideran difícil conceptualizar a la servidumbre, básicamente debido a la multiplicidad de aplicaciones de este derecho o porque no encuentran diferencia entre esta institución y los otros derechos que recaen sobre bien ajeno (como, por ejemplo, el derecho de usufructo y superficie)³⁸, generalmente se suele definir a esta institución como un derecho real que faculta al titular de un bien (llamado bien dominante) a usar un bien ajeno (denominado bien sirviente) o a impedir que su propietario ejercite ciertos derechos inherentes a su condición. En otras palabras, la servidumbre es un beneficio para el propietario del bien dominante, relacionado al goce o disfrute del bien sirviente y una carga para el propietario de este último, consistente en una limitación a su derecho de propiedad.

Siguiendo a Martín MEJORADA, en nuestro ordenamiento legal, el régimen de las servidumbres se compone tanto por normas generales y por normas especiales³⁹. Las primeras se encuentran previstas

en el Código Civil. Las normas generales son importantes porque en todo lo no previsto por las disposiciones especiales rigen las generales. Estas últimas, además, describen la estructura y características básicas de la figura legal. Con relación a las formas de constitución de la servidumbre, las normas generales señalan que sus fuentes principales son el acuerdo entre el propietario del bien sirviente y del dominante, así como la Ley.

Con relación al objeto de su regulación, tradicionalmente la servidumbre ha sido limitada exclusivamente a los predios. Así, se ha afirmado que las servidumbres únicamente pueden constituirse sobre predios y no sobre cualquier otro bien inmueble⁴⁰ y tal parecería ser la postura recogida por el Código Civil en el artículo 1035⁴¹.

No obstante, coincidimos con Jorge AVENDAÑO VALDEZ en que no existe razón alguna para que se establezcan servidumbres a favor de otra clase de bienes inmuebles. Según dicho autor, "[l]a concepción clásica y rigurosa de que la servidumbre se establece necesaria y exclusivamente a favor de un predio, ha cedido en la doctrina y la Ley en razón de las necesidades de la economía. Las servidumbres se establecen muchas veces para el beneficio de una determinada industria o comercio"⁴².

Así, para el caso específico de la industria minera, además de las normas generales sobre servidumbre recogidas en el Código Civil, existen disposiciones especiales contempladas en el artículo 37° del TUO, en el artículo 7° de la Ley de Tierras y en su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 17-96-AG, según las cuales el titular de una concesión minera tiene el derecho de solicitar a la autoridad competente la imposición de una servidumbre para el mejor desarrollo de sus actividades, sin perjuicio de que las partes en cualquier momento del procedimiento puedan acordarla voluntariamente por la vía de, como resulta evidente, la firma del contrato de servidumbre minera respectivo.

Ahora bien, las normas referidas no definen la servidumbre minera, razón por la cual debemos recurrir al concepto general. Así, si bien el objeto de regulación solo se trata de dos predios conforme lo dispone el artículo 1035° del Código Civil antes mencionado, debemos definirla como una carga sobre un bien (bien sirviente) que le permite al titular de una concesión minera⁴³ el ejercicio de

38 Para mayor referencia, ver AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Servidumbres mineras y expropiación*, en *Cathedra* No. 5, Lima, 1999, p. 17. y PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho civil francés. Cultural*, Habana, 1946, p. 740-741.

39 MEJORADA CHAUCA, Martín. *Las servidumbres en general y las mineras en particular*, en "El Peruano". Lima, 2003. p. 19

40 Para mayor referencia, CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Fecat. Lima. T. III. [Derechos reales sobre bien ajeno], p. 148.

41 "Artículo 1035°.- 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 alguno de sus derechos".

42 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Servidumbres mineras y expropiación*, en *Cathedra* N° 5, Lima, 1999, p. 17.

