

# La regulación del contrato de explotación en los regímenes vigentes de formalización minera

José Abel Castillo Hernández<sup>1</sup>

## SUMARIO

I. Introducción. II. El régimen de formalización minera establecido por la Ley 27651. III. El nuevo régimen o proceso de formalización minera al amparo del Decreto Legislativo 1105. IV. El contrato de explotación. 4.1 Cuestiones preliminares. 4.2 Características y efectos jurídicos del contrato de explotación. 4.3 ¿Quién asume la responsabilidad ambiental en los contratos de explotación?

## PALABRAS CLAVE

Contrato de explotación; régimen de formalización minera; artesanal.

## KEYWORDS

Exploitation contract; mining formalization regime; craft.

## RESUMEN

El autor, luego de describir y verificar los resultados de la ejecución de los dos procesos de formalización minera a nivel nacional en el Perú, analiza las características y efectos del contrato de explotación minera; y demuestra que la responsabilidad ambiental solidaria establecida en la Ley 27651 ha quedado tácitamente derogada por la responsabilidad ambiental individual prevista por el Decreto Legislativo 1105.

## ABSTRACT

The author, after describing and verifying the results of the execution of the two mining formalization processes at a national level in Peru, analyses the characteristics and effects of the mining exploitation contract; and proves that the joint environmental liability established in Law 27651 has been tacitly repealed by the individual environmental liability regulated by the Legislative Decree 1105.

## I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los efectos jurídicos del Contrato de Explotación establecido dentro de los dos regímenes vigentes en el ordenamiento jurídico peruano para formalizar a la minería ilegal: por un lado, el régimen creado por la Ley 27651 (Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal) (en adelante, la Ley 27651); y, por otro, el creado por el Decreto Legislativo 1105 (en adelante, el Decreto Legislativo 1105).

<sup>1</sup> Estudiante de último ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Exdirector de la Comisión de Ventas y Suscripciones de la Asociación Civil Círculo de Derecho Administrativo.

Para ello, en primer lugar, describiremos qué tan efectivo fue el proceso de formalización llevado a cabo bajo el amparo de la Ley 27651 y su reglamento; y lo propio respecto del nuevo proceso de formalización establecido por el Decreto Legislativo 1105, proceso que ha concluido el 19 de abril de 2014, que actualmente se encuentra en una etapa de saneamiento al año 2016.

Posteriormente, nos abocaremos a las características y efectos jurídicos propios del contrato de explotación y su utilización como mecanismo de formalización minera en los dos regímenes antes mencionados; y, particularmente, a la distinta regulación de la responsabilidad ambiental generada por la suscripción de este, teniendo en cuenta cómo una clara asignación de responsabilidades en materia ambiental constituye un incentivo para atraer inversión privada.

## II. El Régimen de Formalización Minera establecido por la Ley 27651

Si bien es cierto el proceso de formalización establecido mediante el Decreto Legislativo 1105 ha establecido medidas destinadas a combatir la minería ilegal; estas no han sido las primeras, puesto que dicha norma tiene como antecedente al proceso de formalización establecido mediante la Ley 26751, publicada el 24 de enero de 2002, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 013-2002-EM (en adelante, el Reglamento de la Ley 27651), publicado el 21 de abril de ese mismo año.<sup>2</sup> Esta ley sirvió de marco para iniciar un proceso de formalización nacional para aquellos mineros que trabajaban sin tener una concesión minera o que teniéndola no contaban con la licencia ambiental ni social requerida para dicha actividad.

Según Valencia, desde la emisión de dicha norma, el Estado desarrolló hasta el año 2008 diversas acciones de formalización que, para el caso de Madre de Dios, se centraron casi exclusivamente en la búsqueda de soluciones a los conflictos de superposición entre concesionarios y usuarios del bosque, originados en parte por la propia actuación del Estado.<sup>3</sup> Asimismo, dichas acciones se dieron en un contexto complejo que incluía el inicio del proceso de descentralización, la construcción de la Carretera Interoceánica Sur y el aumento significativo de los precios internacionales del oro.<sup>4</sup> Luego de dicho periodo se crea el Ministerio del Ambiente, que coadyuvará en gran parte con las políticas destinadas a combatir la minería ilegal.

En dicho contexto, el Ministerio de Energía y Minas se abocó desde el año 2002 a dos medidas fundamentales: (i) la formación de una Comisión de Concertación encargada de abordar los conflictos entre mineros, comunidades nativas y el Estado, con especial

<sup>2</sup> Es preciso destacar que el mencionado reglamento posteriormente se derogó por el Decreto Supremo 005-2009-EM. Sin embargo, este reglamento fue cuestionado por diversas federaciones de mineros como Fedemin en Madre de Dios, debido principalmente a la supresión del derecho de preferencia y medidas coercitivas gravosas de interdicción. Por ello, posteriormente se restituyó su vigencia mediante el Decreto Supremo 051-2009-EM.

<sup>3</sup> Valencia, Lennin. En "Madre de Dios: ¿Podemos evitar la tragedia? Políticas de reordenamiento de la minería aurífera", p. 74.

<sup>4</sup> Por ejemplo, en el año 2007, el precio del oro creció en un 31% (su máximo aumento anual desde 1979) y era cotizado a 876 dólares la onza; asimismo, en el año 2012, el precio por onza de oro fue de 1,561.60 dólares. Para mayor detalle, ver Ipenza Peralta, César (2013). "Manual para entender la pequeña minería y minería artesanal y los Decretos Legislativos vinculados a la minería ilegal". Tercera Edición. Lima, p. 11.

