

# Afectación de canteras por el Estado para la ejecución de obras de infraestructura y su impacto cuando se produce en concesiones mineras otorgadas a terceros



**JAIME TEJADA GURMENDI**

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.  
Magister en Derecho de la Minería por la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC.  
Profesor de Derecho de Minería en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres.

AUTORES NACIONALES

## SUMARIO:

- I. Consideraciones generales.
- II. Breve análisis histórico de la afectación de canteras para la ejecución de obras de infraestructura por parte del Estado.
- III. Objeto e importancia de la afectación de canteras.
  1. Solicitudes de afectación de canteras presentadas al INGEMMET.
- IV. Análisis del Decreto Supremo N° 037-96-EM que aprueba la afectación de canteras por el Estado para la ejecución de obras de infraestructura.
  1. Requisitos para la afectación de canteras.
  2. Autoridades competentes en materia de afectación de canteras por el Estado.
- V. Problemática de las canteras afectadas por el Estado.
  1. Diferencia entre las Canteras afectadas por el Estado y las concesiones mineras.
  2. Oportunidad de la afectación de canteras.
  3. Canteras afectadas por el Estado en concesiones mineras.
- VI. Conclusiones y recomendaciones.



\* Este artículo es una versión parcial y actualizada de la tesis "Análisis del marco normativo aplicable a la afectación de canteras por el Estado para la ejecución de obras de infraestructura: El caso de la superposición total de la Cantera La Grama a la concesión minera Giovanna Hermosa", presentada por el autor para optar el grado de Magister en Derecho de la Minería en la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

ESPECIAL

ADVOCATUS 135

**RESUMEN:**

El doctor Tejada realiza un interesante análisis del Decreto Supremo N° 037-96-EM en el cual se establece que, en los casos en que el Estado requiera provisionarse de materiales de construcción – mineral no metálico – en lugares cercanos al desarrollo de la obra de infraestructura, podrá afectar canteras incluso en áreas donde existan concesiones mineras otorgadas, generando como consecuencia de ello: a criterio del autor; incertidumbre en los inversionistas mineros que no contarían con un título de concesión minera oponible a terceros y, se verían afectados por el aprovechamiento de minerales no metálicos dentro de sus concesiones mineras, sin contar con otros factores como los de seguridad, medio ambiente, relacionamiento comunitario, entre otros, por el hecho de que un tercero – Estado o contratista – beneficiado con la afectación se encuentre aparentemente legitimado para ocupar la propia área de operaciones o del mismo proyecto del concesionario minero.

**Palabras clave:** Derecho Minero, Canteras, Obras de infraestructura, Actividades mineras, Afectación de Canteras, Concesión Minera, Sustancias No Metálicas.

**ABSTRACT:**

Mister Tejada makes an interesting analysis of Supreme Decree N° 037-96-MS, in which it is established that, in cases where the State requires provision of construction materials – non-metallic mineral – in places close to the development of the infrastructure work, it may affect quarries even in areas where granted mining concessions exist, generating as a result; at the discretion of the author; uncertainty in the mining investors who would not have a title of mining concession opposable to third parties and would be affected by the use of nonmetallic minerals within their mining concessions, taking in consideration other factors such as security, the environment, community relations, among others, by the fact that a third party – State or contractor – benefited from the assignment is apparently legitimated to occupy the same area of operations or the same project of the mining concessionaire.

**Keywords:** Mining Law, Quarries, Infrastructure projects, Mining activities, Quarries affectation, Mining concession, Non metallic substances.

**I. CONSIDERACIONES GENERALES**

La necesidad de contar con canteras para el aprovechamiento de sustancias no metálicas para la ejecución de obras de infraestructura por parte del Estado despertó el interés de evaluar las fortalezas y debilidades del marco normativo vigente, su naturaleza, procedimientos, instituciones competentes y diferencias con la concesión minera.

El Decreto Supremo N° 037-96-EM establece que, en los casos en que el Estado requiera una cantera para provisionarse de materiales de construcción en lugares cercanos al desarrollo de la obra de infraestructura, podrá afectar canteras incluso en áreas donde existan derechos mineros otorgados.

La atención de la doctrina minera sobre el tema ha sido casi imperceptible, diversos autores nacionales se han limitado a transcribir lo señalado por el Decreto Supremo N° 037-96-EM, sin mayor comentario sobre el fondo.

Por ello, el tema materia de investigación genera mayor interés debido a que el marco normati-

vo prevé incluso la afectación de canteras por parte del propio Estado en áreas en donde éste ha otorgado concesiones mineras a terceros, generando como consecuencia de ello incertidumbre en los inversionistas mineros que no contarían con un título de concesión minera oponible a terceros y, se verían afectados por el aprovechamiento de minerales no metálicos dentro de sus concesiones mineras, sin contar con otros factores como los de seguridad, medio ambiente, secreto comercial, relacionamiento comunitario, entre otros, por el hecho de que un tercero – Estado o contratista – beneficiado con la afectación se encuentre aparentemente legitimado para ocupar la propia área de operaciones o del mismo proyecto del concesionario minero.

**II. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA AFECTACIÓN DE CANTERAS PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA POR PARTE DEL ESTADO**

La afectación de canteras por el Estado constituye una figura especial y su estudio debe plantearse como un régimen excepcional y como clara expresión del poder estatal viabilizado a



través de la justificación del concepto genérico y abstracto del *bien común*.

La raigambre histórica de dichos términos se encuentra en la legislación en materia expropiatoria e incluso en la necesidad pública subyacente a las normas especiales de reversión de terrenos eriazos del Estado dispuesta por las Leyes 11061, 14197, 17716, 18460, 19462, 19955, 19959 y demás disposiciones conexas y complementarias.

La expropiación especialmente, constituye un régimen de excepción a la inviolabilidad de la propiedad privada consagrada por el artículo 70 de nuestra vigente Constitución Política. Al respecto, de manera indistinta se ha justificado la expropiación a nivel histórico a través del uso de los términos de *bien público*<sup>1</sup>, *interés público*<sup>2</sup>, *utilidad pública*<sup>3</sup>, *interés social*<sup>4</sup> y, los vigentes, *necesidad pública*<sup>5</sup> y *seguridad nacional*<sup>6</sup>.

Sobre el particular, un sector de la doctrina advierte respecto a las *causas expropriandi* que:

*"Algunos podrían decir que el interés social es un concepto abierto que admite cualquier lectura, lo mismo que la necesidad pública y la seguridad nacional. En tal sentido, la interpretación congresal, siempre 'creativa' y 'auténtica', podría cambiar los contenidos según lo que mejor se acomode al momento político"*.

Ello evidencia la amplitud conceptual de los términos que, más que limitar, abren nuevas

puertas hacia definir ¿Qué es necesidad pública?, topándonos con la sorpresa que es todo lo que una ley aprobada por el Congreso lo considere así.

