

¿EXPROPIACIÓN ENCUBIERTA? ANÁLISIS EN TORNO A LA REGULACIÓN Y EL IMPACTO DE LA SERVIDUMBRE MINERA EN EL PERÚ

HIDDEN EXPROPRIATION? AN ANALYSIS OF THE REGULATION AND IMPACT OF MINING SERVITUDE IN PERU

Valentina Hernández Bernos*

Ex Editora General de THĒMIS-Revista de Derecho

Andrés Encabo Caballero**

Ex Miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

Fernanda Franco Dulanto***

Ex Miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

Miguel Garcés Gutiérrez****

Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho

Alberto Aurelio Varillas Palacios*****

Pontificia Universidad Católica del Perú

The regulation of mining easement in Peru has sparked debate regarding its impact on property rights. While expropriation for mining purposes cannot be implemented under the current constitutional framework, article 37 of the Consolidated Text of the General Mining Law, which allows it to be requested, has not been expressly repealed. In this context, mining easement emerges as an apparent alternative for mining concessionaires to request access to the land of those who hold surface rights within their concession. However, its application is very unlikely in practice due to procedural complexity, landowner opposition, and regulatory unpredictability.

La regulación de la servidumbre minera en el Perú ha generado un intenso debate sobre su impacto en el derecho de propiedad. Aunque la expropiación con fines mineros no puede aplicarse bajo el marco constitucional vigente, el artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que permite su solicitud, no ha sido derogado expresamente. En este contexto, la servidumbre minera surge como una aparente alternativa para que los concesionarios mineros puedan solicitar el acceso al predio de quienes ostentan el derecho superficial dentro de su concesión. Sin embargo, su aplicación en la práctica es poco frecuente debido a su complejidad procedimental, la resistencia de los propietarios y la falta de predictibilidad en su aplicación.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Practicante Preprofesional en Hernández & Cía. (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6047-0295>. Contacto: vhernandez@ehernandez.com.pe

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente del curso de Derecho Administrativo 2 en la Facultad de Derecho. Practicante preprofesional en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1343-4846>. Contacto: andres.encabo@pucp.edu.pe

*** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente Legal del área Laboral del Estudio Garrigues. (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-5821-6310>. Contacto: fernanda.franco@garrigues.com

**** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Área de Solución de Controversias en Bullard, Falla, Ezcurra+ (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3419-8522>. Contacto: mgarcesg08@gmail.com

***** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Practicante preprofesional en Hernández & Cía (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0202-5224>. Contacto: a20201411@pucp.edu.pe

This paper examines the current legal framework of mining easement and its relationship with expropriation, analyzing the key differences between these legal figures and their impact on private property. Furthermore, it reviews the main doctrinal perspectives on whether mining easement constitutes hidden expropriation or remains a distinct legal mechanism with limited but non-definitive effects on property rights.

Finally, proposals are presented to improve the regulation of mining easement in Peru, aiming to create incentives for its use while ensuring the protection of property rights for landowners. These proposals include legal amendments, improvements in the administrative procedure, and more adequate compensation mechanisms for affected property owners. This seeks to reduce legal uncertainty, promote the efficient use of mining servitude, and prevent it from effectively functioning as hidden expropriation.

KEYWORDS: *Mining easement, hidden expropriation, property rights, mining concession, invalidate, compensate, public necessity, public interest.*

Este trabajo analiza la normativa vigente sobre la servidumbre minera y su relación con la expropiación, evaluando sus diferencias y los efectos que genera en la propiedad privada. Asimismo, se revisan las principales posturas doctrinales sobre si la servidumbre minera puede representar una expropiación encubierta o si se trata de un mecanismo con características propias que, aunque limitadas, no afectan de manera definitiva el derecho de propiedad.

Finalmente, se presentan propuestas para mejorar la regulación de la servidumbre minera en el Perú, con el objetivo de generar incentivos para el uso de la servidumbre minera, así como garantizar la protección del derecho de propiedad de los titulares de los predios. Estas propuestas incluyen modificaciones normativas, mejoras en el procedimiento administrativo y mecanismos de compensación más adecuados para los propietarios afectados. Con ello, se busca reducir la incertidumbre jurídica, fomentar el uso eficiente de la servidumbre minera y evitar que, en la práctica, esta figure como una expropiación encubierta.

PALABRAS CLAVE: *Servidumbre minera, expropiación encubierta, Derecho de propiedad, Concesión minera, enervar, indemnización, necesidad pública, interés público.*

I. INTRODUCCIÓN

En la regulación minera peruana actual, el terreno superficial es entendido y regularizado de tal manera que resulta independiente a los recursos naturales que se encuentren en el subsuelo. Esta separación implica que, el dueño de un terreno superficial no tiene derecho sobre los recursos naturales que se encuentren en el mismo; como lo serían los minerales metálicos y no metálicos. Ante ello, la normativa ha establecido ciertas herramientas y figuras a ser implementadas con el propósito de subsanar las dificultades y fricciones generadas a partir de dicha separación. Dentro de las cuales, la servidumbre minera resulta ser una de las figuras dotadas de mayor importancia, debido a su capacidad para permitir la convivencia y normal ejercicio de los derechos tanto del propietario del terreno como del titular de la concesión minera.

A pesar de la importancia y utilidad de la figura de la servidumbre minera, en la actualidad, aquella servidumbre minera administrativa que resulta dotada de gran utilidad en aquellos casos en los cuales no existe acuerdo entre el titular de las concesiones mineras y el propietarios del terreno superficial, resulta ser poco implementada por los administrados y es materia de una discusión doctrinal activa en la cual se critican los efectos negativos e implicancias sobre los derechos reales del propietario. Ante ello, resulta imperativo analizar la situación actual de la figura, la mencionada discusión doctrinal respectiva y las posibles soluciones regulatorias que permitan dotar de utilidad nuevamente a la figura de la servidumbre minera administrativa.

A. Situación actual del problema

El sistema jurídico peruano recoge dos figuras legales que permiten a la Autoridad o empresas mineras acceder a terrenos de privados, ello con el propósito de que estas últimas puedan realizar actividades relacionadas con la exploración o explotación de recursos minerales. Estas figuras son la servidumbre y la expropiación mineras. Lo que las diferencia, tal como se detallará con posterioridad en el presente trabajo de investigación, son su naturaleza y los procedimientos que involucran.

A modo de una presentación general de las figuras anteriormente referidas, por un lado, la servidumbre minera en el Perú es un mecanismo jurídico que permite a los concesionarios mineros utilizar terrenos de propiedad de terceros para facilitar la exploración, explotación y otras actividades inherentes a la minería, estableciendo una prioridad

entre el desarrollo de esta actividad y el respeto a los derechos de propiedad. Regulada principalmente por el Texto Único Ordenado (en adelante, TUO) de la Ley General de Minería (en adelante, LGM) y la Ley 26505 y su reglamento, esta figura deriva del derecho civil y se adapta al contexto particular de la actividad minera. Un aspecto clave es que la servidumbre minera no implica la transferencia de la propiedad del terreno, sino el establecimiento de un derecho real que limita el uso del predio sirviente en favor del titular minero. Este derecho está supeditado a condiciones como la indemnización justa y proporcional al impacto causado, así como el respeto a las restricciones legales vigentes. Asimismo, la normativa también establece limitaciones para garantizar que la servidumbre no enerve (perjudique gravemente) el derecho de propiedad, especialmente en terrenos agrícolas o ganaderos, salvo casos de utilidad pública debidamente justificados.

Por otro lado, la expropiación aplicada al sector minero era un proceso legal a través del cual el Estado podía privar de manera forzosa a una persona de su propiedad, si resultaba necesario para el desarrollo de actividades mineras. Esto considerando el rol que tiene el estado en promover la explotación de recursos naturales estratégicos para el país. Este proceso debía cumplir con requisitos propios de la expropiación, es decir, compensación justa y procedimiento legal adecuado. A diferencia de lo que sucede en el caso de la servidumbre minera, en la expropiación minera el propietario del terreno es despojado de su derecho de propiedad sobre el bien, el cual ahora pasa a manos del Estado o de la empresa minera, a cambio de una compensación económica justa.

De este modo, según lo expuesto, la problemática se hace evidente dado que, si bien en la servidumbre minera el propietario del predio no pierde el derecho de propiedad que tiene sobre el mismo, es posible sostener que, las condiciones en las que este recibe el predio luego de haber sido utilizado para actividades mineras suponen una privación de los atributos del predio. Esto en tanto que, es de común conocimiento que la actividad minera genera, en ciertos casos, una degradación en el terreno.

Así, resulta necesario preguntarnos respecto de la servidumbre minera, hasta dónde puede extenderse la dialéctica respecto de si existe una limitación parcial de los atributos de la propiedad o si puede constituirse en una limitación total, en cuyo caso estaríamos ante una expropiación encubierta.

El objetivo del presente trabajo de investigación consiste en determinar si la figura de la servidum-

bre minera administrativa, de acuerdo con cómo se encuentra regulada en el marco jurídico peruano actual, puede ser considerada como una expropiación minera indirecta.

Para poder llevar a cabo dicha investigación, el trabajo se encuentra dividido en tres secciones principalmente, las cuales se detallan a continuación.

- En la primera sección, se introduce un marco teórico en el cual se presenta la regulación jurídica de las figuras de la servidumbre y la expropiación minera. De este modo, se presentan aspectos como su naturaleza jurídica, características, tipos, procedimientos, entre otros.
- En la segunda sección, ya habiendo introducido la regulación legal y doctrinaria de las figuras anteriormente referidas, se analiza si la servidumbre minera puede calificar como una suerte de expropiación indirecta. En este punto, a fin de abordar de manera más completa dicha interrogante, hemos optado por presentar las dos posturas que existen en la doctrina peruana. Por un lado, se presenta la postura mayoritaria, la cual establece que la servidumbre minera es, en realidad, una expropiación indirecta. Por otro lado, se presenta la postura de quienes consideran que la servidumbre minera no constituye una expropiación indirecta. Finalmente, luego de introducir las dos posturas que se evidencian a nivel doctrinario, presentamos nuestra posición.
- En la tercera sección, con la intención de encontrar una solución a la problemática expuesta, se presenta una propuesta de cambio de regulación.

