



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Título:

“Redescubriendo el interés social: Análisis jurídico de los límites de la Enervación de la Propiedad en los Procedimientos de Constitución de Servidumbre Minera.”.

Investigación realizada por:

Luis Eduardo Loayza del Castillo

Bachiller egresado del P.P. de Derecho

Código 2006700821

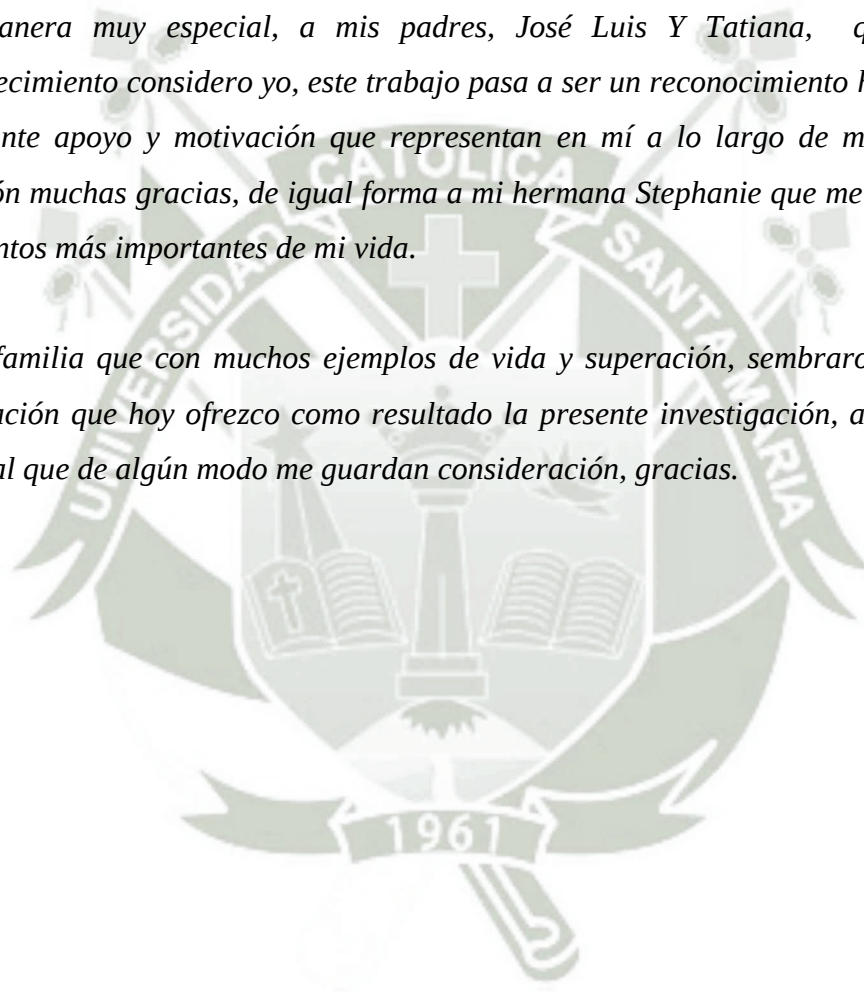
AREQUIPA
2015

Dedicatoria:

El presente trabajo quiero dedicarlo primeramente a Dios, ya que gracias a Él, pude terminar de manera satisfactoria mis estudios universitarios.

De manera muy especial, a mis padres, José Luis Y Tatiana, que más que un agradecimiento considero yo, este trabajo pasa a ser un reconocimiento hacia ellos, por el constante apoyo y motivación que representan en mí a lo largo de mis días, de todo corazón muchas gracias, de igual forma a mi hermana Stephanie que me acompaña en los momentos más importantes de mi vida.

A mi familia que con muchos ejemplos de vida y superación, sembraron en mí, aquella motivación que hoy ofrezco como resultado la presente investigación, amigos y todos en general que de algún modo me guardan consideración, gracias.



"La lucha por el derecho es la poesía del carácter".

Rudolf von Jhering



INTRODUCCIÓN

Es cultura general, hoy en día, que el Perú es un país de vasto potencial minero, un potencial que en el auge de su explotación -visto en las últimas décadas- nos ha llevado a niveles de prosperidad, crecimiento económico y desarrollo que no creíamos posibles. Sin embargo, se presenta simultáneamente como una de las fuentes de los conflictos sociales más graves en el Perú actual; al respecto, el jurista peruano Enrique GHERSI ha sostenido en reiteradas ocasiones la importancia de las instituciones (en el sentido de conductas generalizadas de las personas de un grupo humano específico) ya sea como fuentes o como soluciones a los conflictos. A partir de esta noción, podemos constatar que efectivamente, la mayoría de conflictos sociales y/o ambientales surgidos con ocasión de la actividad minera no son inherentes a esta, es decir, consecuencias inevitables de su ejecución sino, producto de instituciones que no se han traducido eficientemente en la normatividad de la materia o de instituciones creadas a partir de esta normatividad que resultan en barreras para la alineación de intereses entre las partes involucradas en los señalados conflictos. Vale recalcar que esto no necesariamente implica una crítica general al Derecho Minero, el cual innegablemente tiene el mérito de ser una doctrina desarrollada en un medio *sui generis*, en algunos momentos, hostil y en otros, acogedor a la materia que regula.

