

Aciertos y debilidades de la Legislación Minera actual

José Miguel Morales Dasso*
Africa Morante Brigneti**

El presente artículo es un estudio que nos lleva a transitar por las diferentes etapas del desarrollo normativo en el sector minero; a través de la evaluación de las normas fundamentales que regularon cada instante importante dentro del sector. Resulta un análisis importante para comprender los enfoques que los gobiernos han venido dando a la actividad minera, lo cual resulta esencial para poder, a partir de ello, diseñar un marco normativo que responda a las necesidades del futuro.

Este trabajo demuestra, a partir de experiencias exitosas en la implementación de normas adecuadas y la generación de resultados positivos, la importancia de generar espacios de concertación y concurso del sector empresarial y el Estado.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo constituye una actualización de la exposición que realizara uno de los autores y que se llevó a cabo en el Instituto Peruano de Derecho de Minería y Petróleo en octubre del 1999.

La razón de actualizar la referida exposición es demostrar al lector el conflicto entre los inversionistas mineros, quienes tratan de estabilizar las reglas de juego; y el Estado, legislando constantemente para romper esa estabilidad.

Felizmente, lo que ha sido una constante de todos los gobiernos peruanos es que una vez suscritos los convenios de estabilidad han sabido honrarlos, independientemente del gobierno de turno. Esto es lo que ha permitido el desarrollo minero en el país.

II. ANTECEDENTES

En los primeros setenta y nueve años de vida independiente, la minería del Perú estuvo regida por las Ordenanzas de Minería de España. Existiendo, además, normas específicas de la actividad minera, tales como: la Ley de 1873 sobre la minería del carbón y del petróleo; la Ley de 1872, gravando las "pertenencias" con un tributo semestral por concepto de amparo¹; la Ley de 22 de Diciembre de 1888 sobre el guano y la propiedad salitrera, que el artículo 220° del Código de Minería de 1900 exceptúa

de la derogación que ahí se decreta y la Ley de 11 de enero de 1896, referente al Estanco de Sal y los "aranceles actuales"². Podemos decir entonces que, en el lapso de tiempo mencionado, existió una legislación minera incipiente donde, sin embargo, se podía distinguir un cuerpo principal –las Ordenanzas Coloniales- y otro cuerpo formado por un conjunto de leyes, reglamentos y diversas disposiciones. Toda esta normatividad fue derogada por el Código de Minería de 1900 (artículo 220°).

III. CÓDIGO DE MINERÍA DE 1900

El 6 de julio de 1900 el Presidente Eduardo López de Romaña y su Ministro de Fomento, Enrique Coronel Zagarra, de conformidad con la autorización dada al Poder Ejecutivo por la Resolución Legislativa de 30 de noviembre de 1896, aprobaron "el Código de Minería formulado por la Sociedad Nacional del Ramo, el mismo que comenzará a regir a toda la República el de enero de 1901"³ con excepción del artículo 217°, relacionado con el Consejo Superior de Minería⁴.

Con la promulgación del Código de Minería de 1900 se derogó toda normatividad minera previa y durante los cincuenta años de su vigencia trató de adaptarse la minería peruana a las características y necesidades de la minería moderna de la época, expidiéndose una serie de disposiciones que complicaron el marco legal minero.

* Estudio García Sayan Abogados.

** Estudio García Sayan Abogados.

1 Revista de Derecho Minero y Petróleo – N° 54 – 1996.

2 Código de Minería de 1900.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

El proceso del impostergable cambio del Código de Minería de 1900 fue complejo. Sus inicios se remontan a 1929 y 1930, cuando se nombró una Comisión Reformadora que redactó un anteproyecto y culmina con la labor de la Comisión nombrada por la Resolución Suprema N° 76 de 22 de agosto de 1949, que bajo la presidencia del ingeniero Mario Samamé Boggio se encargó de revisar y concordar el precitado anteproyecto.

IV. CÓDIGO DE MINERÍA DE 1950

El Código de Minería de 1950 fue promulgado por el Decreto Ley N° 11357 de 12 de mayo de 1950, fecha en que quedaron derogadas todas las leyes, reglamentos, resoluciones y decretos supremos sobre las materias tratadas en el nuevo Código.

No se derogaron los artículos 14° y 17° ni la segunda parte del artículo 11° de la Ley N° 7601 sobre Concesiones Mineras Auríferas a las cuales se les aplicó las normas del nuevo código recién a partir del 1 de enero de 1953, con excepción del artículo 51° del Código que se aplicó a estas concesiones a partir del 1 de enero de 1958, por referirse al pago del sobre canon sobre concesiones inexploradas.

Existe unanimidad en señalar al Código de Minería de 1950 como un hito de suma importancia en la legislación minera y en el desarrollo de esa industria. Se destaca como mérito del Código la calificación de la industria minera como de “utilidad pública” y la declaración de la propiedad del Estado sobre las sustancias minerales de cualquier naturaleza que se encuentren en el suelo y el subsuelo del territorio, salvo los derechos legalmente adquiridos.

Carlos Rodríguez Escobedo⁵ señala como innovación de extraordinaria importancia del Código de Minería de 1950, la creación del Registro de Concesiones y Derechos Mineros, distinguiéndolo de los Registros Públicos creados en 1888, atribuyendo carácter imperativo a la inscripción de las concesiones y de los actos y contratos permitidos por la ley.

La exposición de motivos del nuevo cuerpo legal nos muestra más innovaciones: la sociedad legal obligatoria por razón de condominio cualquiera sea el título que lo origine, inclusive la simultaneidad de denuncias. En opinión de los codificadores, la innovación, además de allanar el desenvolvimiento de la actividad industrial y salvaguardar los intereses de los condominios, resulta coherente con el nuevo criterio sobre la función social y económica de la propiedad minera; la intervención de las autoridades mineras en los contratos, justificada por el derecho del Estado como propietario de las sus-

tancias; la legislación específica e individualizada de los contratos mineros que por sus características propias deben ser regulados de manera especial; el restablecimiento del avío minero y la tipificación del préstamo minero.

