

La Concesión Minera y el Derecho de Aprovechamiento

Buscando un Equilibrio Entre lo Público y lo Privado

Elvis Salazar Niño*

Resumen:

El autor presenta un panorama normativo y político de la concesión minera y el desgaste institucional que ha sufrido. Asimismo, expone los sistemas de dominio minero y el que nuestro país ha acogido con acierto: el Sistema Dominalista. Por último, analiza la concesión minera y el derecho de aprovechamiento, planteado de acuerdo a la Constitución y Ley General de Minería, explicando los cambios normativos necesarios a fin de fortalecerlo como título habilitante fundamental para el desarrollo de las actividades mineras del país.

Palabras clave:

Concesión minera – Derecho de aprovechamiento – Sistema Dominalista – Oponibilidad

Abstract:

The author introduces the regulatory and political landscape of the mining concession and the institutional decay it has suffered. He also shows the systems of acreage and the system which our country has received it well: the System of Public Domain. Finally, the author analyzes the mining concession and harvesting rights, raised according to the Constitution and the General Mining Law, explaining the policy changes needed to strengthen it as a fundamental qualifying title for the development of mining activities in the country.

Keywords:

Mining concession – Right to use – System of Public Domain – Enforceability

Sumario:

1. Introducción – 2. De los sistemas de dominio – 3. La concesión minera, el derecho de aprovechamiento y su oponibilidad – 4. A manera de conclusión – 5. Bibliografía

* Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Abogado Corporativo del Grupo Southern Peaks Mining y Docente con especialidad en Derecho Minero y Derecho Ambiental.

1. Introducción

No es difícil advertir el amor odio que genera la actividad minera el Perú, hecho que lleva muchas veces a percibir a la empresa minera (en términos jurídicos, titular de actividad minera) como aquella que todo lo tiene y todo lo puede. Buscar el punto de inicio de esta idea sería remontarnos demasiado en el tiempo y exceder los límites de un trabajo que si bien busca el enfoque jurídico, no puede evitar mencionar otros como el social o político, que en los hechos, terminan por perfilar o condicionar los alcances de instituciones legales como la que es materia de estas líneas: la Concesión Minera.

Contrariamente a la percepción que denotamos, como bien se ha apuntado en otro momento, la Concesión Minera, como institución sobre la cual se sientan o deberían sentar los cimientos de toda la actividad minera peruana, es quizá hoy –y ya hace algún tiempo– una institución venida a menos, desgastada en su esencia (Forno Castro Pozo, 2009). En tal sentido, cabe plantearnos cuál es el alcance actual del principal derecho que emana de la Concesión Minera¹ a la luz de los sucesivos cambios normativos que fueron modificando su configuración prevista en los Decretos Legislativos 109 y 708, ambas principales normas que conforman del T.U.O. de la Ley General de Minería, aprobada por Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante la «LGM»)², o, de qué manera las decisiones de gobierno y conflictos sociales asociados han afectado la mencionada figura jurídica; para luego, en función a su utilidad como institución jurídica, repensar o reformular cuál sería su sentido actual.

Para dicha tarea, nos será útil desempolvar las viejas preguntas del Derecho Minero: ¿quién es -o debería- ser el titular originario de los recursos minerales?, pero aún más preciso, ¿por qué? y ¿bajo qué título? Partiendo de la posición que tomemos para atender estas preguntas, dependerá el sistema de dominio minero al que nos acojamos, pero más importante aún, la respuesta que ofrezcamos debería no solo contar con sustento teórico, sino principalmente tener un efecto práctico, ya que de nada nos servirá defender una u otra posición por mero dogma, pues finalmente un país como el Perú, que vive en gran medida de sus recursos naturales, no vive de fundamentalismos. Luego de ello, revisaremos el contenido del derecho de aprovechamiento que surge de la Concesión Minera, derecho que se

ha visto menoscabado, pero que consideramos no ha sido leído al amparo del propio marco constitucional en el que fue constituido.

Esperamos sirvan las líneas que vienen para abrir nuevamente el debate sobre cómo debería estar planteado nuestro régimen de acceso a los recursos minerales, evaluar algunas modificaciones normativas que han desgastado la inicial esencia de la Concesión Minera; y finalmente, desde donde nos toque como operadores de derecho, contribuir a generar los cambios que sean necesarios.

2. De los sistemas de dominio

Sin desconocer el sistema de Cosas de Nadie o *Res Nullius*³, la doctrina es pacífica en señalar –y los sistemas jurídicos en reconocer– que los regímenes de acceso a los recursos minerales o dominio sobre las minas se dividen básicamente en dos, el de Accesión y el Dominalista.

