

¿El último suspiro o la resurrección de la Servidumbre Minera Legal?

LORENA ZUAZO VILLAROEI

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Máster en Planificación Territorial y Gestión Ambiental por la *Universitat de Barcelona*.

JEAN J. OSORIO COLQUI

Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Planteamiento del problema.
- III. Análisis Jurídico.
 1. Concesión Minera.
 2. Desarrollo de la actividad minera.
 3. Finalidad y características de la Servidumbre Minera- Servidumbres legales mineras que gravan predios superficiales.
 4. Diferencia con el Derecho Civil.
 5. Consideraciones con el Derecho de Propiedad: limitación del uso, disfrute, disposición y reivindicación.
 6. Servidumbre Minera Legal vs. Expropiación. ¿Transferencia de propiedad forzosa análoga a la expropiación?
 7. La Servidumbre Minera como problema y posibilidad.
- IV. Posible solución al problema.
 1. Propuesta de reforma constitucional.
- V. Conclusiones y recomendaciones.

RESUMEN:

La Servidumbre Minera Legal es una figura jurídica vigente en nuestra legislación a pesar de que, en la práctica, no sea aplicada por nuestras autoridades ni concesionarios mineros. Superando los motivos por los cuales el día de hoy no se constituyen este tipo de servidumbres, creemos pertinente citar algunas ideas que pueden dar explicación a esta problemática e incluso proponer, a través del derecho comparado, una posible solución para obtener la reactivación de este mecanismo que permitiría, entre otros logros, el crecimiento y desarrollo económico del país e inversión privada.

Palabras claves: Servidumbre Minera, Concesiones Mineras, Derecho de Propiedad, Actividad Minera, Inversión Minera.

ABSTRACT:

The Mining Legal Servitude is a legal figure in force in our legislation, even though in the practice it is not applied by our authorities or mining concessionaires. Beyond the reasons why today this type of easements are not constituted, the authors believe that it is pertinent to outline some ideas that can explain this problem and even propose, through the Comparative Law, a possible solution to obtain the reactivation of this mechanism. This would allow, among other achievements, the growth and economic development of the country and private investment.

Keywords: Mining Servitude, Mining Concessions, Property Right, Mining Activity, Mining Investment.

I. INTRODUCCIÓN

La minería como actividad económica y fuente de estudio social y jurídico posee rasgos y principios que le son propios y la hacen singular. En efecto, el motivo principal del porqué cuenta con una normativa especial expresa la autonomía del Derecho Minero como disciplina jurídica, así como los múltiples nexos e influencias que pueda entablar con otras disciplinas, entendiendo pues, que las disciplinas jurídicas en el Derecho no son compartimientos estancos.

Consecuentemente el Derecho Minero en el Perú tiene el reto principal de responder satisfactoriamente, sin ser excluyente, a tres cuestionamientos principales: a) ¿Quién es el titular del dominio originario de los recursos minerales?, b) ¿Cómo y quién está habilitado para aprovechar los recursos minerales?; y, c) ¿Qué normas rigen las relaciones entre los titulares de derechos mineros y los propietarios superficiales del predio en el que se halla los recursos minerales?¹.

De estas tres incógnitas, la que mayores quebraderos de cabeza ha traído a los estudiosos del Derecho Minero en el Perú, como a los políticos

en general, ha sido evidentemente la última, a pesar de que los derechos de los concesionarios mineros, como los derechos de los propietarios superficiales –que en el Ordenamiento Jurídico Peruano pertenecen al Derecho Público y Privado respectivamente– tienen igual protección constitucional.

Parte de esta problemática podría ser que el legislador, razonable y aparentemente, habría realizado una mayor estimación económica a la concesión minera sobre el predio superficial –entendible desde el *Sistema Dominalista* de los recursos minerales que rige nuestro Derecho Minero–, considerando, además, las singularidades que le son inherentes a cada una de ellas.

Esta breve referencia, se encuentra recogida en el inciso 3 del artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (TUO de Minería), el cual recalca la subordinación del predio superficial a la concesión minera. En efecto, la norma antes citada señala que una de las atribuciones del concesionario minero es: "solicitar a la autoridad minera autorización para establecer servidumbres en terrenos de

1. OSSA BULNES, Juan Luis, *Tratado de Derecho de Minería*, Tomo I, Cuarta Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 12.

*terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso (...)*².

En efecto, el TUO de Minería permite el otorgamiento de Servidumbres Mineras Legales a favor del titular minero; sin embargo, técnicamente esta atribución minera es impracticable debido a la falta de potestades de la autoridad minera y a la poca sistematicidad jurídica.

Estando las cosas así, resulta interesante aplicar el derecho comparado en esta problemática.

Al respecto, el ordenamiento jurídico chileno –que sigue el mismo razonamiento al peruano, pero con mayor efectividad en cuanto a su aplicación– concibe la figura de la servidumbre desde un rango constitucional tal y como se encuentra regulado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución de la República de Chile. Esta medida resulta ser una respuesta sensata al desafío de la globalización, comprendido en la necesidad de competir internacionalmente y al imperativo de explotar los recursos minerales a fin de aplicarlos al crecimiento y al gasto público³, más aún considerando que la explotación de los recursos minerales asegura el crecimiento social a través de la inversión de los impuestos recaudados de la actividad minera.