II. MARCO TEÓRICO

A. Expropiación minera

1. Naturaleza Jurídica de la Expropiación en el Perú

Antes de analizar la figura de la expropiación en el Perú, es importante precisar que no puede clasificarse como una institución en sentido estricto¹, ya que su regulación es escasa y, por las razones que explicaremos a continuación, su aplicación resulta prácticamente inviable. Por ello, para construir un concepto de expropiación minera en el Perú, es indispensable, en primer lugar, analizar la expropiación como tal, pues sus características, clasificaciones y efectos son aplicables a toda manifestación de la potestad expropiatoria conferida a la administración pública². Esto se fundamenta en el artículo 70 de la Constitución de 1993 y, en particular, en el Decreto Legislativo 1192, que desarrolla lo establecido en el texto constitucional. Una vez analizada la figura de la expropiación en estos términos, podremos desarrollar, conceptualmente, el estado actual.

2. Definición y Características de la Expropiación

a. Definición de la expropiación

La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Locales. Este procedimiento se justifica por razones de necesidad pública o seguridad nacional y requiere el pago de una indemnización justa y previa al propietario afectado, según lo

¹ Según Trazegnies Granda, F. (2001, p. 506):

La ciencia jurídica no procede de modo distinto: sus paradigmas teóricos, en torno a los cuales organiza las normas particulares, son lo que los juristas llaman instituciones: concepciones coherentes de un conjunto de comportamientos que la sociedad permite, prohíbe u ordena, organizados en torno a un problema social y a ciertos valores. La propiedad, el contrato de compraventa, el juicio ordinario, la nulidad procesal, son diferentes instituciones jurídicas.

² Conforme a Cassagne, J. (2017, p. 271):

El fundamento del poder expropiatorio reposa en la obligación de contribuir al bien común conforme a un vínculo que enlaza al particular con el Estado en virtud de una relación propia de la llamada justicia legal. Esta especie de justicia, de naturaleza general, contiene el deber de contribución común a través de prestaciones obligatorias de los particulares, que en este caso son de carácter real. Así como el bien común impone el sacrificio de la propiedad, la inviolabilidad de éste resulta garantizada mediante la conversión del derecho real en un derecho creditorio en una justa y previa indemnización.

dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú³ y el Decreto Legislativo 1192⁴.

Partiendo de esta definición y en función a lo señalado por autores como Avendaño Valdez y Avendaño Arana, se entiende que:

De acuerdo a la Constitución y al Decreto Legislativo 1192, los elementos característicos de la expropiación son: (i) es una transferencia forzosa; (ii) la adquisición es originaria, lo cual implica que levantan todas las cargas y gravámenes que existan sobre el bien expropiado y se extinguen los actos jurídicos que afecten la propiedad; (iii) constituye una privación singular ya que afecta personas y bienes determinados; (iv) el único beneficiario es el Estado; y (v) todos los bienes inmuebles de dominio privado pueden ser objeto de expropiación. (2017, p. 67)

Consideramos que las características presentes en la norma y señaladas por el autor tienen un carácter general y, en ese sentido, son aplicables a cualquier manifestación del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado. Más adelante, analizaremos cómo estas mismas categorías se aplican a la expropiación en el ámbito minero, aunque con sutiles distinciones propias de esta actividad.

Por otro lado, en función a lo señalado en la norma podemos clasificar a la expropiación forzosa según la causa que justifica la expropiación, es decir, si estamos ante expropiación por necesidad pública o expropiación por motivo de seguridad nacional.

b. Características de la Expropiación

Transferencia forzosa del bien

La expropiación supone la privación del derecho de propiedad, sin necesidad de consentimiento del titular, siempre que se justifique por razones de necesidad pública y se cumpla con el procedimiento legal correspondiente. Es decir, el propietario se ve obligado a ceder su derecho de dominio en favor del Estado, recibiendo una indemnización justipreciada.

Adquisición originaria

Cuando el Estado adquiere un bien por expropiación, la transferencia es originaria, lo que significa que:

- Se extinguen todas las cargas y gravámenes que puedan existir sobre el inmueble expropiado (hipotecas, embargos, usufructos, servidumbres, entre otros).
- Se anulan los actos jurídicos previos que pudieran afectar la propiedad, garantizando que el bien pase libre de limitaciones al dominio del Estado.
- El bien expropiado se inscribe a nombre del Estado sin necesidad de que el propietario original participe en la transmisión.

Privación singular

La expropiación no es una medida general o colectiva, sino que afecta de manera específica a personas y bienes determinados. Esto significa que cada caso de expropiación debe justificarse individualmente y no puede aplicarse de manera indiscriminada a un grupo de propiedades sin cumplir con los requisitos establecidos por la normativa.

El estado como único beneficiario

A diferencia de otros ordenamientos donde se permite la expropiación en beneficio de privados (como concesionarios de servicios públicos), en el Perú el único beneficiario directo de la expropiación es el Estado. Esto implica que los bienes expropiados deben quedar bajo la titularidad de una entidad pública y destinarse a proyectos de infraestructura, seguridad nacional u otros fines de interés público.

Bienes sujetos a expropiación

El régimen de expropiación en el Perú solo afecta a bienes inmuebles de propiedad privada, excluyendo de su aplicación a bienes de dominio público o aquellos que ya pertenecen al Estado.

³ Artículo 70.-

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (Constitución Política del Perú, 1993).

⁴ Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.

Esto significa que cualquier terreno, edificación o infraestructura privada puede ser objeto de expropiación si cumple con los criterios de seguridad nacional y necesidad pública. No se pueden expropiar bienes muebles ni derechos patrimoniales, salvo en casos especiales previstos en otras normas especiales.

3. Tipología de la Expropiación

Según lo establecido por el artículo 70 de la Constitución peruana, la expropiación podrá ser implementada únicamente bajo las siguientes causales:

a. Expropiación por motivo de necesidad pública

Este tipo de expropiación se fundamenta en la necesidad de ejecutar obras de infraestructura o proyectos que benefician a la comunidad en general. Se basa en la idea de que ciertos bienes deben ser utilizados para el desarrollo del país o la prestación de servicios esenciales⁵.

b. Expropiación por motivo de seguridad nacional

Este tipo de expropiación se justifica cuando un bien privado es necesario para garantizar la defensa y seguridad del Estado o para enfrentar situaciones de emergencia. En estos casos, el Estado puede disponer la expropiación incluso con mayor rapidez, debido a la urgencia del interés público⁶.

4. Régimen Actual de la Expropiación en el Sector Minero

Actualmente la problemática respecto a la figura de la expropiación minera radica en que su apli-

cación en la práctica es inviable, pues dicha figura jurídica no logra encajar de ninguno de los supuestos que habilita la Constitución de 1993 ni el Decreto Legislativo 1192. Al respecto autores como Belaunde Moreyra (2015) consideran que debe tenerse en cuenta que, para efectos prácticos, el derecho a solicitar una expropiación contenido en el aún no derogado inciso 7 del Artículo 37 del TUO de la LGM⁷, carece de vigencia al haberse derogado tácitamente⁸. En realidad, que aún se pueda hablar de expropiación en el ámbito de la minería se debe, por un lado, a un factor histórico y por otro, a la vigencia expresa del inciso 7 del Artículo 37 del TUO de la Ley General Minería.

a. Factor histórico

Cuando se hace referencia al derecho a solicitar una expropiación, es indispensable considerar el momento en que la normativa vigente plantea este derecho, es decir, en cuál de las normas actualmente vigentes aparece el derecho a expropiar. La primera versión de la LGM fue aprobada mediante Decreto Legislativo 109, promulgado en el año 1981. Es precisamente esta norma, la que incluye dentro de sus disposiciones el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros.

Posteriormente, en el año 1992, se promulga mediante Decreto Supremo 014-92-EM el Texto Único Ordenado de la LGM, el cual recoge los textos aún vigentes del Decreto Legislativo 109, en la que nuevamente encontramos el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros.

Es en este marco, que tenemos que considerar que las normas mencionadas anteriormente fueron promulgadas durante la vigencia de la Constitución

⁵ Según Huapaya y Sánchez (2016, pp. 100-101):

[Debe] entenderse que la expropiación opera en supuestos restringidos que obedecen a un estado de necesidad, y que habitualmente se ha ligado con la construcción de importantes obras de infraestructura, bienes y servicios públicos que redundan en el bienestar de la comunidad en general. Esta *causa expropriandi* no es novedad de la Constitución de 1993, puesto que fue recogida textualmente por primera vez en la Constitución de 1979, a diferencia de las constituciones anteriores que, en su mayoría, se habían limitado a la utilidad pública y al bien público.

⁶ Conforme a Huapaya y Sánchez (2016, p. 101):

Por su parte, el segundo supuesto reconocido por la Constitución de 1993, la seguridad nacional, sí supone un concepto nuevo recogido a nivel constitucional, que anteriormente había sido introducido bajo otros términos a nivel legislativo, pero que la actual Carta recoge expresamente. Este concepto parece estar ligado a supuestos en los cuales se pone en riesgo el orden y la seguridad del país, como puede ser el caso de un conflicto armado externo.

⁷ Artículo 37.7.- Los titulares de concesiones gozan de los siguientes atributos:

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

⁸ Según Belaunde (2019):

El texto aún no expresamente derogado del inciso 7 del Artículo 37° del TUO facultaba al concesionario a solicitar la expropiación de los inmuebles destinados a otro fin económico, que fueren necesarios para la racional utilización de la concesión y se acredite a juicio de la autoridad, a la mayor importancia de la actividad minera sobre la actividad afectada. Adicionalmente, en el caso de las servidumbres mineras, conforme al segundo párrafo del inciso 3 del Artículo 37° del TUO, en teoría al menos, el derecho a solicitar la expropiación debería convertirse en la obligación de expropiar, si la servidumbre impuesta sobre el predio sirviente 'enerva' el derecho de propiedad.