énfasis en aquellos conflictos dentro de las áreas suspendidas para el otorgamiento de petitorios mineros; y (ii) el inicio de un proceso de empadronamiento de todos los mineros artesanales que hasta antes de la promulgación de la Ley 27651 habían estado trabajando en condiciones de informalidad.<sup>5</sup>

El proceso de empadronamiento de mineros informales tuvo como objetivo identificar a la población objetivo de la política de formalización y sincerar su situación para que pudieran acceder a los beneficios que la Ley 27651 les otorgaba a los Productores Mineros Artesanales (en adelante, PMA), en especial el derecho de preferencia.<sup>6</sup>

En tal sentido, desde el año 2002 hasta el 2008 se realizaron en total cinco procesos de empadronamiento, de los cuales tres se llevaron a cabo íntegramente en Madre de Dios, en donde para el año 2009 se habían logrado formalizar aproximadamente 538 PMA; por lo que, teniendo en cuenta que cada uno de ellos podía emplear hasta 10 trabajadores (incluidos sus familiares), se puede afirmar que el proceso de formalización llegó a aproximadamente 6 mil mineros informales, a pesar de que en dicho año se estimaba la existencia de casi 20 mil.<sup>7</sup>

Ahora bien, en el caso de los mineros informales que eran titulares de concesiones mineras y que venían trabajando al momento de emitirse la Ley 27651, sin contar con instrumento de gestión ambiental alguno, mediante el artículo 1 de la Ley 28073, se les otorgó un plazo excepcional hasta el 24 de enero de 2003 para que presentasen su respectivo Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), en donde detallarían los compromisos de remediación, adecuación e inversión y calendario de obras. Sin embargo, a nivel nacional, solo 117<sup>8</sup> PAMA fueron presentados, lo cual dejaba fuera del proceso de formalización a casi todos los mineros que lo habían iniciado de acuerdo con la Ley 27651 y su reglamento.

Por ello, mediante Ley 28073 se amplió hasta el 31 de diciembre de 2003 la presentación de los PAMA. Bajo este nuevo plazo se presentaron, al menos en Madre de Dios, 70 PAMA, número que si bien es cierto es considerablemente mayor al periodo anterior, en términos porcentuales abarcaba en el mejor de los casos al 20% de los mineros informales en Madre de Dios con concesión, pero sin licencia ambiental.<sup>9</sup> Cabe destacar que, entre 2004 y 2011 fueron presentados aproximadamente 178 PAMA a nivel nacional, de los cuales se aprobaron solo 88, lo que confirmaba las limitaciones en el proceso de formalización bajo la Ley 27651.<sup>10</sup>

Lo anterior reflejaba no solo el desinterés de los mineros informales en formalizarse, sino también lo poco que podía hacer el Estado para prevenir y sancionar las actividades mineras “informales”, así como promocionar las actividades formales —por ejemplo, mediante asistencia técnica para la elaboración de instrumentos de gestión ambiental—, lo cual también un signo característico del proceso de formalización minera al año 2014.

<sup>5</sup> Ipenza, 2013: 87.

<sup>6</sup> Ipenza, 2013: 90.

<sup>7</sup> Ipenza, 2013: 95-96.

<sup>8</sup> Declaración de Congresista Oré Mora (Perú Posible) durante el debate del Proyecto de Ley para ampliar el plazo de presentación de PAMA (Diario de los debates – 8va. Sesión Matinal, 04-09-2003).

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 97-98.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 98.

La Ley 27651 estableció el marco para que aquellos nuevos mineros que quisieran realizar actividades de minería artesanal o pequeña minería desde el año 2003 lo hicieran, obteniendo primero su concesión minera y luego el instrumento de gestión ambiental respectivo (Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado o Declaración de Impacto Ambiental), para poder iniciar cualquier operación. En tal sentido, en el proceso de formalización iniciado a través de dicha ley, la característica más resaltante es precisamente poder iniciarlo, pero paralizando las actividades “informales”. Como se verá luego, el proceso de formalización establecido en el Decreto Legislativo 1105 otorgaba una “licencia” para que los mineros informales que hayan iniciado dicho proceso a través de la Declaración de Compromisos continúen realizando actividades mineras, siempre que no se les excluya de proceso de formalización.

Llegados hasta este punto, podemos concluir que el proceso de formalización establecido por la Ley 27651 y su reglamento no fue debidamente implementado y apoyado por parte del Estado, a pesar de que, a partir de 2005 hubo una oleada de mineros informales que llegaron, sobre todo a Madre de Dios, a arrasar con los bosques para practicar la minería aluvial debido al incremento mantenido del precio del oro a partir de ese año, en adelante. La horda incontrolable de mineros informales se explica en parte por un poco eficiente proceso de transferencia de competencias a los Gobiernos Regionales, quienes no contaban con los recursos necesarios para tomar medidas al respecto.

### III. El nuevo régimen o proceso de formalización minera al amparo del Decreto Legislativo 1105

El nuevo proceso de formalización se inició a través del Decreto Legislativo 1105. Sin embargo, creemos conveniente establecer ciertos antecedentes normativos que incidirán en el paquete de decretos legislativos emitidos en mérito de la Ley 29815, mediante la cual se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materias de interdicción de la minería ilegal.

Sin perjuicio de que, para el año 2009, se establecieron diversas medidas<sup>11</sup> de contención de la minería “informal”, con una participación mayor del Poder Ejecutivo mediante la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Ambiente, podríamos decir que es recién a partir del año 2010 que se empiezan a tomar medidas más drásticas para combatir la minería ilegal. En tal sentido, el Decreto de Urgencia 012-2010 constituye el punto de partida del proceso de formalización llevado a cabo posteriormente.