El objeto de éste estudio consiste en el análisis de las instituciones jurídicas del Derecho de Propiedad, la Servidumbre Minera, la Enervación de la Propiedad y las teorías de la Función Social de la Propiedad y el Abuso del Derecho, para demostrar que la figura de la Enervación de la Propiedad se configura -bajo su diseño actual- en una contradicción a la Función Social de la Propiedad y en una posible fuente de Abusos del Derecho; siendo pues, que en la casuística encontramos una serie de proyectos de inversión minera cuyo potencial representa una fuente de riqueza tangible en el corto o mediano plazo si es que se les permite iniciar su etapa extractiva, sin embargo, si bien podemos aceptar que en muchos casos estos proyectos sean detenidos o paralizados debido a la existencia de barreras infranqueables (como la ubicación del yacimiento mineral en un área protegida, por ejemplo), esta situación representan una pequeña parte de las causas por las cuales se paralizan los proyectos, siendo que una causa de mayor incidencia es el problema nacido de la figura de la *Enervación del Derecho de Propiedad*, que a partir de la promulgación de la Constitución Política del Perú de 1993, se convierte en un muro definitivo para la inversión minera, pues en dicho texto constitucional se deroga tácitamente la principal vía de solución de tal conflicto.

Sin mayor preámbulo, instamos al lector a abordar con una perspectiva objetiva e imparcial los argumentos a continuación presentados.

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

En el contexto del Procedimiento administrativo de imposición de Servidumbre Minera sobre un predio determinado, la figura de la Enervación del Derecho de Propiedad, determinada mediante peritaje y oponible por el titular del predio a afectarse, presenta una barrera infranqueable que deja al Concesionario Minero sin opciones para realizar las actividades mineras que dependan del uso de dicho predio. Atendiendo al interés social que representa la actividad minera para la Nación, la Enervación se configura actualmente como una vulneración de la Función Social de la Propiedad y una fuente potencial de Abusos del Derecho en la casuística.

Palabras clave: Derecho de Propiedad; Servidumbre Minera; Enervación del Derecho de Propiedad; Abuso del Derecho; Función Social de la Propiedad; Concesión Minera.

ABSTRACT

Amidst the administrative procedure for the imposition of a Mining Easement over a specific land property, the Weakening of the Property Rights, determined through expert opinion and opposable by the owner of the land to be affected, is a figure that constitutes an insurmountable obstacle leaving the Mining Licensee without any options to perform the

mining activities that will require the use of said land. Therefore, having regard for the social interest that the mining industry poses for the Nation, the Weakening, as it is currently regulated, presents itself as an infringement of the Social Function of Property and a potential source for cases regarding the Abuse of Rights ,

Keywords: Property rights; Mining Easement; Weakening of Property Rights; Abuse of rights; Social Function of Property; Mining License.



ÍNDICE

Introducción	Pág. 4
Resumen de la Investigación / Abstract	Pág. 6

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

I. CONCEPTOS PRELIMINARES	Pág. 16
II. LA ENERVACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO VULNERACIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD	Pág. 21
1. El Interés Social en la Actividad Minera	Pág. 21
- Reconocimiento legislativo del Interés Social	Pág. 22
- La contribución económica y social del Sector Minero y el Sector Agrícola	Pág. 24
2. El Reconocimiento del Interés Social de la Minería en el Derecho Comparado	Pág. 38
- El interés social de la minería e el Derecho Colombiano	Pág. 38
- El interés social de la minería en el Derecho Chileno	Pág. 42
- El interés social de la minería en el Derecho Argentino	Pág. 45

3. La desproporcionalidad entre el Interés Privado y el Beneficio Público

Pág. 48

- La Función Social de la Propiedad Pág. 49
- Los intereses en conflicto Pág. 52

4. La Enervación como trasgresión a la Función Social de la Propiedad

Pág. 56

- La Servidumbre como expresión de la Función Social de la Propiedad Pág. 57
- El Test de Razonabilidad aplicado a la Servidumbre y a la Enervación Pág. 59
- El amparo ilimitado que la Enervación permite a la Servidumbre y la Función Social Pág. 67

III. LA ENERVACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO FUENTE DEL ABUSO DEL DERECHO

Pág. 71

1. Criterios para determinar el Abuso del Derecho Pág. 71
2. Las posiciones de Negociación del Titular y el Concesionario Pág. 74
3. La configuración del Abuso mediante la Enervación Pág. 78

MARCO TEÓRICO

Pág. 80

I. ACTIVIDADES MINERAS

Pág. 80

1. Concepto Pág. 80
2. Importancia Pág. 84

3. Tipos de Actividades Mineras	Pág. 86
4. Derecho Minero	Pág. 88
a) Concepto	Pág. 88
b) Ubicación	Pág. 89
5. Procedimientos Mineros	Pág. 91
 II. CONCESIÓN MINERA	 Pág. 92
1. Concepto	Pág. 92
2. Derechos del Concesionario	Pág. 96
3. Perspectiva Constitucional de la Concesión Minera	Pág. 99
 III. PROPIEDAD	 Pág. 102
1. Definición	Pág. 102
2. Función Social de la Propiedad	Pág. 106
a) Contexto Histórico	Pág. 106
b) Concepto	Pág. 109
c) Posición del Tribunal Constitucional	Pág. 113
d) Sobre los términos "Interés Social" y "Bien Común"	Pág. 124
e) La Extensión de la Propiedad	Pág. 126
 IV. SERVIDUMBRE	 Pág. 128
1. Definición	Pág. 128
2. Evolución Histórica de la Servidumbre	Pág. 132
3. Servidumbre Minera	Pág. 133