En este orden de ideas, resulta relevante “redefinir” el tratamiento legal que se ha establecido en el otorgamiento de Servidumbres Mineras Legales en el Perú como veremos más adelante. Esta propuesta revertiría la obsoleta consideración que se ha originado debido a su poca protección y aplicación jurídica en nuestro país. Considerando que somos un país netamente minero sería importante dotar de las garantías jurídicas efectivas necesarias para el desarrollo de la actividad minera de los concesionarios,

fomentando de este modo con el aumento de los ingresos del erario nacional para ponerlos, por ejemplo, a disposición del gasto público en el cumplimiento de los programas estatales.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Servidumbre Minera dentro sus calificaciones ha presentado una serie de deficiencias en la legislación peruana a lo largo de nuestra historia minera. Es así que hemos sido –somos y seremos– testigos de los constantes problemas que se presentan en nuestra actualidad y, en su mayoría, problemas en los cuales se encuentran involucradas Comunidades Campesinas e Indígenas quienes son titulares del predio superficial donde se ubica una concesión minera.

Actualmente existe un grave temor en el uso de la figura de las Servidumbres Mineras, temor el cual sufre no solo el propietario que verá afectado y limitado su derecho a la propiedad, sino también el concesionario minero al no saber si podrá obtener la constitución de una servidumbre minera que le permita acceder al terreno superficial del área donde se ubica su derecho y, en consecuencia, realizar las actividades mineras según crea conveniente. Esto se da en principio, por falta de información o por información inexacta o falsa y, de repente también, por la escasa doctrina y jurisprudencia que existe en nuestro país acerca del tema.

Así las cosas, sabemos que la habilitación del predio superficial no es el único título adicional a la concesión minera con el que debe contar el titular para el desarrollo de la actividad minera, ya que también precisa poseer otros permisos, tales como contar con certificación ambiental, autorización de inicio de actividades, autorizaciones para uso del agua, uso de explosivos, entre otros³. Siendo una característica que en

2. *Ibid.*, p. 35.

3. Artículos 9 y 10 de la Ley 30327 – Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, faculta al SENACE –Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles– el otorgamiento de la Certificación Ambiental Global la cual reúne el Estudio de Impacto Ambiental-detallado (EIA-d) y otros catorce (14) títulos habilitantes de manera integrada para los proyectos de inversión en minería.

estos últimos títulos habilitantes priman intereses públicos o sociales como son el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la responsabilidad ambiental, la prevención, la internalización de costos, etc.⁴ En tanto, todos estos títulos los otorga el Estado, para lo cual el titular minero solo debe cumplir diligentemente con los requisitos que exija cada procedimiento administrativo en particular.

Como hemos mencionado, uno de aquellos permisos que el concesionario minero debe obtener para poder realizar actividades mineras, es el terreno superficial. En vista de ello, el concesionario minero se encuentra "obligado" a negociar con el titular del predio superficial para su utilización por lo que, usualmente, priman erróneamente intereses privados, sobre todo del titular del predio superficial que mantiene una idealización absoluta de su propiedad amparado por el artículo 70 de nuestra Constitución, reforzando esta posición en la idea que el único límite a la propiedad es la expropiación por seguridad nacional o necesidad pública y poniendo a su vez como único beneficiario del mismo al Estado, mas no a un particular o titular minero.

Debido a este empoderamiento que ostenta el propietario superficial es que –en diversos casos– fracasan las negociaciones debido al incremento exponencial de los costes para la autorización en uso o compra del terreno superficial.

Dicho esto, resulta lógico darnos cuenta que en la mente del inversionista minero se ha abandonado la idea de imposición de Servidumbres Mineras, toda vez que no tuvo que pasar mucho tiempo desde la creación de esta figura para que sea considerada como obsoleta dadas las condiciones que efectivamente se presentan en la actividad minera en el Perú.

Esta realidad se evidencia en que, hasta la fecha, el Ministerio de Energía y Minas solo ha otorga-

do alrededor de quince Servidumbres Mineras Legales o Forzosas, como sucedió, aunque con sus particularidades, en el caso de la Compañía Minera Antamina S.A. y la construcción y funcionamiento de su mineroducto.

En la situación descrita precedentemente podemos identificar qué rol cumplen los sujetos que intervienen en el desarrollo de la actividad minera: (a) el Estado en su calidad de máximo Poder Público y titular del dominio de los recursos minerales, (b) los concesionarios mineros que tienen derechos exclusivos y excluyentes para realizar actividades mineras; y, (c) los titulares de los predios superficiales abarcados por las concesiones mineras⁵.

Dicho de otra forma, el otorgamiento de una concesión minera origina –generalmente– la coexistencia de dos derechos reales simultáneos. Por un lado, el derecho real que posee el propietario del predio superficial en donde se ubica la concesión minera; y, por otro lado, el derecho real que se le otorga al concesionario minero al momento de titular una concesión minera, facultándolo al aprovechamiento sostenible de los recursos minerales otorgados por el Estado en dicha área. Como bien sabemos, ambos derechos reales son diferentes en cuanto a su naturaleza –privada una y pública la otra–, objeto, material y alcances. De esta manera, podemos decir que, aunque son figuras distintas, los dos derechos son legítimos y garantizados constitucionalmente, pero que, al generarse esta relación jurídica, desemboca por lo general en un conflicto social derivado de la incógnita sobre quién tiene la preferencia para la utilización del área en discusión.