43 La referencia a concesiones mineras debe ser entendida en sentido amplio, de manera que se entiendan comprendidas, también, las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero.

las actividades autorizadas en su respectivo título de concesión o las que resulten necesarias y/o convenientes para ello.

En la industria minera, la servidumbre es usualmente utilizada para la construcción e instalación de fajas transportadoras de minerales sobre terrenos de propiedad de terceros a efectos de lograr el traslado de minerales al puerto o planta de beneficio, para el acceso o ventilación de las labores mineras, para el drenaje de agua de mina, para el transporte de personal y equipos mineros, entre muchas otras finalidades.

6.2. El actual procedimiento

Hemos visto en el acápite III, que el artículo 7° de la Ley de Tierras, modificado por la Ley N° 26570, establecía una alternativa al acuerdo con los propietarios de los terrenos superficiales, consistente en la imposición de una servidumbre minera.

El procedimiento de servidumbre minera fue regulado, en un primer momento por los artículos 130° a 135° del Texto Único Ordenado y, complementariamente, por el Decreto Supremo N° 17-96-AG (en adelante Reglamento). Posteriormente, el siete de mayo del 2003, se publicó el Decreto Supremo N° 15-2003-AG, el cual modificó el procedimiento establecido para el otorgamiento de la servidumbre minera. A continuación, describimos el procedimiento que actualmente debe seguir todo concesionario para obtener una servidumbre minera.

De acuerdo al artículo 3° del Reglamento, un requisito para el inicio del procedimiento es que el solicitante de la servidumbre, previamente, tiene que enviarle al propietario del predio una carta notarial con la finalidad de iniciar la etapa de trato directo entre las partes.

Ahora bien, la etapa de trato directo se inicia con la notificación de la carta notarial y culmina en un plazo máximo treinta días hábiles. En caso no se llegue a ningún acuerdo, el solicitante de la servidumbre lo deberá poner en conocimiento de la Dirección General de Minería (en adelante DGM), debiendo acompañar la constancia de la entrega de la carta notarial señalada en el párrafo precedente.

Una vez que la DGM tome conocimiento sobre la falta de acuerdo, notificará a las partes y les invo-

cará conciliar con la participación de un Centro de Conciliación que deberá ser designado de común acuerdo en un plazo de diez días hábiles. En caso no se logre un acuerdo con respecto al Centro de Conciliación, la DGM deberá solicitar a la Dirección Regional Agraria de la jurisdicción una terna de la cual elegirá al Centro de Conciliación para que en un plazo máximo de treinta días hábiles procure el acuerdo respecto de la servidumbre. La Conciliación se regulará conforme a Ley de Conciliación y su Reglamento, y será sufragada por quien solicite la servidumbre, a través de la DGM.

Simultáneamente a la invocación a conciliar, la DGM designará un perito minero de la nómina oficial para que se pronuncie sobre la necesidad y magnitud de la servidumbre a efectos de la actividad minera planteada y solicitará a la autoridad competente para que designe un perito profesional agronómico, quien procederá a la tasación del área solicitada, elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad. Las pericias señaladas deberán ser realizadas en un plazo máximo de quince días hábiles y serán remitidas al Centro de Conciliación y a la DGM para que sirvan de referencia en sus respectivos procedimientos.

Culminada la etapa de conciliación sin que se hubiera producido acuerdo entre las partes, podrá solicitarse a la DGM el inicio del procedimiento administrativo de servidumbre minera legal, debiendo adjuntarse la constancia de entrega de la carta notarial inicial e incorporándose al expediente los informes periciales realizados.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Reglamento, el establecimiento de servidumbres se regirá de conformidad con lo establecido en los artículos 130° a 135° del TUO y los artículos 43° y 44° de su Reglamento.

En tal sentido, la solicitud para el establecimiento de una servidumbre se deberá presentar a la DGM, indicando la ubicación del inmueble, su propietario, extensión⁴⁴, el fin para el cual lo solicita y el valor que en concepto del solicitante tuviere dicho inmueble y, en su caso, la apreciación del desmedro que sufrirá el presunto bien a afectar. Debiendo acompañarse además, una Memoria Descriptiva con el detalle de las obras a ejecutarse.