Para fines prácticos, no nos detendremos a revisar, conforme sí lo hace Catalano (1999), cada una de las variantes que la doctrina ha señalado respecto a los sistemas de dominio, por lo que nos enfocaremos en la revisión de estos dos sistemas considerando como principal diferencia los distintos sujetos jurídicos a los que el derecho atribuye la titularidad originaria de los recursos minerales, generando con ello dos regímenes disímiles marcados por los dos principales sistemas jurídicos, el Common Law y el Civil Law.

2.1 Sistema de accesión

El sistema de Accesión precisa que el propietario del terreno superficial, por el mérito de dicha titularidad, también cuenta con la titularidad de los recursos minerales que subyacen en su terreno; en tal sentido, éste podrá directamente ejecutar o negociar con terceros la explotación o no de los minerales según las reglas civiles de la propiedad y el mercado. Dicho de otro modo, consolida y reconoce en un solo titular (el del terreno) todos los derechos, sobre la base del principio general del Derecho que dispone que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Este sistema, aún cuando vinculado con países de raíz anglosajona como Estados Unidos, Gran Bretaña o Sudáfrica; conforme indica Belaunde Moreyra (2013), en sede nacional tiene un remoto antecedente –ya derogado– en la medida que fue

1 El Derecho de Aprovechamiento que para el caso de las Concesiones Mineras corresponde en la exploración explotación de los recursos minerales.

2 La referencia a esta norma no quiere indicar que no existan antecedentes normativos sobre la Concesión Minera, sino que aquellas disposiciones contienen la configuración que a la fecha, con más o menos recortes, se mantiene vigente.

3 Este sistema se basa en que no se reconoce titularidad de los minerales a nadie, excluyendo del dominio originario tanto a privados como al propio Estado; en tal sentido, quien encuentre los minerales, será titular de los mismos. La poca practicidad del sistema por sí mismo ha hecho que éste sea inaplicable en los distintos sistemas jurídicos.

acogido parcialmente por el Código de Minería de 1901, restringiendo su aplicación a sustancias minerales no metálicas. Más recientemente, algunos países que no adoptan el sistema Accesión, han incluido disposiciones que permiten que ciertos minerales de menor valor comercial, de uso local o de poco valor estratégico nacional puedan ser explotados directamente por el propietario del terreno superficial, reconociendo su titularidad sobre estos, excluyéndolos del sistema de Concesiones o cuando menos generando un derecho prevalente en caso se necesite de un reconocimiento estatal para la explotación.

Existen opiniones de quienes sostienen que el mejor mecanismo para la gestión de los recursos minerales sería precisamente el reconocimiento de la propiedad de dichos recursos a los titulares del terreno superficial evitando de esta manera la generación de conflictos sociales (Ghersi, 2007). En tal sentido, se indica que la consolidación de la propiedad en un titular sería el mecanismo legal idóneo para evitar no solo conflictos entre titulares de concesiones mineras y propietarios de terrenos superficiales, sino incluso la manera más eficaz y transparente de generar beneficios para los propietarios del terreno, que en el caso de la minería peruana corresponderían por lo general a poblaciones alto andinas o comunidades campesinas.

Sobre esta corriente, en adición a las críticas tradicionales señaladas por autores como Catalano (1999), Ossa Bulnes (1999) o García Montufar & Franciskovic Ingunza (2002) respecto a las desavenencias en la aplicación de este sistema⁴, consideramos que en el fondo, estos argumentos esgrimidos a favor de la Accesión (o simplemente por la entrega en propiedad de los recursos minerales) se sostienen en una aparente mejor posición que tendrían los titulares del terreno superficial de hacerse el cambio a éste sistema; sin embargo, y al margen de los inconvenientes de sintetizar el conflicto social a través de una institución como la propiedad, esta posición

pareciera que no ha reparado que en la práctica y a la luz de cómo se ha venido aplicando el artículo 7° de la Ley de Tierras, Ley N° 26505⁵ y sus normas reglamentarias, la posición del titular del terreno superficial que se pretende con la adopción de la accesión como regla, termina siendo finalmente la misma. Sin duda, no se denomina propiedad, pero la posibilidad de negociación y obtener beneficios por parte del titular del terreno es tan fuerte como la que tuviera en caso la condición de propietario de los recursos minerales le fuera asignada.

En efecto, si los atributos de los titulares mineros como excepción ante la negativa de negociación del propietario del terreno superficial originalmente establecidos por la LGM, o han sido derogados (expropiación) o no funcionan (servidumbre minera), el único mecanismo que el titular minero finalmente tiene para acceder al terreno superficial resulta siendo el de negociar con su propietario algún título (civil) que lo habilite para el ejercicio de la actividad minera. Sumemos a esa consideración legal, el hecho que la negociación siempre será el mecanismo que socialmente tiene el mejor impacto para su actividad, y que en razón de tiempo y predictibilidad –tan importante para la implementación de proyectos–, generalmente se preferirá afrontar un escenario de negociación a uno de un proceso administrativo.