A manera de conclusión, trataremos de acercarnos a una respuesta al real problema en el tema de aplicación efectiva y práctica de las Servidumbres Mineras Legales o Forzosas, proponiendo una salida legislativa la cual presente beneficios para todos los sujetos intervinientes

4. Contenidos en la Ley 29811 – Ley General del Ambiente y en otras normas del subsector ambiental.

5. OSSA BULNES, Juan Luis. *Op Cit*, p. 13.

–Estado, concesionario minero y titular del terreno superficial–.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

1. Concesión Minera.

Para poder ubicarnos concretamente, es necesario mencionar brevemente el concepto de concesión minera para así poder entender el problema que se ha creado respecto a la aplicación de servidumbre en temas mineros. En este sentido, definimos la concesión minera como aquel conjunto de derechos y obligaciones que otorga el Estado, materializado en un título, el cual confiere a una persona natural, jurídica o al propio Estado la facultad para desarrollar las actividades de exploración y explotación de la extensión del área o terreno solicitado con relación a recursos naturales mineros, entre otras facultades.

Verdaderamente, el concesionario minero si bien no tiene un derecho de propiedad sobre el yacimiento, el subsuelo y la superficie, sí posee el derecho de explorar y explotar minerales en donde se encuentra ubicada su concesión minera para posteriormente convertirse en “propietario” de los minerales extraídos.

Asimismo, vale decir que la concesión minera es un derecho real además de ser un “bien inmueble”⁶. Así, la concesión minera es calificada físicamente como un sólido de profundidad indefinido, un cuerpo y objeto tridimensional –largo, ancho y profundidad–, creándose una ficción jurídica, ya que eleva el depósito o yacimiento minero escondido en la tierra o subsuelo a la categoría jurídica de bien inmueble, distinto y separado de la superficie del terreno.

Finalmente, cabe mencionar que la concesión minera no significa usufructo ni propiedad por cuanto el titular no es usufructuario ni propietario del depósito ni del suelo, subsuelo ni sobresuelo donde se encuentra ubicado el Derecho Minero toda vez que la concesión minera termina siendo un derecho real *sui generis*⁷ por las características y particularidades que la misma presenta al momento de otorgamiento a favor del titular minero.

2. Desarrollo de la actividad minera.

Para el desarrollo de la actividad minera en nuestro país, hay que tener en cuenta ciertas premisas:

Primero, que la propiedad predial según nuestro Código Civil comprende el subsuelo y sobresuelo, tiene una extensión sólo hasta donde sea aprovechable por el titular, pero no comprende la propiedad de los recursos naturales que en esta se ubiquen⁸.

Segundo, que los recursos naturales ubicados en el territorio del Perú son patrimonio de la Nación y son administrados por el Estado; asimismo, para el aprovechamiento de dichos recursos naturales, la autoridad puede otorgar derechos a los particulares denominados concesión⁹.

Tercero, que, si bien nuestra Constitución no define qué se debe entender por recursos naturales, el tema queda cubierto con la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible para los Recursos Naturales, donde se señala que ha de entenderse por recursos naturales a todo aquello que se encuentra en la naturaleza, que tenga un valor actual o potencial en el mercado y que puede ser aprovechado por el ser humano en pos de satisfacer sus necesidades¹⁰. Dicho esto, los minerales están considerados en la antes mencionada definición.

6. Según lo establecido en el artículo 885 inciso 1 del Código Civil Peruano.

7. BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*. Lima: San Marcos, 2007, pp. 55-57.

8. Artículo 954 del Código Civil de 1984 – Decreto Legislativo 295.

9. Artículo 66 de la Constitución Política de 1993.

10. Artículo 3 de la Ley 28621 – Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible para los Recursos Naturales.

Cuarto, que el artículo 23 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible para los Recursos Naturales, establece que la concesión otorga a su titular el disfrute del recurso natural concedido y, por consiguiente, la propiedad de los productos a extraerse. Es decir, en el ámbito minero, la concesión no otorga la propiedad de los recursos naturales en el subsuelo a su titular, sino solo los productos de aquello que pueda extraer el concesionario.

Quinto, que la concesión minera es un bien inmueble distinto y separado del predio donde se ubica¹¹.

Y, sexto, como estamos aludiendo a dos bienes distintos –la propiedad superficial y la concesión minera–, no basta el título de concesión para poder realizar trabajos mineros de exploración, desarrollo y explotación en el área de ubicación del Derecho Minero, sino que necesariamente debemos contar con la habilitación del terreno superficial donde éste se ubique, para lo cual se debe llegar a un acuerdo con el titular del predio superficial, ya sea se trate de un particular o del Estado¹².

Señalada la secuencia de premisas a tener en cuenta para el desarrollo de la actividad minera, cabe ahora detenernos a analizar el punto sexto con minuciosidad ya que, de todas las premisas mencionadas, ésta sería la más débil y confusa en cuanto a temas de practicidad.

3. Finalidad y características de la Servidumbre minera–Servidumbres legales mineras que gravan predios superficiales.

Una de las principales características de la servidumbre minera es el término aprovechamiento. Este aprovechamiento se encuentra

presentado en los derechos de goce y disfrute que constituyen elementos característicos de la servidumbre minera, tal como menciona el doctor Jorge Avendaño¹³: “Las servidumbres son derechos reales limitados del aprovechamiento de cosa ajena por un sujeto determinado”.