Si bien es cierto el mencionado decreto tenía una aplicación circunscrita a Madre de Dios, se establecieron un conjunto de medidas sin precedentes en nuestro país tales como:

- (i) La declaratoria de una zona de exclusión que prohíbe cualquier tipo de minería en dicha zona. Esta área comprende, entre otros, la zona de amortiguamiento de la Reserva Nacional de Tambopata, mientras que la zona permitida para la minería suma un área de 545,811 hectáreas.
- (ii) La prohibición del desarrollo de minería en cauces y cuerpos de agua con dragas y equipos similares.

<sup>11</sup> Tales como la suspensión de otorgamiento de concesiones mineras en Madre de Dios, puesta sobre la mesa la creación de zonas de exclusión minera y regulación de actividades de dragado.

(iii) La creación de los conceptos de minería ilegal e informal y la disposición de una serie de medidas para abordarlas; siendo la más importante, en cuanto a la minería ilegal, las acciones de interdicción.

Es producto del Decreto de Urgencia 012-2010 que se creó la “Comisión de Alto Nivel” encargada de elaborar aquellos aspectos que más conflictos generaba en cuanto a la aplicación de dicha norma, así como la “Comisión Técnica Multisectorial”, encargada de elaborar el Plan Nacional para la Formalización de la Minería Artesanal (en adelante, el PNFMA), con un horizonte de implementación de 6 años, esto es, al 2016.

Con estas medidas, a partir de noviembre de 2011, el Ministerio del Interior realizó una serie de operativos que hacían prever la preferencia por el uso de la fuerza pública para el control de la minería ilegal e informal, no solo en Madre de Dios, sino a nivel nacional.

Bajo este contexto, y con un segundo gabinete constituido en diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo recibió facultades para “Legislar en materia de minería ilegal”, a través de la Ley 29815 por 120 días. Como consecuencia de ello, se han emitido nueve decretos legislativos entre febrero y abril de 2012, reafirmando las directrices establecidas por el DU 012-2010:

N	NORMA	FECHA DE PUBLICACIÓN
1	Decreto Legislativo 1099, Decreto Legislativo que aprueba acciones de interdicción de minería ilegal en Puno y remediación ambiental en cuencas de ríos Ramis y Suches.	12 de febrero
2	Decreto Legislativo 1100, Decreto Legislativo que regula la interdicción de minería ilegal en toda la República.	18 de febrero
3	Decreto Legislativo 1101, Decreto Legislativo que establece medidas para el fortalecimiento de fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal.	28 de febrero
4	Decreto Legislativo 1102, Decreto Legislativo que incorpora delitos de minería ilegal al Código Penal.	28 de febrero
5	Decreto Legislativo 1103, Decreto Legislativo que dicta medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos que pueden ser utilizados para minería ilegal.	3 de marzo
6	Decreto Legislativo 1104, Decreto Legislativo que modifica legislación sobre pérdida de dominio.	18 de abril
7	Decreto Legislativo 1105, Decreto Legislativo que establece disposiciones para proceso de formalización de actividades de pequeña minería y minería artesanal.	18 de abril
8	Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo que dicta Medidas para lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a minería ilegal y crimen organizado.	18 de abril
9	Decreto Legislativo 1107, Decreto Legislativo que establece medidas de control y fiscalización en distribución, transporte y comercialización de maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en minería ilegal.	19 de abril

Dentro de todo este paquete normativo, para efectos del presente ensayo, conviene resaltar el Decreto Legislativo 1105, que crea el nuevo régimen o proceso de formalización minera y establece los siguientes pasos para lograr dicho fin:

- (i) Presentación de la declaración de compromisos.
- (ii) Acreditación de titularidad, contrato de cesión, acuerdo o contrato de explotación sobre la concesión minera.
- (iii) Acreditación de propiedad o autorización de uso del terreno superficial.
- (iv) Autorización de uso de aguas.
- (v) Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo (IGAC).
- (vi) Autorización para inicio/reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales.

Los pasos antes mencionados tienen diferentes plazos y características, siendo el paso 6 el acto administrativo habilitante que pone fin a la situación jurídica de “informal” del Pequeño Producto Minero o Productor Minero Artesanal, previa calificación como tal, de acuerdo con el volumen y hectareaje establecidos en el artículo 91 del Texto Único de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM (en adelante, el TUO de la LGM); sin embargo, para efectos del presente trabajo, lo que nos concierne es propiamente el Contrato de Explotación, cuyas características abordaremos en el siguiente acápite.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Supremo 032-2013-EM, el plazo para la presentación de los requisitos 2, 3, 4 y 5, concluyó el 19 de abril de 2014; fecha en la que, a su vez, concluyó el proceso de formalización, iniciándose a partir de dicha fecha una etapa de saneamiento al año 2016, establecida por Decreto Supremo 029-2014-PCM; en cumplimiento del PNFMA.

En mérito a esta última norma, es que se creó el Registro de Saneamiento, mediante la Resolución Ministerial 470-2014-MEM-DM, en el cual serán inscritos todos aquellos mineros informales que cuenten con un estatus de vigente en el Registro Nacional de Declaración de Compromisos del Ministerio de Energía y Minas, y que cumplan con la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (RUC). Asimismo, dicha resolución estableció las causales bajo las cuales, la Dirección General de Minería o, en su caso, las Direcciones Regionales de Minería podrían proceder a la cancelación de Declaraciones de Compromisos.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Artículo 3.- Supuestos de Cancelación de Declaraciones de Compromisos

Los supuestos de cancelación de Declaraciones de Compromisos son los siguientes:

- a. Incumplir con los requisitos establecidos en el artículo 911 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM y sus modificatorias.
- b. Realizar actividad minera fuera de las zonas a que hace referencia el Anexo 012 del Decreto Legislativo 1100, en el Departamento de Madre de Dios, con excepción de lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final 3 del Decreto Legislativo 1100.
- c. Desarrollar actividad minera en las áreas a que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo 032-2013-EM.
- d. Desarrollar actividad minera fuera de la concesión y/o área declarada en la Declaración de Compromisos.
- e. Desarrollar actividad minera dentro de los cincuenta (50) Kilómetros de la zona de frontera, siendo extranjero, conforme a lo establecido en el artículo 714 de la Constitución Política del Perú.
- f. Desarrollar actividad minera utilizando dragas y otros artefactos similares en cursos de agua, ríos, lagos, lagunas, cochas, espejos de agua, humedales y aguajales, según lo establecido con el artículo 55, numeral 5.1 del Decreto Legislativo 1100.