44 *Reglamento de Procedimientos Mineros – Decreto Supremo N° 018-92-EM*

Artículo 43°:- Respecto de la expropiación y/o servidumbre a que se refiere el artículo 130° de la Ley, la extensión del área inicialmente solicitada podrá ser modificada en los siguientes casos:

- a) De oficio, cuando en la inspección ocular el Perito determine que el área solicitada excede a las necesidades de la actividad;
- b) A solicitud de parte, cuando el propio interesado reduzca el área originalmente solicitada;
- c) A solicitud del propietario del terreno, cuando el área remanente no sujeta a expropiación sea insuficiente para continuar explotándola en forma rentable. En este caso, la expropiación se efectuará por la totalidad del área del terreno, previo informe del Perito, salvo que el expropiante convenga con el propietario sobre la expropiación total del área.

Luego de la presentación de los documentos señalados se deberá continuar con el trámite señalado en el T.U.O., teniendo además en consideración que el Director General de Minería y Director de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, deberán emitir una opinión técnica pronunciándose respecto al cumplimiento del procedimiento indicado en el T.U.O. y las demás disposiciones reglamentarias, señalando en forma expresa si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, teniendo en cuenta los dictámenes periciales, salvo que a su juicio las pericias contengan vicios o defectos, en cuyo caso la DGM ordenará sean subsanados en un plazo máximo de quince días hábiles.

Así, en el caso que la servidumbre sea posible sin enervar el derecho de propiedad del titular del terreno, el Director General de Minería preparará el proyecto de Resolución Suprema con el monto de la indemnización correspondiente y la minuta de establecimiento de servidumbre, debiendo elevar los actuados para la expedición de la referida Resolución Suprema.

Una vez expedida la Resolución Suprema, en un plazo máximo de diez días hábiles de notificada, el solicitante deberá consignar en el Banco de la Nación a la orden de la DGM el monto de la indemnización. Una vez efectuada la consignación, la DGM ordenará la suscripción de la escritura pública dentro de los diez días hábiles siguientes de notificadas las partes.

No obstante lo expuesto, en caso la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la DGM o la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas se denegará la solicitud.

Resulta importante señalar que durante la tramitación del expediente no se admitirá recurso alguno, salvo el de revisión contra la resolución que otorgue la servidumbre. Además, la resolución que pone fin a la vía administrativa podrá contradecirse judicialmente, sólo para los efectos de la valorización.

De otro lado, en el supuesto caso de que dos o más personas aleguen mejor título sobre el bien, se continuará el trámite con intervención de todos ellos hasta la expedición de la Resolución, en la cual se dejará a salvo su derecho para que lo hagan valer ante el Poder Judicial, sobre el precio, el que quedará depositado en el Banco de la Nación a las resultas del juicio.

Por último, el solicitante y el propietario del bien afectado, podrán llegar a un acuerdo directo en cualquier etapa del procedimiento, en cuyo caso la autoridad que ejerza jurisdicción ordenará se extien-

da la escritura pública de contrato de servidumbre minera que formalice dicho acuerdo, la que deberá otorgarse en un plazo máximo de quince días, bajo apercibimiento de seguirse el procedimiento según el estado en que se encuentre.

6.3. La problemática

Del procedimiento antes mencionado podemos determinar algunos problemas cruciales, los cuales han sido, básicamente, la principal razón por la cual este atributo ha devenido en desuso, al menos en lo que se refiere a la servidumbre minera impuesta por el Estado. Estos problemas son los siguientes:

6.3.1. Exigencia de la carta notarial

Como hemos señalado, el requisito para iniciar el procedimiento de servidumbre minera es el de cursar una carta notarial al propietario del terreno con la finalidad de iniciar la etapa de trato directo entre las partes.