Sin perjuicio de ello, la doctrina que se ha ocupado sobre el tema ha buscado definir algunos términos como es el caso de la necesidad pública, siendo la siguiente:

*"Necesidad pública es todo aquello de lo que no puede prescindir la colectividad y utilidad pública todo aquello que representa un beneficio para la colectividad. La primera legitima la intervención estatal si la obra a realizar es imprescindible a la comunidad, la segunda requiere, simplemente, que la beneficie. En ambos casos no será posible determinar en términos absolutos lo imprescindible o lo beneficioso, son nociones cuyo contenido se renueva día a día, varía de un sistema político a otro. En definitiva corresponde al Estado pronunciarse en cada situación concreta"*.

Por otro lado, sobre el concepto de interés público se ha afirmado que:

*"(...) a) el interés público se define como el conjunto de intereses individuales, que siendo concretos y específicos, actuales o potenciales, son compartidos por una mayoría de individuos e imputados a toda la sociedad. b) la imputación de dichos interés a favor de toda la sociedad debe provenir de*

1. Artículo 165 de la Constitución de 1828, artículo 161 de la Constitución de 1834 y el artículo 167 de la Constitución de 1839.
2. Numeral 3 del artículo 84 de la Constitución de 1826.
3. Artículo 25 de la Constitución de 1856, artículo 26 de la Constitución de 1860, artículo 25 de la Constitución de 1867, artículo 38 de la Constitución de 1920, artículo 29 de la Constitución de 1933 y el artículo 125 de la Constitución de 1979.
4. Artículo 125 de la Constitución de 1979.
5. Artículo 125 de la Constitución de 1979 y artículo 70 de la Constitución de 1993.
6. Artículo 70 de la Constitución de 1993.
7. MEJORADA CHAUCA, Martín. "La necesidad de expropiar: a propósito de la Ley 29320". En: *Ius et Veritas*, Volumen. 19, N° 38. Lima: 2009
8. GARCÍA MONTUFAR, Guillermo. *Apuntes de Derecho Minero Común*. Lima: Cultural Cuzco, 1989

la Constitución (como manifestación directa de la soberanía) o de la ley (como manifestación de la legitimidad democrática) ya que tratándose del reconocimiento de intereses socialmente relevantes y de la asignación de potestades concretas al aparato estatal para satisfacerlos, sólo a través de estos medios, es posible afirmar la definición o consagración del interés público. c) el interés público es la manifestación concreta de aspiraciones sociales específicas. d) la Administración Pública aparece como la organización estatal destinada a cumplir la función de satisfacer dichas aspiraciones, ya sea brindándolas directamente o facilitando las condiciones para que individualmente sean alcanzadas por parte de los ciudadanos, de acuerdo al diseño constitucional de la participación estatal en tales actividades (...)»<sup>9</sup>.

Por otro lado tenemos a la figura de la expropiación y –en su momento– la reversión que constituyeron medidas del Estado que limitan –o limitaron– la propiedad privada con justificación en conceptos genéricos relacionados al bien común, la afectación de canteras por el Estado para la ejecución de obras de infraestructura se erige como excepción al régimen de concesiones mineras, por un lado y muchas veces como una limitación frente a los derechos otorgados.

En el Código de Minería de 1901, se estableció que la extensión de la propiedad minera tenía como excepción ciertas sustancias que le correspondían al dueño del suelo, como piedras silíceas, pizarras, areniscas o asperones, granitos, basaltos, piedras y tierras calizas; las serpentinas, mármoles, alabastros, pórfidos, jaspes y todos los materiales análogos de construcción y ornato; el yeso, arenas, margas, kaolín, esmeril, tierras arcillosas y batán; el ocre, almagre y demás tierras colorantes; las tierras piritosas, aluminosas y magnesianas; la esteatita, los fosfatos calizos y la turba –artículo 2–.

Mientras que si se tratara de terrenos del Estado o de Municipalidades son de aprovechamiento común a través de concesiones especiales, pudiendo el gobierno reglamentar su explotación.

En otro momento histórico, nuestro ordenamiento se refirió a los materiales de construcción en diversos momentos. Por ejemplo, en el marco del Decreto Ley 18880, se afirmaba lo siguiente:

*“Artículo 16.- La concesión de sustancias no metálicas de materiales de construcción en zonas urbanas o de expansión urbana, se otorgará una exploración hasta por un año, y para explotación por un plazo no mayor de 10 años, prorrogable a juicio de la autoridad minera por plazos de igual término. Si la autoridad minera denegara la prórroga, el área no podrá ser materia de una nueva concesión. La extensión de cada concesión no excederá de cien hectáreas”.*

Para el otorgamiento y prórroga de esta clase de concesiones, se solicitará opinión del Ministerio de Vivienda y dictamen del Comité de Sustancias No-Metálicas de Materiales de Construcción en Zonas Urbanas y de Expansión Urbana, constituida por cuatro funcionarios con categoría de Director, dos de los cuales serán designados por el Ministerio de Energía y Minas y los otros dos por el Ministerio de Vivienda.

Las condiciones a que se sujetará la explotación de estas concesiones, serán determinadas en cada caso por el Comité a que se refiere el párrafo anterior y constarán en el Título correspondiente.

Similar redacción se optó en la elaboración del artículo 22 del Decreto Legislativo 109. Sin embargo, en el marco del Decreto Ley 18880, se establecían restricciones para el otorgamiento de concesiones para el aprovechamiento de materiales de construcción, como la siguiente:

9. TIRADO, José Antonio. *La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley 27444*. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Segunda parte. Lima: Ara Editores, 2003.



*"Artículo 17- Un concesionario no podrá ser titular en la misma zona urbana o de expansión urbana de concesiones de materiales de construcción, cuyas áreas sumen en total más de cien hectáreas".*

En este contexto, lo lógico sería que el Estado para ejercer actividad minera sobre los materiales de construcción lo tendría que realizar a través del régimen de derechos especiales del Estado, establecido por el artículo 28 y siguientes del Decreto Ley 18880, sin embargo, se conoce que el Estado para aprovechar materiales de construcción recurriría a la negociación directa con los propietarios de los terrenos, asumimos que fue un rezago de la legislación prístina minera que reservaba para el dueño del suelo el aprovechamiento libre de materiales de construcción dentro de su terreno.

## II. OBJETO E IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN DE CANTERAS

Siendo conscientes que la atención que la doctrina ha puesto en estos temas ha sido prácticamente inexistente, se presenta una dificultad aun mayor al momento de pretender determinar su objeto e importancia.

Para tal efecto, es pertinente aproximarse al objeto sobre el que recae, es decir, las sustancias no metálicas o minerales no metálicos, sobre ello:

*"Estas sustancias no metálicas se convierten en minerales industriales cuando existe la industria que los utiliza. Como la industrialización en nuestro país es incipiente el aprovechamiento de las materias primas no metálicas es muy limitado. Su uso reducido se debe también a su desconocimiento y falta de preparación adecuada, pues, para promover la explotación y uso de estos minerales no metálicos se requiere conocer sus propiedades"<sup>10</sup>.*

En tal sentido, dentro de los recursos minerales no metálicos: *"Están considerados la arena, la grava, los áridos, la arcilla para ladrillos, la caliza y los exigidos para la fabricación de cemento. En este grupo también se incluyen la pizarra tejados y las piedras pulidas como el granito, el travertino o el mármol"<sup>11</sup>*, muchos de ellos usados para la industria de la construcción.