A la fecha, según información proporcionada por el portal web del Minem, a nivel nacional solo 38,864 mineros se encuentran incluidos dentro del Registro de Saneamiento; quienes, como mencionamos, se han inscrito en el RUC. En tal sentido, de las 66,086 declaraciones de compromisos vigentes a octubre de 2014, inscritas en el Registro Nacional de Declaraciones de Compromisos, algo más que la mitad se han logrado inscribir en el RUC; entrando, de dicha manera, en el Registro de Saneamiento.

Asimismo, de acuerdo con el Informe Defensorial 167: Balance de la Gestión Estatal frente a la Minería Informal e Ilegal en el Perú. 2012-2014; del total de Declaraciones de Compromisos vigentes, solo 7 mineros informales se han logrado formalizar, lo que implica que han cumplido con acreditar los 6 pasos mencionados, en el plazo establecido; sin perjuicio de otros que son necesarios para la formalización minera, tales como, el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), el Certificado de Operación Minera Excepcional y la Autorización Excepcional de Uso de Explosivos.

Lo anterior no hace más que verificar que el “nuevo” proceso de formalización establecido por el Decreto Legislativo 1105 y normas complementarias no ha sido del todo efectivo; máxime si se encuentran problemas para su debida implementación, tales como la falta de personal especializado y logística, retraso en la implementación de la Ventanilla Única, así como una inadecuada planificación.<sup>13</sup>

g. Desarrollar actividad minera como mineros informales que forman parte del Registro de Saneamiento teniendo aprobada la autorización de inicio/reinicio de actividades de exploración o explotación y/o beneficio de minerales, con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 1105; siempre que el área declarada en la Declaración de Compromisos coincida con el área autorizada.

h. Desarrollar actividad minera sobre áreas declaradas como de no admisión de petitorios mineros, incluyendo áreas que hubieran sido declaradas como urbanas o de expansión urbana, conforme a la Ley 27560.

i. Desarrollar actividad minera sobre áreas de prospectos y/o proyectos mineros insertos en proceso de promoción de la inversión privada y/o que cuenten con garantías y medidas de promoción a la inversión.

j. Desarrollar actividad minera en concesión en la que se constate la existencia de casos de invasión, con denuncias pendientes de resolver, conforme lo establece el artículo 247 del Decreto Supremo 013-2002-EM, anteriores a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1105 y Decreto Supremo 006-2012-EM, según corresponda.

k. Cuando el minero informal que forma parte del Registro de Saneamiento se desista de continuar con su formalización. En este caso, el documento que contenga el pedido expreso deberá tener legalizada la firma del interesado. La Dirección Regional de Energía y Minas o la que haga sus veces, sin perjuicio de atender el desistimiento presentado por el minero informal que forma parte del Registro de Saneamiento, deberá evaluar los impactos de la actividad minera en la concesión y/o petitorio declarado por el minero informal que forma parte del Registro de Saneamiento sobre el que solicita el desistimiento, a fin que se proceda a aplicar las acciones que correspondan.

l. Cuando el Registro de Saneamiento no contenga datos que identifiquen al declarante y/o a la concesión en la que desarrolla actividad minera informal y que además en ambos casos no tenga como refrendo una Declaración de Compromisos debidamente escaneada en el respectivo Registro de Saneamiento.

m. Cuando el minero informal, que forma parte del Registro de Saneamiento tiene la calidad de titular de concesión minera o cuenta con contrato de cesión o con contrato de explotación o ha declarado desarrollar actividad de beneficio, ha incumplido con los requisitos establecidos en las acciones que requieren ser consolidadas contenidas en el numeral 1.3. Autorización de Uso de Terreno Superficial, del Eje Estratégico 1 de la Estrategia de Saneamiento de la pequeña minería y de la minería informal, aprobada por Decreto Supremo 029-2014-PCM.

n. Cuando el minero informal que forma parte del Registro de Saneamiento desarrolle actividad minera en contra de lo establecido en la Estrategia de Saneamiento de la pequeña minería y minería artesanal, aprobada por Decreto Supremo 029-2014-PCM.

<sup>13</sup> De acuerdo con el Informe Defensorial 167:

Se ha identificado dificultades en la implementación del Proceso de Formalización, las cuales se detallan a continuación:

A pesar de ello, cabe destacar el avance a nivel normativo de este nuevo régimen de formalización respecto del régimen de formalización minera anterior, así como la mayor coordinación entre instituciones públicas para la implementación debida de este.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, consideramos pertinente realizar un análisis de un contrato nominado que ha estado presente en los dos regímenes de formalización minera: el contrato de explotación; cuyas características y limitaciones establecidas tanto por la Ley 27651, su reglamento y el Decreto Legislativo 1105, serán analizadas en lo que sigue. Asimismo, nos enfocaremos en la distinta regulación en ambos regímenes, respecto de la responsabilidad ambiental como consecuencia de la suscripción de un contrato de explotación.

## IV. El contrato de explotación

### 4.1 Cuestiones preliminares

De acuerdo a lo anteriormente visto, el contrato de explotación se encuentra presente en ambos regímenes de formalización minera, donde sus características y efectos jurídicos se complementan; por lo que la regulación establecida por estos respecto del contrato de explotación debe interpretarse sistemáticamente.