Política del Perú de 1979, la cual permitía la expropiación por motivo de utilidad pública⁹. Al respecto autores como Tong González y Montero Alvarado señalan lo siguiente:

Este derecho a solicitar la expropiación se ajustaba a lo previsto en el artículo 125º de la Constitución Política del Perú de 1979 y, en general, a nuestra tradición constitucional en materia de expropiación, en virtud de la cual el derecho a la propiedad era inviolable salvo por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a Ley. En ese sentido, siendo la minería una actividad de utilidad pública conforme lo dispone el artículo del título preliminar del TUO, resultaba constitucionalmente viable la expropiación. No obstante, a raíz de la expedición de la Constitución de 1993, se ha señalado que este atributo ha quedado derogado, debido a que su artículo 70 limitaba las causas de expropiación únicamente a aquellas de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley. (2009, pp. 87-89)

En función a lo señalado por los autores, podemos establecer que, a nivel histórico, el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros no es más que un vestigio aún vigente en nuestra normatividad, pero carente de efectos prácticos.

b. Vigencia del inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM

Como hemos venido mencionando, actualmente aún no se ha derogado expresamente el inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM y con ello el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros. En ese sentido, y como hemos venido señalando, las distintas disposiciones normativas que se han emitido en torno a la regulación de la expropiación han generado que esta figura, en el ámbito minero, ni siquiera se ajuste a todas las características típicas de la expropiación, como se evidenciará a continuación:

Transferencia forzosa de la propiedad

La expropiación minera, al igual que la expropiación forzosa en general, implica una transferencia de la propiedad a favor del Estado. Sin embargo, en el caso de la actividad minera, esta transferencia es atípica, ya que concluyen en una misma área de los bienes expropiados y aquellos que ya están bajo el dominio del expropiante. El Estado tiene la potestad sobre los recursos minerales sin necesidad de adquirir la propiedad del suelo, ya que ejerce el dominio de estos bienes. Si bien La LGM, señala que los recursos minerales son propiedad inalienable e imprescriptible del Estado, lo cierto es que el estado ejerce un dominio¹⁰ sobre estos bienes y otorga en concesión los mismos con la finalidad de garantizar su aprovechamiento.

Adquisición originaria

La expropiación implica que la adquisición del bien es de naturaleza originaria, es decir, que el Estado adquiere la propiedad libre de cargas, gravámenes o derechos previos. En el ámbito minero, esto significa que cualquier derecho anterior sobre el bien afectado (servidumbres, concesiones, contratos, etc.) quedaría extinguido y reemplazado por la titularidad que ejercería el estado sobre el bien.

Privación singular

La expropiación solo afecta bienes y personas determinadas, no se trata de una medida generalizada. En el caso de la minería, esto significa que el Estado solo podría expropiar predios específicos para facilitar la explotación de recursos mineros en situaciones excepcionales (lo cual, en la práctica, no es aplicable bajo la Constitución de 1993, ya que no estamos ante una necesidad pública).

El estado como único beneficiario

Conforme a la normativa vigente, el único beneficiario de la expropiación es el Estado, dado que

⁹ Tong y Montero (2009) señalan que:

Actualmente, la mayoría de constituciones europeas y de América latina [sic] establecen a la "utilidad pública" como la causa expropiatoria por excelencia. Este tratamiento de la expropiación no es ajeno a nuestro sistema legal, sino que, por el contrario, ha sido recogido a lo largo de nuestras constituciones. No obstante, contrariamente a sus predecesoras y a la corriente moderna, nuestra actual Constitución consagra en su artículo 70 a la seguridad nacional y a la necesidad pública como causas de expropiación.

¹⁰ Según Huapaya (2014, p. 339):

El régimen de los recursos naturales en el Perú se explica fundamentalmente mediante la aplicación de la teoría dominialista, en la medida que se considera que los recursos naturales son bienes de dominio público, bajo la guarda y administración del Estado, el cual ejerce su soberanía mediante la facultad de regulación de las actividades y beneficios o derechos concedidos a los particulares para su uso y aprovechamiento, excluyéndose de la libre y espontánea apropiación por los particulares.

los bienes expropiados deben destinarse a fines de necesidad pública o seguridad nacional. Sin embargo, en el ámbito minero, esto genera una contradicción, ya que la actividad minera en el Perú es ejercida por privados a través de concesiones. De hecho, según lo dispuesto en el TUO de la LGM, el concesionario tiene el derecho de solicitar a la administración pública la expropiación de un predio ubicado dentro de su concesión. Esto plantea una incompatibilidad con el régimen general de la expropiación forzosa, ya que, en este caso, el beneficiario final no sería el Estado, sino un privado.

Indemnización justipreciada y pago previo

Como requisito fundamental, la expropiación debe garantizar una compensación económica justa al propietario afectado. En la minería, si realmente se pudiese aplicar un régimen de expropiación, el titular del bien afectado tendría derecho a recibir una indemnización que cubra el valor del inmueble y los perjuicios que le ocasione la medida.

Reserva de ley

La expropiación en el Perú solo puede ser aprobada mediante una ley del Congreso, lo que significa que su aplicación en minería requeriría una declaración expresa del legislador que justifique la necesidad pública o seguridad nacional. Además, el expropiado tiene el derecho de impugnar la decisión ante el Poder Judicial o por arbitraje.

Limitación por concepto de utilidad pública.

La actividad minera es considerada de utilidad pública, pero no de necesidad pública ni de seguridad nacional, salvo en circunstancias excepcionales. Esto significa que la minería no cumple con los criterios exigidos en el artículo 70 de la Constitución ni en el Decreto Legislativo 1192, los cuales establecen que la expropiación solo procede por motivos de seguridad nacional o necesidad pública.

B. Servidumbre Minera

1. Definición y Características de la Servidumbre Minera

Como vimos, la expropiación minera ya no es posible en el Perú, pero sí se mantuvo vigente la servidumbre minera. La servidumbre minera es una figura que permite a los titulares de derechos mineros utilizar terrenos que no son de su propiedad para permitir o facilitar la explotación y otras actividades inherentes a la minería. Las principales normas aplicables a esta institución

son las siguientes: TUO de la LGM, la Ley de Tierras y su Reglamento.

Naturalmente, la servidumbre minera tiene su origen en la servidumbre del derecho privado, pero es adaptada a las particularidades propias de dicha rama. En palabras de Jorge y Francisco Avenadoño, la servidumbre de derecho privado “es una restricción o carga que sufre un predio en favor de otro predio, que se beneficia con la limitación del primero” (2017, p. 18). El predio que sufre la carga es comúnmente llamado predio sirviente, mientras que el predio que se beneficia es el predio dominante.

En el caso del derecho minero sirve para lo mismo, es decir, es “la carga que debe soportar un predio, predio sirviente, para que el titular de una concesión minera explote los recursos minerales” (Dávila & Espinoza, 2019). El TUO de la LGM establece que se forman servidumbres en predios de terceros “que sean necesarios para la racional utilización de la concesión”. Es decir, hay un matiz, que es que en el derecho minero regularmente el titular del derecho necesita la servidumbre para poder aprovechar adecuadamente la concesión que tenga (o al menos esa era la idea inicial). Según Baldeón (2016, p. 279):

El derecho al establecimiento de servidumbre no solo es un derecho conexo al título de concesión minera, sino **es la concreción misma del derecho real de la concesión minera y que tiene por objeto el ejercicio de la actividad minera**. Dicho de otra manera y haciendo nuestro lo expresado por Mariano Ramirez (h), la servidumbre minera tiene su origen en la esencia misma del derecho que otorga la concesión [el énfasis es nuestro].

Inclusive, se ha llegado a afirmar que la servidumbre minera no necesita constitución, ya que está prevista expresamente por la ley. En este sentido, “lo que se requiere, ya sea a través del acuerdo de voluntades o bien de la justicia, es su reconocimiento, goce y ejercicio”, no la constitución de la servidumbre (Marchese, 1999).

Sea como fuere, lo cierto es que la servidumbre minera constituye un derecho que el titular minero puede solicitar y ejercer, sea a través de acuerdos con el propietario del predio sirviente, o, como veremos más adelante, a través del procedimiento establecido para obtener la servidumbre administrativa.

Teniendo clara la naturaleza de la servidumbre, existen tres de sus características que queremos resaltar:

- **Primero**, no implica transferencia de propiedad. La naturaleza de la servidumbre no lleva a concluir que el titular del derecho minero será también titular de la totalidad o parte del predio sirviente. De ser así, la servidumbre sería simplemente un medio para conseguir la transferencia final de la propiedad.

Por el contrario, la servidumbre, como vimos, implica una carga, una restricción al predio sirviente. Implica una **“restricción a la exclusividad en el ejercicio del derecho de propiedad, no en cuanto al contenido de este derecho.** Así, las facultades del derecho de propiedad son divididas entre el propietario del predio sirviente y el titular de la servidumbre” (Barraza, 2002, p. 233) [el énfasis es nuestro].

- **Segundo**, precisamente porque su naturaleza no implica la transferencia de la propiedad, es que la servidumbre no puede representar una pérdida sustancial o enervación del derecho de propiedad del titular del predio sirviente.

Como vimos, la servidumbre aplicada a la minería tiene como finalidad permitir el ejercicio de derechos mineros por el especial interés que reviste esta industria en el desarrollo nacional. Sin embargo, una cosa es promover una restricción razonable a la propiedad y otra, muy distinta, es permitir que mediante la constitución de servidumbres mineras el predio sirviente esté supeditado a tal punto que lo vuelva inútil o que pierda sustancialmente su utilidad.

Esta característica de la servidumbre minera se encuentra reconocida en el artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505 (1996), referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos:

En caso de que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, **se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas** [el énfasis es nuestro].

Asimismo, el acto de enervar el derecho de propiedad sobre el predio sirviente es definido por el artículo 3 de dicho Regla-

mento como “perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” (1996). Más adelante trataremos a detalle las etapas del procedimiento administrativo de servidumbre minera.

Entonces, si la servidumbre minera hace inútil al predio sirviente, no será procedente el pedido del titular del derecho minero. Tal como indica Mejorada “si el titular de la concesión minera requiriese contar con el derecho de uso exclusivo y excluyente del predio sirviente, no podrá obtener esa autorización del Estado” (2003, p. 18).

- **Tercero**, está supeditada a una contraprestación o indemnización. Ello porque, aun cuando la restricción del derecho de propiedad del titular del predio sirviente no llegue a ser una enervación, sigue siendo una carga sobre el derecho de propiedad que debe ser debidamente compensada.

Con cargo a desarrollarlo en la siguiente sección, el titular del derecho minero puede llegar a obtener una servidumbre mediante acuerdo con el involucrado o mediante el procedimiento administrativo de servidumbre.

Si es que obtiene un acuerdo firmará un contrato, en el que comúnmente se establecerá la contraprestación que deberá pagar al titular del predio sirviente. Si es que obtiene la servidumbre mediante procedimiento administrativo, será la administración la que fije el monto de la indemnización que deberá abonar al titular del predio sirviente. Tal como indica el artículo 7 de la 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 “el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio” (1995).

2. Tipos de servidumbre

Existen distintas clasificaciones de las servidumbres. Para efectos de esta investigación, nos interesa usar la clasificación general de servidumbres de acuerdo con su origen, sin perjuicio de hacer referencias dentro de esta clasificación general a

otras clasificaciones más específicas que han sido notadas por sectores de la doctrina.