A manera de detalle, en cuanto a la posibilidad de solicitar la expropiación del terreno superficial como atributo del titular minero previsto en la LGM⁶, dicha potestad fue derogada por el cambio de Constitución al texto de 1993, en la medida que se restringió dicha posibilidad a causales de seguridad nacional o necesidad pública⁷, quedando zanjado el tema con la disposición contenida en el artículo 7 de la Ley de Tierras (Bailetti Frayssinet, 2005).

Por su parte, en cuanto al establecimiento de servidumbres mineras como mecanismo alternativo para el acceso a los terrenos superficiales por parte de los titulares mineros,

4 Resumiendo los inconvenientes señalados por los citados autores: (i) no existe sustento sólido para indicar que los minerales son accesorios al terreno superficial, más aún si en muchos casos, económicamente el aprovechamiento de los primeros pueden exceder el valor del terreno; (ii) el propietario del terreno superficial puede ignorar la existencia de los minerales que subyacen en su propiedad, en tal sentido la ocupación sin más acción no debería generar una titularidad; (iii) la división del terreno y la extensión del yacimiento mineral puede no corresponder a la misma área, de tal suerte que el sistema de accesión genere mayores conflictos con otros propietarios, parcelación de la actividad minera, merma en la escala de las operaciones, y mayores costos para la explotación; y (iv) unificar la titularidad de los minerales con la propiedad del terreno podría diferir o bloquear proyectos importantes, o el aprovechamiento quedar en manos menos hábiles y sin los capitales necesarios.

5 Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (...)

Artículo 7.- La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. (...)

6 Artículo 37 de la LGM.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: (...)

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

7 De acuerdo con la LGM, la actividad minera es de «utilidad pública», concepto que al margen de interpretaciones no fue acogido como causa para acceder a una expropiación por el artículo 70 la Constitución de 1993.

a pesar de la configuración legal en la LGM⁸, el artículo 7° de la Ley de Tierras y su Reglamento⁹, así como posteriores normas modificatorias y complementarias; el uso de esta alternativa ha sido prácticamente residual y para escasos temas vinculados directamente con la explotación del recurso mineral¹⁰. Consideramos que al margen de los problemas estructurales del procedimiento establecido para las servidumbres mineras, el principal obstáculo es que las normas que regulan esta institución proscriben la posibilidad de establecer servidumbres si estas «*enervan el derecho de propiedad*», término que ha servido para denegar el establecimiento de las mismas a favor de los titulares mineros o para disuadir a los titulares *ex ante* de iniciar este tipo de procedimientos administrativos.

Si bien el artículo 3° del Reglamento del Artículo 7 de la Ley N° 26505, aprobado por Decreto Supremo N° 017-96-AG establece una ligera definición de lo que importaría enervar una propiedad¹¹, dicha definición no cierra el tema y la evaluación final de cuándo se enerva o no una propiedad con el establecimiento de una servidumbre termina siendo una circunstancia a argumentar en cada caso.

Finalmente sobre el sistema de Acesión, si bien hemos señalado algunas consideraciones por las cuales no nos parecería idóneo el cambio total a este sistema, reconocemos que como ocurre en otras realidades ciertos minerales no metálicos de valor artesanal (no estratégicos para la Nación, como veremos más adelante) podrían efectivamente ser propiedad de los titulares del terreno superficial o cuando menos dar una estatus de preferencia para su explotación. Lo indicado no significaría una renuncia al sistema que nos rige, pero sí el reconocimiento que en ciertos casos la propiedad podría operar para evitar la informalidad que se genera como producto de la extracción y comercialización sin título alguno. En este punto, será competencia del Estado definir

cuáles serían esos minerales no metálicos que se excluirían de los alcances generales por no tener un valor que perjudique los intereses nacionales. Para cerrar la idea, solo resta indicar que al hacer dicha propuesta, no están en discusión los permisos, cumplimientos ambientales y otros requisitos que deberían ser necesarios para el desarrollo de la actividad, incluso a menor escala y al margen que se reconozca en propiedad o derechos sobre ciertos recursos.

2.2 Sistema Dominalista o del Dominio Eminente

Al margen de las diferencias doctrinarias con el sistema regalista (Catalano, 1999), en sede nacional, este sistema se configura atribuyendo la titularidad originaria de los recursos minerales al colectivo jurídico, político y social denominado Nación¹². Esta teoría diferencia al propietario del terreno superficial (que puede ser un particular, comunidad campesina, o incluso el propio Estado) del titular originario de los recursos minerales, siendo que esta última calidad recae en la Nación, colectivo que expresa sus decisiones a través del aparato conformado para dicho fin: el Estado. Cabe precisar que en este sistema, si bien el Estado es la cara visible de la titularidad, éste funge como un representante de intereses y en una suerte de administrador y responsable de los mismos respecto del colectivo que representa.