Al respecto, podemos resumir las características de las Servidumbres Mineras en las siguientes:

- a) Condición propia y esencial de la servidumbre minera: Ésta debe estar destinada a la explotación. No se puede utilizar en un propósito diferente para el que fue constituida.
- b) De carácter transitorio: Las servidumbres mineras no son perpetuas ni inmutables puesto que las minas y/o yacimientos son riquezas agotables y además se encuentran sujetas a la vigencia del Derecho de Concesión Minera la cual responde a criterios económicos de pago anuales para mantener su permanencia.

Por otro lado, las servidumbres mineras se clasifican dependiendo de la actividad minera que se esté o quiera desarrollar, es decir, pueden existir servidumbres mineras que graven los predios superficiales para la misma ejecución de la mina –o sea, cuando el terreno de la superficie coincide con el derecho de propiedad de un tercero– o, cuando las servidumbres mineras graven minas a favor de otras.

En el primer supuesto, podemos mencionar que se tratan de ocupación de terrenos para edificios de habitación, almacenes, talleres, oficinas de beneficio, depósito y en el segundo supuesto, nos referimos a las servidumbres de tránsito en caminos abiertos para una mina a favor de

11. Artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-92-EM.

12. (i) Artículo 7 de la 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, (ii) Resolución Nº 264-2004-MEM de fecha 2 de agosto de 2004; y, (iii) Oficio Nº 0012-2016-SBN-SG de fecha 5 de febrero de 2016.

13. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Servidumbres Mineras y Expropiación*. Número 5. Año III. Lima: Cathedra, 1999, pp. 11-19.

otras, de ventilación y desagüe, de paso natural de aguas, de pasaje entre otras.

Es así que la finalidad de las servidumbres mineras es meramente económica y se haya directamente vinculada al objeto y destino del predio dominante en utilidad del cual se imponen. Cuando se es predio dominante –o como ya mencionamos “concesión dominante”–, éste último tiene la facultad de catar y cavar, puesto que la principal finalidad es facilitar la investigación y búsqueda de riqueza minera explotable económicamente, siendo esta realizada de manera cómoda y conveniente.

4. Diferencia con el Derecho Civil.

Como hemos señalado desde el principio, en nuestro caso nos encontramos frente a la existencia de dos derechos reales simultáneos, los cuales se encuentran físicamente superpuestos sobre una misma extensión de terreno o área:

- a) La propiedad civil de un particular sobre un predio determinado que no comprende la riqueza minera.
- b) Un derecho real derivado de una concesión minera que otorga el derecho a extraer el recurso minero.

Como sabemos, el Código Civil Peruano ha desarrollado la figura de la servidumbre civil, la cual consiste básicamente en los derechos reales que afectan un predio –predio sirviente– a favor de la explotación económica de otro predio –predio dominante–.

Asimismo, nuestro Código Civil establece que las servidumbres civiles constituyen cargas para el propietario del predio sirviente y un beneficio para el operador del predio dominante, los cuales limitan más no extinguen el derecho de propiedad –entiéndase derecho de propiedad del predio sirviente–.

Por su parte, el doctor Francisco Avendaño¹⁴ resume las características de la servidumbre –desde una perspectiva general– de la siguiente manera:

- a) Es un derecho real cuyo titular es el dueño o poseedor del predio dominante –en nuestro caso de la “concesión dominante”–. El derecho se centra en el predio, por lo que será titular de la servidumbre quien en cada momento sea dueño o poseedor del predio dominante.
- b) La servidumbre recae sobre cosa ajena¹⁵. Es decir, el titular de este derecho es necesariamente una persona distinta al propietario del predio sirviente. No hay servidumbre sobre cosa propia.
- c) La servidumbre debe representar una ventaja o una utilidad a favor del titular del derecho de servidumbre –dueño o poseedor del predio dominante–. Esa utilidad puede ser de diversa naturaleza como económica o de comodidad, pero tiene que ser una ventaja real que redunde en beneficio del predio dominante. Una servidumbre que no se ejercita no es útil, y su no uso representa su no utilidad y por lo tanto esta resultaría innecesaria.
- d) Las servidumbres tienden a su perpetuidad, pero pueden establecerse por un determinado plazo o de carácter transitorio.
- e) Las servidumbres tienen carácter personal, es decir que sólo puede establecerse sobre predios.

Estas definiciones se encuentran recogidas en el artículo 1035 de nuestro Código Civil, el cual señala, a fin de cuentas, que las servidumbres podrán ser clasificadas entre otros tipos, en legales o voluntarias principalmente. Serán legales o administrativas en el caso que se constituya a

14. AVENDAÑO ARANA, Francisco, *Noción de Servidumbre, Servidumbre Legal y Convencional*, Tomo V. Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2007. p. 542.

15. *Ius in res aliena*.

mandato de la ley y voluntarias cuando se constituya por voluntad de las partes, por ejemplo, a través de un contrato.