Al respecto, el Reglamento no ha tenido en cuenta que muchos de los lugares donde se planea establecer la servidumbre, no cuentan dentro de su jurisdicción con un Notario. En ese sentido, la exigencia de la carta notarial resultaría imposible de ser cumplida, aún cuando en la práctica, la DGM ha aceptado la certificación de entrega realizada por un Juez de Paz o por la Policía.

En vista de lo anterior, consideramos que la exigencia que sea un notario quien tramite la carta debería ser eliminado del procedimiento y debería bastar el simple cargo de recepción de la comunicación para dar por cumplido este requisito.

6.3.2. Procedimiento conciliatorio

El Reglamento prevé que, a falta de acuerdo entre el titular de la concesión minera y el propietario del predio, la DGM invocará a conciliar a las partes con la participación de un Centro de Conciliación.

Al igual que el caso anterior, consideramos que este requisito no es viable ya que no existen suficientes centros de conciliación a nivel nacional.

De otro lado, consideramos que incluir un procedimiento conciliatorio implica duplicar la etapa de acuerdo entre las partes. En efecto, resulta sumamente difícil que la intervención de un conciliador pueda lograr el entendimiento entre las partes, si ellas mismas no han podido llegar a un acuerdo.

Si a esto agregamos que la mayoría de los conciliadores no cuentan con el conocimiento ni la preparación técnica y legal necesaria para explicar todas las implicancias que acarrea la servidumbre minera (tales como los derechos de cada parte, los

costos y beneficios) y concertar los intereses de las partes, evidentemente contrapuestos, dudamos que se obtenga algún resulta de este mecanismo.

Asimismo, no debe perderse de vista que en varias zonas de nuestro país existe todavía gran cantidad prejuicios contra la actividad minera. Estos subjetivismos, que alcanzan también a los conciliadores, no coadyuvarían a la negociación entre las partes, sino que, por el contrario, determinarían anticipadamente en un resultado infructuoso debido a la parcialidad del conciliador.

Con arreglo a lo expuesto, consideramos que la presencia de la conciliación en el procedimiento de servidumbre más allá de no cumplir ningún propósito, supone una dilación innecesaria del procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de mencionar que someter las diferencias entre el titular minero y el propietario del terreno superficial a un centro de conciliación iría en contra de lo dispuesto en el primer y segundo párrafos del artículo 130° del TUO, por cuanto la citada norma establece que la única institución ante la cual el titular de actividad minera y el propietario de la tierra concilian, es la Dirección General de Minería representada por su Director General.

Al respecto, recordemos que las normas contenidas en el TUO tienen rango de ley pues provienen de la unificación de los Decretos Legislativos N° 109 y 708 y no pueden ser modificadas por una norma con rango inferior como el Reglamento, el cual fue aprobado por Decreto Supremo.

6.3.3. El problema de determinar si la servidumbre "enerva" el derecho de propiedad

Otro punto confuso es que la norma condiciona el otorgamiento de la servidumbre a que ésta no "enerve" el derecho de propiedad del titular del terreno superficial.

Así, el artículo 3° del Reglamento define el término enervar como "perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado".

Al respecto, cabe resaltar la ambigüedad de las frases: "perjudicar al resto del predio sirviente" o "respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado".

Así, por ejemplo, por "perjudicar al resto del predio sirviente", podría entenderse que quedaría descartada toda servidumbre de uso en terrenos pequeños

o en aquellos terrenos donde se planea realizar actividad minera sobre toda la extensión del predio. Tal sería el caso, por ejemplo, de las actividades de explotación bajo la modalidad de tajo abierto.

Menos clara resulta la norma cuando refiere que la servidumbre podría hacer inútil al predio "respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado". Esto es sumamente ambiguo ya que pueden darse a los predios innumerables e inimaginables fines o usos, lo cual haría inaplicable la servidumbre legal en todos los casos.