Con ciertas variantes, para el caso de los minerales este sistema es recogido a nivel latinoamericano (Pinnel, López, & Benedini, 2009), y en sede nacional, el artículo 66° de la Constitución de 1993¹³ lo acoge al indicar que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado soberano en su aprovechamiento, precepto constitucional que es complementado por la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; Ley N° 26821, («LOPASRN») donde se enumera a los minerales como parte de dichos recursos naturales y los alcances del régimen minero establecido por el artículo I de la LGM¹⁴.

8 **Artículo 37.-** Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: (...)

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

De oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad.

4. A solicitar autorización para establecer servidumbres, en su caso, sobre los terrenos superficiales de otras concesiones, siempre que no se impida o dificulte la actividad minera de sus titulares.

9 Reglamento del Artículo 7 de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 017-96-AG.

10 Entre el 2002 y el 2011, solo fueron otorgadas aproximadamente seis servidumbres mineras a nivel nacional.

11 A la letra: «sin perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado».

12 Para algunos autores, la referencia a la Nación es incorrecta por lo que debería referirse a Pueblo.

13 Constitución

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

14 LGM Artículo I.- La presente Ley comprende todo lo relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo. Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Ley, el petróleo e hidrocarburos análogos, los depósitos de guano, los recursos geotérmicos y las aguas minero-medicinales.

Entonces, en la línea de Lastres (1994) debemos indicar que el Dominio Eminente que detenta el Estado sobre los recursos naturales no es propiedad en sentido común¹⁵, sino una capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias vinculadas con dichos recursos. Dicho otros términos, el Estado no decide el aprovechamiento de los recursos minerales sobre la base de la propiedad que tiene sobre ellos (criterio patrimonial), sino como expresión de su soberanía sobre estos bienes destinados a finalidades públicas (criterio funcional).

En ese sentido la LOPASRN señala en su artículo 6° que el Estado es soberano para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos, siendo que las normas sectoriales, como la LGM y sus reglamentos, establecen los mecanismos de otorgamiento, régimen de caducidades, obligaciones de los titulares, jurisdicción (órganos decisorios administrativos)¹⁶, entre otros aspectos que definen la reglas con que el Estado regula el régimen sobre los minerales y la actividad que ejecuta su explotación.

En este punto cabe preguntarnos cuáles serían entonces los límites a esa soberanía para el aprovechamiento de los recursos minerales por parte del Estado. Al respecto, consideramos las siguientes:

1. Un primer límite sería precisamente los intereses perseguidos por la Nación, los cuales, compartiendo lo indicado por Rubio & Bernales (1999), adicionalmente a los actuales o inmediatos intereses, en un enfoque de continuidad histórica, ameritaría una gestión de los mismos cuidando también los beneficios de las futuras generaciones. De allí que urge no solo tener políticas que superen los gobiernos de turno, sino que el aprovechamiento de los recursos atienda a una planificación y medidas que busquen un programa de desarrollo nacional, además del local o regional.
2. Otro de los límites estaría en la forma del aprovechamiento de los recursos naturales.

En efecto, nuestra Constitución dispone que los recursos naturales deben aprovecharse dentro de un marco de sostenibilidad o de desarrollo sostenible, concepto este último que se consolidó a nivel internacional en la Conferencia de Río 92 y que en líneas generales incluye en el modelo de crecimiento no sólo la arista económica sino otras variables como la ambiental y social, considerando que el conjunto de ellas –y no solo una- puede generar un verdadero desarrollo. La LOPASRN señala que para el caso de recursos no renovables, como los minerales, el aprovechamiento sostenible consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

3. Las normas que el propio Estado dispone para el otorgamiento y gestión de los recursos naturales. En efecto, si bien se puede sostener que dentro del marco de la soberanía las reglas que el Estado prevé para el aprovechamiento de los recursos minerales son «sus reglas» y los particulares al ingresar al régimen de concesiones (y en general al régimen para el desarrollo de la actividad minera), aceptan dicho marco normativo; una vez que estas son dictadas –y en tanto vigentes por supuesto- se convierten también en un marco de garantía para quien ingresa al sistema de aprovechamiento de los recursos naturales. Recordemos que las reglas pueden cambiar, como ha sucedido en los hechos; sin embargo, con esta garantía queremos referirnos al sistema jurídico que impera en un determinado momento, así como el reconocimiento del Estado de las propias reglas que establece y mantiene vigente. El Tribunal Constitucional, si bien no en cuanto a temas vinculados con recursos naturales, ha reconocido que la Seguridad Jurídica aun cuando no es un principio expreso en nuestra Constitución, forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho, como garantía de predictibilidad e interdicción de arbitrariedad por parte de los órganos estatales¹⁷.