a) Concepto	Pág. 133
b) Características de la Servidumbre minera	Pág. 134
c) El derecho de ocupación del suelo	Pág. 136
d) El derecho a solicitar la servidumbre	Pág. 137
e) Historia de la servidumbre minera	Pág. 138
f) Procedimiento	Pág. 142
4. Enervación de Propiedad	Pág. 150
V. ABUSO DEL DERECHO	Pág. 152
1. Ubicación del Abuso del Derecho	Pág. 153
2. Antecedentes y Evolución	Pág. 154
3. Definición	Pág. 156
4. Criterios para calificar el Abuso	Pág. 158
CONCLUSIONES	Pág. 163
PROPUESTAS	Pág. 165
BIBLIOGRAFÍA	Pág. 170
ANEXOS	Pág. 177

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Según el actual Magistrado del Tribunal Constitucional -y egresado de nuestra casa de estudios- RAMOS NÚÑEZ, la sustentación de una *thesis* consiste en la exposición de una postura razonable respecto de un tema, más allá de la mera descripción del mismo, es decir, que el tesista deberá argumentar una hipótesis, mediante las herramientas del razonamiento y la lógica, que empleará para defenderla o sustentarla. Así mismo, el objeto de una tesis en el campo jurídico no se limita ni agota en la presentación de evidencia empírica, pues *"En Derecho no se pretende llegar al conocimiento objetivo. Se trata de una disciplina eminentemente argumentativa (...) La única demostración a la que se pretende llegar consiste en convencer a los interlocutores sobre la razonabilidad de la argumentación"*¹. El estudio que se expondrá a continuación, ha sido emprendido con tal noción rectora, tal que, en las páginas siguientes no nos limitaremos a la descripción de las instituciones relativa al Derecho Minero, el Derecho Civil y el Derecho Constitucional involucradas sino, que éstas vendrán acompañadas de un esfuerzo analítico que busque producir, en los lectores del presente trabajo, la convicción respecto de la proposición aquí contenida: La figura de la Enervación del Derecho de la Propiedad debe ser sujeta a una mejor regulación a fin de evitar los conflictos que su aplicación representa para la Función Social de la Propiedad y la posible configuración de un Abuso del Derecho en la casuística que de ésta

¹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2007) *"Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento (y como sustentar un expediente)"*. 4ta ed. Perú: Gaceta Jurídica S.A. Pág. 51

Para ponernos en contexto respecto a este problema, empecemos por una vista a grandes rasgos del proceso que sigue una inversión minera: Una vez hechos los trabajos de cateo y prospección, los cuales brindarán luces sobre la posible existencia de un yacimiento mineral económicamente provechoso, se inicia el procedimiento de Concesión Minera para poder obtener el derecho de Exploración, Desarrollo y Explotación de dicho yacimiento (siendo posible, adicionalmente, solicitar concesiones para realizar actividades conexas, como Transporte o Beneficio). Pero el título de la Concesión Minera no otorga por sí mismo el suficiente permiso para iniciar los trabajos de exploración, desarrollo y explotación sino, se requiere otras autorizaciones administrativas conexas y además, la autorización sobre la que versará nuestra Investigación: el permiso de los propietarios de los predios superficiales que necesariamente deben ser usados para dichas actividades mineras. Aquí suelen darse una serie de conflictos. Por un lado, si el concesionario es también el titular de dichos predios o si éstos son terrenos eriazos, no habrá mayor problema. Por el otro, cuando la titularidad de los predios recae en un tercero y éste se niega a enajenarlos al concesionario u otorgarlos bajo otro título, queda en el concesionario la vía de la Servidumbre, en la cual, ante falta de acuerdo con el propietario superficial, se iniciará el procedimiento de Servidumbre donde dos peritos determinaran la procedibilidad y la indemnización correspondiente. En este punto es donde la figura jurídica de la Enervación de la Propiedad se ha dispuesto como una causal definitiva para denegar la Servidumbre. Sin embargo, consideramos que esto constituye un alcance del Derecho de Propiedad más allá de lo que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido como dable, si tomamos en cuenta la

Función Social de la Propiedad e interpretamos que -dada la trascendencia para el progreso, calidad de vida y riqueza de nuestra Nación, incluyendo la gestión sostenible del ambiente, que conllevan las actividades mineras- la Minería es una actividad que reviste el carácter de *interés público* y por tanto, la enervación de la propiedad resulta una trasgresión a lo dispuesto en el Libro V del Código Civil, pues la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social.