Al respecto, Rubio nos dice que, al utilizar un método sistemático por comparación con otras normas —que es el que consideramos se debe utilizar para interpretar la regulación del contrato de explotación recogida en ambos regímenes—, “el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el ‘qué quiere decir’ la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella”.<sup>14</sup>

En tal sentido, toda vez que el contrato de explotación mencionado en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1105 no define expresamente lo que se debe entender por dicho contrato; por ello, debemos recurrir a la definición establecida en la Ley 27651 y su reglamento; los que, como se ha mencionado, regulan el primer régimen de formalización minera; y se encuentran vigentes, a la fecha.

Por ello, consideramos que el contrato de explotación regulado en los dos regímenes de formalización minera antes mencionados responde a una misma lógica, esto es, en ambos regímenes, estamos ante un mismo contrato. Ello significa que el contrato de explotación regulado por el Decreto Legislativo 1105 tiene los mismos efectos jurídicos que el regulado por la Ley 27651 y su reglamento; sin embargo, en el Decreto Legislativo

---

—Falta de personal especializado y logística, ambos relacionados con la falta de presupuesto de la Dirección Regional de Energía y Minas o quien haga sus veces, que son las instancias competentes para llevar a cabo los procedimientos destinados a la formalización de la pequeña minería y minería artesanal.

—Retraso en la implementación de la Ventanilla Única.

—Inadecuada planificación del Proceso de Formalización: (i) Inexistencia de una línea base, con anterioridad al establecimiento de procedimientos con plazos para su implementación que hubiera permitido prever las particularidades en cada región; (ii) falta de previsión de las dificultades en la normativa vigente, como las vinculadas al saneamiento físico legal de los inmuebles y a la superposición de derechos otorgados por el Estado. Dicha situación, por ejemplo, ha generado que se disponga la ampliación de plazos y el retraso en el cumplimiento de los requisitos previstos (p. 209).

<sup>14</sup> Rubio Correa, Marcial (2009). “El sistema jurídico: Introducción al Derecho”. Lima: PUCP, p. 242.



1105 es utilizado de una manera diferente para efectos de formalización, debido a la acreditación de dicho contrato para continuar con los pasos escalonados para lograr la formalización minera. La colaboración entre estas normas se hace evidente en el modelo de contrato de explotación aprobado como anexo del Decreto Legislativo 1105; en el cual se hace expresa mención al artículo 18 del Reglamento de la Ley 27651:

Primera.- Objeto del Contrato

Por el presente documento, conforme a lo establecido por el Artículo 18 del Decreto Supremo 013-2002-EM, Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, EL TITULAR MINERO autoriza al OPERADOR MINERO a desarrollar actividad minera artesanal para extraer minerales de la(s) concesión(es) mineras identificadas en la Cláusula Segunda subsiguiente. [...]

## 4.2 Características y efectos jurídicos del contrato de explotación

Al igual que los demás contratos regulados por el TUO de la LGM, el contrato de explotación es un contrato nominado de naturaleza civil cuya regulación se encuentra recogida en la Ley 27651, su reglamento, así como en el Decreto Legislativo 1105. En tal sentido, en cuanto no se oponga a dichas normas, le son aplicables los principios del Código Civil y la Ley General de Sociedades.

De acuerdo con el artículo 106 del TUO de la LGM, siendo un contrato minero —que, como veremos, tiene por objeto un derecho minero— los contratos de explotación tienen una formalidad obligatoria: su inscripción en los registros públicos; de lo contrario, no surtirán efectos ante el Estado ni ante terceros.

Dicho esto, conforme al artículo 18 del Reglamento de la Ley 27651, mediante el contrato de explotación, el titular de un derecho minero autoriza a personas naturales o jurídicas para realizar actividad minera artesanal, mediante la extracción de minerales en una parte o en el área total de su concesión minera. Ello implica que únicamente se podrán celebrar contratos de explotación entre un titular minero y un PMA; sin embargo, no podrán celebrarse contratos de explotación entre dos PMA, esto es, un PMA titular de una concesión minera no podrá celebrar un contrato de explotación con algún otro PMA.

Sin perjuicio de lo anterior, otra de las prohibiciones establecidas es la referida a la imposibilidad de celebrar un contrato de explotación frente a invasiones a derechos mineros de terceros, con denuncias pendientes de resolver. En estos casos, el Ministerio de Energía y Minas se abstendrá de actuar como facilitador de la suscripción de contratos de explotación, salvo que el titular del derecho minero lo solicite de manera expresa.

Asimismo, a pesar de que la norma no lo dice literalmente; al mencionar “titular de un derecho minero” no existe limitación legal alguna para extender su alcance a los cesionarios mineros; quienes han asumido todos los derechos y obligaciones de un titular minero, con quien han contratado.<sup>15</sup> Es más, en la práctica existen contratos de explota-

<sup>15</sup> El artículo 166 del TUO de la LGM establece respecto del Contrato de Cesión Minera lo siguiente:  
Artículo 166.- El concesionario podrá entregar su concesión minera, de beneficio, labor general o transporte minero a tercero, percibiendo una compensación.  
El cesionario se sustituye por este contrato en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente.

ción inscritos, en los que el titular de una concesión minera ha autorizado a su cesionario minero poder suscribir contratos de explotación con mineros informales, a efectos de poder acogerse al nuevo proceso de formalización.

Si bien este tipo de contratos ha sido regulado por las normas citadas en materia de formalización minera, la norma no prohíbe que se puedan celebrar este tipo de contratos con mineros artesanales, siempre que hayan obtenido previamente la autorización de inicio de actividades otorgada por el Gobierno Regional competente.