El Código de Minería de 1950, como se ha dicho, creó un sobre canon territorial que el concesionario debería abonar desde el quinto año del otorgamiento de la concesión, cuando ésta quedaba inmovilizada al margen de la actividad económica. Se trataba de obligar a trabajar la mina o devolverla al Estado. Al respecto vale la pena señalar que una novedad del Código fue introducir la renuncia como una de las causales de caducidad de la concesión⁶. La Comisión se pronunció con claridad sobre la pertinencia de establecer un seguro único estatal contra toda clase de riesgos (enfermedades de su personal).

V. DECRETO LEY N° 18880

Fue promulgado el 8 de junio de 1971 y entró en vigencia a los treinta días de su publicación, rigiendo hasta el 31 de agosto de 1981. Esta norma hace de la industria minera un factor fundamental de la actividad empresarial del Estado la cual realiza de modo directo y en concurrencia con capitales nacionales exclusivamente (Empresas Estatales Mineras Asociadas) y con capitales extranjeros y nacionales (Empresa Minera Especial). La pormenorización normativa de estos enunciados fue materia del Capítulo II del Título II, que reguló la presencia del Estado en la industria minera. Esta Ley General de Minería – denominación usada por primera vez – sustituyó al Código de Minería de 1950 y, sin duda, expresó una filosofía política que trascendía al campo exclusivamente minero.

El Decreto Ley N° 18880 enfatizó el concepto de “Amparo por el Trabajo” que posteriormente adquirió rango constitucional en el artículo 122° de la Constitución de 1979. Consiste en diversas condiciones relacionadas con la producción e inversión que el titular del derecho minero debe cumplir, so pena de la caducidad de su concesión. Es una suerte de condición resolutoria.

Coherente con su postulado básico, favorable a la actividad empresarial del Estado, estableció los “Derechos Especiales del Estado”, que fueron áreas que éste reservó para sí o para organismos y dependencias del mismo, a fin de realizar actividades de la industria minera.

Asimismo, estableció que la comercialización de los productos mineros se hacía sólo a través del Estado, creando así un monopolio estatal.

5 Tratado de Derecho de Minería – Universidad de San Agustín – Arequipa.

6 Código de Minería 1950 – Edición Oficial.

En lo contractual, el Decreto Ley N° 18880 suprimió, infelizmente, el trato individual y sistemático que el Código de 1950 dio a cada contrato minero. Las normas contractuales fueron agrupadas en el Capítulo II del Título III. Estableció el concepto de cesión para el contrato de exploración y explotación preexistente y circunscribió la prenda sobre minerales a los extraídos (en el Registro Público de Minería abrió el Libro Especial para la Prenda Minera); suprimió el contrato de Avío Minero y el “Préstamo Minero” definido, como lo hacía el Código de 1950, por los fines a que se destinaba y reguló su solemnidad exigiendo escritura pública cuando su monto excedía de S/.100,000.00 de entonces. El contrato de arrendamiento procedió únicamente para las plantas de beneficios portátiles y ara el sistema de transporte minero usándose fajas transportadoras, tuberías o cables carriles⁷. La ley incorporó a su texto normas sobre seguridad e higiene y creó la comunidad minera. Finalmente, estableció que dentro del campo de la Ley de Minería se comprendía el aprovechamiento de las sustancias minerales del mar, margen continental y los fondos marinos y sus respectivos subsuelos hasta las 200 millas marinas de la costa.

VI. DECRETO LEGISLATIVO N° 109

Fue promulgado el 12 de junio de 1981 y entró en vigencia el 1 de setiembre de ese año. A partir de esta segunda Ley General de Minería, los denuncios mineros- derecho minero en trámite hasta la expedición del título correspondiente – son inscribibles. La inscripción se hacía de oficio y se entendía en el Libro de Concesiones de conformidad con los artículos 191° y 194°.

El cambio permitió hipotecar el denuncia, lo que no era posible con la legislación anterior que sólo permitía la anotación preventiva sujeta a extinción, y facilitó, por consiguiente, la contratación financiera para el derecho minero. Vale recordar que el Banco Minero gozó de una norma de excepción donde las anotaciones preventivas a su favor, derivadas de los créditos que concedía, eran permanentes. Así como la famosa “sábana” hipotecaria, en cuestión, que hacía que se tuviera hipotecada una concesión en beneficio del Banco, todo bien que se adquiriera por el prestatario incluido en la hipoteca fuera o no destinado a la concesión hipotecada.

En los contratos suprimió el trámite administrativo de la aprobación de los mismos por la autoridad minera y quitó la nulidad sancionadora de los contratos que no constaban en escritura pública (artículo 233° del Decreto Ley N° 18880). En los artículos 280° y 281° del Decreto Legislativo N° 109 quedó establecido que, a partir del 1 de enero de 1991, los contratos mineros a los que se refería la nueva

norma se registrarán por las reglas del derecho común, en lo que no se opusieran al Decreto Legislativo N° 109, así como constarían en escritura pública y se inscribirían en el Registro Público de Minería “para que surtan efecto frente al Estado y terceros”, salvo la excepción a favor del Banco Minero.

El Decreto Legislativo N° 109 reguló como contrato autónomo la opción. El artículo 283° expresó que por este contrato el titular de un derecho minero (concesiones y denuncios) se obligaba incondicional e irrevocablemente a celebrar en el futuro, dentro de un plazo convenido no mayor de cinco años, un contrato definitivo (cualquiera de ellos). La opción puede ser ejercitada por cualquiera de las partes. Con la legislación anterior, la opción sólo podía hacerse con vista a una transferencia. El artículo 173° del Código de minería de 1950 dice que es válida toda clase de opción obligatoria sólo para el enajenante durante un plazo que no será mayor de cinco años. El artículo 235° del Decreto Ley N° 18880 añadió en su única disposición sobre el particular que el plazo se contaba a partir de su suscripción. Dentro de este marco, la opción era una promesa de venta con un plazo que podía exceder, como máximo en tres años al permitido por el Código Civil de 1935 para esa figura contractual. La ampliación se justificaba por las peculiaridades de la minería.