Servidumbres legales

Son aquellas que son impuestas por la ley. Así, el propietario del predio sirviente necesariamente debe soportar la carga de la servidumbre en las condiciones previstas por las disposiciones legales aplicables (Pachas, 2015, p. 18).

Un ejemplo de servidumbre legal es el establecido en el artículo 1051 del Código Civil que establece la servidumbre legal de paso:

La servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos. Esta servidumbre cesa cuando el predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio (1984).

Servidumbres convencionales

Son aquellas que nacen del acuerdo de voluntad entre las partes involucradas. En el contexto de la actividad minera, el titular del derecho minero alcanza un acuerdo con el titular del predio sirviente para constituir la servidumbre y usar una parte del predio para los fines de la actividad minera. Naturalmente, se pactará una contraprestación a favor del predio sirviente a cambio del otorgamiento de la servidumbre.

Para constituir una servidumbre minera convencional no se requieren formalidades. La LGM y el Código Civil no las exigen. Es importante anotar que las formalidades exigidas a los contratos mineros en la LGM no son exigibles al contrato de servidumbre, porque este no es un contrato minero en sentido estricto. En tanto se regula por las reglas de derecho común, es aplicable el artículo 143 del Código Civil que indica que “cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente” (1984).

Siguiendo a Martínez (2009), dentro de las servidumbres mineras convencionales estarían las servidumbres contractuales sobre terrenos superficiales, sobre áreas subterráneas y sobre labores subterráneas.

Como anotación, podemos decir que en la práctica se han dado otro tipo de acuerdos alternativos a la constitución de una servidumbre en el predio sirviente directo. Por ejemplo, se constituyeron servidumbres en predios colindantes al predio

inicialmente querido, o se han celebrado contratos de compraventa de terrenos sobre los predios necesitados.

Servidumbres administrativas

Son aquellas constituidas por orden de la administración. En el contexto de minería, el titular del derecho minero puede solicitar que la autoridad minera constituya una servidumbre a su favor. Ello si es que no alcanza un acuerdo con el titular del predio sirviente para constituir la servidumbre. Como dijimos, se instituyó el procedimiento para obtener la servidumbre administrativa por el especial interés que reviste la actividad minera para el desarrollo del país. En palabras de Pachas (2015, p. 21):

[Las] servidumbres administrativas son cargas sustentadas en la ley, las cuales se otorgan a través de un acto administrativo que permite la limitación al derecho de propiedad sobre bienes de dominio privado del Estado o de titularidad de un particular (previo pago de un justiprecio) a fin de satisfacer el fin público para el cual fue otorgado.

Siguiendo a Martínez (2009), dentro de las servidumbres mineras administrativas estarían las servidumbres administrativas sobre áreas superficiales y sobre áreas subterráneas.

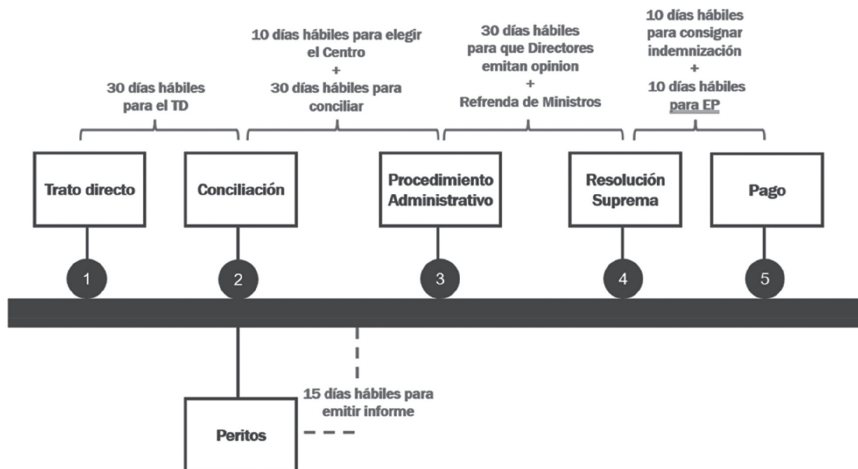
El procedimiento para constituir la servidumbre administrativa está regulado por el TUO de la LGM, por la Ley de Tierras y por el Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos. En la siguiente sección explicaremos las etapas para la constitución de la servidumbre administrativa.

3. Etapas de la Servidumbre Administrativa

Para efectos de esta investigación, es fundamental mostrar cómo son las etapas de la servidumbre administrativa. Al final del día, la servidumbre convencional no necesita mayor comentario en tanto las partes pueden tutelar sus propios intereses. Sería poco convincente afirmar, como indica el título de esta investigación, que la servidumbre convencional constituye una expropiación encubierta.

Por ello, de aquí en adelante, nos centraremos en el tratamiento de la servidumbre administrativa. Así, es importante tener claros los pasos para conseguir esta servidumbre, que están establecidos en el TUO de la LGM y en el Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras. Gráficamente el proceso ocurre de la siguiente manera:

Gráfico 1: Procedimiento de la Servidumbre Minera según lo establecido en el TUO de la LGM y el Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras



Fuente: Elaboración Propia

Ahora bien, la explicación de este proceso es la siguiente:

- **Primero**, etapa de trato directo. De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras, el solicitante de la servidumbre (titular del derecho minero) debe enviar una carta notarial al titular del posible predio sirviente con la finalidad de llegar a un acuerdo para la constitución de la servidumbre. Si es que en 30 días hábiles no se alcanzara un acuerdo, el titular del derecho minero irá a la Dirección General de Minería (en adelante, DGM) para poner en su conocimiento el agotamiento del trato directo.
- **Segundo**, etapa de conciliación con coordinación de la DGM. La DGM convocará a las partes a conciliar frente a un Centro de Conciliación, centro que las partes deberán acordar en un plazo máximo de 10 días hábiles. De no llegar a un acuerdo sobre el centro, la DGM solicitará a la Dirección Regional Agraria de la jurisdicción una terna, de la cual elegirá al Centro de Conciliación para que, en un plazo máximo de 30 días hábiles, se busque alcanzar un acuerdo sobre la servidumbre.

En simultáneo al procedimiento de conciliación, proceso de designación y pronunciamiento de peritos. Simultáneamente a la invocación a conciliar, la DGM designará un perito minero. Este deberá pronunciarse sobre la necesidad de la servidumbre y solicitará al Consejo Nacional de Tasaciones la designación de un perito agrónomo que deberá tasar el área solicitada y elaborar un informe que determine si la servidumbre

no enerva el derecho de propiedad. Ambos peritos deberán presentar sus informes en un plazo de 15 días hábiles. Estos serán enviados al Centro de Conciliación y a la DGM para que sirvan de referencia.

- **Tercero**, el inicio del procedimiento administrativo de sí y pronunciamiento de los directores generales de Minería y de Promoción Agraria. Si es que durante la conciliación no se llega a un acuerdo, el titular del derecho minero podrá solicitar a la DGM el inicio del procedimiento de servidumbre administrativa. Se incorporan en este expediente de servidumbre administrativa los informes periciales emitidos durante la conciliación.

De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras, en el plazo de 30 días hábiles el director general de Minería, y el director general de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, deberán emitir opinión (independiente) sobre si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad del predio sirviente. Para dichos efectos deberán tener en cuenta lo indicado en los informes periciales emitidos durante la conciliación.

Si es que se considerara que los informes periciales tuvieran vicios, la DGM ordenará que se subsanen, y los peritos deberán entregar la información a la DGM en un plazo de 15 días hábiles.

- **Cuarto**, la Resolución Suprema. Si es que en la opinión de ambos directores generales se determina que la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, el Director

General de Minería “preparará el proyecto de Resolución Suprema que fije la indemnización, conjuntamente con la minuta de establecimiento de la servidumbre, elevando todos los actuados dentro del plazo señalado en el párrafo precedente para la expedición de la Resolución Suprema que impondrá la servidumbre” (artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras).

Esta Resolución Suprema, una vez elaborada, deberá ser refrendada por el ministro de Energía y Minas y por el ministro de Agricultura.

- **Quinto**, el pago de la indemnización. Una vez que se expide la Resolución Suprema, el titular del derecho minero deberá depositar en el Banco de la Nación a la orden de la DGM el monto fijado como indemnización en el plazo de 10 días hábiles desde que fue notificado. Si no lo hace, la solicitud de servidumbre minera se considerará abandonada.

Efectuado el depósito, la DGM ordenará la suscripción de la escritura pública en la que conste la servidumbre en el plazo de 10 días hábiles. La entrega de la indemnización al titular del predio sirviente se efectuará contra la firma de la escritura pública.

Cabe aclarar respecto al procedimiento de imposición de servidumbre minera que la Resolución Suprema que otorgue la servidumbre solo podrá cuestionarse ante el Poder Judicial respecto al monto de la indemnización fijada. De acuerdo con ciertos autores, esta limitación al cuestionamiento de la Resolución es contraria a los derechos fundamentales del titular del predio sirviente (Gamarra, 2010, p. 57).

III. ¿SERVIDUMBRE O EXPROPIACIÓN MINERA?

Considerando las definiciones desarrolladas, se ha establecido que la servidumbre y la expropiación son mecanismos jurídicos mediante los cuales se ven afectados los derechos reales de los propietarios de bienes privados, estableciendo límites o restricciones al dominio privado con el propósito de garantizar el desarrollo de proyectos estratégicos, como aquellos vinculados a la actividad minera. Sin embargo, queda claro que ambas figuras

contienen grandes diferencias en sus características y efectos sobre los derechos del propietario.

Como diferencia principal entre ambos conceptos se encuentra el efecto jurídico perseguido por cada uno de ellos. En primer lugar, como se mencionó con anterioridad, mediante la servidumbre se busca establecer una restricción o carga sobre un predio determinado, a fin de permitir a un tercero el acceso al mismo con la finalidad de que, en el caso de la servidumbre minera, pueda llevar a cabo las actividades mineras que le permite la concesión sobre la cual mantiene la titularidad. Ello genera una restricción a los derechos del propietario del predio y genera un beneficio sobre la concesión minera¹¹.

Por otro lado, la expropiación tiene como finalidad la afectación total de los derechos del propietario¹², ya que persigue la transferencia forzosa de la propiedad del predio a nombre del Estado peruano. A raíz de esta transferencia forzosa, con anterioridad a la Constitución de 1993, se beneficiaba al titular de la concesión minera, al permitirle el acceso al predio expropiado, a fin de llevar a cabo las actividades mineras en ejercicio de sus derechos como concesionario.