Llegados a este punto, cabe mencionar que la suscripción del contrato de explotación posee ciertas ventajas y efectos jurídicos para quienes lo suscriben, los que se detallan a continuación:

1. El contrato de explotación otorga al minero artesanal un área determinada para poder realizar actividad de explotación y beneficio minero; por lo que la contraprestación a favor del titular minero podrá ser una regalía contractual determinada, tales como la Net Smelter Return, Net Profit Interest, pago por onza extraída, entre otras.
2. El contrato de explotación es un requisito alternativo a la titularidad de derechos mineros, para efectos de la acreditación de la condición de Productor Minero Artesanal, de conformidad con lo establecido en el artículo 91 del TUO de la LGM.<sup>16</sup>
3. El titular de una concesión minera puede celebrar más de un contrato de explotación sobre la misma; sin embargo, en el contrato deberá especificarse las coordenadas UTM de la poligonal que encierra el área a otorgar en contrato de explotación.
4. Por lo general, los mineros artesanales que suscriben los contratos de explotación pertenecen a comunidades campesinas titulares de los terrenos superficiales en el área de la concesión minera objeto de dicho contrato. Por ende, celebrar este tipo de acuerdos constituirá una herramienta útil para el titular minero o cesionario, en el sentido de que fortalecerá los lazos sociales correspondientes que faciliten la celebración de convenios sobre los terrenos superficiales de titularidad de la comunidad campesina de la zona. Lo anterior con la finalidad de acreditar derechos superficiales dentro del área de su concesión minera como requisito previo para obtener la autorización de inicio de actividades.

<sup>16</sup> Artículo 91. [...]

Son productores mineros artesanales los que

1. En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; y

2. Posean, por cualquier título, hasta un mil (1,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros según lo establezca el reglamento de la presente ley; y, además;

3. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de veinticinco (25) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta cien (100) toneladas métricas por día.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será de doscientos (200) metros cúbicos por día. La condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal se acreditará ante la Dirección General de Minería mediante declaración jurada bial.

5. La producción minera resultante de los acuerdos o contratos de explotación es acreditativa para los fines a que se refiere el artículo 38 del TUO de la LGM,<sup>17</sup> con los requisitos establecidos por los Artículos 60 al 66 del Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 03-94-EM.

6. Lo dispuesto en el párrafo anterior podrá formar parte del Contrato de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión que el titular del derecho minero decida celebrar de conformidad con lo establecido en el Título Noveno o el Artículo 92 del TUO de la LGM,<sup>18</sup> según corresponda.

No obstante lo anterior, en el nuevo régimen de formalización minera aprobado por el Decreto Legislativo 1105, del total de 58 835 declaraciones de compromisos presentadas, solo se acreditaron 514 contratos de explotación y 273 contratos de cesión;<sup>19</sup> ello “pese a los esfuerzos del Estado a fin de facilitar la negociación, mediante la aprobación de un modelo de acuerdo o contrato de explotación, así como actuando como facilitador, orientador y mediador en las negociaciones de los contratos de cesión y acuerdos o contratos de explotación minera [...]”.<sup>20</sup>

Para salvar ello, se ha previsto incluir incentivos a los titulares mineros a efectos de que accedan a suscribir contratos de explotación; propiciando, asimismo, procesos de mediación o conciliación entre los titulares de las concesiones mineras y los mineros informales, en un marco de diálogo y buena fe.

Finalmente, en lo que resta del presente trabajo, nos referiremos a la responsabilidad ambiental derivada de la suscripción del contrato de explotación; y la distinta regulación existente al respecto en los dos regímenes de formalización minera; no sin antes definir brevemente qué se entiende por “responsabilidad ambiental”.

<sup>17</sup> Artículo 38.- De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 66 de la Constitución Política del Perú, por ley orgánica se fijan las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares estableciéndose por lo tanto que la concesión minera obliga a su trabajo, obligación que consiste en la inversión para la producción de sustancias minerales.

La producción no podrá ser inferior al equivalente a una UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas y del equivalente al 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias no metálicas. En el caso de pequeños productores mineros la producción no podrá ser inferior al equivalente a 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada en caso de sustancias metálicas y de 5% de la UIT por año y por hectárea en el caso de la minería no metálica. Para el caso de productores mineros artesanales la producción no podrá ser inferior al 5% de la UIT por año y por hectárea otorgada sea cual fuere la sustancia. La producción deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del décimo año, computado a partir del año siguiente en que se hubiera otorgado el título de concesión. La producción deberá acreditarse con liquidación de venta.

Tratándose de ventas internas, las liquidaciones deberán ser extendidas por empresas de comercialización o de beneficio debidamente inscritas en los Registros Públicos. Dichas liquidaciones de venta deberán presentarse ante la autoridad minera en el formulario proporcionado por esta, hasta el 30 de junio del siguiente año, respecto a las ventas del año anterior (Segundo régimen de producción mínima).

<sup>18</sup> Artículo 92.- Los pequeños productores mineros, incluyendo los productores mineros artesanales, podrán acogerse a lo dispuesto en los Artículos 78, 79 y 80 de la presente Ley, si invierten al menos el equivalente en moneda nacional a US\$ 500,000.00 tratándose de pequeños productores mineros y US\$ 50,000.00 tratándose de productores mineros artesanales.

<sup>19</sup> Recuérdese que la acreditación de titularidad, contrato de cesión minera o el contrato de opción constituye el segundo paso para acceder a la formalización minera, de acuerdo al Decreto Legislativo 1105.

<sup>20</sup> Informe Defensorial 167, p. 76.