Con relación a las sociedades contractuales mineras, la inscripción de las mismas se hacía obligatoriamente en el Registro Público de Minería y, opcionalmente, en el Registro Mercantil (artículo 302° del Decreto Legislativo N° 109). La inscripción en ambos registros (artículo 260° del Decreto Ley N° 18880) se mantuvo para las sociedades que desarrollaran otras actividades adicionales distintas a la minería.

Con esta segunda Ley General de Minería se introduce el uso de la U.T.M. en la petición de una concesión minera, paso muy significativo para la ubicación exacta del derecho minero.

«El mayor acierto de la legislación peruana en general desde el año 1900 hasta la fecha ha sido el que la legislación dictada ha sido formulada o propuesta en forma conjunta por el Estado y los empresarios».

7 Revista de Derecho Minero y Petróleo – N° 54 – 1996.

Al establecer constitucionalmente la prohibición de monopolios (artículo 133° de la Constitución de 1979) y reconocida la libertad de industria y comercio interior y exterior (artículos 131° y 117° de la mencionada Constitución de 1979), la exclusividad estatal para la comercialización de todos los minerales dispuesta por el artículo 34° de la Ley N° 18880, otras restricciones del Título II del mismo Decreto Ley y algunas leyes especiales, quedaron sin efecto. La comercialización a través del Estado (MINPECO) quedó como obligatoriamente para las empresas mineras estatales, y, opcional, para quienes quisieran utilizarla (Cap. III del Título Segundo del Decreto Ley N° 109).

VII. DECRETO LEGISLATIVO N° 708

Llamada Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero. Fue promulgada el 6 de noviembre de 1991, iniciando su vigencia el 14 de diciembre de 1991.

Esta norma, como sucedió con el Decreto Ley N° 18880 en su momento, responde a una orientación política global del Estado centrada, en lo económico, a la creación de condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada. El Decreto Legislativo N° 708 busca ese fin en la actividad minera mostrando una decidida voluntad promotora al declarar de interés nacional la promoción de inversiones en la actividad minera. Recuérdese que desde el Decreto Ley N° 18880, la industria minera era considerada de "utilidad pública".

El interés primordial del Decreto Legislativo N° 708 fue la creación de condiciones económicas para la inversión en minería y ese interés constituye la premisa para comprender las variadas modificaciones legislativas que introduce: deroga ciento cincuenta y cinco artículos del Decreto Legislativo N° 109; modifica cerca de diez artículos del Decreto Legislativo N° 613, Código del Medio Ambiente, aspecto de tanta incidencia y relación con la minería, introduciendo una forma sistemática para que la actividad minera en forma ordenada cumpla con la preservación del medio ambiente, estableciendo standards, la forma como cumplirlos y dándole al Ministerio de Energía y Minas una importante presencia para el cumplimiento de las disposiciones legales respectivas, así como distintas leyes, Decretos Leyes, Decretos Legislativos y, naturalmente, "las disposiciones que se opongan a la (sic) presente".

El Decreto Legislativo N° 708 expresa su voluntad promotora cuando precisa los beneficios básicos que les corresponden a los titulares y las garantías y medidas promocionales que la Ley les otorga; modifica las normas relativas a la actividad minera y simplifica el trámite de constitución de los derechos mineros. Señalamos a continuación algunas disposiciones que juzgamos relevantes:

- Mantiene la propiedad del Estado sobre los recursos minerales cuyo aprovechamiento se efectúa a través de la Actividad Empresarial del Estado mediante concesiones, sistema exclusivo para las actividades mineras, excepto la comercialización. Las concesiones se otorgan para la acción empresarial minera del Estado y a los particulares, sin distinción ni privilegio alguno. Dentro de este marco, suprimió los Derechos Especiales del Estado (excepto algunos relacionados con el INGEMET) pasándolos al sistema de concesiones.
- Crea el sistema de cuadrículas con base en las cuales se otorgarán las concesiones (que en su trámite se llamarán "petitorio" y no "denuncio") en extensiones de 100 a 1,000 hectáreas; salvo en el dominio marítimo, donde las concesiones se podrán otorgar en cuadrículas de 100 a 10,000 hectáreas.
- Crea el concepto de "Concesión Minera" que otorga a sus titulares el derecho tanto de explorar como de explotar los recursos mineros concedidos. En la legislación anterior cada una de esas actividades originaba su propia concesión.
- Crea la "Concesión de Beneficio" consolidando las anteriores concesiones de beneficio y refinación, correspondiéndole a la Dirección General de Minería el conocimiento y aprobación de la solicitud para esta clase de concesión.
- Mantiene las concesiones de labor general y transporte minero, cuya solicitud se tramita ante la Dirección General de Minería.
- Crea en el Registro Público de Minería la Oficina de Concesiones Mineras encargada de llevar el sistema de cuadrículas. El petitorio de concesiones mineras se tramita en el Registro Público de Minería desde su presentación. El Registro Público de Minería asume, por virtud de lo dicho, nuevas funciones.
- Las sustancias radioactivas que estuvieran reservadas al Estado, podrán ser materia de actividad minera privada.
- Sustituye el canon minero por el Derecho de Vigencia, cuyo no pago por dos años consecutivos produce la caducidad de la concesión.
- Introdujo expresamente el Joint Venture, contrato asociativo de riesgo compartido que debe formalizarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Minería.
- Las nuevas concesiones mineras se clasifican en metálicas y no metálicas según la clase de sustancia, sin superposición ni prioridad entre

ellas y permite que la concesión minera sea transformada a sustancia distinta de la inicialmente otorgada con la sola declaración que formule su titular.