Martín MEJORADA ha resumido estas ideas de la siguiente manera⁴⁵:

"Ahora bien, ¿qué significa que la servidumbre no enerve el derecho de propiedad?. En el pasado reciente, la autoridad administrativa impuso servidumbres que en la práctica implicaban la privación de la propiedad para el dueño del predio sirviente, pues una vez establecida, el afectado no podía desarrollar actividades en el predio.

Recordemos que la servidumbre es una limitación pero no una privación. Por ello es esencial que el titular del predio sirviente mantenga el derecho y la posibilidad real de continuar el goce y disfrute de su predio no obstante la servidumbre. Si la servidumbre enerva o no la propiedad, depende de una serie de factores relativos; por ejemplo si el titular del predio afectado es dueño de un lote muy pequeño, la imposición de la servidumbre le afectará gravemente impidiendo la coexistencia de otro uso para el bien. Sin embargo, si el predio fuera extenso, la afectación de una parte "no enervará" el predio, pues aún se le puede usar para otros fines en el resto de su extensión.

En definitiva, si el titular de la concesión minera requiriese de contar con el derecho de uso exclusivo y excluyente del predio sirviente, no podrá obtener esa autorización del Estado. Sólo le quedará convencer al propietario de que le venda el bien o le ceda el uso exclusivo a través de un contrato."

En puridad, tal como plantea la norma, no es posible determinar, de manera general, cuando la servidumbre "enervará" el derecho de propiedad del dueño del predio.

Por tanto, creemos que el análisis debe ser realizado de manera particular, caso por caso, examinando las características del terreno, su potencial agrícola u otros posibles usos reales de acuerdo al contexto.

45 MEJORADA CHAUCA, Martín. *Las servidumbres en general y las mineras en particular*, p. 19.

6.3.4. Indemnizaciones

El Reglamento dispone que el valor de la indemnización por el establecimiento de la servidumbre se obtendrá en virtud de la pericia que será efectuada por profesional de la especialidad agronómica, comprendiendo: (i) el valor del área de las tierras que vayan a sufrir desmedro; (ii) una compensación monetaria por el eventual lucro cesante durante el tiempo de afectación (calculado en función a la actividad agropecuaria más rentable que pueda desarrollarse en el predio); y, (iii) el valor de reposición de las obras civiles y edificaciones afectadas por la servidumbre minera.

Específicamente con relación al cálculo del valor del lucro cesante, consideramos que no existe razón alguna para utilizar como criterio contable a “la actividad agropecuaria más rentable”. Este criterio podría resultar diminuto en algunos casos y excesivo en otros, por lo que lo consideramos legalmente equivocado desde el punto de vista del Derecho Civil.

En efecto, el concepto de lucro cesante se desvirtúa al vincularlo únicamente con supuestos objetivos como por ejemplo el criterio utilizado en el Reglamento (actividad más rentable), pues ello supondría que ya no se indemnice, por ejemplo, por las utilidades dejadas de percibir sino que se incluya dentro de la indemnización una potencial, y eventualmente, irreal rentabilidad teórica que ningún negocio o empresa tiene. Cabe destacar el peligro de una disposición en ese sentido, que podría resultar en injustificadas exigencias patrimoniales.

En contraposición, podría darse el caso que el propietario del terreno se encuentre desarrollando actividades distintas a las agropecuarias, las cuales podrían suponerle mayor rentabilidad. En ese escenario, el criterio utilizado en el Reglamento implicaría un evidente perjuicio para dicho propietario.

Finalmente consideramos que, cuando la norma hace mención al valor de reposición de las obras civiles y edificaciones afectadas, debería tomarse en cuenta el valor de mercado de dichos bienes.

6.3.5. Procedimiento largo y complicado

Como hemos podido apreciar, el procedimiento de servidumbre minera es realmente largo y por no decir menos, complicado.