### 4.3 ¿Quién asume la responsabilidad ambiental en los contratos de explotación?

#### 4.3.1 Breves apuntes sobre responsabilidad ambiental

La responsabilidad ambiental o responsabilidad por daño ambiental se encuentra definida por el numeral 142.2 del artículo 142 de la Ley General del Ambiente, Ley 28611 (en adelante, la LGA):

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

Tal y como está redactado el citado artículo referente al concepto de daño ambiental en la LGA, este está referido a lo que Ruda González llama “daño ecológico puro”; el que afecta componentes del medio ambiente y sus interacciones, a diferencia de los “daños personales”, en los que no se afecta el medio ambiente como tal, sino intereses individuales. Al respecto señala:

[...] el daño ecológico puro no se refiere a la lesión de bienes jurídicos individuales, sino que tiene que ver con la lesión de los componentes del medio natural y sus interacciones. Se trata, por ejemplo, del daño causado al clima —v. gr. destrucción de la ozonosfera, que protege a la Tierra de la peligrosa radiación ultravioleta— o al mundo vegetal o animal que no ha sido objeto de apropiación por el hombre —v. gr. Extinción de una especie animal o muerte de pájaros sin amo por un vertido de crudo— así como a sus interacciones. En suma, es una alteración de la capacidad funcional de los sistemas.<sup>21</sup>

Ahora bien, atendiendo a que la LGA recoge únicamente al daño ecológico puro, y tal como lo describe De la Puente,<sup>22</sup> cabe hacer distingo entre los dos elementos característicos del daño ambiental: (i) La existencia de un menoscabo material; y (ii) la existencia de efectos negativos —actuales o potenciales— generados por dicho menoscabo.

En tal sentido, el primer elemento implica la certeza de la existencia de un menoscabo, y no necesariamente un daño ambiental; por lo que entra al escenario el segundo elemento, caracterizado por la existencia de efectos negativos en el ambiente, sean actuales o potenciales. Al respecto, Mosset Iturraspe afirma que “el daño ambiental no es un daño común, si puede usarse esa expresión para aludir a prejuicios cuya realidad es fácilmente comprobable. Daño actual o daño futuro cierto”.<sup>23</sup>

Habiendo definido el daño ambiental previsto por la LGA, conviene proceder a detallar la responsabilidad por daños ambientales como consecuencia de la suscripción de un contrato de explotación en el área otorgada al minero artesanal para la realización de actividades de explotación o beneficio; ello en el marco de la Ley 27651 y el Decreto

<sup>21</sup> Ruda Gonzales, Albert (2008). *El daño ecológico puro*. Navarra: Arazandi, p. 76.

<sup>22</sup> De la Puente Brunke, Lorenzo (2014). “La noción jurídica de daño ambiental y una peculiar argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental”. En *Revista Derecho y Sociedad* 42. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Lima, p. 176.

<sup>23</sup> Mosset Iturraspe, Jorge (2011). “El daño ambiental en el derecho privado”. En *Daño Ambiental*. Segunda edición. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 87.

Legislativo 1105, las que regulan el primer y segundo proceso de formalización a nivel nacional, respectivamente.

#### 4.3.2 Responsabilidad ambiental en el contrato de explotación

En materia de responsabilidad ambiental generada por el contrato de explotación, la Ley 27651 y el Decreto Legislativo 1105 establecen no solo distinta regulación, sino también contradictoria sobre la materia. Por un lado, la Ley 27651 asigna responsabilidad solidaria en materia de responsabilidad ambiental a quienes suscriben un contrato de explotación:

##### Artículo 19.- Responsabilidad ambiental

Las partes que suscriben el Contrato o Acuerdo de Explotación Minera responden solidariamente por los daños causados al ambiente conforme a la legislación vigente.

El incumplimiento de las normas ambientales comprobadas por la autoridad minera constituirá causal de resolución del Contrato o Acuerdo de Explotación Minera a que se refiere el Artículo 11 de la presente Ley.

Por otro lado, el Decreto Legislativo 1105 individualiza la responsabilidad ambiental en el minero artesanal que busca su formalización:

##### Artículo 6.- De la Acreditación de la Titularidad, Contrato de Cesión, Acuerdo o Contrato de Explotación sobre la Concesión Minera

[...]

Mediante la suscripción del acuerdo o contrato de explotación, el titular del derecho minero quedará liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo que asume el minero interesado en su formalización. [...]

Tal como vemos, la Ley 27651 asigna una responsabilidad solidaria en materia de daños ambientales a las partes que suscriben un contrato de explotación; mientras que el Decreto Legislativo 1105 realiza una individualización de la responsabilidad en el minero artesanal que busca su formalización mediante el contrato de explotación.

Como mencionamos anteriormente, estamos ante un contrato que si bien está regulado en dos normas distintas que atienden a dos procesos de formalización minera distintos; su contenido sigue siendo el mismo; lo que nos llevó a afirmar su carácter de complementariedad. A pesar de ello, solo en materia de responsabilidad ambiental, estamos frente a una antinomia jurídica que resulta incoherente con la regulación sistémica del contrato de explotación.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 047-2004-AI-TC ha precisado que “la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el ‘síndrome de incompatibilidad’ entre sí”. Para ello, el mismo Tribunal establece tres presupuestos para la existencia de una antinomia:

1. Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero sujetas a relaciones de coordinación o subordinación.
2. Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material).
3. Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa.

En nuestro caso, como vimos, tanto la Ley 27651 y su reglamento (primer régimen de formalización) como el Decreto Legislativo 1105 (segundo régimen de formalización) están sujetas a relaciones de coordinación. Es más, se complementan.

Asimismo, la distinta regulación en materia de responsabilidad ambiental tiene el mismo ámbito de validez temporal, al menos hasta que se deroguen de manera expresa las normas relativas al nuevo proceso de formalización (entre ellas, el Decreto Legislativo 1105 y sus disposiciones complementarias). En cuanto al ámbito de validez espacial, personal y material; las normas en cuestión se aplican a nivel nacional para aquellos mineros que, en términos generales, operen sin autorización ni certificación ambiental alguna.