En este sentido, consideramos importante referir el conocido paralelo respecto a las características de la servidumbre civil y la servidumbre minera:

Servidumbre Civil	Servidumbre Minera
Se constituye entre dos predios.	Se constituye entre un predio y un inmueble (concesión minera).
La propiedad predial se extiende al subsuelo y sobresuelo. El subsuelo no comprende los recursos naturales entre otros.	La concesión minera es un bien inmueble, no un predio. Es distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada.
Existe un predio dominante.	Existe una "concesión dominante".
Son de carácter perpetuo.	Son de carácter transitorio.
Pueden ser Convencionales y Legales.	

En el caso del Derecho Minero, el inmueble dominante no será un predio como sucede en materia civil, puesto que en nuestro caso se tratará de una concesión minera, de beneficio, labor general o transporte minero; sin embargo, tanto en las servidumbres mineras como en las civiles, el inmueble sirviente será un predio.

Dicho esto, cabe mencionar que, volviendo al derecho comparado, la legislación chilena ha determinado una diferencia adicional entre las dos figuras de servidumbres. En Chile se establece que las servidumbres civiles tienen el carácter de inalterables y, en el caso de las servidumbres mineras, según lo establecido en el artículo 124 del Código de Minería Chileno –vigente actualmente–, se ha determinado que éstas poseen un carácter cambiante en el tiempo, puesto que pueden ser ampliadas o restringidas, según requiera la actividad propia de la respectiva concesión.

5. Consideraciones con el Derecho de Propiedad: limitación del uso, disfrute, disposición y reivindicación.

El derecho de propiedad posee características y derechos del cual el titular es beneficiario. Estos derechos se encuentran definidos básicamente en el uso, disfrute, disposición y reivindicación de la propiedad según lo establecido en el artículo 923 del Código Civil.

El doctor José Piscoya Silva¹⁶ detalla el tratamiento legal de las servidumbres mineras en nuestro país, identificando cómo se ve afectado el derecho de propiedad cuando existe una servidumbre minera que obstaculiza o afecta al titular de dicho derecho. En efecto, el doctor Piscoya señala que los derechos de propiedad se encuentran anulados por la constitución de servidumbres mineras, realizando el siguiente análisis jurídico:

- a) **El uso:** El uso se ve totalmente impedido debido a lo riesgoso de la actividad minera, así como a la absoluta alteración que sufre el terreno.
- b) **El disfrute:** O también llamada "explotación económica" resulta imposible, debido al impacto de la misma actividad sobre el ambiente y los recursos naturales como el suelo y el aire.
- c) **La disposición:** Esta característica se ve impedida mientras el suelo es removido para llegar al recurso mineral. Si el suelo es removido, entonces ¿Cómo puede realizarse actos de disposición? En el caso de las concesiones para transporte de minerales también se impide la disposición del suelo debido a los niveles de peligro que se presentan.
- d) **La reivindicación:** Pierde importancia para el titular del suelo sirviente, en tanto no

16. PISCOYA SILVA, José. "Propuesta frente a la problemática de la servidumbre minera". En: *Actualidad Minera del Perú* N° 93. Lima: 2007.

puede ejercer ninguno de los derechos anteriores.

Cabe mencionar que si bien no deseamos adelantarnos en el análisis del porqué la servidumbre minera no encaja en la definición de expropiación como pensamos –expropiación análoga como mencionan algunos autores–, el doctor Piscocoya, por ejemplo, concluye mencionando que las servidumbres mineras son inconstitucionales puesto que anulan el derecho de propiedad el cual es considerado y reconocido en el artículo 2, inciso 16 de nuestra Constitución Política.

Finalmente, el doctor Piscocoya sostiene que es importante mencionar que él considera que el derecho de propiedad es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, por lo que no puede ser transgredido por una figura jurídica con rango de ley puesto que se afectaría el principio de legalidad reconocido por el Derecho Peruano.

6. Servidumbre Minera Legal vs. Expropiación. ¿Transferencia de propiedad forzosa análoga a la expropiación?

Reframos brevemente los aplicativos legales referidos a la materia:

- a) La Constitución Política de 1979 establecía en su artículo 125 que:

"(...) a nadie puede privarse su propiedad sino por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a ley, y previo pago en dinero de indemnización justipreciada (...)"

- b) El TUO de Minería define que la industria minera es de "utilidad pública" y la promoción de inversiones en ella es de "interés nacional". Además, en su artículo 37 establece que el concesionario tiene derecho:

"(...) 7. A solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera,

para la racional utilización de la concesión y se acredite la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada (...)"

- c) La Constitución Política de 1993, establece en su artículo 70 que:

"(...) A nadie puede privarse de su propiedad si no, 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 (...)"

- d) La Primera Disposición Complementaria de la Ley de Tierras contribuye a la tesis de derogación de expropiación minera al indicar que:

"Las causales de necesidad pública que la Ley puede invocar para proceder a la expropiación de un predio se circunscribirán a la ejecución de obras de infraestructura y servicios públicos".

El doctor Jorge Avendaño, a diferencia del doctor José Piscocoya, menciona que a su parecer no procede la expropiación para fines mineros. Efectivamente, el doctor Avendaño es de la posición que la nueva Constitución ha derogado las normas de rango legal que autorizaban dicha expropiación, al limitar la expropiación a dos causas específicas: (i) seguridad nacional y, (ii) necesidad pública. La utilidad pública y el interés social, que estaban previstos en la Constitución de 1979 han sido descartados.