Esto ha originado que desde la expedición del Reglamento, sólo se hayan otorgado, según tenemos entendido, cuatro servidumbres mineras impuestas legalmente, conforme comentamos a continuación:

La primera servidumbre fue una de uso y se otorgó mediante Resolución Suprema N° 7-2002-EM a favor de Inversiones Portland S.A sobre 402 hectáreas

de extensión sobre los terrenos de la Comunidad Campesina Collanac ubicada en el km. 5.5. de la antigua carretera a Huarochirí, distrito de Pachacamac, Lima.

Dicha servidumbre fue constituida para un plazo de cincuenta años y tenía como propósito servir para labores de explotación bajo la modalidad de tajo abierto, ubicar canchas de desmonte u otras instalaciones complementarias a la concesión.

El precio fijado como indemnización por la imposición de la servidumbre fue US\$ 52,740.06 dólares americanos, es decir, un promedio de US\$ 132 dólares por hectárea o US\$ 0.0132 por metro cuadrado.

A pesar de haberse otorgado la servidumbre, a la fecha, Inversiones Portland S.A. no ha logrado ejercer los derechos que ésta le confiere ya que la comunidad no reconoce el derecho que dicha empresa ostenta.

La segunda servidumbre fue una de paso y se otorgó a favor de Compañía Minera Antamina S.A. mediante Resolución Suprema N° 2-2002-EM, sobre una extensión de 29,911.57 metros cuadrados de extensión en el departamento de Ancash.

En este caso, la servidumbre recayó sobre terrenos que pertenecían a la referida empresa minera; por ello el procedimiento fue mucho más viable y menos oneroso.

La tercera servidumbre, también de paso, fue otorgada por Resolución Suprema N° 25-2002-EM a favor de Refinería de Zinc Cajamarquilla S.A. para el establecimiento de una línea de ferrocarril. La servidumbre abarcó 0.0634 hectáreas y el monto pagado como indemnización fue de US\$ 2,453.58.

La cuarta servidumbre, al igual que la anterior, fue una de paso, y se otorgó también a favor de Compañía Minera Antamina S.A. mediante Resolución Suprema N° 22-2003-EM a efectos de construir, operar y mantener el mineroducto el cual transporta los concentrados de cobre y zinc desde la mina hasta el Puerto de Huarmey.

La extensión solicitada en servidumbre fue determinada en 657,798.17 metros cuadrados sobre 114 terrenos y se pagó como indemnización la suma de US\$ 415,803.94.

VII. UNA SOLUCIÓN OBVIA

En realidad, consideramos que la solución al problema planteado en la introducción de este artículo es bastante sencilla y está prácticamente a la vista, habría que volver al régimen originalmente previsto en el TUO.

Los denominados “atributos” reconocidos en el TUO, en realidad cumplían una función facilitadora para la actividad minera y, si bien necesitaban ser perfeccionados en ciertos aspectos, en la práctica, la promovían de manera mucho más eficiente en comparación a los mecanismos legales que tenemos hoy en día.

Con arreglo a lo anterior, a continuación planteamos algunas ideas que podrían ser consideradas para mejorar la aplicación de los referidos atributos, teniendo en cuenta que, por ideas que son, necesitarán siempre de un análisis más exhaustivo y mayor desarrollo:

- i. En primer lugar, consideramos que se debe reforzar la regulación del derecho de uso minero, sobre aquellos terrenos eriazos pertenecientes al Estado permitiendo la inscripción del derecho de uso correspondiente mediante un procedimiento ágil y económico.