15 El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0048-2004-PI/TC lo expresa en los siguientes términos: 98. Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación –no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una «propiedad especial».

16 Es de notar que la fecha, el régimen de Jurisdicción Minera establecido en el TUO de la LGM se ha visto superado por los sucesivos cambios normativos y el ingreso de nuevas autoridades, no necesariamente sectoriales, que regulan las actividades mineras, así tenemos, OSINERGMIN, SUNAFIL, OEFA, ANA, entre otros.

17 Fundamento 3 del EXP. N.º 0016-2002-AI/TC.-

«El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la «predecible» reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal».

Para el caso peruano, el sistema en estudio también considera que siendo los recursos minerales bienes afectados a fines públicos¹⁸, tienen la calidad de bienes de dominio público, de tal suerte que al excluirlos del tráfico jurídico común los dota de calidades especiales a fin de que dichos fines no sean afectados. Nos referimos en específico a la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, atributos de los bienes de dominio público conforme lo prevé el artículo 73° de nuestra Constitución¹⁹ y lo reconoce el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC²⁰.

Finalmente, si bien excluidos del tráfico común, nuestro sistema de dominio dentro del marco de la Economía Social de Mercado²¹ que infunde la Constitución del 93, prevé que el desarrollo de las actividades mineras (aprovechamiento del recurso) tiene como principal actor a los particulares, habiéndose relegado en ese sentido la actividad del Estado básicamente a regular la participación de los privados, verificar el cumplimiento de sus obligaciones y en la protección del interés común que subyace al aprovechamiento de los recursos naturales. En ese sentido, el artículo 66° de la Constitución²² prevé que el régimen bajo el cual se otorgan derechos a los particulares sobre los recursos naturales sea el de concesiones; es decir, considerando al particular como el motor de la economía, para el caso de actividades vinculadas con recursos naturales, se crea un mecanismo bajo el cual se otorgarán derechos de aprovechamiento, reservándose el poder de establecer las condiciones del otorgamiento y las reglas en la ejecución de actividades.

En este apartado solo resta decir que bajo los términos del sistema de Dominio Eminente y el régimen constitucional imperante, la Concesión Minera es precisamente el mecanismo jurídico base sobre el cual se sientan no solo los intereses de los particulares en el desarrollo de una

actividad económica, sino también la expectativas de una Nación en su desarrollo. Allí la necesidad de reconocer un adecuado régimen que atienda ambos intereses, sin afectar uno u otro, en la medida que son insolubles e interdependientes.

3. La concesión minera, el derecho de aprovechamiento y su oponibilidad

Una primera aproximación al concepto de Concesión Minera nos lleva a conceptualizarla como un acto administrativo; es decir, como un título producto de un procedimiento administrativo al amparo de disposiciones de orden público. En efecto, la LGM y sus reglamentos han establecido un procedimiento específico para el otorgamiento de la Concesión Minera, el mismo que comúnmente se ha denominado Procedimiento Ordinario Minero o Procedimiento Ordinario para el Otorgamiento de Concesiones Mineras, siendo el resultado del mismo el otorgamiento del título a favor del solicitante.

Luego, ya desde un enfoque funcional, podemos indicar que la Concesión Minera otorga a su titular un derecho de aprovechamiento sobre recursos minerales, el mismo que se encuentra condicionado –sobre la base del Dominio Eminente– a las obligaciones y cargas que el Estado dispone para su otorgamiento y vigencia. Es de precisar que el derecho de aprovechamiento culmina sus efectos con la extracción del recurso mineral de su fuente, de tal suerte que una vez extraído el mineral, las reglas aplicables a dicho bien serán las de la propiedad, de allí que la propia LGM también reconozca que el régimen de comercialización de los minerales está exento de título habilitante para su ejercicio.

El derecho de aprovechamiento al que hacemos referencia no es otro que el derecho exclusivo y excluyente²³ del titular minero de explorar y explotar

18 No como uso público, ni servicio público, sino como bienes de utilidad pública; es decir, bienes estratégicos para el desarrollo nacional.

19 Constitución

Artículo 73.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

20 Fundamento 98. Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público (...) se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil.

21 Constitución

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 60.- (...) Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. (...)

22 Constitución

Artículo 66.- (...) Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

23 LGM Artículo 127.- Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente, dentro de una superficie debidamente delimitada, las actividades inherentes a la concesión, así como los demás derechos que le reconoce esta Ley, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan.

los minerales conferidos²⁴ dentro de un espacio determinado²⁵. Sin embargo, como anota Vergara Blanco (1989), en tanto derecho de aprovechamiento, este derecho siempre tendrá relación con la finalidad que justifica su otorgamiento que no es otra que aprovechar la riqueza de la Nación; o dicho en otros términos, la Concesión Minera no solo genera derechos de aprovechamiento a su titular como facultad, sino connaturalmente también deberes en atención a los fines públicos que cubre con su entrega a particulares.