La actividad minera es de utilidad minera y la inversión en minería es de interés nacional; sin embargo, ambos conceptos son distintos a la necesidad pública que establece la Constitución de 1993, puesto que la necesidad pública es de todos y, como es lógico, la actividad minera si bien le interesa a la Nación y representa un beneficio –utilidad– como menciona el doctor Avendaño, no responde a la necesidad de todos sino de una persona, es decir un inversionista en particular.

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 de dinero, es decir, a cambio de una indemnización. En este 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 ésta última no significa el apoderamiento de la propiedad ajena.

Justamente, podemos afirmar que la servidumbre minera no extingue el derecho de propiedad, sino que lo limita; sin embargo, debemos ser conscientes que existen servidumbres mineras tan exigentes y severas que limitan desde una perspectiva general todas las facultades del propietario, pero ello no sucede exclusivamente con las servidumbres mineras sino también con las servidumbres eléctricas o hidrocarburíferas por citar algunos otros ejemplos.

En efecto, el doctor Avendaño señala que esta exigente limitación a las facultades de propiedad del titular de un predio –predio sirviente en nuestro caso–, como en el caso de una servidumbre de paso prevista en el Código Civil, podría afectar gravemente al predio sirviente si éste es un terreno angosto que, por razón del camino y del paso, queda inhabilitado para la explotación agrícola, por lo que la servidumbre minera no sería una expropiación encubierta, pero que sí se habrá de tener en cuenta las características y limitaciones al momento de fijar la valorización de la misma.

Dicho todo esto, pareciera que urge replantear el tema de la expropiación en temas mineros el cual está reconocido bajo la modalidad de una servidumbre minera de naturaleza especial en Argentina y en forma abierta y franca en las legislaciones de Bolivia, Chile y México, nuestros principales competidores en la atracción de inversiones en minería.

7. La Servidumbre Minera como problema y posibilidad.

Un problema en la aplicación de la servidumbre minera legal es el concepto "enervar", concepto

que no poseía una definición jurídica hasta antes del Decreto Supremo N° 015-2003-EM. En este sentido, comúnmente se entiende al concepto "enervar" como "debilitamiento", pero esa no es la concepción que establece el TUO de Minería.

Así, existen otras versiones para el tema de "enervación"; por ejemplo, en el Oficio N° 2430-2000-MTC emitido en el mes de octubre de 2000. Dicho Oficio indicó que el CONATA ha establecido que el término enervar implicaba que el propietario pueda verse afectado en su derecho de propiedad –problema.

Al respecto, el Decreto Supremo N° 015-2003-AG que modificó algunos artículos del Reglamento relacionados con el artículo 7 de la Ley 26505 –Ley de Tierras–, incluye la definición estableciendo que:

"Si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir, sin perjudicar el 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 determinado".

Como es claro, esta definición suscita problemas de interpretación. Es difícil entender a qué se refiere una afectación de manera sustantiva y, en consecuencia, es de suma urgencia definir claramente el concepto de enervar.

En concreto, podemos indicar que la servidumbre minera no constituye la extinción del derecho de propiedad sino su restricción, puesto que las facultades inherentes existentes a la propiedad se ven "transgredidas" por un derecho el cual no sólo es reconocido y otorgado con posterioridad al derecho de propiedad de un tercero, sino que las atribuciones de este derecho se encuentran sujetas a las características y al tipo de servidumbre minera que se otorga.

Por otro lado, resulta claro mencionar que existe un grave problema con relación a los derechos de las Comunidades Campesinas y Nativas puesto que los derechos de las minorías en nuestro continente empezaron a ser materia de las agendas legislativas en lo que refiere a países sudamericanos,

Es así que, existe una serie de cuerpos normativos que refieren el tema en mención, así como sucede con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por una serie de países incluyendo Perú y Chile. En dicho Convenio, se hace referencia en el artículo 15 lo siguiente:

"Artículo 15:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades."

Al respecto, resulta importante mencionar que, si bien existen normas peruanas que califican a las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas como imprescriptibles, inalienables, etc., según lo establecido en la Constitución Política del Perú, así como en el Código Civil Peruano, existe coalición de derechos los cuales resultan titulares las Comunidades Campesinas y Nativas frente a los derechos de titularidad de concesionarios mineros. Es cierto, actualmente existe división tanto política como doctrinaria frente a esta

problemática puesto que una postura sostiene que los predios de titularidad de Comunidades Campesinas y Nativas no podrán ser objeto de servidumbres mineras ya que no se les puede obligar en limitar alguno de los derechos que poseen por ser propietarios de terrenos y/o predios; y, por otro lado, quienes sostienen que dichas áreas sí podrán ser materia de limitaciones a sus derechos de propiedad en general.

IV. POSIBLE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

1. Propuesta de reforma constitucional.

El entrapamiento en el que recae la regulación del Derecho Minero peruano para acceder a la constitución de servidumbres mineras legales se debe a que estamos ante normas especiales que carecen de un apoyo o soporte constitucional. Esta carencia se evidencia en la insuficiente redacción del artículo 70 de nuestra Constitución ya que no logra dotar de potestades necesarias a las autoridades para imponer servidumbres legales en general.