Habiendo identificado el objeto, es necesario abordar el contexto a partir de la necesidad del Estado para afectar canteras para la explotación de materiales de construcción.

Sobre el particular, para la gestión de la infraestructura vial se trabaja por fases las mismas que se inician con el planeamiento, los estudios de preinversión, los estudios definitivos, las obras viales, el mantenimiento y la operación<sup>12</sup>.

En tal contexto, la necesidad de las canteras para ello, se contempla como requisito mínimo de los estudios de pre inversión, dichos estudios deben encontrarse conformes con las normas de diseño y construcción aprobados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En este caso, los sujetos legitimados para la elaboración de dichos estudios serán las autoridades competentes –Gobierno Nacional, Regional o Local–, las entidades o personas naturales o jurídicas del sector privado que previo convenio con la autoridad competente gestionen la construcción carreteras, contratistas, etc.

En los estudios definitivos se establecen propiamente los detalles relacionados al diseño de ingeniería de los elementos del proyecto de infraestructura.

Otro momento en el que se produce la afectación de las canteras se da en la fase de mantenimiento vial.

10. ARANZAMENDI, Lino y HUAMÁN MEZA, Julio. *Minería. Potencialidad, Problemática, Derecho y Legislación*. Lima: Grijley, 2015, p. 100

11. *Ibid*, p.245

12. De conformidad con el artículo 10 del Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, aprobado por Decreto Supremo N° 034-2008-MTC.

En este marco, la importancia de las canteras afectadas por el Estado para la ejecución de obras de infraestructura y su mantenimiento se determina a partir de la calificación de utilidad pública de la misma.

En este punto, la afectación de canteras por el Estado debe tratarse como un régimen excepcional al régimen de concesiones mineras, cuyo trámite es inexistente a nivel de autoridades mineras en cuanto a la titulación, conforme veremos más adelante.

### 1. Solicitudes de afectación de canteras presentadas al INGEMMET.

Toda construcción teórica debe tener su correlato en cuestiones estrictamente prácticas, siendo ello así, es importante conocer el contexto actual de la afectación de las canteras para materiales de construcción en cuanto a su graficación por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico –en adelante, “INGEMMET”– en el pre catastro. Para tal efecto, se ha recopilado la información pertinente del INGEMMET, de la cual se obtienen los siguientes gráficos:

Como puede apreciarse de la información obtenida, desde la vigencia de la norma hasta el día de hoy el momento en el que se obtuvo un mayor índice de canteras afectadas en una cantidad de ciento cincuenta (150), fue en el año 2008, en el gobierno de Alan García, momento en el cual se ejecutaron muchos proyectos de obras de infraestructura, encontrándose una gran reducción en el año 2009, siendo variable en los años que le suceden –Ver Gráfico N° 1–.

Por otro lado, en cuanto a la ubicación de las canteras de materiales de construcción, se aprecia que al día 19 de julio de 2016, se encontraban vigentes según información de la Dirección de Catastro Minero del Ingemmet, alrededor de setecientas (700) canteras –Ver Gráfico N° 3–, presentando en mayor índice afectadas a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (541), siendo que en su mayoría la ubicación de las mismas se situaba en un 11,3% en el departamento de Madre de Dios, seguido por Cusco, Arequipa, San Martín, entre otros –Ver gráfico N° 2–.



Gráfico N° 1: Canteras de material de construcción vigentes por año a nivel nacional  
Fuente: Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET.



Gráfico N° 3: Ubicación de canteras de material de construcción vigentes por departamento  
Fuente: Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET.

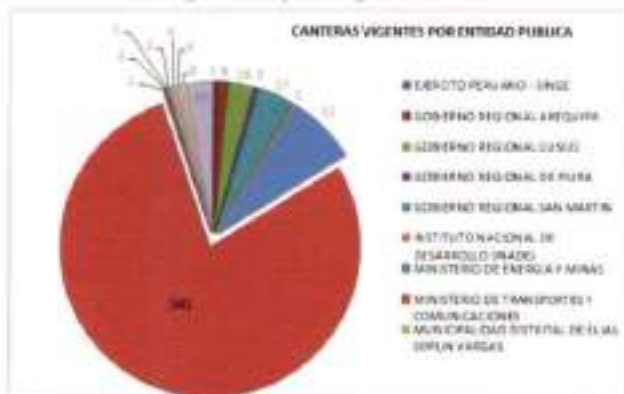


Gráfico N° 2: Canteras vigentes por entidad pública  
Fuente: Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET.



#### IV. ANÁLISIS DEL DECRETO SUPREMO N° 037-96-EM QUE APRUEBA LA AFECTACIÓN DE CANTERAS POR EL ESTADO PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA

La norma bajo comentario, parte de la premisa que los recursos minerales pertenecen al Estado y justificando el interés nacional presente en la provisión adecuada de materiales para la ejecución de obras de infraestructura a cargo de distintas entidades públicas.

En principio, se establece el carácter exclusivo de esta norma de excepción para los supuestos de construcción, rehabilitación o mantenimiento de obras de infraestructura que desarrollan las entidades del Estado directamente o por contrata.

En tal sentido, coherente con la teoría de los derechos adquiridos, en base a la norma bajo análisis no podrá justificarse la limitación de derechos mineros otorgados con anterioridad a su vigencia.

Si bien, las condiciones para la explotación de canteras de materiales de construcción se establecieron en un momento por medio de la Resolución Ministerial N° 188-97-EM-VMM, norma que fue derogada por el Decreto Supremo N° 020-2012-EM que sustituyó diversos artículos en el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, entendiéndose por ello que dichas disposiciones son aplicables para este tipo de actividad especial.

No obstante, se desconocen las razones de la derogatoria de la Resolución Ministerial N° 188-97-EM-VMM, sin embargo, de ello se ha suscitado una situación de incertidumbre en tanto de parte de un sector se cree que al no existir reglamento de procedimiento el inicio de la explotación de la cantera afectado a favor del Estado no requiere ninguna autorización; por otra parte, podría sostenerse que la derogatoria de dicha norma implica la subsunción a los procedimientos establecidos en el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, dispositivo normativo que fue modificado con la vigencia del Decreto Supremo N° 020-2012-EM que derogó la Resolución Ministerial en referencia.

De lo expuesto, a pesar de la brevedad de la norma, se puede entender que en ella se encuentra la fuente del derecho otorgado y no –a diferencia del régimen general– en el que es el título de concesión minera el título habilitante para tal efecto.

Sin embargo, dicha norma no regula los casos de conflicto entre afectaciones de canteras para materiales de construcción por parte del Estado dentro de áreas otorgadas en concesión o en mero trámite. Algo que puede originar diversos problemas interpretativos dados los intereses en juego, dado que el pronunciamiento expreso –conforme al texto normativo– es para los derechos otorgados con anterioridad a su entrada en vigencia.