- Definió el alcance del artículo 121° de la Constitución de 1979, vigente una vez entrado en vigencia el Decreto Legislativo N° 708, al precisar que la participación de las zonas donde se ubican los recursos naturales, se traduce en la redistribución de un porcentaje tanto del Derecho de Vigencia como del Impuesto a la Renta que paguen los titulares de la actividad minera. La cuestión es digna de recordarse por la coherencia que muestra con el propósito de la ley (Decreto Legislativo N° 708). La vaguedad del texto constitucional sembró dudas sobre sus alcances; la precisión del Decreto Legislativo N° 708 las despeja sin perjudicar el interés local ni la aplicación descentralizada de los recursos del Estado.

VIII. EL T.U.O.

Es el nombre común del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y tiene su fundamento legal en la novena Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 708 el cual fue aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM del 2 de junio de 1992.

Vale señalar que conforme al artículo 2° del Decreto Supremo aprobatorio, las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 708 tienen vigencia desde la entrada en vigencia de dicho Decreto Legislativo, salvo que del propio texto de esa norma resulte una fecha distinta.

IX. LA LEY DEL CATASTRO

La Ley de Creación del Catastro Minero Nacional - Ley N° 26615 del 25 de mayo de 1996, vigente desde el día siguiente, tiene como más alta finalidad: ordenar de forma permanente los aspectos, hechos y actividades relevantes de la vida de una comunidad. Si como ocurre con la minería en relación con la comunidad peruana, el orden se produce en un sector o actividad gravitante de ese conjunto humano, la ley es una piedra angular para dicha comunidad, sector o actividad. Este podría ser el mayor mérito de la Ley N° 26615, en tanto aporta seguridad jurídica a todos los agentes de la actividad minera, que hoy se cumple en el país.

En orden a la formación de la titulación minera, la Ley N° 26615 trae transformaciones importantísimas dado que el fundamento tecnológico a que es posible recurrir ahora inspira muchas, tal vez todas, sus disposiciones.

Los sistemas más simples, propios de la época, correspondientes a las normas, que daban el espacio

indispensable para la ubicación territorial del derecho minero, pasan definitivamente a la historia. La Ley N° 26615 volteó la página. El Doctor Enrique LASTRES BERNINZON⁸ explicaba, con su conocimiento y agudeza habituales, esta evolución en el análisis de la Ley, que bajo el título de El Catastro Minero Nacional, apareció en el Órgano del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo.

Pensando en la aplicación cabal de la Ley N° 26615, no parecería ilusorio pensar en una especie de "Pax-Romana" en la litigiosidad minera, producida frecuentemente, durante la formación del derecho minero, situación que no siempre obedecía u obedece a la mala fe. Simplemente era – o es – consecuencia de la complejidad de la minería, de la incipiente y, a veces, precaria tecnología con la que se disponía para resolver casos cuya solución pasaban por una pericia técnica inobjetable. Si algo puede preocupar para la aplicación de la Ley del Catastro Minero Nacional es el salto tecnológico, pues hoy nos encontramos en la era del uso de satélites cuando pocos años atrás nuestros recursos resultaban ser simples y ampliamente perfectibles. En estrecho y seguramente incompleto resumen, podría señalarse como aportes de la Ley:

- i. Identificar en el territorio continental la ubicación que corresponde a los derechos mineros, según sus títulos. La dificultad para hacer ello de manera indiscutible podría deberse a la antigüedad de la actividad minera y, por consiguiente, de sus títulos; así como a las limitaciones técnicas para definir la ubicación de los derechos concedidos. Es realista la Ley cuando reconoce la vigencia, incidencia y presencia de los títulos preexistentes, pero es constructiva cuando propicia procedimientos que incorporen los derechos así respaldados a un sistema de certeza prácticamente inatacable.
- ii. La objetividad del sistema, fruto de la utilización de las coordenadas U.T.M., cuyo uso permite identificar un punto determinado con cálculos; y, la ayuda de instrumentos de precisión casi absoluta.
- iii. La inmutabilidad del derecho. Las únicas variaciones posibles del derecho minero provendrían de las acumulaciones o divisiones del mismo, porque las concesiones se encuentran donde el Catastro lo ha establecido y por fin dejan de "tener ruedas".
- iv. Veracidad y exactitud en la información porque conocida la unidad de medida – la cuadrícula – y conocida la extensión del territorio continental del país, es fácil determinar el número de concesiones. De aquí que el catastro minero nacional será un inventario definitivo de derechos mineros válidamente

8 Revista de Derecho Minero y Petróleo N° 54 - 1996.

constituidos y un importante punto de partida para la valuación de la reserva minera nacional y muy especial para la seguridad en el título minero.

- v. Reduce el tiempo para la formación del título minero pues han quedado suprimidos numerosos pasos procesales. Al respecto, cabe presumir un menor costo en la formación del título, pues muchas diligencias de campo o similares son, o serán, prescindibles. Ahondando en presunciones con sustento lógico, se diría que el título dado en el marco de la Ley del Catastro Minero Nacional, hace inútil el plazo para impugnarlo, lo que es un "pro" para la seguridad jurídica.
- vi. La publicidad de la información proporcionada por el catastro, dada su condición de órgano del Registro Público de Minería, cumple la finalidad como la de todo registro público en dar fe pública y oficial a los miembros de una comunidad sobre determinadas situaciones legales.