Sobre lo último, basta con recordar que las concesiones mineras aparejan la obligación y se encuentran condicionadas en su vigencia²⁶ al pago anual del Derecho de Vigencia²⁷, así como al trabajo (aprovechamiento) de las áreas conferidas por el Estado²⁸ y el pago de las Penalidades²⁹, todos conceptos vinculados con lo que en doctrina se conoce como Amparo Minero (Martínez Aponte, 2006). En este punto, acogiéndonos al desarrollo doctrinario de las situaciones jurídicas, creemos que dichos conceptos más que obligaciones en puridad se tratarían de cargas en la medida que si bien la LGM incluye a estas como obligaciones del titular minero (textualmente así lo considera en el Título Sexto), en específico se tratan de «cargas del titular» en la medida que la obligación -ante incumplimiento- genera la posibilidad de exigencia compulsiva de parte de la autoridad administrativa, es decir, la posibilidad de requerir en vía de ejecución al administrado el cumplimiento de la obligación establecida en la norma, más aún si es de orden pecuniario; situación que no se observa para estos conceptos a diferencia de otros como las obligaciones tributarias por ejemplo, donde el Estado puede ejecutar la obligación. El no pago o el incumplimiento de aprovechamiento no genera la posibilidad que el Estado lo requiera o lo ejecute por ninguna vía³⁰; en tal sentido, la carga si bien

se parece a la primera parte de la obligación en que se impone al administrado una determinada conducta, se diferencia en que se impone para satisfacer un derecho propio (mantener la concesión vigente y los derechos conferidos en razón del título), de tal suerte que si se incumple la conducta establecida en la carga, el derecho conferido no se podrá ejercer, se pierde (P.E.: dos años de no pago, genera caducidad), recayendo en el particular la consecuencia jurídica positiva o negativa de su decisión.

De otro lado, cabe anotar que el derecho de aprovechamiento que se crea con la Concesión Minera es un derecho condicionado a la obtención de permisos complementarios según la fase que corresponda al proyecto minero. Dicho en otros términos, la Concesión Minera si bien otorga un derecho de aprovechamiento al particular, el mismo se perfecciona con la obtención de otros tantos permisos necesarios para ejecutar las actividades conferidas. De lo señalado surge una pregunta lógica; entonces, mientras no se obtengan esos permisos complementarios, ¿se cuenta con algún derecho?

Consideramos que la respuesta a la pregunta planteada es positiva, y gira entorno a la protección del derecho de aprovechamiento obtenido con el título de Concesión Minera. En efecto, el derecho de aprovechamiento en tanto no se encuentre perfeccionado para su ejecución incluye la posibilidad de excluir a terceros de realizar actividades mineras en el área concesionada; así, a pesar de que solo expresamente se ha establecido dicha atribución para casos de cateo y prospección³¹, consideramos que esta facultad se extiende con mayor razón a cualquier otro tipo de actividad minera como podría ser la exploración o la explotación por parte de terceros ajenos al titular³², pues permitirlo vaciaría de contenido el derecho conferido por el Estado.

24 Recordemos que el actual régimen de concesiones solo otorga concesiones por sustancias minerales (i) metálicas o (ii) no metálicas, no habiendo la posibilidad de que ambas calidades sean atribuidas al mismo tiempo al titular. Esto sin perjuicio del procedimiento denominado «de cambio de sustancia».

25 LGM Artículo 9.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). (...)

26 La LGM, ni otras normas han condicionado la vigencia del derecho de aprovechamiento a condiciones distintas de las mencionadas. En tal sentido, la LOPASRN precisa:

Artículo 30.- La aplicación de las causales de caducidad se sujetará a los procedimientos que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal correspondiente. La caducidad determina la reversión al Estado de la concesión, desde el momento de la inscripción de la cancelación del título correspondiente.

27 LGM Artículo 39.- A partir del año en que se hubiere formulado el petitorio, el concesionario minero estará obligado al pago del Derecho de Vigencia. (...)

28 LGM 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.

29 LGM Artículo 40.- En caso de que no se cumpliera con lo dispuesto en el artículo 38 (...) el concesionario deberá pagar una penalidad (...)

30 A lo más, podrá requerir completar pagos para ciertos supuestos de pago diminuto de conformidad con el Artículo 74° del Reglamento de diversos Títulos de la LGM, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM. Sin embargo, la consecuencia siempre será la de una carga.

31 LGM Artículo 2.- El cateo y la prospección son libres en todo el territorio nacional. Estas actividades no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras (...) salvo previo permiso escrito de su titular (...).