##### 1. Requisitos para la afectación de canteras.

Según lo establecido en el Decreto Supremo N° 037-96-EM los requisitos para la afectación de canteras por el Estado para la ejecución de proyectos de infraestructura son los siguientes:

- a) Que la cantera se destine a la explotación de materiales de construcción.
- b) El destino de dichos materiales deberá ser siempre la construcción, rehabilitación o mantenimiento de obras de infraestructura.
- c) La calificación de la obra como de infraestructura pública.
- d) Que se ubiquen dentro del radio de 20 kilómetros de la obra o dentro de una distancia de 6 kilómetros medidos a cada lado del eje longitudinal de las obras siendo parte integrante de la misma.

##### 2. Autoridades competentes en materia de afectación de canteras por el Estado.

###### 2.1 *Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC:*

Siendo el ente rector en materia de gestión de infraestructura vial le corresponde calificar la

necesidad de la obra y su condición relacionada a la infraestructura vial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 037-96-EM.

En tal sentido, no se señala que solo será el Ministerio de Transporte la entidad que pueda comunicar al INGEMMET sobre la afectación de canteras, dado que el artículo referido inicia con que las Entidades del Estado informarán al INGEMMET sobre ello, indicando los requisitos que ya hemos señalado en la parte pertinente.

No obstante, la calificación de la obra como de infraestructura por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el campo específico de sus funciones permite desprender que se limitará a las competencias legales de dicha entidad, es decir, en materia aeroportuaria, carreteras, puertos, entre otros.

Sin perjuicio de lo mencionado, para el caso específico de las vías que son de competencia de los gobiernos regionales o locales, serán estos entes los encargados de calificar como obra de infraestructura dichas obras.

### 1.2 Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – INGEMMET.

El INGEMMET se limita a incluir en el Pre-Catastro Minero las canteras afectadas por el Estado. Es decir, a la mera graficación de la cantera sin otorgar derecho alguno con ello, ni mucho menos autorización sobre el particular, toda vez que su rol se limita a ser una base de datos –fundamentalmente– gráfica.

Sin embargo, en nuestro caso, estamos frente a una situación poco usual en tanto:

*“La inclusión de la coordenadas UTM de las canteras en el Pre Catastro Minero Nacional, según lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 037-96-EM, no implica que el INGEMMET otorgue a la entidad del Estado o a su contratista*

*algún DERECHO o PERMISO para realizar trabajos de explotación, únicamente grafica el área de acuerdo a la ubicación de la canteras en coordenadas UTM WGS84 proporcionadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones o la entidad del Estado (...).”<sup>13</sup>*

Con estos precedentes, la incorporación de las coordenadas de la cantera para materiales de construcción en el pre catastro minero, puede implicar dos cosas: Por un lado, si dicha incorporación es anterior al derecho minero formulado puede entenderse que estamos frente a una restricción a las facultades del titular minero, cumpliendo en estos casos un rol informativo; mientras que si la incorporación de dichas coordenadas se realiza cuando el derecho minero se encuentra en trámite u otorgado, estaremos frente a una limitación –en los términos de esta investigación– injustificada. Para lo cual, solo en el primer caso se podría sostener que estamos frente a una carga que el titular minero debe tolerar.

## V. PROBLEMÁTICA DE LAS CANTERAS AFECTADAS POR EL ESTADO

### 1. Diferencia entre las Canteras afectadas por el Estado y las concesiones mineras.

Como se desprende hasta este punto las canteras afectadas por el Estado y las concesiones mineras pueden tener en común la actividad que efectúan, en tanto se trate de extracción de materiales de construcción, sin embargo, las diferencias entre ambas figuras son bastante notorias cuando se analizan con mayor detalle.

#### 1.1. Procedimiento.

En cuanto al procedimiento que se sigue para cada uno, las canteras afectadas por el Estado no se enmarcan en un procedimiento administrativo ni su desenlace implica un acto de autorización. Mientras que en el caso de la concesión minera, ella es resultado de un procedimiento propiamente administrativo.

13. CAMAYO, Diana. D.S. N° 037-96-EM – Canteras afectadas al Estado. En: *El Ingeniero de Minas*, Año XX, N° 91, 2016.



### 1.2. Restricciones.

En el régimen de concesiones mineras se imponen una serie de restricciones para su otorgamiento y varias de ellas se ventilan en el marco del procedimiento ordinario minero, por ejemplo, la prohibición de no metálicos en zona agrícola a la que hace referencia el artículo 14 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, el caso de la prohibición en zonas urbanas y expansión urbana, etc.

Mientras que la afectación de canteras por el Estado no se sujeta a restricciones de ese tipo, la única restricción sobre ellas son las que se imponen a través de sus condiciones, cuya configuración es bastante simple comparada con el régimen de concesiones mineras.

### 1.3. Título material.

Siguiendo en este punto a Xennia Forno<sup>14</sup>, la técnica de los títulos habilitantes al otorgar derechos subjetivos sobre una materia específica, sirven como condicionantes para su ejercicio. En tal sentido, la concesión administrativa en general y la concesión minera como tipo de concesión administrativa son derechos que emanan del documento conocido como *título de concesión minera*, dicho título no es más que la etapa final de un procedimiento administrativo, en tal condición, es de manera inconfundible un acto administrativo. En simples términos, el derecho del concesionario minero a explorar y/o explotar un determinado recurso mineral concedido, emana de la decisión de la autoridad cuyo conducto es la emisión de un acto administrativo que se apoya en el documento que le sirve de prueba de su existencia.

Por otro lado, los actos administrativos no constituyen la única fuente de la que se desprende un derecho o facultad, más aún en el campo específico de las actividades mineras de exploración y explotación de materiales de construc-

ción. Este es el caso de las canteras afectadas por el Estado, puesto que en este caso el título –en sentido abstracto– que justifica y legitima el actuar del Estado o de un privado a extraer materiales de construcción para la ejecución de obras de infraestructura, es la ley en sentido amplio, es decir, el Decreto Supremo N° 037-96-EM, no obstante, la legalidad o no de dicha aseveración será evaluada posteriormente.

### 1.4. Obligaciones legales.

En el régimen de concesiones mineras se imponen dos tipos de obligaciones al concesionario minero, las mismas que suelen conocerse a nivel doctrinario como el sistema de amparo minero, que en nuestro caso es de tipo mixto, puesto que se exige tanto la obligación de trabajo como la del pago de un derecho de periodicidad anual conocido como derecho de vigencia.

Por el contrario, para el caso de la afectación de canteras por el Estado no se exige el cumplimiento de dichas obligaciones, siendo la única obligación que se desprende de la norma, la de destinar la extracción de los materiales de construcción a la ejecución de la obra de infraestructura, reposando en ello la causalidad de dicha afectación.

### 1.5. Temporalidad.

Las concesiones mineras gozan de una suerte de vocación de permanencia en tanto se cumplan las obligaciones legales referentes a su vigencia, como son la obligación de trabajo –producción mínima– y la obligación de pago de derecho de vigencia anual.