El catastro ha incorporado definitivamente como concesiones con título firme aquellas que han realizado la diligencia de enlace indicada en el Decreto Legislativo N° 109; las concesiones que figuran en los catastros regionales aprobados por Resolución Suprema, producto del trabajo de la Oficina de Catastro Minero y algunas Jefaturas Regionales de Minería; y, las nuevas concesiones que se otorguen con el sistema de cuadrículas por el Registro Público de Minería. Habrá una incorporación referencial de carácter provisional con tendencia a la incorporación definitiva, a medida que el derecho minero adquiera su ubicación definitiva.

A la luz de esta reseña, hay que preguntarse si no sería conveniente que el Catastro creado por la Ley N° 26615 dejara de ser un órgano del Registro Público de Minería, como es actualmente, y se convirtiera en una Dirección General de Catastro, cobrando una autonomía y competencia más acorde con sus funciones. Al Registro Público de Minería se le asignaría una función de fedatario oficial más concordante con su esencia y sería, además, el depositario – también oficial – del acervo documentario minero de todas las concesiones incorporadas al Catastro.

Una ventaja adicional a favor de la transparencia: desaparecería la suspicaz apreciación – siempre posible – de ser juez y parte en un eventual conflicto de intereses.

X. ZONA DE FRONTERA

Hay en la legislación minera una positividad de orden constitucional que quisiéramos resaltar. Las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 pro-

hibieron a los extranjeros la tenencia de minas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras nacionales, salvo caso de necesidad nacional declarada por ley especial (artículos 39°, 36° y 126°, respectivamente). La constitución vigente mantiene la prohibición (artículo 71°), pero exceptúa aquellos "casos de necesidad pública" que deben ser expresamente declarados por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a Ley⁹.

La modificación de esta formalidad de trámite para permitir la inversión extranjera en zonas de frontera es a nuestro parecer conveniente y, concretamente, en el estado actual de nuestras relaciones con los países vecinos, el cambio favorecería la posibilidad de explotar la riqueza minera de esa porción territorial.

XI. TRIBUTACIÓN

Debemos ahora referirnos a la parte tributaria de la legislación minera, tema que es tan importante como la seguridad de los títulos, pues los tributos bien aplicados permiten desarrollar los grandes proyectos, mientras que su mala aplicación supone liquidar los mejores proyectos. Las expresiones que vertemos sobre este particular son, necesariamente, generales y no responden a un análisis especializado de las normas tributarias; en tanto ello demandaría una especialización con la que no contamos y, es que por su trascendencia y complejidad, daría lugar –ese sólo tema– a más de un artículo como el presente.

Dentro de esta limitación creemos que lo tributario resulta ser el "Talón de Aquiles" de la legislación minera y, aplicando el título de mi intervención, podría colocarlo más cerca de las debilidades de dicha legislación, no por las disposiciones contenidas en las normas mineras, sino por las permanentes violaciones que se le han hecho a la Ley luego que ésta se haya dictado.

Todas las leyes vertebrales de la minería peruana han abordado, con creciente amplitud y rigor, el tema tributario. Alguna, como el Código de Minería de 1900 (Título IV) de manera simple, otra como el Código de Minería de 1950 (Título VI del Capítulo I, dentro de las obligaciones de los concesionarios) con mayor detenimiento y profundidad y, las más modernas como el Decreto Ley N° 18880 (Títulos 7 y 8 –Régimen Tributario y Disposiciones Promocionales), el Decreto Legislativo N° 109 (Título 8 –de igual denominación al anterior) y el Decreto Legislativo N° 708 cuyas normas tienen, mayoritariamente, carácter o incidencia tributaria con una mejor sistematización y más acentuada intención promocional.

9 Constitución Política del Perú de 1993.

Infelizmente una frondosa legislación que se desarrolló en torno a esta legislación tributaria minera básica y fallas de técnica legislativa de ella misma, desfiguraron la intención inicial y fue desapareciendo el perfil promotor y de estabilidad que aparecía prefigurado en las leyes.

Una situación que se produjo realmente nos ilustra sobre la esencia del “Talón de Aquiles” que hemos mencionado. En 1971, a las pocas semanas de promulgado el Decreto Ley N° 18880, en un evento de temas mineros, el doctor Enrique Normand Sparks, comentando el Régimen Tributario y Disposiciones Promocionales del indicado Decreto Ley, bosquejó un esquema sumamente didáctico y comprensible de las principales normas tributarias y de promoción contenidas en dicha Ley¹⁰. Diez años después, en 1981, en un certamen semejante, el mismo doctor Normand Sparks, evocaba su primera conferencia y decía a la audiencia “*Repetir hoy (1981) este enfoque sería totalmente ocioso*” y luego de un versado análisis de las variaciones legales producidas en el indicado lapso, continuó “*Vemos así que de todas las disposiciones promocionales que contenía el Capítulo I del Título 8° del Decreto Ley N° 18880, sólo subsisten incólumes la facultad de castigar aceleradamente cierto monto de inversiones anuales y la de revaluar libre de impuestos los activos fijos cuando se produzca una fluctuación entre nuestro signo monetario y la divisa*”¹¹. En otra parte de la misma conferencia, el jurista examinó el principio del Decreto Ley N° 18880 conforme al cual “*(...) los titulares de actividades mineras sólo tributarán por todo impuesto, el impuesto a la renta (...)*” (artículo 119° – Título VII – Régimen Tributario) para concluir que esa “*fue la primera norma vulnerada*”¹². Creo que si prolongamos el estudio hasta el presente, las conclusiones serían iguales.

Lo referido nos indica la esencia de la mayor debilidad que, en nuestra opinión, puede atribuirse a la legislación minera general: la inseguridad tributaria que se manifiesta de diversas maneras.

En minería los proyectos fácilmente sobrepasan y se conciben para plazos mayores y, siendo así, la seguridad jurídica que se necesita es la que acompañe toda la ejecución del mismo.