Para ello, consideramos fundamental que esta regulación prevea, entre otros, los siguientes factores, teniendo en cuenta el régimen general del derecho de uso previsto en el Código Civil (en lo que sea aplicable) y lo que pueda resultar más conveniente aplicar (o no) en consideración a las características especiales de cada tipo de actividad minera como la exploración y la explotación:

En primer lugar, el ejercicio del derecho de uso minero podría estar condicionado a un procedimiento administrativo sencillo ante la DGM. Dicho procedimiento no debería demorar más de sesenta días hábiles y estaría sujeto a que se realice una pericia conforme explicamos en el literal (ii) siguiente. El procedimiento debería concluir en una resolución emitida por la DGM reconociendo el derecho de uso minero.

Dicha resolución debería precisar los límites de la extensión del derecho de uso minero, es decir, que este derecho sólo puede ser ejercido respecto de aquella parte del terreno que resulta fundamental y necesaria para el desarrollo de la actividad minera.

A estos efectos, podría ser conveniente que se establezcan pericias para determinar con exactitud (*i.e.* en coordenadas UTM) cuáles son las áreas afectadas por el uso minero.

- ii. La resolución también debería señalar la temporalidad del derecho. Recordemos, al respecto, que el artículo 1001° del Código Civil dispone que el usufructo es temporal y si es constituido a favor de una persona jurídica no puede ser mayor a treinta años.

Para el caso del derecho de uso minero, consideramos que el plazo previsto en el Código Civil no podría ser aplicable, sino, que su eficacia debería estar condicionada a la vigencia del proyecto minero.

- iii. Podría eliminarse la gratuidad en algunos casos como para las actividades de explotación minera y establecerse una contraprestación o regalía para el Estado, la cual podría ser derivada a las municipalidades distritales y provinciales tal como sucede con la regalía minera.

Sobre el particular, consideramos que, aún cuando el terreno eriazo no sea *per se* útil para el Estado, si lo sería para el concesionario minero y dicho aprovechamiento debería ser retribuido siempre que le genere rentas al concesionario, de manera que no se desincentive sus actividades.

De otro lado a efectos de que quede claramente determinado cuáles son los terrenos afectados por este derecho de uso, creemos que, conjuntamente con el catastro minero, podría implementarse un catastro donde quede reflejado claramente dicha afectación.

Asimismo y para solucionar el problema de la oponibilidad, la resolución que emita la DGM reconociendo el ejercicio del derecho de uso minero debería ser inscrita como una carga en el Registro de Propiedad Inmueble correspondiente.

Establecer un procedimiento administrativo en virtud del cual, determinados proyectos mineros (como, por ejemplo, aquellos que cuenten Estudio de Factibilidad) que demuestren que su implementación generará la satisfacción de necesidades elementales en las poblaciones ubicadas en el área de influencia, puedan acceder a que, por ley, se les declare como de necesidad pública.

Siguiendo este planteamiento, debería modificarse la Ley General de Expropiación de manera que quede establecido que la expropiación para fines mineros es una medida excepcional al régimen general previsto en dicha ley y, consecuentemente, que se rige por las disposiciones contenidas en el TUO. No obstante, creemos necesario variar ciertas características de la expropiación.

Así, por ejemplo, para el caso de la expropiación de los terrenos de las comunidades campesinas y nativas, debería establecerse la reparación *in specie*⁴⁶, es decir que a efectos de compensar la pérdida del derecho de propiedad, el concesionario deba reubicar a dichas comunidad y proveerles de

46 No debe perderse de vista que el objetivo de la indemnización, hoy en día, es colocar a la víctima al estado anterior de la ocurrencia del daño. En ese sentido, la reparación *in specie* se consagra como la reparación por excelencia y creemos que su aplicación sería ideal en la expropiación para fines mineros.

los servicios básicos, si es que estos se daban en el terreno expropiado. Ello, sin perjuicio del lucro cesante y otros daños patrimoniales que pudieran generarse y que deberán estar comprendidos en una indemnización pecuniaria adicional.