32 Discusión distinta y con más aristas será la posibilidad de excluir a terceros con actividades concesionadas de distinta naturaleza. Situación que no ha sido abordada con una regla clara por la norma llamada a hacerlo, la LOPASRN.

A pesar de lo indicado y manera de ejemplo, los Decretos Legislativos 1100 y 1105, normas que regulan la minería ilegal y el proceso de formalización de la minería informal, dispusieron que una de las diferencias entre la minería ilegal e informal era que las primeras se ejecutan en zonas donde «está prohibido su ejercicio», siendo que las mencionadas zonas prohibidas, de acuerdo con los mencionados dispositivos y sus normas reglamentarias, se vinculaban con áreas de interés ambiental o Estatal. Sin perjuicio de lo oportuno de dicha medida respecto de zonas sensibles ambientalmente y de interés de todos en que se protejan, nos preguntamos, un concesionario minero que cumple oportunamente con el régimen de Amparo Minero establecido por el Estado para la vigencia de sus concesiones, ¿podría oponer su derecho de aprovechamiento y negarse eventualmente a suscribir un contrato con el minero informal? A pesar que la idea política parecería estar orientada a lo contrario, consideramos que el titular podría negarse válidamente a suscribir acuerdos, en la medida que se tratan de áreas ya otorgadas con derechos de aprovechamiento obtenidos bajo el régimen que el Estado ha dispuesto para el efecto. Recordemos que el propio Estado ha establecido un régimen progresivo para el inicio de actividades productivas, el mismo que se encuentra vinculado con la obligación de trabajo (aprovechamiento)³³, desconocerlo, no solo es desconocer el propio régimen que ha previsto sino soslayar el principio de Seguridad Jurídica que aludimos en líneas precedentes.

En adición a lo indicado, como bien anota Xennia Forno (2009) también ha sucedido que concesiones mineras han sido canceladas o proyectos mineros no han continuado a pesar de contar con los permisos correspondientes. Al respecto, cabe preguntarnos nuevamente, acaso una vez obtenido los permisos que completan el derecho de aprovechamiento que emana de la Concesión Minera ¿cabe la posibilidad de oponer el derecho de aprovechamiento, incluso frente al propio Estado? Al igual que en la anterior respuesta, creemos que sí cabe la posibilidad, incluso frente al propio Estado, en la medida que la situación jurídica del particular es aún más fuerte pues no solo ha obtenido el título habilitante, sino un conjunto de actos administrativos complementarios que no solo deberían proteger

su derecho de aprovechamiento, sino incluso su actividad. La realidad nos indica que esto no sucede necesariamente así, y que la Seguridad Jurídica se ha visto relegada por contextos y decisiones de turno.

De lo hasta aquí dicho nos planteamos una reflexión adicional en el orden de lo hasta aquí revisado. Creemos que conforme a lo establecido en el artículo 66° de la Constitución la Concesión Minera otorga un derecho real, de tal suerte que como todo derecho real (incluso éste, de naturaleza administrativa) otorga a su titular la posibilidad de oponer sus derechos frente a terceros, pues como indica la doctrina, estos derechos o para ser más precisos, los derechos que emanan de un título con la condición de derecho real tienen eficacia *erga omnes*. Al respecto, Vergara Blanco (1989) siguiendo la doctrina de Hauriou, sostiene que los derechos de aprovechamiento son oponibles incluso al propio Estado, y que la línea de precariedad³⁴ ante la administración pública es solo aparente, en la medida que los derechos reales de naturaleza civil también pueden estar afectos de restricciones públicas, sino pensemos en fórmulas como el bien común establecidas por la propia Constitución³⁵. Es decir, ningún derecho real es absoluto y carente de restricciones o condiciones, pero esto no merma su posibilidad de oponer su contenido esencial, que en el caso de Concesiones Mineras se trata específicamente del derecho de aprovechamiento.

Así, no debería ser necesario recurrir a la propiedad para oponer el derecho de aprovechamiento frente a acciones de terceros (particulares o decisiones del propio Estado, por ejemplo a nivel regional o local) que perturben los derechos otorgados por la Concesión Minera³⁶, en la medida que del régimen general de los derechos reales; es decir, de las condiciones inherentes a todo derecho real (la posibilidad de oponerse) debería bastar para evitar o suspender cualquier perjuicio o por parte del propio Estado de abstenerse de cualquier medida que lo perjudique; más aún si la propia Constitución reconoce que la concesión sobre recursos naturales otorga a su titular un derecho real³⁷, declaración que no cobra sentido si a nivel Constitucional y dado el régimen de Economía Social de Mercado³⁸ no se traduce en una protección efectiva los derechos conferidos.

33 Artículos del 38 al 42 de la LGM.

34 Se indica precariedad en el sentido que los detractores de esta corriente indican que se podría oponer a particulares, pero nunca al Estado.