En apoyo de lo dicho quiero citar al doctor Alfonso RUBIO FEIJOÓ, quien en 1987, disertando sobre la “Estabilidad Jurídica en la Tributación”, dijo: “*En el caso concreto de la minería, la seguridad jurídica del régimen (tributario) debe necesariamente estar referida a períodos largos de tiempo. Ello, en razón*

al hecho de que a diferencia de otros sectores de la economía la minería requiere de plazos más extensos para materializar un proyecto, plazos durante los cuales se invierte cantidades muy importantes de dinero, de las cuales una parte importante es inversión de riesgo”. Luego enumeraba, de conformidad con la legislación vigente lo concerniente a las etapas de exploración -que podía durar hasta cinco años- y de explotación, para proseguir diciendo así: “*Un proyecto minero antes de entrar en producción puede requerir un plazo de seis a ocho años si se trata de pequeña o mediana minería y de mucho más plazo si se trata de proyectos de mayor envergadura*”¹³.

Durante los últimos años el Estado ha ido incorporando modificaciones que regulan directa o indirectamente la inversión de la actividad minera dándole mayor estabilidad a las mismas. Desde que se aprobó el TULO se han incorporado cambios con el objeto de contribuir a la seguridad jurídica de los proyectos mineros:

- La Ley N° 25764¹⁴ derogó algunos artículos del TULO en lo que se refería a deducciones al Impuesto a la Renta y al Impuesto Patrimonial Empresarial.
- El Decreto Ley N° 26121 incluyó en el TULO disposiciones sobre la contabilidad en moneda extranjera.
- El Decreto Supremo N° 024-93-EM, Reglamento del Título 9° del TULO, referido a las Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión en la actividad minera.
- El Decreto Legislativo N° 868, que incorporó al TULO distintas modificaciones entre las que se encontraba la referida al pago del derecho de vigencia.
- La Ley N° 27341, que estableció diversas modificaciones sobre el pago y distribución del Derecho de Vigencia.
- La Ley N° 27342, Ley que regula los Convenios de Estabilidad Jurídica al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, modificó algunas disposiciones referidas a la celebración de Convenios de Estabilidad Jurídica, al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757: requisitos de inversión, aplicación de los puntos porcentuales adicionales a la tasa del Impuesto a la Renta, restricciones a la reorganización e inclusive contenía disposiciones de naturaleza retroactiva, que luego se dejaron sin efecto.

10 Revista de Derecho Minero – Diciembre de 1971 – N° 29.

11 Revista de Derecho Minero – Diciembre – Julio 1980 – N° 41.

12 IDEM.

13 Revista de Derecho Minero – Julio 1987 – N° 48.

14 Derogado por Octava Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 775, Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

- La Ley N° 27343, Ley que regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al amparo de las Leyes Sectoriales, que estableció la aplicación de dos puntos porcentuales adicionales a la tasa del Impuesto a la Renta, así como restricciones en caso de reorganización respecto de aquellas empresas que suscribieran Convenios de Estabilidad Tributaria al amparo de las normas sectoriales, como es el caso de las que regulan la actividad de hidrocarburos y la actividad minera. También contenía disposiciones de naturaleza retroactiva que luego se dejaron sin efecto.
- La Ley N° 27391 que modificó a las Leyes N° 27342 y N° 27343 respecto a restricciones impuestas originalmente a la reorganización de empresas.
- El Decreto Legislativo N° 913 que regula el pago del Derecho de Vigencia.
- La Ley N° 27514, Ley que modifica el Régimen de Suscripción de Convenios de Estabilidad Jurídica. Modificó el artículo 1° de la Ley N° 27342 estableciendo que en los convenios de estabilidad jurídica que se celebren con el Estado, al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757, se estabilizará el Impuesto a la Renta que corresponde aplicar de acuerdo a las normas vigentes al momento de la suscripción del convenio correspondiente, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones transitorias.
- La Ley N° 27651, Ley de Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal.
- La Ley N° 27909, ley referida a los alcances del Impuesto a la Renta en los convenios o contratos que otorgan estabilidad tributaria.

XII. LEY N° 27015¹⁵

La Ley del epígrafe, Ley Especial que regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana, destinada a regular las concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana, fechada el 18 de diciembre de 1998 y vigente desde el 20 de ese mes y año, ha resultado, lo que en el marco de esta disertación, como una debilidad de la legislación minera.

- De inicio establece un área de no admisión de petitorios de concesiones mineras y no mineras en áreas urbanas y las eventuales excepciones para admitir petitorios, deben ser aprobadas por Ley expresa, formalidad que excede la exigencia constitucional ya comentada, la cual sólo pide este requisito para autorizar inversiones extranjeras en zonas de frontera con el fin de explotar

recursos mineros. La desproporción es evidente y asombrosa. Como se sabe y lo hemos señalado antes, la Constitución vigente sólo requiere, para esas inversiones fronterizas, un Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros.

- No se precisan los conceptos de área urbana y área de expansión urbana. La remisión a una Ordenanza Municipal para definir los conceptos no resuelve el problema, porque el mismo artículo exige para el otorgamiento del título de la concesión minera la previa opinión favorable de las Municipalidades Provincial y Distrital. El plazo para emitir esas opiniones es de seis meses, de suyo amplio, y si los municipios no emiten su opinión en el plazo establecido, el silencio administrativo opera no sólo sobre el petitorio sino también sobre el área solicitada, la cual será declarada como definitivamente no peticionable.
- La concesión se otorgará por Resolución Ministerial, solemnidad inusual para las concesiones mineras en otras áreas.

Introdujo inicialmente causales de caducidad no previstas en la Ley, hecho que alteró los supuestos iniciales bajo los cuales algún inversionista hizo sus estimaciones y proyectó su empresa. Sin embargo, mediante la Ley N° 27560, este error fue corregido y se sustituyó el artículo que contemplaba dicha disposición.