Así mismo, GARCÍA MONTÚFAR² indica -respecto de la expropiación- que *"no es suficiente demostrar la necesidad de la expropiación, ha de probarse además la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada. Ni la Ley ni el Reglamento establecen criterios"*. Es decir, tomando la expropiación como un referente de la restricción del orden público sobre la esfera patrimonial de un privado, podemos entender que la misma lógica se aplica para una figura de menor severidad como lo es la servidumbre (indistintamente de si es civil o minera), en consecuencia, dicho autor nos señala el camino que debe seguir nuestra argumentación jurídica, el cual deberá partir por demostrar la preeminencia de la actividad minera sobre otras actividades de valor económico que puedan tener como objeto al predio sobre el que se busca la constitución de la servidumbre. Anotamos además, que el especialista minero RUBIO FEIJOO³, nos señala un criterio para llevar a cabo ésta tarea: si la industria minera ha sido declarada como industria de utilidad pública y simultáneamente, la actividad

² GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo (1988) "Apuntes de Derecho Minero común". Revista Thémis N° 13. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 18

³ RUBIO FEIJOO, Alfonso (1975) "El Derecho de Expropiación en la Legislación Minera Vigente", citado por GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo (1988) Op. Cit. Págs. 18-19

afectada no goza del mismo privilegio, la mayor importancia recaerá sobre dicha actividad extractiva. Aunque para el caso en particular, no necesariamente se tendrá que probar una menor importancia de la actividad agrícola -que ha sido reiteradamente declarada como actividad de interés nacional, en incluso más documentos oficiales que la minería- sino, demostrar la trascendencia propia que revista la actividad minera.

Por tanto, nuestra línea de argumentación será la siguiente: En primer término, la Enervación del Derecho de Propiedad (en adelante, "Enervación") atenta contra la Función Social de la Propiedad (en adelante, "Función Social") porque: (1) la actividad minera es de interés social; (2) la legislación comparada nos demuestra que la minería es considerada una actividad de interés público, incluso en países donde no constituye la principal fuente de crecimiento económico, y (3) la oposición del Titular del Derecho de Propiedad del predio afectado (en adelante, "Titular") configura una desproporción entre su interés privado y el beneficio público;. Así mismo, la Enervación abre una ventana de oportunidad al Abuso del Derecho (en adelante "Abuso") de Propiedad del Titular, porque (1) el Concesionario solicitante se encuentra en una posición débil de negociación; (2) los fines del ejercicio que ampara la Enervación no pueden ser absolutos bajo riesgo de configurar un Abuso.

I. CONCEPTOS PRELIMINARES⁴

Derecho de Propiedad

En el Código Civil se define el derecho de Propiedad como el *"Poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien..."*, es decir, que se trata de la relación de un sujeto para con un bien, por la cual éste está dotado de ciertas facultades sobre la cosa, condicionándose su ejercicio a estar en función al bien común y dentro de los límites de la ley, las cuales sólo podrán ser limitadas por causales de defensa nacional o necesidad pública (que deberá estar expresamente declarada como tal mediante norma con rango de ley), de acuerdo a nuestro texto constitucional vigente, que recoge en tal expresión, la influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la revolución liberal en Francia. Esta disposición constitucional define -entre otras cosas- los grandes límites y condiciones para el ejercicio de la propiedad. El derecho de propiedad, entonces, se configura como un ámbito de protección al individuo frente al poder del Estado y frente a sus pares, ámbito que goza de una inviolabilidad protegida por el Estado bajo las condiciones ya señaladas.

⁴ En ésta sección sólo se encuentran las definiciones resumidas de los conceptos a utilizarse, para una descripción detallada de éstos, consultar la sección MARCO TEÓRICO.

Función Social de la Propiedad

En el mismo artículo del Código Civil que define al derecho de propiedad, se establece la función social que éste debe cumplir cuando se indica que *"...debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley"*. Para GONZÁLES BARRÓN, la propiedad es un derecho individual con proyección social⁵. Si bien el derecho de propiedad como vimos, era una esfera de la libertad individual, en la actualidad vivimos en una Economía Social de Mercado, donde se busca equilibrar la utilidad individual y el interés social, por tanto, el derecho de propiedad -afirma CAMACHO GUTIÉRREZ⁶- no está justificado en el individuo mismo sino en la función social que cumple mediante su ejercicio, por tanto, la protección a la propiedad está condicionada a que ésta se use para contribuir a la creación de riqueza, al crecimiento del beneficio general.

Interés Social

Dice GONZÁLES BARRÓN que *"el término 'interés social' es un típico concepto jurídico indeterminado cuyos contornos requieren delinearse por vía jurisprudencial"*, opinión similar a la de RUBIO CORREA que indica: *"...el bien común y el interés social son dos conceptos flexibles... pueden recibir contenido diverso según las ideas del gobierno que en cada caso ejerza el poder. Lo*

⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) *"La Propiedad en la Constitución de 1993: Derecho individual con Proyección Social"*. Publicado en El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución. 1ra ed. Perú: Gaceta Jurídica S.A. Págs. 21-24

⁶ CAMACHO GUTIÉRREZ, Walter Y OTROS (2010) *"Código Civil Comentado"*, Tomo V, 1era Ed. Perú: Gaceta Jurídica, S.A.

importante es que la propiedad no es un valor absoluto (ni puede serlo): está subordinada al bien común de toda la sociedad".

En conclusión, los términos "interés social" y "bien común" son -inferidos de la regulación actual- intercambiables, es decir, que denotan una misma noción la cual consiste en el beneficio colectivo, la cual a su vez es una categoría por sí sola indeterminada, requiriéndose la definición de su contenido por normatividad específica o por resoluciones judiciales concretas que se pronuncien sobre éste. También anotamos que el concepto de interés social es un elemento clave en la definición de la Función Social de la Propiedad.