Otra diferencia determinante resultan ser los medios por los cuales se puede llegar a constituir una servidumbre minera y aquel proceso a ser seguido para, efectivamente, llevar a cabo la expropiación de un predio. Respecto a la servidumbre contractual, esta puede hallar su origen en el acuerdo entre las partes, ya que el propietario del terreno como el titular de la concesión pueden acordar libremente la constitución de una servidumbre sobre el predio en cuestión, en beneficio de la concesión minera. Adicionalmente, con el objetivo de cubrir aquellos supuestos en los que el propietario del predio y el concesionario no lleguen a un acuerdo sobre el medio por el cual este último pueda obtener el acceso necesario al predio para llevar a cabo las actividades mineras, el titular de la concesión tiene el derecho de iniciar el procedimiento de servidumbre minera, como se desarrolló previamente.

En relación con la expropiación, a pesar de que el inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM otorga al titular de la concesión minera el derecho a solicitar la expropiación de un predio, a fin de poder llevar a cabo las actividades mineras. En la actualidad, según lo afirmado por Belaunde Moreya (2019,

¹¹ Avendaño señala lo siguiente: “Las servidumbres son derechos reales limitados del aprovechamiento de cosa ajena por un sujeto determinado” (1999, pp. 11-19).

¹² Tong y Montero afirman que: “La expropiación se trata de una medida basada en la soberanía del Estado, quizás, la medida administrativa más radical debido a que, a través de ella, se sacrifica el derecho de propiedad” (2009, p. 87).

p. 100) “considero que el inciso 7 del Artículo 37° del TUO ya no está en vigencia, por cuanto la minería con arreglo al Artículo V del Título Preliminar del TUO solo es de ‘utilidad pública y la promoción de sus inversiones de interés nacional’. Por lo cual, el único medio por el cual se puede llevar a cabo la expropiación de un terreno es tras la declaración, mediante ley o decreto supremo, de necesidad pública. Lo cual implica que, a diferencia de la servidumbre minera, el titular de la concesión minera no cuenta con un procedimiento para solicitar la expropiación de un predio¹³.

Adicionalmente a las diferencias principales mencionadas entre ambas figuras, cabe mencionar que, a la par, existen semejanzas entre las mismas; las cuales pueden encontrarse en las características y procedimientos implementados para obtener tanto la servidumbre minera como la expropiación.

Como se puede apreciar, tanto en el caso de la servidumbre minera como en el caso de la expropiación, los derechos del propietario del predio se ven afectados por la implementación de estas. Adicionalmente, en ambos casos (servidumbre y expropiación) la afectación de los derechos del propietario del predio se puede ver afectados, ya sea parcial o totalmente, sin necesidad de que, este último, otorgue su consentimiento. Ello se debe a que, en el caso de la servidumbre minera, el titular de la concesión tiene el derecho de iniciar el procedimiento de servidumbre minera ante la autoridad competente; generando que, en caso no se llegue a un acuerdo entre los administrados, la autoridad podrá ordenar la constitución de la servidumbre en el terreno siguiendo el procedimiento establecido por ley. Y, en el caso de la expropiación, como se ha mencionado de forma reiterada, el único

mecanismo vigente por el cual se puede llegar a efectuar la expropiación es iniciado por el Estado y no requiere del consentimiento del propietario; al tratarse de una transferencia forzosa. En consecuencia, de ello, tanto en el caso de la servidumbre como en la expropiación, se origina el derecho a recibir una indemnización, el justiprecio, a favor del propietario del predio afectado.

A. Explicación del Conflicto

A pesar de que –como hemos señalado– resulta evidente la existencia de diferencias entre las figuras de la servidumbre minera y la expropiación tanto en su naturaleza como sus efectos, y habiendo dejado claro que, actualmente, la expropiación minera mencionada en el inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM no se encuentra vigente, existe aún un debate respecto a la verdadera naturaleza de la servidumbre minera.

Por un lado, autores como Gamarra¹⁴ y Velásquez Meléndez¹⁵ defienden que la servidumbre minera, a pesar de estar regulada como tal, es más bien una expropiación encubierta o indirecta. Ello –según los citados autores– se sustenta principalmente en los efectos nocivos que la figura de servidumbre genera sobre el predio afectado, enervando el derecho de propiedad originario.

De otro lado, se encuentran autores como Avendaño, Zuazo y Osorio, que, a pesar de criticar la figura de la servidumbre minera en el Perú, reconocen que esta no se trata de una expropiación encubierta pues esta figura ya ha sido ‘eliminada’ de nuestro ordenamiento para el caso de la minería y sus efectos son sustancialmente distintos a los de la servidumbre¹⁶.

¹³ Según Avendaño (1999, p. 17):

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

¹⁴ Según Gamarra (2010, p. 54):

Desde nuestro punto de vista, en términos prácticos, nos encontramos ante algo parecido a una expropiación a favor del concesionario minero, ya que el propietario del predio de ser agricultor dejaría de lado su actividad agraria puesto que no sería permisible con la servidumbre el uso del predio para ese fin. En tal sentido el valor del predio para el agricultor, por ejemplo, no sería el mismo porque ya no existiría el proyecto de vida y la indemnización deberá reparar dicha afectación al citado proyecto.

¹⁵ Conforme a Velásquez (2013, pp. 234-235):

En ese marco constitucional se puede apreciar por qué solo las medidas que sean significativamente excesivas calificarían como *taking*. De ahí no hay que recorrer mucho camino para concluir, como lo hace derecho norteamericano, que todas las limitaciones a la propiedad encubren una expropiación indirecta.

¹⁶ Zuazo-Villaruel y Osorio (2017, p. 95) afirma que:

Entendemos que por motivos constitucionales nuestra Constitución no permite la expropiación para temas mineros según todo lo expuesto anteriormente. Dicho éxito, afirmamos que la servidumbre minera legal no es una expropiación encubierta ni análoga puesto que la servidumbre minera, a diferencia de la expropiación, no extingue el derecho de propiedad ya que ésta última no significa el apoderamiento de la propiedad ajena y más aún, la pérdida o privación del derecho de propiedad de un privado a cambio de una compensación de dinero (indemnización).

Así, en el presente apartado abordaremos la discusión descrita, explicando ambas posturas existentes. Por último, brindaremos la postura que mantenemos, sustentando el porqué de nuestra inclinación.

Hacemos notar que la presente discusión se enfocará únicamente en la servidumbre minera administrativa y no la contractual, pues damos por entendido que la segunda se trata de un acuerdo y manifestación de voluntades de disposición de derechos reales, por lo que está claro que nada tiene que ver con el encubrimiento de una expropiación.

B. Postura número uno: La servidumbre minera es, en realidad, una expropiación encubierta

Ya hemos señalado que, en el país, existen diversos temores y dudas en torno a la servidumbre minera, sus efectos e impactos. Si bien estos temores han sido extensamente abordados desde el lado del concesionario (por ejemplo, la incertidumbre o temor del concesionario minero por saber si podrá ver materializada su actividad, siendo la servidumbre minera el único mecanismo coercitivo vigente para adquirir derechos reales sobre la superficie), no se ha hablado lo suficiente respecto al lado del propietario del terreno y los reparos que existen respecto a la ‘afectación’ o ‘pérdida’ de la titularidad de este. Como señalan Zuazo-Villaroel y Osorio, esto se da principalmente por la falta de información que existe respecto a este tema, que suele ser inexacta o falsa (2017, p. 85).

Así las cosas, existe una confusión –que principalmente proviene de los propietarios de los terrenos superficiales que se superponen a los yacimientos mineros– respecto a la realidad de la servidumbre minera y sus efectos. Diversos autores se inclinan por señalar que la servidumbre, en realidad, es una expropiación encubierta o, incluso, indirecta, los motivos serán recopilados a continuación.

En primer lugar, Gamarra es clara en señalar que “[el] procedimiento en mención [el procedimiento administrativo de servidumbre minera], finalmente, configura en realidad una pretensión expropiatoria encubierta [...]”, lo que para ella implica incluso un problema de inconstitucionalidad sobre la base de lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú respecto al derecho de propiedad (2010, p. 53). En efecto, la autora encuentra la naturaleza expropiatoria de la servidumbre minera legal en la afectación que esta significa al predio en donde recae el yacimiento minero y, por ende, al propietario.

Gamarra establece que nos encontraríamos ante “*algo parecido*” [sic] a una expropiación a favor del concesionario minero, partiendo de la premisa de que el propietario de la superficie suele ser un agricultor que se verá obligado a dejar de lado su actividad agraria al no ser posible con la servidumbre el uso del predio en cuestión para dichos fines. Además, el valor del predio para el agricultor no será el mismo pues este predio ya no podrá ser utilizado para el proyecto de vida que este tenía pensado (la actividad agrícola), lo que deberá ser reparado por la indemnización (2010, p. 54). Adicionalmente, Gamarra encuentra que –como ya hemos anotado– la servidumbre minera limita ciertos derechos del propietario del predio como son el uso, el usufructo y la posesión inmediata del predio sirviente. Sin embargo, cuando esta servidumbre sea entendida o genere una limitación total de los atributos que confiere el derecho de propiedad, será evidente que nos encontraríamos ante una expropiación encubierta (2010, p. 58).

Para la autora, la naturaleza expropiatoria de la servidumbre minera está fundamentada en la afectación que esta genera al derecho de propiedad y la frustración que implica para el proyecto de vida del propietario. Estas son las razones por las cuales, para Gamarra, no procede el otorgamiento de la servidumbre minera, teniendo en consideración que incluso, como ya hemos abordado, la expropiación minera se encuentra proscrita con la sola finalidad de proteger el contenido esencial del derecho de propiedad (2010, pp. 58-59).

Una postura complementaria a la de Gamarra y que resulta relevante en la misión de dilucidar si la servidumbre minera es, en realidad, una expropiación encubierta, es la de Velásquez Meléndez.

El autor se refiere al concepto de expropiación indirecta, como aquella medida que –sin tener propiamente el título de expropiación– genera efectos expropiatorios contra la propiedad y ha sido calificada por nuestro Tribunal Constitucional como ilegítima (2013, p. 46). Para Velásquez Meléndez, las expropiaciones indirectas se deben prohibir porque estas no siguen un proceso expropiatorio adecuado, ni pagan un justiprecio, como sí sucede con las expropiaciones forzosas.

Al respecto, cabe preguntarnos, ¿cuáles son los efectos expropiatorios que genera una expropiación indirecta? ¿Estos podrían ser equiparados con los efectos de la servidumbre minera? Según Velásquez Meléndez, la expropiación indirecta genera que la titularidad sobre un determinado bien devenga en inútil, pues afecta la facultad del propietario sobre el bien o los beneficios esperados de este (2013, p. 46). En efecto, para el autor, la

expropiación indirecta afecta el bien de tal manera que este no pueda ser utilizado por su propietario para los fines que tenía planeados.