Esta carencia fue superada en el país vecino años atrás. En efecto, el artículo 19 inciso 24 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, se ha convertido de un tiempo acá, en la piedra angular sobre la cual cobran eficacia práctica las normas aplicables para la imposición de servidumbre legales.

La pregunta que surge es: ¿Porqué deberíamos tomar como referencia a la legislación minera chilena para solucionar la problemática jurídica indicada? Al respecto, podemos decir que la Constitución de la República de Chile, así como la normativa minera concebida a comienzos de la década de 1980 le ha permitido promover la actividad extractiva dotándola de un marco de libertad, eficiencia técnica y seguridad y que ha servido de referencia para la modernización de varias legislaciones latinoamericanas¹⁷. Esto se comprueba al estudiar diversos cuerpos legales que se han dictado en otros países en el marco

17. OSSA BULNES, Juan Luis. *Op. Cit.*, pp. 48 y 49.

del proceso general de modernización de las economías que se inició en la región en las últimas décadas del siglo XX.

En esa línea, diversos juristas peruanos, entre ellos el doctor Enrique Lastres Bérminzon, hicieron notar que *"no hay duda que los atributos que concede al concesionario de minas la República de Chile se han constituido en un elemento coadyuvante al desarrollo espectacular que ha caracterizado la actividad minera en este país, prácticamente en los últimos veinte años"*¹⁸. Agrega a su vez que otro factor que ha sido considerado por los inversionistas *"ha sido la estabilidad jurídica que en general ha caracterizado la legislación chilena en los últimos veinticinco años, así como la estabilidad de sus instituciones"*¹⁹.

Ciertamente, el artículo 19 inciso 24 de la Constitución de Chile señala que *"(...) los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, explotación y el beneficio de dichas minas (...)".* Dicho en otras palabras, el dominio minero en Chile tiene como característica principal facilitar su desarrollo pudiendo imponer para ello limitaciones y obligaciones a los propietarios superficiales para que así lo permitan. Por lo tanto, significa que aunque se hallen confundidos físicamente desde un punto de vista jurídico la riqueza mineral y el terreno superficial, serían completamente independientes ya que sobre cada uno recaen derechos que son siempre diferentes.

Desde el momento que se consagró la independencia jurídica de las minas respecto del terreno de su ubicación, el constituyente chileno admitió la posibilidad de que se produjera una contraposición de intereses entre el concesionario minero, por una parte, y el titular del terreno superficial por otra. Para resolver esta situación,

el legislador chileno dispuso que los predios superficiales estén sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la actividad minera²⁰. Sergio Gómez Núñez sigue esta misma línea indicando, por ejemplo, que *"en estas circunstancias el predio superficial cumple un interés público impuesto por la Constitución Política y que se refiere precisamente a las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social a que esta naturalmente sometida la propiedad"*²¹.

En otras palabras, en Chile se somete la propiedad superficial al servicio y desarrollo de las actividades económicas del país, entre ellas, la minería, permitiendo así lograr una plena y efectiva coexistencia de dos dominios.

Por lo tanto, somos de la opinión que se podría analizar y discutir la posible propuesta de modificación del artículo 70 de nuestra Constitución basado en el artículo 19 inciso 24 de la Constitución Chilena para dotar de una potestad efectiva a la autoridad minera en la imposición de servidumbres legales, cual tenor sería el siguiente:

"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 la ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya eventual compensación por el eventual perjuicio. No obstante, la propiedad superficial de los sujetos de derecho donde se encuentren recursos naturales estará sujeta a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar las actividades de aprovechamiento sostenible de recursos naturales

18. OSSA BULNES, Juan Luis: Op Cit., p. 49.

19. Loc. Cit.

20. OSSA BULNES, Juan Luis: Op. Cit., p. 57.

21. GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio, *Manual de Derecho de Minería*, Primera Edición, Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile, 1991, p. 29.

correspondiendo el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento de servidumbre." (El subrayado es nuestro).

Con esta posible modificación constitucional, favoreceríamos la imposición de "servidumbres legales" sobre los terrenos superficiales para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en general. ¿Polémica solución? Sí, posiblemente sea así. ¿Única solución? No, definitivamente no lo es, pero sí podría ser una de las soluciones que podrían analizarse para "resucitar" la figura de las servidumbres legales y, entre ellas, la servidumbre minera.

De este modo, la finalidad de otorgar sustento constitucional a las servidumbres legales en nuestro ordenamiento jurídico ocasionaría una inmediata y directa repercusión económica y social en el país, ya que pondría fin a la incertidumbre entre el concesionario minero y el propietario del terreno superficial, señalando quien tiene la preferencia sobre dicha área desde una perspectiva económica y de desarrollo, claro está. Esta solución –posiblemente considerada como polémica y radical–, se halla vinculada a la finalidad y al destino del otorgamiento de la concesión minera, que es el desarrollo de la actividad minera y el progreso social. Por otro lado, recordemos que las servidumbres mineras legales no son perpetuas e inmutables, sino que, por el contrario, son transitorias y modificables toda vez que las actividades mineras se caracterizan principalmente por su temporalidad y por los cambios de intensidad y de ubicación de sus trabajos.