Por último, tanto la Ley 27651 y el Decreto Legislativo 1105 tienen rango legal; por lo que, por tales motivos, de acuerdo con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional, nos encontramos frente ante una antinomia normativa.

Uno de los principios para resolver una antinomia es el de “posterioridad” o comúnmente conocido como “*Lex posterior derogat lex anterior*”, el cual “dispone que una norma anterior queda derogada por la expedición de otra de fecha posterior, es decir, cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la última. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103 de la Constitución y del artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil”.<sup>24</sup>

Cabe destacar, sin embargo, que conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional citada, “para que una antinomia semejante pueda ser resuelta bajo el criterio de *lex posterior derogat lex anterior*, no solo es preciso que se trate de normas que tengan la misma jerarquía en el sistema de fuentes del derecho, sino, además, que ambas hayan sido dictadas por autoridades normativas con competencia para regular la misma materia. Por ejemplo, que una materia haya sido regulada inicialmente mediante un decreto legislativo y, posteriormente, de modo distinto por una ley parlamentaria”. En el caso de la Ley 27651 y del Decreto Legislativo 1105, tanto el Congreso y el Presidente de la República respectivamente tenían competencias para regular sobre el proceso de formalización minera; y tienen rango legal, calzando en el ejemplo citado y expresado por el Tribunal Constitucional.

Interesa recordar que la derogación de una ley puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando una ley posterior declara que la anterior cesó en su vigencia; y tácita cuando el objeto regulado por la ley vieja es incompatible con la efectuada por la ley nueva, o cuando el objeto de aquella es regulada íntegramente por la ley nueva.

<sup>24</sup> García Toma, Víctor (1995). *La Ley en el Perú: Técnica de elaboración, interpretación, aplicación e integración*. Lima: Grijley, p. 21.

Por tanto, en atención al principio de “lex posterior derogat anterior” consideramos que la regulación ambiental establecida por la Ley 27651 ha quedado derogada tácitamente por la nueva previsión en dicha materia por parte del Decreto Legislativo 1105; por lo que los mineros artesanales que no se acogieron al nuevo proceso de formalización que deseen suscribir contratos de explotación lo tendrán que hacer bajo la Ley 27651, pero con la particularidad de que la responsabilidad ambiental recaerá en ellos.

La atención de lo anterior es importante, toda vez que, en la actualidad, no existe un conocimiento claro respecto de las implicancias ambientales de este contrato y más aún cuando se trata de responsabilidad ambiental solidaria, en la cual el Estado tendría carta libre para sancionar a cualquiera de los firmantes del contrato de explotación. Por razones de sostenibilidad económica, perseguiría al minero formal titular de la concesión minera, dejando posibilidad a que, en vía civil, este pueda repetir contra el minero informal.

En tal sentido, una asignación clara de responsabilidades en materia ambiental generará mayor seguridad jurídica, y alentará que más inversionistas titulares de concesiones mineras accedan a celebrar contratos de explotación no solo con mineros informales, sino con PMA formales, durante y luego de concluido el proceso de formalización minera establecido por el Decreto Legislativo 1105; ya que, como mencionamos, la norma no prohíbe que se celebren contratos de explotación con PMA que operan formalmente.

## V. Conclusiones

1. En el Perú existen dos regímenes de formalización minera. El primero establecido por la Ley 27651 en el año 2002; y el segundo, a través del Decreto Legislativo 1105, en el año 2012. El primer proceso de formalización se caracterizó por subprocesos de empadronamiento, pero no siguió una política preestablecida y coordinada; lo que generó que muy pocos mineros “informales” se formalicen. Por otro lado, a diferencia del primer caso, el nuevo proceso de formalización establecido por el Decreto Legislativo 1105 respondió a una política planificada, de acuerdo con el PNFMA. Sin embargo, a la fecha, de acuerdo con el Informe Defensorial 167, solo 7 sujetos de formalización han obtenido la correspondiente autorización de inicio de actividades; demostrando que el nuevo proceso de formalización tampoco ha sido efectivo.
2. El contrato de explotación ha estado presente en los dos regímenes de formalización minera; sin embargo, para conocer sus efectos jurídicos, la Ley 27651 y su reglamento; y el Decreto Legislativo 1105 deben interpretarse de manera sistemática.
3. Que existan dos normas contrapuestas respecto a la responsabilidad ambiental generada por la suscripción e inscripción correspondiente de este tipo de contratos no brinda una adecuada seguridad jurídica a los inversionistas mineros que accedan a suscribir un contrato de explotación; lo que ha generado que estos se hayan negado a celebrarlos, dejando a muchos mineros informales en el camino del proceso de formalización.
4. Conforme lo anterior, consideramos que existe una antinomia jurídica respecto de la distinta regulación en materia de responsabilidad ambiental que establecen la Ley 27651

y el Decreto Legislativo 1105; la que debe resolverse con el principio “Lex posterior derogat lex anterior”; que lleva a concluir que la responsabilidad ambiental solidaria regulada por el artículo 19 de la Ley 27651 ha quedado tácitamente derogada por el artículo 6 del Decreto Legislativo 1105; por lo que deberá entenderse que en contratos de explotación, la responsabilidad ambiental recae únicamente en el minero artesanal, esté o no en proceso de formalización.

5. Así entendido, el contrato de explotación constituye no solo un mecanismo de financiamiento, sino una herramienta legal y social atractiva para todo tipo de empresas mineras, particularmente las que se encuentran —o estén en proceso de encontrarse— en actividad de exploración.