Por su parte, las canteras para materiales de construcción existirán –por su naturaleza– en tanto se ejecute la obra, dado que es la misma obra la que le sirve de justificación para su existencia, legitimando la extracción de los minerales; siempre que dicha circunstancia no

14. FORNO CASTRO POZO, Xennia. "El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante". En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: PUCP, 2009. N° 8, Año 4

se cumpla, estaremos frente a una extracción ilícita de minerales.

### 1.6 Interés subyacente.

En el caso de las concesiones mineras el interés subyacente según la legislación minera vigente es la utilidad pública. Mientras que en la afectación de canteras varía de acuerdo a la calificación del proyecto, sea de interés nacional, necesidad pública y demás.

En tal sentido, la utilidad pública cede ante la necesidad nacional consagrada constitucionalmente como límite al ejercicio de diversos derechos subjetivos, ello porque la diferencia entre necesidad y utilidad radica en que la necesidad parte de la exigencia de algo que es indispensable para el desarrollo de la sociedad en su conjunto.

### 1.7 Impugnabilidad.

El título de concesión minera es impugnabile, siendo los terceros cuentan con mecanismos para su oposición al trámite durante el procedimiento de titulación, a través del procedimiento especial de oposición, del recurso de revisión al propio título y demás. La afectación en uso en la medida que no se emite acto administrativo alguno –para su otorgamiento– no es un acto susceptible de impugnación.

## 2. Oportunidad de la afectación de canteras.

Este es un punto relevante ya que de acuerdo al artículo 1 del Decreto Supremo N° 037-96-EM se declara que las canteras de materiales de construcción utilizadas exclusivamente para la construcción, rehabilitación o mantenimiento de obras que desarrollan las entidades del Estado directamente o por contrata se afectarán.

De dicho enunciado normativo se desprenden –a través de los métodos de interpretación– por lo menos dos normas a conocer:

- a) Las canteras de materiales de construcción en las que se extraigan los mismos cum-

pliendo los requisitos del Decreto Supremo N° 037-96-EM se entenderán afectadas al momento de la promulgación de la precitada norma –interpretación N° 1–.

- b) Las canteras que corresponden a obras de infraestructura próximas a ejecutarse se entenderán afectadas a éstas –interpretación N° 2–.

Es por ello que resulta importante determinar en qué momento se da la génesis de la afectación.

Según las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 037-96-EM, se establecen ciertos requisitos para la afectación de canteras que ya han sido desarrollados anteriormente en este trabajo. Siempre que dichos requisitos son impuestos por el mismo conjunto de disposiciones relacionadas a la afectación de canteras, deberá entenderse que siempre que las canteras –ejecutándose o por ejecutarse– cumplan con los requisitos establecidos, se entenderán comprendidas dentro de dicho marco normativo especial, siendo estos requisitos *sine qua non*.

Sin embargo, debe descartarse la interpretación N° 1, puesto que el artículo 3 del Decreto Supremo N° 037-96-EM señala categóricamente que sus disposiciones no limitan los derechos ya concedidos o solicitados con anterioridad a su vigencia, entendiéndose con ello, que si al momento de la vigencia de la ley, existe o se pretendiera afectar una cantera dentro del área de una concesión minera otorgada o en algún petitorio solicitado con anterioridad a dicha vigencia, ello no afectará el derecho o expectativa jurídica que correspondan a su titular.

En virtud de ello, de una interpretación sistemática del referido cuerpo normativo, se tiene que la única interpretación admisible es la segunda.

En tal sentido, para que una cantera se entienda afectada deberá contarse con la calificación de la obra, las distancias requeridas, la comunicación al Ingemmet del inicio de dicha obra y la información técnica necesaria para que se proceda con el ingreso de las coordenadas de



la cantera en el Precatastro Minero Nacional y se registre en la base de datos.

Por lo tanto, ante la siguiente pregunta: ¿Se afectan todas las canteras existentes al momento de la promulgación de la norma o solamente las requeridas y presentadas al INGEMMET?

La respuesta reside en que se afectarán todas las canteras que cumplan con los requisitos de la norma, siendo que en caso se encuentre ausente uno de ellos, tornará en ilegítima la extracción de los referidos minerales –rectius materiales de construcción–, lo que en la doctrina se conoce como los derechos de adquisición sucesiva, entendiéndose por estos a los que se generan tras la concurrencia de varios hechos jurídicos, de tal forma que solamente cuando concurren los mismos es que se definirá la creación del derecho<sup>15</sup>.

No obstante ello, se presenta un alto riesgo para las inversiones en minería en la medida que la afectación de canteras no encuentra como límite los derechos válidamente adquiridos o en trámite que no se enmarquen en el periodo temporal anterior a la vigencia de la norma bajo comentario.

En estos casos, puede plantearse incluso la inutilidad de las concesiones mineras no metálicas, puesto que a pesar que el mismo Estado otorgue el derecho a explorar y explotar los recursos minerales concedidos, por la necesidad de una obra de infraestructura pueden simplemente cercenar el derecho otorgado al titular minero, en tanto nadie resarce los gastos en los que incurrió al momento de solicitar la concesión de un área en la que el Estado posteriormente se le ocurra afectar para cantera.

### 3. Canteras afectadas por el Estado en concesiones mineras.

En nuestro ordenamiento existe un vacío normativo en cuanto a los supuestos en los que se presente situaciones de conflicto entre las

concesiones mineras y las canteras afectadas por el Estado. Sin embargo, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, establece lo siguiente:

*"Artículo 13.- Las leyes especiales que regulen el aprovechamiento sostenible de recursos naturales precisarán el sector o sectores del Estado responsables de la gestión de dichos recursos e incorporarán mecanismos de coordinación con los otros sectores a fin de evitar que el otorgamiento de derechos genere conflictos por superposición o incompatibilidad de los derechos otorgados o degradación de los recursos naturales".*

Sin embargo, la disposición normativa que dispone la afectación de las canteras para materiales de construcción a favor del Estado en el marco del Decreto Supremo N° 037-96-EM, incumple lo siguiente:

*"Artículo 15.- Las leyes especiales que regulen el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales determinan la prelación de derechos, los procedimientos y las instancias administrativas y de gobierno con competencia para la resolución de las controversias o conflictos que puedan surgir a propósito de la gestión de los recursos naturales entre los sectores, o entre éstos y los particulares".*

La coherencia de la Ley 26821 es impecable sobre el particular, dado que además de dicho artículo debe tenerse en cuenta el siguiente:

*"Artículo 25.- Pueden concederse diversos títulos de aprovechamiento sostenible sobre un mismo recurso natural. En estos casos, la ley deberá establecer la prelación de derechos y demás normas necesarias para el ejercicio efectivo de tales derechos".*

Entonces, el Decreto Supremo N° 037-96-EM, siendo una norma posterior al TUO de la Ley

15. GETE-ALONSO, María del Carmen. En: *V.V.AA Manual de Derecho Civil*. Tomo I. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997, pp. 415-449.