Abuso del Derecho

Indica RUBIO CORREA : *"El acto que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico... sin embargo, este acto lícito contraría el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución y, por tanto, se configura una laguna del Derecho que deberá ser resuelta por el juez...".* Así mismo, nos especifica que *"una laguna puede definirse como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera debiera estar regulado por el sistema jurídico y, por tanto, tener una solución normativa".*

Por tanto, el abuso del derecho se daría cuando concurren los siguientes elementos: (1) Mediante norma positiva se ha reconocido un derecho; (2) el ejercicio u omisión de éste, en la forma específica en que se diese, no está limitado ni prohibido por el ordenamiento positivo; (3) ese ejercicio, sin embargo, es contrario a las normas generales de convivencia social, por tanto (4) queda abierta la posibilidad que judicialmente se restrinja tal ejercicio.

Enervación del Derecho de Propiedad

Dentro del procedimiento de imposición de Servidumbre Minera, el D.S. 015-2003-AG, establece en su artículo tercero: *"(...) si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir, sin perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado"*. Es decir, que la actividad minera inevitablemente enervará el derecho de propiedad cuando su titular desee dedicarse a actividades como la agricultura u otras que resulten impracticables una vez terminada la actividad minera y por consiguiente, se extinga la servidumbre..

Servidumbre

CABANELLAS define la Servidumbre (en general) como *"el derecho limitativo del dominio ajeno, establecida sobre una finca, a favor del propietario de otra, con carácter real o de otra persona como derecho personal"*.

Características:

- Se trata de derechos reales
- Representan una limitación, una carga efectiva sobre el predio sirviente
- La carga beneficia a otro predio denominado dominante, para el cual debe ser útil.
- En principio el dominio del predio dominante y el del predio sirviente corresponden a distintas personas, salvo el caso del art. 1048
- Pueden ser perpetuas o temporales
- Tiene una gama infinita de manifestaciones: hechos de naturaleza positiva o negativa.

Servidumbre Minera

Se trata de la servidumbre que grava a los predios superficiales dentro del perímetro de la concesión o sus áreas colindantes, para lo se necesita principalmente: (1) la aceptación del titular del derecho de propiedad de las superficies afectadas ó, (2) que la actividad a realizarse no constituya una “enervación” del predio superficial y se indemnice apropiadamente al titular.

Características

- Son obligatorias y nacen de la utilidad pública.

- Es un derecho real. Así mismo, es un gravamen de naturaleza real, pues se constituye sobre el inmueble, independientemente de quien fuese su propietario.
- Es un derecho temporal, su duración está condicionada a la duración de la explotación de los minerales.
- Son bienes accesorios pues resultan inseparables de los derechos de concesión minera.
- Pueden ser continuas, es decir, de ejercicio, o discontinuas, cuando requieren de una acción del hombre.

II. LA ENERVACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO VULNERACIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

1. El Interés Social en la Actividad Minera

Para argumentar que la Actividad Minera constituye una expresión del interés social, y más aún, una de primerísima importancia, esbozaremos los siguientes fundamentos: (1) declaraciones oficiales del Estado en documentos legislativos sobre la importancia pública y social de la minería; (2) la importancia social de la minería de acuerdo al Derecho Comparado y (3) la comparación de la contribución de la Minería al desarrollo económico y sostenible del país frente a la contribución de actividades alternativas (Sector Agrícola, principalmente) al desarrollo económico y sostenible del país.

Reconocimiento legislativo del Interés Social

Como vimos párrafos arriba, el contenido concreto del Interés Social no tiene una definición fija en nuestro ordenamiento positivo y por tanto, será labor, del legislador y de los entes jurisdiccionales, la especificación de los alcances de este calificativo en la dimensión práctica, teniendo como parámetro general la búsqueda de un bienestar mayor para la población en un ámbito local, regional y/o nacional. Con esta concepción en mente, partimos por citar el artículo V del Título Preliminar del Título Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, "TUO - LGM"), el cual declara: *"La industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad minera es de interés nacional"*.

En el Plan Bicentenario⁷ -que no es un documento legislativo pero representa la voluntad del Estado, obtenida a través de un proceso de consenso con la sociedad civil organizada- formulado por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, se establecen algunas consideraciones respecto de las condiciones necesarias para el crecimiento económico del país: *"El Plan Bicentenario sustenta una política económica estable y previsor que aliente el crecimiento económico sostenido mediante la inversión privada y pública en actividades generadoras de empleos dignos. De acuerdo con el Plan Bicentenario, son condiciones indispensables para este objetivo la reducción del subempleo y el desempleo, la*

⁷ CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO (2011) "Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021" 2da ed. Extraído el 11 de enero de https://www.mef.gob.pe/contenidos/acerc_mins/doc_gestion/PlanBicentenarioversionfinal.pdf. Pág. 133

mejora de la competitividad, la inversión y la presión tributaria, y la mayor estabilidad macroeconómica. Esto se traduce a su vez en 2.4 millones de empleados directos e indirectos, aproximadamente un 16% de la Población Económicamente Activa y una tributación adicional de US\$ 12 300 millones que recaudaría el Estado" Y así mismo, se establecen Lineamientos de Política respecto a la Estructura Productiva del país, de entre los cuales tres de catorce objetivos específicos se refieren al sector minero:

"1. Estimular la exploración y explotación minera con el enfoque de responsabilidad social, ambiental y sustentable, que preconiza la integración densa de la economía regional con las inversiones primario extractivas a través de cadenas productivas y/o portafolios de inversiones diversificadas de las grandes empresas.