Ha elevado el Derecho de Vigencia de las concesiones para extraer materiales de construcción lo que incidirá en el precio de éstos y, por ende, en la industria de la construcción. Esto resulta implicate con la política económica reactivadora -es conocido el efecto multiplicador de la industria de la construcción- que desea desarrollar el gobierno y que el país exige.

A esta Ley se le hicieron fundadas críticas y se resaltó la necesidad de que este tipo de normas sean discutidas previamente con las autoridades y profesionales de la actividad minera. Compartimos este punto de vista que corresponde a una política que cuando es observada -como ocurrió muchas veces entre nosotros- produjo una legislación minera acertada de repercusión positiva.

XIII. LEY N° 27506

Más conocida como la Ley del Canon, de julio de 2001, fue creada con el objeto de determinar los recursos naturales, cuya explotación genera canon, y, regula su distribución en favor de los gobiernos regionales y gobiernos locales de las zonas donde se exploten los recursos naturales, de conformidad con lo establecido por el artículo 77° de la Constitución Política del Perú.

15 Mediante Decreto Supremo. N° 008-2002-EM se aprobó Reglamento de esta Ley.

El Canon Minero tiene su origen en el Impuesto a la Renta (IR) que pagan las empresas mineras. Conforme a lo establecido en la Ley N° 27506 del monto ingresado por este concepto (IR), se destina el 50% para las zonas donde se explota el recurso mineral y el otro 50% para el gobierno central.

Inicialmente la “Ley Madre” del canon, establecía una distribución en función a la densidad poblacional, criterio con el que se perjudicaba a las zonas productoras del recurso natural en beneficio de las ciudades con mayor densidad poblacional. Con las Leyes N° 28077 y N° 28322, que modifican la Ley de Canon, se corrige la errónea distribución de estos recursos para distribuirlos en función ya no de la densidad poblacional sino simplemente en factores de población y pobreza vinculados a la insatisfacción de necesidades básicas. Con este nuevo criterio, la distribución del canon está orientada a beneficiar al distrito donde se encuentran en explotación los recursos naturales destinándose, además, un 30% para las comunidades donde se encuentra en explotación el recurso natural. De esta manera, se corrigió los errores en la distribución que produjeron ciertos roces sociales (Moquegua –Tacna).

XIV. LEY N° 27474

La Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, promulgada en junio de 2001, reguló las competencias del Ministerio de Energía y Minas como el organismo del Poder Ejecutivo competente para fiscalizar las actividades mineras a través de sus órganos de línea. Esta Ley fue posteriormente derogada por la Ley N° 28964, mediante la cual se creó un organismo especializado (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN), como ente regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público, interno o privado; y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.

XV. LEY N° 27651

La Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, de enero de 2002, fue un paso muy positivo, ya que, tanto la Pequeña Minería, casi inexistente en el país y la minería artesanal, habían sido abandonadas durante los últimos diez años por la legislación minera.

XVI. LA LEY N° 28258

La Ley de Regalía Minera, de junio de 2004, no fue bien recibida y hasta se presentó una acción de inconstitucionalidad sobre la misma, la cual al final no prosperó. La regalía minera se creó como una “*contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la*

explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos”. Si bien, en la Exposición de Motivos de la misma Ley se concibió a la regalía minera como una contraprestación que no tenía naturaleza tributaria, lo cual es discutible, en tanto la intención del legislador desde un inicio fue aplicar dicha regalía sobre las ventas que realizara el titular de la actividad minera, sin discriminar si éstas procedían o no de un Proyecto determinado o de la aplicación de un procedimiento o tratamiento en particular.

XVII. DESARROLLO AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN MINERA¹⁶

En concordancia con la legislación general la inserción de la temática ambiental en la regulación minera atendió a la necesidad de que el aprovechamiento de los minerales sea realizado con una perspectiva de racionalidad y sostenibilidad. Las disposiciones aprobadas en principio, tenían como objetivos básicos: establecer las acciones de previsión y control del desarrollo de las actividades mineras para armonizarlas con los criterios de protección ambiental y proteger el ambiente de los riesgos resultantes de los agentes nocivos generados a lo largo de las labores mineras; evitar que se sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos; y, fomentar el empleo de nuevas técnicas y procesos ambientalmente aceptables. Entre las principales normas adoptadas entonces destacan las siguientes;

- Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero-Metalúrgicas, (Decreto Supremo N° 016-93-EM). Modificaciones introducidas mediante el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, (Decreto Supremo N° 022-2002-EM).
- Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2008-EM.
- Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, la cual fija los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos.
- Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM, la cual fija los niveles máximos permisibles para elementos y compuestos presentes en emisiones gaseosas provenientes de las unidades minero-metalúrgicas.
- Resolución Directoral N° 035-95-EM/DGAA, que aprueba las guías ambientales como lineamientos para la elaboración de estudios de impacto ambiental y programas de adecuación y manejo ambiental dentro del Subsector Minero.
- Ley N° 28271, Ley que regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera y su Reglamento

¹⁶ Tendencias en la Legislación Medio Ambiental Minera y los Pasivos Ambientales, Yupari Anida.

aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-2005-EM.

- Decreto Supremo N° 033-2005-EM, Reglamento para el cierre de minas.
- Resolución Directoral N° 280-2007-EM/AAM, Guía para la Evaluación de Impactos en la Calidad del Aire por Actividades Minero-Metalúrgicas.
- Resolución Directoral N° 281-2007-EM/AAM, Guía para la Evaluación de Impactos en la Calidad de las Aguas Superficiales por Actividades Minero-Metalúrgicas.
- Decreto Supremo N° 028-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.
- Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM, que regula el proceso de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero.

A lo largo de este proceso la legislación sectorial incorporó dos instrumentos clave de gestión ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). El EIA resulta exigible para actividades nuevas, ampliación de operaciones en más de 50%, cuando se pase de fase de exploración a explotación o cuando se incorpore una concesión de beneficio. Mientras que el PAMA, es exigible para las operaciones en curso.