General de Minería, dado el objeto de su regulación debió ir más allá de esta simple disposición:

*"Artículo 3.- El presente Decreto Supremo no limita los derechos de las denuncias, concesiones y petitorios mineros solicitados o concedidos con anterioridad a su vigencia".*

Acaso ¿se trata de una fórmula expropiatoria –por así llamarla– en la que se limitan los derechos que se soliciten o se adquieran con posterioridad a su vigencia? La disposición que se desprende de dicho cuerpo normativo es que todos los derechos solicitados con posterioridad a su vigencia, es decir, desde el 29 de octubre de 1996 podrán ser limitados por imperio de la norma, lo que a todas luces constituye una medida desproporcional y atentatoria contra la seguridad jurídica que debería asistir al concesionario minero.

### **3.1 Excepciones al régimen de concesiones para el desarrollo de actividades mineras.**

La Ley 28221 establece que las municipalidades distritales y provinciales en su jurisdicción son competentes para autorizar la extracción de materiales que las aguas acarrean y depositan en los álveos o cauces de los ríos y para el cobro de los derechos correspondientes. Los ministerios, gobiernos regionales u otras entidades públicas que tengan a su cargo la ejecución de obras viales quedan exceptuados del pago de los derechos por extracción de material.

Sin embargo es importante destacar que durante los últimos meses diversos municipios distritales de país vienen realizando una interpretación antojadiza del inciso 9 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Municipalidades –Ley 27972– que establece como rentas municipales a:

*"Artículo 9.- Los derechos por la extracción de materiales de construcción ubicados en los álveos y cauces de los ríos y canteras localizadas en su jurisdicción, conforme a Ley".*

Esta norma les brinda la facultad a los municipios de cobrar una renta por la explotación de los materiales que acarrean o depositen en los

cauces de los ríos de sus jurisdicción, figura que se encuentra respaldada por la Ley 28221; pero además, consideran de manera equivocada que les correspondería conceder los permisos correspondientes en lo que respecta a el uso de canteras, ámbito que de la sola lectura del inciso 9 del artículo 69 de la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley 28221, no se encuentra dentro de sus atribuciones.

Por otro lado, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales señala que:

*"Artículo 17.- Los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado (...)"*.

El beneficio sin exclusividad no puede ser opuesto a terceros, inscrito, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio. El entorno a que se refiere el párrafo precedente abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo y los demás necesarios para la subsistencia o usos rituales.

La Ley General de Hidrocarburos, Ley 26221, plenamente vigente conforme a la Tercera Disposición Final de la Ley 26821, establece en su artículo 82 que las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que desarrollen actividades de hidrocarburos tienen derecho a utilizar los materiales de construcción que sean necesarios para sus operaciones respetando los derechos de terceros.

Por otro lado, se tiene al Decreto Supremo Nº 011-93-TC, en el que se declara que las canteras de minerales no metálicos de construcción ubicadas al lado de las carreteras en mantenimiento se encuentran afectas a éstas, encontrándose circunscrita dicha finalidad a la construcción, rehabilitación o mantenimiento de las carreteras.



Asimismo, tenemos al reaprovechamiento de pasivos ambientales mineros –PAM– en el contexto de la Ley de Pasivos Ambientales y Mineros y sus disposiciones reglamentarias, en cuyo caso, se atiende a un nuevo régimen a partir de la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM en el Reglamento de Pasivos Ambientales Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM. Este nuevo régimen reposa en la legitimación abierta para solicitar el reaprovechamiento o remediación de un pasivo ambiental minero a través de cualquier modalidad, ligándose ello con la obligación destinada a su remediación<sup>16</sup>.

### 3.2 ¿Existe un título material adecuado para el desarrollo de estas actividades?

Como ha podido desprenderse de lo antes mencionado, el título material es entendido como el derecho mismo que asiste a determinado sujeto de derecho para ejercer las prerrogativas que deriven del mismo.

En tal sentido, el título material puede tener diversos orígenes –o fuentes–, por ejemplo, puede nacer de un contrato, de un acto administrativo y –por qué no– de la ley. Sin embargo, resulta un poco contradictoria dicha situación, toda vez que las normas jurídicas tienen como característica que su ámbito de aplicación es amplio y no restringido.

En tal sentido, si bien el título material emana de la norma autoritativa, en este caso el Decreto Supremo N° 037-96-EM, no consideramos que sea el adecuado, puesto que la norma en sí es inconstitucional.

Inconstitucional porque trasgrede la seguridad jurídica del concesionario minero al desconocer un derecho que el propio Estado ha otorgado, lo que evidencia una inadmisibles contradicción entre la finalidad de cada una de las normas, al trastocarse en su campo de su propia aplicación.

La autorización es otorgada por el MTC, de acuerdo a su TUPA, para lo cual se exige la solicitud dirigida al Director General de Caminos, en la que se deberá adjuntar la carta geográfica nacional con las coordenadas UTM de las canteras, informe geológico, informe positivo de impacto ambiental y el pago por derecho de tramitación.

### 3.3. ¿Es la explotación de canteras bajo el régimen del Decreto Supremo N° 037-96-EM una actividad minera?

Las actividades mineras son las que enuncia el TUO de la Ley General de Minería, esto es, el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, la labor general, el transporte minero y la comercialización, siendo el Estado quien se encarga de calificar las actividades mineras. En tal sentido, toda actividad que se desarrolle en el marco de alguna de las enunciadas será considerada actividad minera y dependiendo de la que se trata se determinará si se requiere o no la concesión para su desempeño legítimo.

El TUO de la Ley General de Minería, como lo menciona en su primer artículo, comprende todo lo relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional y del dominio marítimo, excluye en su regulación a otras sustancias como lo son los hidrocarburos, guano, los recursos geotérmicos y las agua minero-medicinales.

Señala en su segundo artículo del Título Preliminar que el aprovechamiento de los recursos minerales se efectuará a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, en ambos casos deberá recurrirse al régimen de concesiones. No obstante, dicha norma no es de naturaleza prohibitiva, por lo que no puede desprenderse de la misma que únicamente se efectuará de dicha manera, estableciendo implícitamente que pueden regularse regímenes de excepción. Sin embargo, dicho argumento no es sostenible en tanto se impone como deber

16. BAILLETTI FRAYSSINET, Gabriel. "Nuevas soluciones a viejos problemas. Análisis sobre la reciente modificación al régimen legal de pasivos ambientales mineros en el Perú". En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 8, 2009, pp. 109 – 118.

la observancia de las disposiciones del TUO de la Ley General de Minería para el ejercicio de las actividades mineras, conforme puede desprenderse a continuación:

*"VI. (...) El Estado o los particulares para ejercer las actividades antes señaladas deberán dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en la presente Ley".*

Dicha premisa se refuerza con la sola lectura del artículo VII del Título Preliminar del TUO de la Ley General de Minería, cuyo tenor es como sigue:

*"VII. El ejercicio de las actividades mineras, excepto el cateo, la prospección y la comercialización, se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son de orden público. Las concesiones se otorgan tanto para la acción empresarial del Estado, cuanto de los particulares, sin distinción ni privilegio alguno".* (Subrayado agregado).