Finalmente, a modo de reforzar nuestra posición, podemos señalar que el legislador en la actualidad, junto con reconocer el derecho a imponer las servidumbres mineras legales en el TUO de Minería y las otras normas especiales que la regulan, también se ha preocupado de asegurar la debida indemnización de todo perjuicio que se cause con ellas. Respecto a ello, cabe preguntarnos ¿Existe contradicción respecto a la indemnización? Siendo que nada

impide que se presenten contradicciones, en el fondo tenemos una regulación que es dilatoria que, como señala Juan Francisco Baldeón Ríos: "En la praxis significa que habrá una acción contenciosa administrativa contra la Resolución (que aprueba la servidumbre administrativa minera) en el extremo que fija la indemnización y por este mecanismo procesal bien podría cuestionarse la servidumbre legal misma y suspenderse los efectos de la referida resolución mediante una medida cautelar de no innovar"²². En consecuencia, en el peor de los casos, la Ley de Expropiaciones imposibilita cualquier recurso contra las causales de la expropiación propiamente dicha, la cual podría aplicarse válidamente a la servidumbre minera; sin embargo, para evitar todas esas peripecias por las cuales está obligado a "sufrir" el concesionario minero, el cuestionamiento respecto al valor de la tasación –justiprecio– de la servidumbre, se podría resolver en la vía arbitral y no judicial, tal como ocurre con la norma acotada, obteniéndose de ese modo, una respuesta más rápida y con seguridad jurídica plena, siendo la duración del proceso arbitral de seis meses desde la admisión de la demanda.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- a) Entendemos que por motivos constitucionales nuestra Constitución no permite la expropiación para temas mineros según todo lo expuesto anteriormente. Dicho esto, 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–.
- b) No podemos equiparar a la servidumbre minera con la expropiación análoga puesto que las dos figuras responden a naturalezas

22. BALDEÓN RÍOS, J. *Tratado de Derecho Minero*, Primera Edición, Lima, 2016, p. 516.

distintas, las cuales no pueden ser puestas en un mismo plano legal, es decir, no puede entenderse que la palabra "extinción" signifique lo mismo que "limitación" con relación al derecho fundamental de propiedad.

No compartimos la posición de que la servidumbre minera legal constituya una transferencia de propiedad forzosa análoga a la expropiación como sostiene el doctor José Piscoya, quien menciona que la única diferencia entre la expropiación en temas civiles y en temas mineros es que, en ésta última, la transferencia se realiza a favor de un particular, mientras que en la primera se hace a favor del Estado.

- c) Reconocemos que las Comunidades Campesinas y Nativas poseen derechos de propiedad con relación a sus tierras que se caracterizan por tener prioridad sobre otros derechos de terceros; sin embargo, creemos que dada la importancia e implicancia que resulta por el ejercicio de actividades mineras, los derechos de propiedad sobre sus tierras sí podrían ser susceptibles de negociación con concesionarios mineros, siempre que exista un acuerdo que refleje la realidad de las circunstancias así como, de ser el caso, el otorgamiento de la servidumbre minera legal emitida por el Ministerio de Energía y Minas por estar de acuerdo al objeto y necesidad de las tierras para realizar actividades mineras de exploración y explotación.
- d) Con relación a la utilidad de las servidumbres mineras realizadas bajo el procedimiento legal, somos de la posición que esta puede tener mejoras siempre que se tome en cuenta las necesidades del concesionario minero, pero también teniendo en cuenta las limitaciones del derecho de propiedad del tercero. Además, compartimos la posición que se deberá de aplicar un monto de indemnización que refleje efectivamente la demanda del mercado, tomando en cuenta la posibilidad de la venta del inmueble resultando forzosa para el concesionario minero, siempre que el tercero vea de este modo, la determinación

justa –precio de venta– por el uso de su predio –futuro predio sirviente–.

- e) Las servidumbres mineras podrán ser variantes en el tiempo, dependiendo de las modificaciones en las actividades que el concesionario minero realice, siempre que éste responda a criterios objetivos de actividad y no a cambios injustificados. Estas variaciones deberán ser comunicados en su oportunidad al propietario del predio y este deberá estar de acuerdo con las modificaciones, sea ya para reducir o aumentar la carga existente y, de ser necesario, se modificará el monto de indemnización, previo acuerdo.
- f) Reconocemos la necesidad latente que existe en la actualidad con relación a la creación e imposición de servidumbres mineras, sea ya ejercida de manera convencional o forzada y esto, es la fiel prueba del aumento de interés mundial en temas mineros, que se encuentran concentrados en nuestro país por ser netamente mineros.
- g) Asimismo, opinamos que para que el conjunto de preceptos constitucionales, legales y reglamentarios armonicen en torno a la actividad minera, es necesario resguardar los intereses generales –nacionales–, los intereses de los propietarios de los predios superficiales y los intereses de los concesionarios mineros, más aun considerando que son estos últimos quienes asumen los riesgos de la actividad minera por la característica aleatoria y onerosa de la propia actividad.
- h) Finalmente, dotar de un apoyo y soporte constitucional a la figura jurídica de las servidumbres legales, originaria otorgar potestades a las autoridades para la imposición de servidumbres promoviendo la actividad extractiva en un marco de libertad, eficiencia técnica y seguridad. En este sentido, se sometería la propiedad superficial al servicio y desarrollo de las actividades económicas del país –entre ellas la minería–, generando el aumento de ingresos al erario nacional y propiciando el desarrollo de los programas estatales.