(...)

6. Concertar con las empresas mineras la transformación industrial de su producción, para incrementar el valor agregado preferentemente en el lugar de explotación.

7. Apoyar la investigación y desarrollo para aplicaciones de la producción minera en aleaciones ligeras para la microelectrónica y la robótica".

Pero ésta normativa citada no puede ser nuestro único referente, si es que deseamos lograr una verdadera apreciación objetiva del sector minero y el posible interés social que éste conlleva, por tanto, resulta necesaria la observación de las estadísticas relevantes de éste Sector y más aún, en una comparación del mismo

respecto de otros sectores, principalmente el Sector Agricultura por ser el que mayormente puede subsumirse dentro de la causal de la Enervación de la Propiedad, por la baja probabilidad de poder retomar la actividad agrícola en un predio utilizado para fines mineros en un corto o mediano plazo. Desarrollaremos dicho análisis comparativo en la sección a continuación.

La contribución económica y social del Sector Minero y el Sector Agrícola

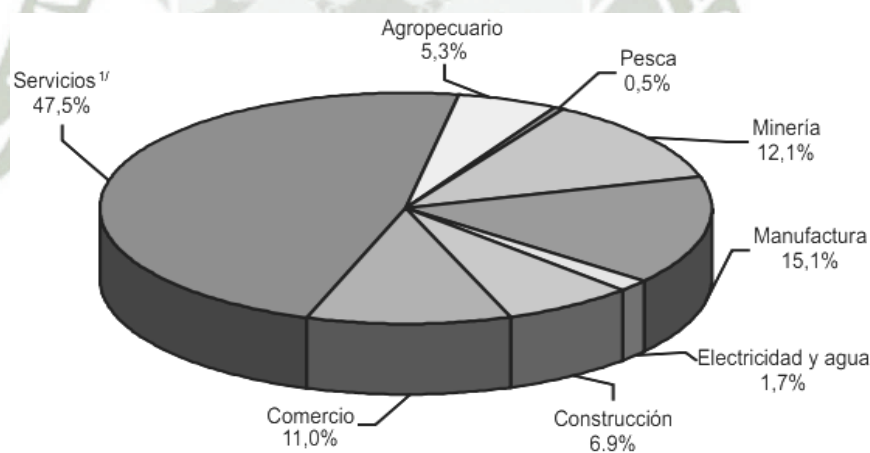
En la presente sección no es la intención del autor la de negar el reconocimiento a las actividades no mineras, como la Agricultura y la Ganadería, sino, reivindicar el valor de las actividades extractivas que se han visto desprestigiadas tanto por la manipulación de algunos grupos radicales sobre la opinión pública como por los errores propios de una industria en constante evolución, generando una percepción negativa sobre la minería y su verdadera contribución al desarrollo nacional. Es entonces, objetivo de esta sección el de confrontar los aportes económicos y sociales provenientes de la Minería y la -actividad que se ha usado como referente de contraste- Agricultura a fin de poder utilizar las conclusiones de estos párrafos en la disertación posterior sobre los intereses privados del agricultor cuando se encuentran contrapuestos al interés colectivo que la actividad minera pueda conllevar y cómo habrá de resolver el ordenamiento jurídico dicho conflicto.

Empezaremos entonces por hacer una revisión de algunas cifras relevantes. En la Figura 1, encontraremos una división aproximada del aporte que cada sector de la

industria nacional aporta al Producto Bruto Interno, es decir, a la actividad económica del país. Dado que la presente tesis es de aplicación principal a los conflictos nacidos por el uso de predios privados de potencial agrícola, sólo nos enfocaremos en el PBI generado por éstas dos actividades centrales, por tanto, vemos que la Minería tiene una mayor significancia en el ámbito económico, representando un 12.1% de aporte al PBI, en contraste a la actividad agropecuaria (que subsume agricultura y ganadería) se encuentra alrededor de un 5.3%.

Figura 1.-

PERÚ: ESTRUCTURA PORCENTUAL DEL PBI, SEGÚN GRANDES ACTIVIDADES ECONÓMICAS, Año: 2013



^{1/} Incluye derechos de importación e impuestos a los productos

Fuente: Ministerio de Agricultura y Riego - DGESEP - Dirección de Estadística Agraria