Las conclusiones caen por su propio peso, el régimen de concesiones es el único mecanismo mediante el cual se pueden ejercer actividades mineras, no obstante, ello encuentra claros límites en tanto estamos ante un Decreto Supremo, cuyo rango legal es inferior respecto de otras normas pudiendo operar la derogación tácita.

### **3.4. ¿Es la explotación de canteras una excepción al otorgamiento de concesiones mineras?**

De lo anterior, se desprende que a pesar de ser una actividad minera no se sujeta al régimen de concesiones mineras. Lo que vulnera todas las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Se plantea como excepción en tanto de acuerdo al procedimiento previsto por el Decreto Supremo N° 037-96-EM, basta la sola comunicación a la autoridad minera y la verificación de esta de los requisitos establecidos en dicha norma para su graficación, sin embargo, ello es coherente puesto que la autoridad minera no otorga derechos, simplemente grafica la afectación.

Lo contrario, que es lo ordinario, es que la actividad minera evalúa técnica y legalmente el pedimento de concesión antes de su otorgamiento, lo que muchas veces implica un análisis riguroso, dada la importancia de la actividad minera.

No obstante, no es la única excepción, puesto que también tenemos la explotación de materiales de construcción relacionada con la actividad de hidrocarburos, en los álveos de los ríos por las municipalidades, el reaprovechamiento de pasivos ambientales mineros y por las comunidades campesinas e indígenas en tanto no exista un derecho otorgado.

### **3.5. ¿Se vulneran los derechos del concesionario minero cuando el área de su concesión es afectada por una cantera del Estado?**

La vulneración de los derechos del concesionario minero, se verifica por la sola revisión de la Ley 26821, cuando señala que:

*"Artículo 19.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares".* (Subrayado añadido).

Si se trata de una concesión minera metálica, se observa una distinción en cuanto al título de afectación, puesto que:

*"Artículo 26.- El derecho de aprovechamiento sostenible sobre un recurso natural no confiere derecho alguno sobre recursos naturales distintos al concedido que se encuentren en el entorno".*

De lo antedicho, en la medida que el Decreto Supremo N° 037-96-EM no establece expresamente una limitación para los derechos del concesionario minero de sustancias no metálicas, y en caso dentro del área otorgada en concesión se pretenda afectar una cantera de materiales de construcción, en tanto las limitaciones a



los derechos subjetivos –como es el caso de la concesión minera– deberán ser establecidas expresamente, se concluye que no podrá privarse al concesionario minero no metálico del derecho otorgado.

Sin embargo, la interpretación de la norma vulnera toda lógica normativa, además de las disposiciones que brevemente se han citado anteriormente.

### 3.6 ¿Quién fiscaliza la ejecución de la obra y el uso adecuado del material extraído de la cantera?

En línea de principio, la cantera al ser afectada para la ejecución de la obra de infraestructura, se deberá entender que se trata de un accesorio al principal –la obra–. En ese sentido, la razón de ser de la afectación de la cantera se encontrará siempre y en última instancia en la temporalidad de la obra, incluso si se tratase de obras de mantenimiento preventivo o periódico en tanto la disposición normativa contenida en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 037-96-EM señala que la afectación permanecerá durante su ejecución, siendo que las obras de mantenimiento –como toda actividad estatal– precisa de un planeamiento determinado para su desarrollo y dicha ejecución no podría tornarse en permanente en tanto toda obra vista como proyecto tiene un principio y un final.

Sin embargo, no se conoce qué ente es el encargado de fiscalizar los aspectos ambientales de la ejecución de la obra en las canteras afectadas

por el Estado, o la ejecución del plan de cierre de la obra, ni si se incluye como componente dentro del instrumento de gestión ambiental que corresponde a la obra, respecto a esto último se conoce que no ocurre ello en todos los casos, aunque debiera ser así atendiendo a las normas del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental –en adelante “SEIA”.

En tal sentido, la motivación central de crear mecanismos que permitan contribuir a la realización de la obra de infraestructura disminuyendo los costos de la misma, podría generar efectos perversos originados por dicha afectación.

Puesto que no se ha destinado una autoridad a la fiscalización del uso de las canteras, ni si se remedia el pasivo ambiental minero luego del uso de la cantera, ni mucho menos si el material de construcción extraído se destina a un uso distinto del asignado por mandato legal, si la producción coincide o no con su uso en la obra de infraestructura y si en caso se extrajera en exceso cuál sería su destino, entre otros supuestos.

Así como lo citado, existen un sinnúmero de situaciones que no precisan de regulación expresa lo que solamente demuestra la falta de sistematización al momento de promulgar el Decreto Supremo N° 037-96-EM.

## VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES<sup>17</sup>

a) A pesar que la atención en la minería se centre en la explotación de minerales metálicos, el aprovechamiento de minerales

17. Otras fuentes empleadas para la redacción del presente artículo incluyen:

AA.VV. *La Constitución Comentada*, Tercera Edición. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2015.

BELAUNDE MOREYRA, Martín. *La concesión minera: Su evolución histórica, naturaleza jurídica y régimen actual*. Tesis para optar el Grado de Maestro. Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Sección Maestría, 1998.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Dos tomos. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Revista de Derecho Administrativo*, Número 14, 2014.

LASTRES BERNINZON, Enrique. “Los recursos naturales en la Constitución vigente”. Volumen 5, Número 9. En: *Revista Jus et Veritas*, 1994

- no metálicos es igual de importante, dado su uso preponderante en una serie de actividades industriales como la construcción, entre otros.
- b) La afectación de canteras por el Estado encuentra su aparente legitimidad en el Decreto Supremo N° 037-96-EM, toda vez que el procedimiento que regula dicho dispositivo normativo se basa en la comunicación al Instituto Geológico Minero y Metalúrgico respecto al área en donde se ubicará la cantera para materiales de construcción, sin prever ningún tipo de autorización especial para su aprovechamiento.
  - c) A lo largo de nuestra historia republicana se tiene que se ha hecho uso de una serie de términos para justificar limitaciones a derechos subjetivos, así palabras como bien público, interés público, utilidad pública, interés social y los vigentes, necesidad pública y seguridad nacional, dada su utilización indistinta y acomodada a cada momento histórico determinado carecen de un concepto uniforme que impide delimitar su contenido, lo que acarrea que será el Estado el que decida, constituyendo ello una arbitrariedad en el uso de estos términos.
  - d) La derogación de la Resolución Ministerial N° 188-97-EM-VMM por el Decreto Supremo N° 020-2012-EM no implica que se haya dejado sin marco normativo reglamentario para el desempeño de la explotación de materiales de construcción, por el contrario, dicha derogación involucra el sometimiento al procedimiento establecido por el Decreto Supremo N° 020-2012-EM para el caso de las canteras afectadas por el Estado. En tal sentido, el ejecutor de la extracción de los materiales de construcción deberá contar con la autorización previa del que tenga derecho sobre el terreno superficial, siendo que si es un privado deberá haberle otorgado alguna modalidad de derecho real –superficie, servidumbre, etc.– mientras que si se encontrara bajo titularidad del Estado, deberán efectuarse las gestiones pertinentes ante la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.
  - e) Las diferencias entre el régimen de concesiones mineras y el régimen excepcional de afectación de canteras por el Estado son bastante perceptibles, al punto de que difieren en cuanto al procedimiento, las restricciones, el título que legitima la actividad, las obligaciones legales, la temporalidad,

---

MARTÍNEZ APONTE, Humberto. "La Concesión Minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación". En: Revista **ADVOCATUS** N° 21, 2010

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

OSSA BULNES, Juan Luis. *Derecho de Minería*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

PULGAR VIDAL, Manuel. "El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio". En: *Revista de Derecho Administrativo*, Número 7, 2009.