Vemos que esta postura se asemeja a la planteada por Gamarra al señalar que, con la expropiación indirecta, los propietarios del bien –en su mayoría agricultores– verán afectado su derecho de propiedad en la medida que no podrán utilizar el bien para los fines que tenían pensados originalmente, es decir la agricultura, aun cuando este bien regrese a su posesión y aprovechamiento. Así, podemos afirmar que, si bien Velásquez Meléndez no se refiere expresamente a la figura de la servidumbre minera, bajo su definición de expropiación indirecta, la servidumbre calificaría como tal por generar efectos nocivos en la propiedad del predio que enervan su derecho de uso y disfrute, e incluso, su proyecto de vida.

C. Postura número dos: No es posible sostener que la servidumbre minera constituye una expropiación

Habiendo ya expuesto el análisis y razonamiento de aquellos autores que respaldan la idea de que la servidumbre minera es, en realidad, una expropiación encubierta, corresponde exponer también la postura contraria a partir de la cual una servidumbre minera no puede ser interpretada como expropiación.

De esta opinión es Jorge Avendaño Valdez, quien afirma que la expropiación para fines mineros no procede, pues la nueva Constitución (la de 1993) ha derogado dicha figura. A la fecha, la Constitución vigente limita la expropiación a dos causas, la seguridad nacional y necesidad pública (1999, p. 17). Por tanto, a partir del análisis que plantea Avendaño, no es posible que la servidumbre minera se trate –en realidad– de una expropiación, puesto que esta última figura se encuentra derogada, en protección del derecho de propiedad.

Partiendo de dicha postura, Zuazo-Villaroel y Osorio realizan el siguiente análisis:

Como sabemos, la expropiación es la pérdida o privación del derecho de propiedad de un privado, el cual le es “quitado” a cambio de una compensación en dinero, es decir, a cambio de una indemnización. En ese sentido, podemos afirmar que la servidumbre minera no es una expropiación encubierta ni análoga, puesto que la servidumbre minera, a diferencia de la expropiación antes señalada, no extingue el derecho de propiedad ya que esta última no significa el apoderamiento de la propiedad ajena. (2017, p. 92)

Por tanto, los autores afirman que la servidumbre minera no extingue el derecho de propiedad, sino que únicamente lo limita. Esto ya que la servidumbre no otorga al concesionario un derecho de propiedad sobre el predio que afecta, sino que le permite ejercer su aprovechamiento por un periodo indeterminado.

Ahora bien, Zuazo y Osorio no desconocen los efectos ‘nocivos’ que la servidumbre minera podría generar en el predio afectado. Sobre el particular, recogen la postura de Avendaño, que establece que la servidumbre, en tanto limitación exigente a las facultades de propiedad del titular del predio, podría afectarlo gravemente si –por su uso– este queda inhabilitado para la explotación agrícola, que fue su finalidad original. Sin perjuicio de ello, sostienen que dicha afectación no convierte a la servidumbre minera en una expropiación encubierta, sino que más bien genera una necesidad de tener en cuenta las características y limitaciones del predio afectado y sus posibles implicancias al momento de fijar la valorización de la servidumbre (2017, p. 92).

De una inclinación similar son García Montúfar y Franciskovic, quienes han señalado que en la medida que la expropiación ya ha sido derogada por la Constitución, a la fecha, el concesionario minero no se encuentra habilitado para iniciar un procedimiento de expropiación, porque el artículo 70 de la Constitución exige que para ello medie causa de necesidad pública o seguridad nacional (1999, p. 98).

A partir de lo expuesto podemos arribar a la conclusión de que aquellos autores que aseguran que la servidumbre minera no puede ser considerada como una expropiación encubierta se basan, principalmente, en dos razones. En primer lugar, no es posible considerar a la servidumbre minera como expropiación debido a que esta figura se encuentra derogada de nuestro ordenamiento jurídico. Toda vez que la Constitución no habilita al empresario minero a requerir una expropiación, no es posible que la servidumbre sea considerada como tal. Por otro lado, como segundo motivo, los autores diferencian a la servidumbre minera de la expropiación en tanto la primera figura no implica una afectación total a los derechos de propiedad –o por lo menos no en la teoría– puesto que esta no extingue los derechos de propiedad, sino que los limita de manera indefinida.

D. Nuestra Postura

Habiendo desarrollado las posturas predominantes en la doctrina, con respecto a la servidumbre minera en el Perú, cabe analizar la condición,

normativa y la naturaleza actual de esta figura en el Perú; a fin de esclarecer cuál de las dos posturas expuestas guarda una mayor afinidad con la realidad nacional. Tal como fue desarrollado en la presente sección, la servidumbre y la expropiación mantienen características que marcan diferencias fundamentales entre ambas figuras; especialmente con respecto a los efectos que generan en la esfera jurídica del propietario. Sin embargo, las diferencias expuestas corresponden a un análisis conceptual que no necesariamente guarda relación respecto a la servidumbre administrativa regulada en el sector minero; como se demuestra de la comparativa entre las características de ambos conceptos aplicados en la actualidad.

La principal diferencia entre ambos conceptos resulta ser el efecto jurídico principal generado por ambas figuras. Ya que, mientras la expropiación resulta en la transferencia forzosa de la propiedad a favor del Estado, la servidumbre administrativa regulada en la normativa minera genera la constitución de un gravamen sobre el bien afectado. Esta diferencia se mantiene en la realidad, puesto que, al ser otorgada una servidumbre minera, se genera una carga, representada en un asiento de la partida registral de la propiedad en cuestión, la cual no modifica la condición de propietario, sino que limita el derecho real de uso del terreno. La única condición en la que coinciden ambas figuras, resulta ser el no consentimiento del propietario del bien afectado. Ya que, la servidumbre administrativa implementada en el sector minero es constituida por orden de la administración, tras llevar a cabo el procedimiento correspondiente, sin requerir el consentimiento del propietario del predio afectado¹⁷.

Por otro lado, se mantiene la diferencia entre ambas figuras respecto al beneficiario final. Ya que, como se ha desarrollado a lo largo del pre-

sente trabajo, la expropiación se caracteriza por generar la transferencia a favor del Estado¹⁸. Y, por el contrario, la servidumbre administrativa implementada en el sector minero es otorgada por la Administración a favor del titular minero solicitante; generando que este último sea el único beneficiario de la servidumbre minera otorgada. En contraposición se encuentra que, en ambas figuras se genera un derecho de indemnización a favor del propietario del bien afectado; implementando en ambos dos casos el concepto del 'justiprecio'.

Finalmente, en el caso de la expropiación, los derechos reales del propietario del bien se ven totalmente afectados; al transferirse la propiedad del mismo sin su consentimiento. Por otro lado, se encuentra la característica esencial de la servidumbre, la cual establece que la constitución de esta figura no debe enervar el derecho de propiedad. Según Martín Mejorada, esta característica establece que, para poder constituir una servidumbre, se deberá verificar que esta "no perjudica el resto del predio sirviente de modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado" (2003, p. 18).

Bajo nuestro punto de vista, no será posible el cumplimiento de esta característica en ciertos proyectos del sector minero. Ello se fundamenta principalmente en los fines propios de la actividad minera, el cual es permitir al titular minero el ejercicio de sus derechos de exploración y explotación respecto a los yacimientos ubicados en la concesión sobre la cual mantiene titularidad¹⁹. Y, como es bien sabido, estas actividades se caracterizan por generar una gran afectación a la integridad del terreno superpuesto a la concesión explorada y explotada. Especialmente en el caso de la actividad de explotación, la cual, según Diego San Martín "puede ser de dos maneras: (1) a tajo abierto

¹⁷ Según Martínez (2009, p. 64):

Quando fracasa un esfuerzo razonable para alcanzar un acuerdo contractual de utilización del suelo superficial necesario para realizar cualquiera de las actividades mineras referidas en el párrafo precedente, la Ley General de Minería ha puesto desde siempre, la alternativa de recurrir a la autoridad minera para imponer restricciones al propietario del terreno superficial, en beneficio del titular de la concesión minera, a cambio de una compensación justipreciada.

¹⁸ Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017, p. 66) afirman lo siguiente: "La privación de la propiedad se materializa mediante la expropiación, lo cual supone la terminación del derecho de propiedad privada, adquiriendo el Estado en forma obligatoria o forzosa bienes que son imprescindibles para la realización de sus fines".

¹⁹ Martínez (2009, p. 63) afirma que:

[...] la concesión es un bien inmueble, cuya extensión en el subsuelo se extiende al igual que en el caso del propietario del terreno superficial, hasta donde le sea útil. Sin embargo, a diferencia del derecho de propiedad regido por el Código Civil, en el caso de las concesiones mineras nos encontramos en verdad ante un derecho exclusivo al aprovechamiento de las sustancias minerales existentes en el suelo y subsuelo de la concesión, lo que conlleva como atributo o derecho derivado o supeditado al primero, a utilizar en toda su extensión el subsuelo, en la medida que sea necesaria para el racional aprovechamiento de las sustancias minerales ubicadas dentro de la concesión.

o (2) a manera de socavón (haciendo túneles)” (2022, p. 36). Adicionalmente, los proyectos mineros de la gran minería suelen abarcar múltiples concesiones; las cuales, debido a la regulación actual, pueden extenderse por hasta 1,000 hectáreas. Por lo tanto, resulta claro que, existirán casos en los cuales la servidumbre minera otorgada perjudicará gravemente gran parte de la propiedad; o incluso la totalidad de esta.

Por ello, consideramos que, en ciertos casos, el otorgamiento de una servidumbre administrativa minera constituirá una expropiación encubierta. Dependiendo del tamaño de la huella del proyecto generada por los métodos de exploración o explotación, al igual que los componentes implementados. Ya que, a pesar de no generarse una transferencia de la titularidad del predio afectado, se estarán enervando sustancialmente los derechos reales del propietario. De tal manera que, no le permitan ejercer sus derechos reales sobre el bien para cumplir con la finalidad que este hubiese determinado para el terreno.

IV. PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN EFICIENTE

Tal como se ha podido evidenciar en los apartados anteriores del presente trabajo de investigación, la regulación actual de la servidumbre minera administrativa en el marco jurídico peruano presenta una serie de deficiencias. Algunas de estas deficiencias que se evidencia en dicha figura legal, es el contar con un procedimiento sumamente engorroso, una falta de claridad en la normativa y de garantías dentro del procedimiento.