El Ministerio de Energía y Minas indica que sólo con 1.5 millones de Toneladas de producción adicional de cobre en el 2016⁸, se podrían generar US\$2 mil millones al Estado por concepto de contribuciones lo cual permitiría -alternativamente- construir 74 hospitales, financiar un 36% adicional al presupuesto anual del Sector Educación ó aumentar el presupuesto del programa Beca 18 en 17.1 veces o el de Pensión 65 en 11.6 veces. Es decir, que la minería se revela bajo ésta luz como una de las principales fuentes de financiamiento público, lo que se traduce en herramientas concretas para disminuir la desigualdad de condiciones educativas, sociales, alimenticias, de acceso a la salud, de previsión social, entre otras, del país. A éstas cifras hay que añadir que actualmente la producción minera nacional bordea los 1.6 millones de toneladas de cobre anuales y se proyecta llegar a 5.6 millones para el año 2016, si se ejecutan los proyectos mineros previstos; y esto, sólo representa parte del aporte minero por concepto de actividad minera cuprífera, sin embargo, nuestra producción nacional conlleva también la explotación de oro, estaño, zinc, entre otros metales, de los cuales se derivan también sustanciales financiamientos a programas de desarrollo social. Así mismo, en éstas cifras se está dejando de lado el aporte directo que hacen las empresas del sector minero como parte de sus programas de responsabilidad social, que apuntan también a generar las condiciones de prosperidad antes descritas para los sectores poblacionales menos beneficiados y para la sociedad peruana en general.

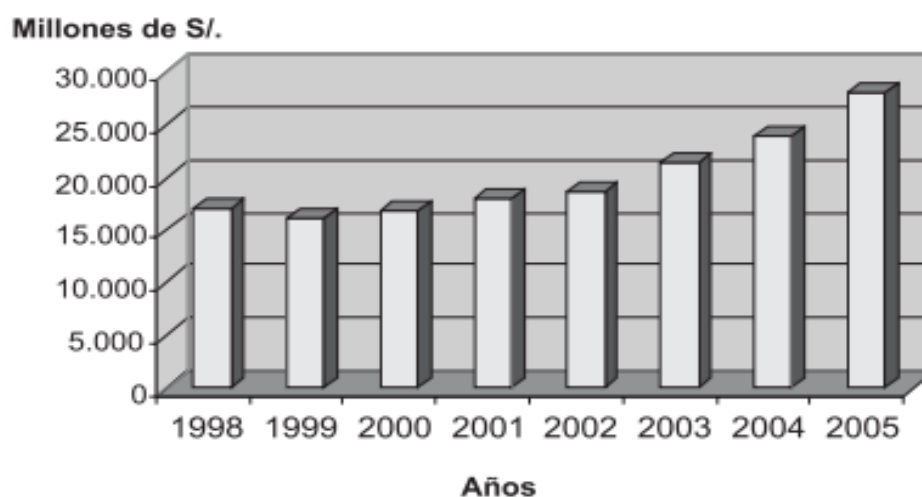
⁸ Tomando un precio de referencia de US\$ 8 mil por tonelada, se obtendría un aproximado de US\$ 12 millones.

En línea con lo anterior, en el Plan Estratégico Sectorial Multianual del Ministerio de Energía y Minas, para el período 2012 - 2016 (en adelante, PESEM), proyecta un aproximado de US\$ 52 millones esperados en inversión minera. Otras fuentes manejan cifras similares: En el Congreso Anual de Ejecutivos (CADE) del año 2013, el CEO (*Chief Executive Officer*/Gerente General) de HOCHSCHILD MINING PLC, Ignacio BUSTAMANTE, estimó un aproximado de US\$54 mil millones de inversión minera que aún no han sido invertidos, representantes de un 42% de proyectos mineros actualmente paralizados, los cuales, de concretarse, generarían al menos US\$ 73 mil millones adicionales, es decir, un 36% del PBI. Así mismo, según el Instituto Peruano de Economía - IPE, debemos observar la Tabla Insumo Producto (TIP) correspondiente, herramienta que permite identificar las relaciones económicas de cada sector productivo con los demás sectores y con la economía a un nivel agregado. La más reciente fue elaborada en el año 2007, calculando un impacto de la inversión minera en US\$ 53,229 millones lo cual se traduce en US\$ 44,505 millones anuales de aporte al Producto Bruto Interno, así como s./25 727 millones anuales en recaudación tributaria para el Estado, junto a 2.4 millones de nuevos puestos de trabajo directos e indirectos. Además, un aumento de US\$21 641 millones se traduce en US\$1 175 millones de inversión en Agricultura y Pesca, US\$ 830 millones en Ciencia y Tecnología, US\$ 453 sobre el Sector Educación, entre otros sectores que reciben un impacto positivo por ésta actividad.