La implementación de estos instrumentos, en especial de los PAMAs, han permitido insertar medidas que han atenuado la contaminación minera y mucho más importante han ayudado a fomentar una cultura de responsabilidad ambiental respecto a la mitigación de daños causados y la consecuente prevención de potenciales daños futuros.

Sin embargo, no deja de ser evidente que los grandes avances y cambios en materia ambiental no han sido acompañados por todo el sector minero, pues hay empresas cuyo desempeño ambiental y social aún deja mucho que desear.

XVIII. CONCLUSIONES

Como verán podemos encontrar algunos rasgos comunes en las legislaciones que hemos citado, el primero es que se trata de temas estrictamente técnicos y así lo han entendido los gobiernos de turno porque desde el Código de Minería de 1900, así como el Código de Minería de 1950 y las demás leyes orgánicas que se han dado, siempre se ha solicitado el concurso de los empresarios mineros para la redacción y formulación de los proyectos de ley que después han sido sancionados por la autoridad competente.

Esto es más notorio en el Decreto Legislativo N° 109 y en el Decreto Legislativo N° 708. Ambos fueron dictados por el Poder Ejecutivo en uso de facultades legislativas especiales, pues hubo gran coordinación entre el Estado y los productores para la redacción, siempre con la atingencia de que el Estado era quién señalaba la política general.

Esa coordinación es lo que ha permitido que, en su oportunidad, cada cuerpo legislativo haya impulsado el desarrollo minero. En efecto, para solamente referirnos a los últimos cincuenta años, el Código de Minería del año 1950 trajo como resultado práctico el desarrollo de la Mina de Toquepala, primer gran desarrollo minero en el Perú, así como el desarrollo de los depósitos mineros de Marcona; pero no solamente produjo el desarrollo de estos yacimientos, sino que permitió la aparición de empresas, en ese momento pequeñas, conformadas fundamentalmente por accionistas peruanos que con el devenir del tiempo y gracias a la reinversión bien ejecutada pudieron convertirse en lo que hoy podemos llamar empresas de la mediana minería como son Milpo, San Ignacio de Morococha, Buenaventura, Arcata y muchas otras más.

En el caso del Decreto Legislativo N° 18880 cabe destacar que a pesar de tener un tinte estatista, permitió el desarrollo del yacimiento de Cuajone, en ese momento la mayor inversión minera en el Perú, así como la aparición de algunas empresas mineras estatales. El Decreto Legislativo N° 109 tuvo como acierto desaparecer el monopolio de la comercialización de los productos mineros por el Estado y permitió que la minería existente en ese momento afrontara con éxito la caída de los precios internacionales. Por último, el Decreto Legislativo N° 708 ha permitido que se genere el actual boom de la actividad minera, y así tenemos experiencias de desarrollo tales como Yanacocha, Pierina, Antamina y una serie de proyectos menores que han podido ser estudiados y desarrollados al amparo de las disposiciones de este Decreto Legislativo. Además, existe una inversión muy fuerte en estudios y exploraciones, que habiéndose efectivamente gastado en el país y a pesar de no haber producido los resultados geológico-económicos deseados, han dejado en la zona donde se han efectuado fuertes inversiones que permiten dar empleo en las zonas más inhóspitas de nuestra patria.

En resumen creemos que el mayor acierto de la legislación peruana en general desde el año 1900 hasta la fecha ha sido el que la legislación dictada ha sido formulada o propuesta en forma conjunta por el Estado y los empresarios por lo que no se ha tratado en ningún momento de iniciativas emanadas de cuerpos colegiados que no conocían la parte técnica. Esto ha permitido que se creara el Sistema de Concesiones, a las que se aplicaban - en esa fecha - las mejores técnicas para tratar de determinar la exacta posición de cada pedimento

con la finalidad de otorgar el título correspondiente sin problemas. Por último, con el Decreto Legislativo N° 708 se cambió el sistema de denuncios hechos en el campo por el sistema de cuadrículas pre-establecidas en base a un catastro.

Creemos sinceramente que hoy día la gran fortaleza de la legislación minera peruana está dada en que la creación de este sistema ha permitido a la fecha compatibilizar los anteriores denuncios o concesiones con las distintas cuadrículas del Catastro. Debemos elogiar el trabajo que, en este sentido, se ha hecho en el Registro Público de Minería, pues se ha logrado otorgar coordenadas definitivas al 99% de los derechos mineros y, consecuentemente, incorporarlos al Catastro.

Como colofón de este análisis, debemos reconocer que al revisar la legislación minera, nos complació encontrar una constante referencia al amparo por el trabajo. Eso reafirma que la minería no es una actividad especulativa que acopia e inmoviliza riqueza aguardando un momento conveniente, sino que, por el contrario, tiene el dinamismo como rasgo esencial y requisito de su propia existencia.

La expresión actividad minera cobró el significado de acción. Toda acción requiere de una energía motriz la que en minería es, junto con el insustituible factor humano, el factor económico.

Por eso privar a la minería de este tipo de recursos vía leyes tributarias excesivas e inestables es condenarla a extinción, porque el capital más barato que puede encontrar el empresario minero es el que genera con su propio trabajo; aplicarlo al desarrollo del yacimiento se llama reinversión la cual, por consiguiente, no debería ser obstaculizada, sino alentada. No proceder así es poner a la minería ante una paradoja: debe laborear el derecho minero (léase invertir) para conservarlo, pero se le priva de los recursos para hacerlo.

Nos atrevemos a sostener que los sucesivos cambios de las leyes rectoras de la minería, siempre significaron una progresión positiva, sin prisa pero sin pausa, para la formación de una legislación buena y madura. Por lo menos, no encontramos en esos cambios fracturas traumáticas, sino correcciones hacia lo mejor, aunque a veces ello significó rectificaciones difíciles. 