Por tanto, a fin de brindar una solución a las deficiencias encontradas en la regulación actual de la servidumbre minera administrativa, proponemos las siguientes modificaciones.

A. Optimización del Procedimiento de Servidumbre Minera

Una de las principales deficiencias que se encuentra en la regulación actual de la servidumbre minera administrativa se evidencia en su procedimiento. Este último se caracteriza por ser uno engorroso. En ese sentido, planteamos las siguientes modificaciones al procedimiento a fin de que este pueda ser uno más eficiente.

1. Notificación Formal en el Procedimiento de Servidumbre Minera

El requisito de una carta notarial para iniciar la etapa de negociación directa ha demostrado ser ineficiente en zonas donde no existen notarios disponibles. Para solucionar este problema, proponemos permitir medios alternativos de notificación con valor legal equivalente como la certificación por un juez de paz, un acta de constatación policial, el envío de correo certificado con acuse de recibo o, en casos donde el propietario no pueda ser ubicado, la publicación en un diario oficial o regional. Estas opciones garantizan que la notificación sea efectiva sin depender exclusivamente de la presencia de un notario.

La implementación de esta medida agilizará el procedimiento de servidumbre, reduciría costos y fortalecería la seguridad jurídica al asegurar que la notificación se realice por entidades reconocidas por el Estado. Además, eliminaría una barrera innecesaria, permitiendo que los concesionarios mineros cumplan con sus obligaciones de manera más eficiente y sin depender de factores externos que puedan retrasar el desarrollo de sus actividades²⁰.

2. Conciliación obligatoria en el procedimiento de servidumbre minera

La conciliación obligatoria en el procedimiento de servidumbre minera introduce una etapa adicional innecesaria, dado que las partes ya han intentado llegar a un acuerdo previo. En muchos casos, esta conciliación se convierte en una formalidad sin efectos reales, ya que los propietarios pueden usarla como una estrategia dilatoria o simplemente no asisten, lo que genera retrasos y costos adicionales para el concesionario minero.

Para evitar estos problemas, proponemos que la conciliación deje de ser un requisito obligatorio y pase a ser opcional, de modo que las partes solo recurren a ella si consideran que puede ser útil para alcanzar un acuerdo. Esto permitiría que, en caso de una negociación fallida, el concesionario pueda continuar directamente con el procedimiento sin verse obligado a agotar un trámite adicional.

Esta reforma traería mayor eficiencia, eliminando demoras innecesarias y reduciendo costos. Ade-

²⁰ Según Tong y Montero (2009, p. 93):

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

más, otorgaría flexibilidad y seguridad jurídica, permitiendo que la conciliación se utilice únicamente cuando las partes la perciban como un mecanismo factible para la solución del conflicto, en lugar de ser una barrera burocrática que retrasa el desarrollo de la actividad minera²¹.

3. Centralización de la Autoridad Competente para el Otorgamiento de Servidumbres Mineras

Actualmente tanto el Ministerio de Energía y Minas como el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego intervienen en el otorgamiento de servidumbres, debido a que se requiere el refrendo de funcionarios de ambos ministerios para la expedición de la resolución que aprueba la servidumbre. Esto puede generar conflictos de naturaleza política sobre si priman las necesidades del sector minero o el sector agrícola.

Ante esto, proponemos eliminar la intervención del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, dejando al Ministerio de Energía y Minas como único encargado de emitir la resolución que autoriza la servidumbre. Esta reforma evitaría que los procedimientos se vean afectados por intereses sectoriales opuestos y agilizaría la tramitación de la servidumbre, garantizando mayor eficiencia y previsibilidad en la toma de decisiones²².

B. Modificación de los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo 017-96-AG, que aprobó el Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505

Un segundo problema que evidenciamos en la regulación actual de la servidumbre minera administrativa se presenta en el hecho de que la normativa condiciona el otorgamiento de la servidumbre a que ésta no ‘enerve’ el derecho de propiedad del titular del terreno superficial (Tong y Montero, 2009, p. 94).

Ello se encuentra contemplado en el artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos cuando se establece que:

En caso de que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, **se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas** [el énfasis es nuestro].

Asimismo, el acto de enervar el derecho de propiedad sobre el predio sirviente es definido por el Artículo 3 de dicho Reglamento como “perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” (1996).

Así, tal como señalan Tong y Montero, se evidencia una ambigüedad en las frases “perjudicial al resto del predio sirviente” o “respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” (2009, p. 94). Dicha ambigüedad se grafica en el siguiente ejemplo planteado por los autores. Ambos señalan que, por ejemplo, bajo el término “perjudicial el resto del predio sirviente” podría entenderse que se encuentra descartada todo tipo de servidumbre en terrenos pequeños. De igual manera, la ambigüedad de la frase “respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” resulta también evidente, ya que a los predios se les puede otorgar innumerables fines o usos. Así, se haría inaplicable la servidumbre legal en todos los casos (2009, p. 94).

Por tanto, a fin de poder corregir las deficiencias generadas por la ambigüedad del término ‘enervar’ y la definición de dicho término que introduce el Reglamento, consideramos que, se deben modi-

²¹ Conforme a Tong y Montero (2009, p. 93):

El Reglamento prevé que, a falta de acuerdo entre el titular de la concesión minera y el propietario del predio, la DGM invocará a conciliar a las partes con la participación de un Centro de Conciliación. Al igual que el caso anterior, consideramos que este requisito no es viable ya que no existen suficientes centros de conciliación a nivel nacional, de otro lado, consideramos que incluir un procedimiento conciliatorio implica duplicar la etapa de acuerdo entre las partes. En efecto, resulta sumamente difícil que la intervención de un conciliador pueda lograr el entendimiento entre las partes, si ellas mismas no han podido llegar a un acuerdo.

²² Según Barraza (2002, p. 237):

Estimamos que el procedimiento administrativo de servidumbre minera introducido por la Ley de Tierras, no obstante que pretende buscar una salida más justa al problema agro-minería (a favor del propietario de predio) generará un entorpecimiento o paralización en la actividades mineras habida cuenta que, al otorgarse la servidumbre vía resolución suprema expedida con la intervención de los Ministerios de Energía y Minas y Agricultura, dependerá de consideraciones de índole político, el escoger si primarán las necesidades mineras o bien las agropecuarias. De otro lado, al no contar el Ministerio de Energía y Minas con una regulación expresa de un proceso de negociación y conciliación a cargo de un tercero especializado, la posibilidad de llegar a un acuerdo previo con el propietario del predio se hace poco probable, quedando muchas veces condicionada esta posibilidad a una clara presión del titular del mismo.

ficar los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo 017-96-AG, que aprobó el Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505.

En este sentido, el texto de los artículos anteriormente mencionados quedaría de la siguiente manera:

Decreto Supremo 017-96-AG	Propuesta
Artículo 3.- (...) elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir 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.	Artículo 3.- (...) elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin privar el derecho de propiedad. Para ello, se entenderá que una servidumbre es inviable si impone una carga que genere una privación total del derecho de propiedad o imposibilite el uso del predio para cualquier finalidad económicamente razonable por parte del propietario. No se considerarán enervación aquellas limitaciones que, aunque restrinjan parcialmente el uso del predio, permitan su aprovechamiento en condiciones compatibles con su finalidad o con actividades alternativas viables.
Artículo 4.- (...) En caso que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas.	Artículo 4.- (...) En caso que la servidumbre prive el derecho de propiedad , conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Decreto Supremo 017-96-AG.

Dicha modificación, permitiría un margen de actuación más claro con respecto a la autoridad a fin de determinar cuándo estamos ante una servidumbre minera constituida de manera correcta, conforme a ley, y cuándo nos encontramos frente a una expropiación encubierta.

C. Medidas de Garantía para la Continuidad de las Operaciones Mineras

- 1. Garantía financiera hasta la determinación del monto indemnizatorio

El cálculo del monto indemnizatorio en el procedimiento de servidumbre minera es un proceso complejo, ya que debe considerar no solo el valor de las tierras afectadas, sino también el lucro cesante y los posibles daños futuros que podrían generarse con el tiempo. Debido a la dificultad de estimar estos valores con precisión al inicio del procedimiento, la obligación de pagar la indemnización antes de determinar su monto exacto puede generar retrasos en la implementación de la servidumbre y, en algunos casos, paralizar proyectos mineros.

Para solucionar este problema, se propone que el concesionario minero pueda otorgar una fianza

suficiente como garantía hasta que se culmine el procedimiento y se establezca el monto definitivo de la indemnización. Esta fianza permitiría que el proceso avance sin necesidad de definir inmediatamente el valor de la compensación, asegurando al propietario del predio sirviente que recibirá su pago una vez determinado el justiprecio.

Este mecanismo beneficiaría tanto a los concesionarios como a los propietarios, ya que evitaría la paralización de actividades mineras por disputas en la tasación de los daños, al mismo tiempo que protegería los derechos del titular del predio sirviente²³.

- 2. Acceso anticipado al predio en situaciones de incertidumbre sobre la titularidad

El problema de la incertidumbre sobre la titularidad del predio sirviente es una de las principales causas de retraso en el procedimiento de servidumbre minera. En muchos casos, la falta de un registro de propiedad claro o la existencia de disputas entre posibles propietarios impide que el concesionario minero pueda pagar la indemnización correspondiente y acceder al terreno, lo que genera una paralización del proyecto hasta que se resuelva la controversia legal.

²³ Según Lastres (2009, p. 101):

Considerando las dificultades para determinar el monto indemnizatorio y conociendo que muchas veces al inicio de una servidumbre no se puede siquiera estimar los daños que pueda ocasionar a futuro, se hace necesario que el Estado permita en el procedimiento de servidumbre minera que el concesionario pueda otorgar una fianza suficiente hasta que culmine el procedimiento, quedando así asegurado el derecho del propietario, en tanto que el minero pueda proseguir con el desarrollo de su proyecto.

Para solucionar este problema, se propone la implementación de un mecanismo de consignación del monto indemnizatorio en el Banco de la Nación. Esto permitiría que el concesionario deposite el valor de la indemnización en una cuenta a nombre del Estado, en calidad de fideicomiso, hasta que se determine con certeza quién es el legítimo propietario del predio. Una vez que la controversia sea resuelta, el monto consignado sería entregado al titular reconocido por la autoridad competente²⁴.