35 Artículo 70 de la Constitución.

36 La mayoría de procesos constitucionales en defensa de los derechos otorgados a los titulares mineros han girado, además de otros argumentos, en torno a la propiedad que tendría el titular minero de los derechos otorgados por la concesión.

37 Por lo general las interpretaciones del derecho real establecido en el 66° de la Constitución han estado orientadas a que con el título se genera un mecanismo de financiamiento, y que el mismo puede ser otorgado en garantía. Creemos que esta es solo una cara del derecho real que se otorga al titular.

38 Fundamento 20 de la Resolución N° 0034-2004-AI/TC.

Con lo dicho no se pone en tela de juicio la posibilidad de fiscalizar las actividades de los titulares mineros, ni de regular las actividades de los mismos al amparo de la soberanía antes descrita; sin embargo, consideramos que al otorgar un derecho de aprovechamiento, el mismo debe contar con un mínimo de garantía y respaldo del sistema jurídico ante un eventual desconocimiento, al margen de coyunturas políticas o sociales, más aún si los permisos necesarios para completar el derecho de aprovechamiento han sido obtenidos y las reglas establecidas en el marco de dicha concesión son cumplidas. Sin eso, sin un mecanismo efectivo tanto a nivel administrativo como judicial, el derecho otorgado no cobra el sentido que amerita como título base del desarrollo de una actividad no solo con implicancias particulares, sino nacionales.

De lo hasta aquí escrito, no vemos a la Concesión Minera con una mirada fatalista, sino con el ánimo de devolverle el espacio que poco a poco ha venido perdiendo por procesos normativos, políticos o sociales sucesivos, considerando precisamente el marco constitucional bajo el cual se otorga y los fines públicos que también cumple.

4. A manera de conclusión

En las líneas precedentes hemos revisado algunos de los cambios normativos o procesos político-sociales que han marcado el desgaste de la Concesión Minera, los mismos que por la extensión del presente trabajo ameritarían mayores líneas, sin embargo sirvan estas para plantearlas y en el caso del derecho de aprovechamiento cuestionarlas.

Luego, si bien tomamos partido doctrinal por el denominado Sistema de Dominialista, régimen que consideramos acoge con acierto nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, sí consideramos que, la Concesión Minera como elemento central de dicho sistema y conforme está planteada en la LGM, urge de nuevos aires tanto a nivel de interpretación como en cambios normativos que la fortalezcan como título habilitante base para el desarrollo de actividades mineras en nuestro país.

Finalmente, cabe replantearnos si el derecho real instituido en la Constitución para el caso de derechos sobre recursos naturales debería seguirse entendiendo solo para fines económicos o de tráfico jurídico, soslayando su principal característica connatural a todo derecho real, la oponibilidad. Insistimos en dejar al lector la

posición final y esperar que poco a poco nuestra judicatura vaya definiendo el tema. ☒

5. Bibliografía

- Alejandro, V. B. (Mayo - Agosto de 1989). Los Derechos Mineros como Derechos Reales Administrativos. *Revista de Derecho Público*, II (115), 484-485.
- Bailetti Frayssinet, G. (2005). El Derecho del Concesionario Minero. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* N° 59 : Industrias Extractivas : Minería, 317 - 326.
- Belaunde Moreyra, M. (2013). Derecho Minero y Concesión. En M. Belaunde Moreyra, *Derecho Minero y Concesión* (pág. 20). Lima: San Marcos.
- Catalano, E. (1999). Curso de Derecho Minero. En *Curso de Derecho Minero* (págs. 29 - 40). Buenos Aires: Zavalia.
- Forno Castro Pozo, X. (2009). El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante. *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, 47-62.
- García Montufar, G., & Franciskovic Ingunza, M. (2002). Derecho Minero Común. En *Derecho Minero Común* (págs. 37-38). Lima: Grafica Horizonte.
- Gherzi, E. (18 de Enero de 2007). Enrique Gherzi. Recuperado el 18 de Junio de 2014, de Ensayos, Artículos y Conferencias: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-10-%C2%BFquien-es-el-dueno-del-subsuelo/>
- Lastres, E. (1994). Los Recursos Naturales en la Constitución. *Ius et Veritas*, 139 - 140.
- Martínez Aponte, H. (2006). Sistema de Amparo Minero: Derecho de Vigencia, Producción, Inversión y Penalidad. *Revista de Derecho Minero y Petrolero* (61), 120.
- Ossa Bulnes, J. L. (1999). Derecho de Minería. En *Derecho de Minería* (págs. 19 - 20). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pinnel, P. A., López, S., & Benedini, F. (Marzo de 2009). Derecho y Legislación Comparada. *Panorama Minero*, 353, 1 - 32.
- Rubio, M., & Bernaldes, E. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. En *Estudio de la Constitución Política de 1993* (pág. 331). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

41»(...) el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos (...)