No obstante y dado el profundo arraigo que tienen las comunidades con sus terrenos y el eventual costo económico que un sistema como el propuesto implicaría para el concesionario minero, creemos que este régimen expropiatorio debería ser utilizado únicamente en caso que la servidumbre minera, enerve, efectivamente, del derecho de propiedad del titular del terreno superficial conforme lo dispone el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 37° del TUO⁴⁷.

Finalmente, consideramos que se debe simplificar el procedimiento de servidumbre minera, de manera, que se eliminen requisitos que pueden ser difíciles de ser cumplidos, como el caso de la carta notarial, o que no contribuyen con la dinámica y eficiencia del procedimiento como es la necesaria intervención de los centro de conciliación como etapa previa.

Recordemos, al respecto, que de acuerdo al artículo 111° del TUO⁴⁸ el Estado debe garantizar que los procedimientos mineros respondan, entre otros principios, a los de simplicidad y eficiencia.

VIII. CONCLUSIONES

1. La Minería es, sin duda alguna, el sector industrial que más contribuye, no sólo con el progreso económico del país, sino también con el desarrollo social, cultural y de infraestructura. Conviene al Estado, por tanto, brindar el marco legal más idóneo para promover la actividad minera, lo cual implica brindar facilidades y soluciones viables para el desarrollo de dicha actividad.
2. Uno de los problemas que afrontan los concesionarios mineros, y que al Estado le debería preocupar solucionar debido a la importancia de dicha actividad, es que, hoy en día, no cuentan con mecanismos legales idóneos y eficientes que les permitan obtener derechos sobre los terrenos superficiales.
3. En principio y sin perjuicio de otras alternativas que brinda nuestro ordenamiento jurídico como las contractuales, el TUO había previsto tres

mecanismos para solucionar este problema. Estos mecanismos son el derecho de uso minero gratuito, la expropiación para fines mineros y la servidumbre minera.

4. Con el devenir de la actual Constitución y la promulgación de la Ley de Tierras y sus normas reglamentarias, el derecho de uso minero gratuito sobre terrenos eriazos se ha visto, cuando menos, modificado y limitado y la expropiación para fines mineros ha quedado prácticamente derogada dejando como único "atributo" el procedimiento de servidumbre minera.

No obstante, dicho procedimiento es sumamente engorroso y presenta una serie de inconvenientes técnicos y legales que dificultan su aplicación, convirtiéndolo ya no en una alternativa de solución al acuerdo con el propietario del terreno superficial, como fue ideado en un principio.

Con arreglo a lo expuesto, en la práctica, nuestro ordenamiento legal minero no brinda soluciones reales a los concesionarios mineros para obtener derechos superficiales por lo que muchas veces los concesionarios mineros se ven obligados a comprar algo que no saben si van a usar.

5. Consideramos, al respecto, que, sobre la base de la importancia de la industria minera y los aspectos positivos que esta presenta para nuestro país, la solución más viable y práctica para solucionar este problema es volver al régimen de los atributos recogidos en el TUO, siempre que la regulación de dichos atributos se desarrolle con mayor detalle (como en el caso del derecho de uso minero) o que mejoren su regulación (como el caso de la expropiación y la servidumbre) tratando siempre de concertar los intereses contrapuestos del concesionario minero y del terreno superficial, pero sin dejar de lado los principios de eficacia y simplicidad que debería regir todo procedimiento minero.
6. Si bien mucho de lo señalado en este artículo ha sido dicho en otras oportunidades, creemos conveniente reiterar la importancia de implementar un marco legal adecuado para fomentar la actividad minera, de manera que esta Nación en general y aquellas poblaciones alejadas, en particular, gocen de los cuantiosos beneficios que trae este "socio estratégico" denominado minería. 

47 "Artículo 37°.- Los titulares de concesiones gozan de los siguientes atributos:

3. A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso.

De oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad. (Resaltado y subrayado nuestro)

48 "Artículo 111°.- El Estado garantiza que los procedimientos mineros responden a principios de certeza, simplicidad, publicidad, uniformidad y eficiencia"