TEJADA GURMENDI, Jaime. "Flexibilidad en el Aprovechamiento de Sustancias Metálicas y No Metálicas: Hacia La Concesión Minera Única". En: *Revista Electrónica Minas & Derecho*, Editada por el Centro de Estudios de Derecho de Minería, Energía y Recursos Hídricos - CEDEMIN, Número 1, Lima, 2014. Disponible en: <<http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedemin/revista.htm>>

"Régimen Legal de la Titulación Minera en el Perú: Análisis del Procedimiento Ordinario Minero para la Obtención del Título de Concesión Minera y de los Procedimientos Administrativos Regulados por el TUO de la Ley General de Minería vinculados a la Titulación de Concesiones Mineras por Exploración y Explotación". En: *Derecho & Sociedad* 42, 2014, pp. 289-310.

*Análisis del marco normativo aplicable a la afectación de canteras por el Estado para la ejecución de obras de infraestructura: El caso de la superposición total de la Cantera "La Grama" a la concesión minera "Giovanna Hermosa"*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Minería. Escuela de Post Grado de la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC, 2016.



- el interés subyacente, la impugnabilidad y entre otros.
- f) La afectación de la cantera se entiende como un hecho jurídico de formación compleja, es decir, es necesario que se cumplan todos los requisitos establecidos en la norma para que se entienda existente la afectación, no existiendo un único acto determinante, sino que es el conjunto de los mismos del que se desprende el derecho sobre dichos recursos.
- g) Las actividades mineras son definidas en el TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, en tal sentido, todas las actividades que se detallan en dicho texto, son consideradas actividades mineras, siguiendo la estructura básica de toda norma jurídica, en tanto se compone de un supuesto de hecho que va ligado a una consecuencia jurídica, el supuesto de hecho de las actividades mineras se encuentra claramente delimitado, por lo tanto, la explotación de canteras de materiales de construcción a favor del Estado, al encontrarse inmersa dentro de la definición de explotación prevista en el TUO de la Ley General de Minería y dado que los recursos que son objeto de la afectación constituyen recursos minerales, se entiende que constituye una actividad minera.
- h) El ingreso de las coordenadas al catastro minero no implica el otorgamiento de autorización y/o derechos respecto a la actividad de explotación de materiales de construcción, ello porque el catastro minero no otorga derechos, solamente es una base de datos gráfica receptora de la información proveniente de las autoridades sectoriales competentes.
- i) Recomendamos establecer restricciones para las canteras afectadas por el Estado en tanto deberán respetar los derechos mineros en trámite u otorgados sobre el área en la que pretenden extraer el mineral, como consecuencia de ello deberá plantearse una modificación a dicho régimen o su inclusión en una posible modificación al TUO de la Ley General de Minería.
- j) Debido a que no existe regulación legal respecto a la vigencia de la afectación en el pre-catastro minero, en cuanto a su retiro al culminar el plazo de ejecución de la obra, ello eleva los costos de transacción del titular minero en tanto no es posible obtener información actualizada sobre si la afectación se encuentra o no vigente. En consecuencia, deberán plantearse modificaciones relacionadas al retiro del polígono de la cantera afectada en uso o, en su caso, establecerse que cumplido el plazo de la obra se entienden caducadas de pleno derecho.
- k) Dada la libertad de interpretación existente frente a las normas procedimentales para la explotación de la afectación de canteras por el Estado, se recomienda que se incluya en el Reglamento de Procedimientos Mineros que sus disposiciones son aplicables para este tipo de actividad en tanto se circunscriben dentro de las denominadas actividades mineras y como tales no se justifica una regulación excepcional en cuanto a los requisitos para su operación y cierre. En esa línea de razonamiento, ello implica la exigencia de la obtención del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, la autorización del propietario del terreno superficial, la autorización para el uso de explosivos por parte de Sucamec, la autorización de inicio de Actividades de Explotación, etc.
- l) Es necesario determinar ante qué autoridad pueden los administrados presentar algún recurso en ejercicio de su facultad de contradicción reconocida por la Ley del Procedimiento Administrativo General, ello debido a que la configuración del acto administrativo se da a partir de reconocer un acto que relacione a la entidad y a los administrados teniendo efectos en su esfera jurídica, en tal sentido, por regla general, a fin de evitar la arbitrariedad deberán establecerse las vías necesarias para la recurribilidad de la afectación de las mencionadas

canteras en tanto ello implica potenciales perjuicios para la generalidad.

- m) Debido a que no existe justificación para el tratamiento distinto de los recursos minerales a partir de su clasificación en metálicos y no metálicos, se propone el planteamiento de un régimen único, en el cual el concesionario minero pueda aprovechar todas las sustancias concesibles por el título habilitante que se ubiquen en los confines de su polígono.
- n) Debe establecerse claramente qué autoridad es la encargada de realizar las labores de fiscalización de los trabajos realizados en las canteras y, en el entendido que estaríamos frente a una actividad minera de explotación las autoridades competentes serían: en materia ambiental el OEFA, en materia de seguridad y salud ocupacional el OSINERGMIN y la SUNAFIL. Siendo que la entidad a cargo de la obra, como por ejemplo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, o el Gobierno Regional o Local, tendrán fundamentalmente las funciones propias de su competencia en materia de fiscalización ambiental, adicionalmente a ello, será de su cargo el hecho de fiscalizar que los materiales extraídos sean estrictamente de construcción y que se destinen para la obra de infraestructura previamente determinada.
- ñ) De la misma forma, al ser considerada la extracción de mineral no metálico en canteras como actividad de explotación, sus titulares deberán asumir las obligaciones del pago de un derecho de vigencia, canon minero, entre otros, además de someterse a todas las reglas de la actividad minera ordinaria, esto es, sistema de cuadrículas, formulación ante el INGEMMET, entre otros.
- o) Finalmente, deberá derogarse el Decreto Supremo N° 037-96-EM en tanto constituye una norma restrictiva de derechos subjetivos y como tal, el rango legal de Decreto Supremo no es el indicado, puesto que las restricciones de este tipo deben imponerse por ley expresa, lo que implica un mayor análisis de su impacto en el ordenamiento jurídico vigente, siendo ello al final, lo eficiente puesto que propicia la sistematización y articulación de normas de este tipo.