3. Modificación a la Regulación del Justiprecio

El régimen actual de justiprecio en el contexto de la servidumbre minera presenta deficiencias que afectan directamente a los propietarios de los predios sirvientes. Durante la vigencia de la servidumbre, el derecho de propiedad se ve severamente limitado, restringiendo el uso y disfrute del terreno, además de generar un daño significativo a su integridad. No obstante, la normativa vigente, en particular la Ley de Tierras, no contempla criterios adecuados para calcular una indemnización proporcional al perjuicio real sufrido por el propietario. En consecuencia, las compensaciones otorgadas muchas veces resultan insuficientes, lo que genera conflictos y afectación a la relación entre concesionarios mineros y propietarios de predios afectados²⁵.

Ante esta problemática, proponemos la incorporación de nuevos criterios en la valoración de la indemnización, como el grado de afectación del predio, la duración de la servidumbre, el impacto sobre la actividad económica del propietario y los costos de recuperación ambiental. Estos factores permitirían establecer montos compensatorios que reflejen de manera más precisa la pérdida económica y patrimonial generada por la imposición de la servidumbre minera.

Adicionalmente, en casos en los que el daño generado sea irreversible, se debería establecer una compensación adicional que contemple la restau-

ración total del terreno o, en su defecto, la posibilidad de expropiación con indemnización plena.

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha buscado analizar la regulación vigente de la servidumbre minera en el Perú y su posible carácter de expropiación encubierta. A partir del desarrollo teórico y normativo, así como del análisis doctrinario, se han identificado las principales implicancias que tiene la servidumbre minera sobre el derecho de propiedad, lo que ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

A. La servidumbre minera es una figura distinta a la expropiación, pero con efectos limitativos sobre la propiedad

La servidumbre minera es una figura jurídica que permite a los concesionarios mineros utilizar terrenos de terceros sin que ello implique la transferencia del derecho de propiedad, a diferencia de la expropiación, que supone la privación total del bien. Sin embargo, aunque la servidumbre no extingue la titularidad del predio sirviente, sí impone limitaciones significativas en su uso, goce y disfrute, afectando derechos fundamentales del propietario.

B. La normativa actual no ha derogado expresamente el derecho a solicitar la expropiación minera, aunque en la práctica esto es inaplicable

A pesar de que la Constitución de 1993 establece que la expropiación solo es procedente por razones de necesidad pública o seguridad nacional, el TUO de la LGM aún mantiene en su artículo 37 la posibilidad de que un concesionario minero solicite la expropiación de un predio dentro de su concesión. Sin embargo, este derecho resulta inaplicable en la práctica, ya que la minería no califica como un supuesto de necesidad pública o seguridad nacional que justifique la expropiación bajo la normativa constitucional vigente. Esta

²⁴ Conforme a Lastres (2009, p. 101):

Se nota la debilidad de la Ley en mención al exigir la culminación del procedimiento de servidumbre para que el minero pueda hacer uso de la superficie, pues este trámite puede retardar la ejecución de importantes proyectos mineros en perjuicio del país. Se debe entonces permitir al titular del derecho minero hacer uso de la servidumbre minera aún antes de la culminación del procedimiento respectivo o en caso de duda sobre quién es titular del predio sirviente, dar por cumplido el pago de la compensación con la consignación correspondiente.

²⁵ Según Barraza (2002 p. 240):

De otro lado, debemos destacar que la Ley de Tierras evidencia una notoria disfuncionalidad con la práctica de la industria minera, sin zanjar adecuadamente el antiguo conflicto existente entre los sectores agrario y minero. Así, creemos que era conveniente que dicha norma estableciera más detalladamente, los criterios a tenerse en cuenta al momento de estimarse o calcularse el justiprecio a pagarse al titular del predio superficial al momento de establecerse la servidumbre.

contradicción normativa genera una situación de incertidumbre jurídica, en la que formalmente la expropiación minera sigue apareciendo en el ordenamiento legal, pero carece de viabilidad real debido a la supremacía de la Constitución sobre las normas sectoriales.

C. Existe un debate en la doctrina respecto a si la servidumbre minera constituye una expropiación encubierta

Existe un debate sobre si la servidumbre minera constituye una expropiación encubierta debido a la afectación que genera sobre el derecho de propiedad. Algunos autores sostienen que, aunque formalmente no implique la transferencia de titularidad, la servidumbre minera puede restringir tanto el uso y goce del predio que, en la práctica, anula sus atributos esenciales, equiparándose a una expropiación sin las garantías correspondientes. Desde esta perspectiva, la degradación del terreno y la imposibilidad de su uso posterior justifican calificarla como una privación sustancial de la propiedad. Por otro lado, una postura opuesta argumenta que la servidumbre minera, aunque limitativa, no equivale a una expropiación, ya que el propietario sigue conservando su derecho y recibe una indemnización por la afectación sufrida. Esta corriente considera que servidumbre y expropiación son figuras distintas y que la primera solo representa una restricción jurídica al dominio, sin llegar a su extinción. En consecuencia, el debate persiste en torno a si la intensidad de la afectación en determinados casos es suficiente para considerar que la servidumbre minera se convierte, en los hechos, en una expropiación indirecta.

D. En la práctica la servidumbre minera puede llegar a generar afectaciones irreversibles al derecho de propiedad

En la práctica, la servidumbre minera puede generar afectaciones irreversibles al derecho de propiedad, especialmente en proyectos de gran minería donde la explotación intensiva impacta el terreno hasta volverlo inutilizable para su uso original. En muchos casos, el impacto ambiental y estructural ocasionado por la actividad minera imposibilita la recuperación del terreno para su uso agrícola, ganadero o residencial, lo que en la práctica supone una pérdida sustancial del derecho de propiedad. A pesar de que la normativa establece que la servidumbre no debe “enervar” el derecho del propietario, la realidad muestra que, en ciertas circunstancias, esta afectación es inevitable y, en consecuencia, requiere una regulación más clara de cara a incentivar el uso de la servidumbre minera y proteger el derecho de propiedad de los titulares de los predios sirvientes.

E. El procedimiento de servidumbre minera presenta deficiencias que generan desincentivos para su aplicación

El procedimiento de servidumbre minera presenta diversas deficiencias que generan desincentivos para su aplicación, afectando tanto a concesionarios mineros como a propietarios de terrenos. Entre los principales problemas se encuentran su excesiva burocracia, la falta de claridad en los criterios para determinar la afectación permitida y la incertidumbre en la fijación del justiprecio para la indemnización. Además, la intervención de múltiples entidades en el proceso puede generar retrasos significativos, dificultando la obtención de la servidumbre y aumentando los costos para todas las partes involucradas. Como resultado, muchos concesionarios optan por negociar acuerdos privados con los propietarios en lugar de recurrir al procedimiento administrativo. 🏛️

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

Los autores declaran que no han recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

Los autores manifiestan que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Avendaño Valdez, J. (1999). Servidumbres mineras y expropiación. *Cathedra*, 3(5).
- Avendaño, J., & Avendaño, F. (2017). *Derechos reales*. Fondo Editorial PUCP.
- Baldeón, J. F. (2016). *Tratado de derecho minero peruano*. Jurista editores.
- Barraza Lescano, R. (2002). Algunos apuntes en torno a la servidumbre minera y la problemática suscitada con la entrada en vigencia de la Ley 26505 Ley de Tierras. *IUS ET VERITAS*, 13(25), 231-240.
- Belaunde Moreyra, M. (2019). *Derecho minero y concesión*. Editorial San Marcos.

- Cassagne, J. C. (2017). *Derecho administrativo*. Tomo II. Palestra Editores.
- Dávila, I. & Espinoza, C. (2019). El eterno conflicto existente entre el Derecho de Propiedad y la Servidumbre Minera. *Conexión Ambiental*. <https://conexionambiental.pe/el-eterno-conflicto-existente-entre-el-derecho-de-propiedad-y-la-servidumbre-minera/>
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. (7ma ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Gamarra Barrantes, C. (2010). Los Problemas que Enfrenta el Concesionario Minero ante el Procedimiento de Servidumbre Minera. *Derecho & Sociedad*, (35), 52-61. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13260>
- García Montúfar, G., & Franciskovic Ingunza, M. (1999). *Derecho minero común: Doctrina, jurisprudencia, legislación*. Gráfica Horizonte.
- Huapaya Tapia, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 327-339. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455>
- Huapaya Tapia, R. A., & Sánchez Povis, L. A. (2016). El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales. *THÉMIS-Revista De Derecho*, (69), 87-113. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16753>
- Lastres Bérninzon, E. (2009). *Derecho de minería y energía*. Asociación Primera Fuente.
- Marchese, C. (1999). Derechos Superficiales sobre Tierras de Particulares. *Revista de Derecho Minero y Petrolero*, (57).
- Martínez, H. (2009). Comentarios sobre la servidumbre en Minería. *Revista de Derecho Administrativo*, (8), 63-78.
- Mejorada, M. (2003). Las servidumbres y la explotación de recursos naturales. *IUS ET VERITAS*, (27), 12-22.
- Pachas, D. (2015). Alcances sobre la servidumbre para proyectos de inversión: ¿Una solución efectiva para impulsar la minería en el Perú? *Vox Juris*, 2(30), 15-33.
- San Martín Villaverde, D. (2022). *El derecho minero*. Fondo Editorial PUCP.
- Tong Gonzáles, F., & Montero Alvarado, F. (2009). *Sobre la problemática de obtener derechos superficiales para el desarrollo de actividades mineras*. *Revista De Derecho Administrativo*, (8), 79-97. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derecho%20administrativo/article/view/13986>
- Velásquez Meléndez, R. (2013). Expropiación indirecta: justificación, regímenes, casos, criterios y usos. *IUS ET VERITAS*, 23(46), 228-256. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970>
- Vergara Blanco, A. (1992). *Principios y sistema del derecho minero: Estudio histórico-dogmático*. Editorial Jurídica de Chile.
- Zuazo-Villaroel, L., & Osorio-Colqui, J. J. (2017). ¿El último suspiro o la resurrección de la servidumbre minera legal? *Advocatus*, (035), 83-96. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4471>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Constitución Política del Perú [Const.], 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Decreto Legislativo 1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de agosto de 2015 (Perú).
- Decreto Legislativo 109, El Gobierno promulgó la Ley General de Minería, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de junio de 1981 (Perú).
- Decreto Supremo 017-96-AG. Aprueban el Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de octubre de 1996 (Perú).

Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 011-97-AG, Aprueban el Reglamento de la Ley 26505, referida a la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional

y de las comunidades campesinas y nativas, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de junio de 1997 (Perú).

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, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de julio de 1995 (Perú).