Figura 2.-

IMPUESTOS RECAUDADOS POR LA SUNAT EN EL SECTOR

AGROPECUARIO - Tributos Internos: 1996 - 2005



Fuente: SUNAT

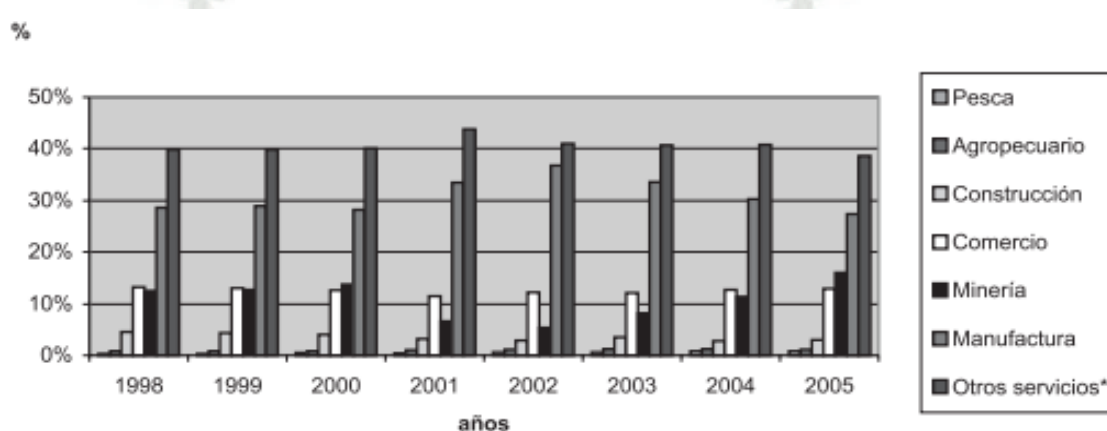
En contraste, según el Centro Peruano de Estudios Sociales - CEPES, "...se puede afirmar que el aporte del sector agrario a la recaudación tributaria ha sido bastante reducido durante los últimos tiempos, representando en promedio, en los últimos ocho años [hasta el 2006], el 1,01% de todo lo recaudado"⁹. Podemos ver en las figuras 2, 3 y 4 la data emitida por SUNAT respecto a la recaudación obtenida del sector agropecuario, la cual ascendió a 30 millones de soles en el año 2005 (calculando esto en dólares, a un tipo de cambio promedio de dicha época de s./3.00, tendríamos aproximadamente US\$ 10 millones), para lo cual

⁹ CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES - CEPES (2006) "Informativo Legal Agrario N°. 23. Tributación Agraria". Extraído el 11 de enero de: http://www.cepes.org.pe/apc-aa/archivos-aa/a01e3bc3e44a89cf3cd03d717396a20e/Informativo_legal_agrario_N_23b.pdf Pág. 20

debemos tener presente que el boom minero "inicia" a mediados de la década pasada, por tanto, la comparación que vemos en las Figuras 3 y 4 no considera el aporte minero a la recaudación en el contexto actualizado, que describimos líneas arriba.

Figura 3.-

**PARTICIPACIÓN DE LAS PRINCIPALES ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN LA
RECAUDACIÓN INTERNA**



Fuente: SUNAT

Figura 4.-

**INGRESO POR SECTORES ECONÓMICOS
EN RECAUDACIÓN DE TRIBUTOS INTERNOS**

Tributos internos	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Agropecuario	0,9%	0,9%	0,9%	1,1%	1,2%	1,3%	1,2%	1,1%
Pesca	0,4%	0,3%	0,5%	0,4%	0,6%	0,6%	0,8%	0,9%
Minería	12,5%	12,7%	13,7%	6,6%	5,4%	8,2%	11,4%	16,1%
Manufactura	28,6%	28,9%	28,2%	33,4%	36,8%	33,6%	30,3%	27,4%
Otros servicios	39,8%	39,9%	40,1%	43,8%	40,9%	40,6%	40,8%	38,6%
Construcción	4,6%	4,3%	4,1%	3,2%	2,9%	3,5%	2,8%	3,0%
Comercio	13,2%	13,0%	12,6%	11,4%	12,2%	12,1%	12,7%	12,9%

Fuente: SUNAT

Debemos señalar que de una revisión comparativa entre la documentación emitida por el MINEM y otras entidades privadas para la promoción de la actividad minera y la documentación emitida por el MINAGRI y otras entidades públicas y/o privadas para la promoción del sector agropecuario, es observable que en éstas últimas la fundamentación de la importancia del sector agrícola se centra más en la seguridad alimentaria y el carácter sostenible de la actividad pero hacen muy poco énfasis en la contribución del sector agropecuario hacia el erario público y el financiamiento de obras públicas, lo cual es el caso contrario en las publicaciones de promoción minera, donde uno de los argumentos fuertes recae sobre el aporte tributario que genera la actividad minera.

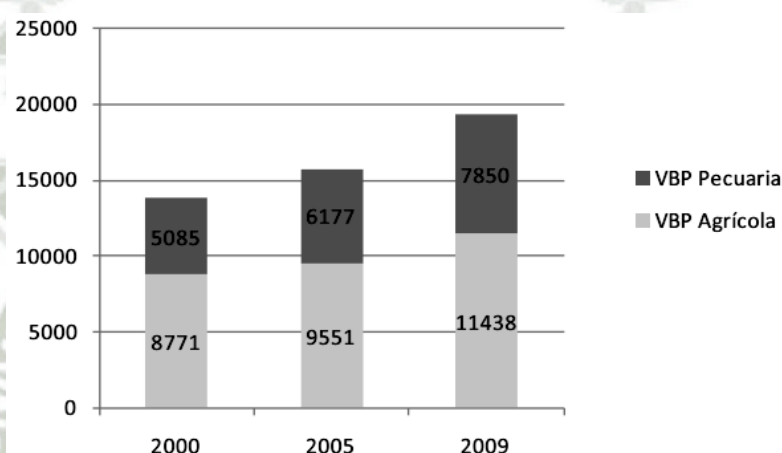
Pero lo anterior no quita que la agricultura sea una actividad importante para una parte sustancial de la población: en base a la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) realizada el año 2006, se estima que un aproximado de 2.3 millones de hogares la actividad económica principal es la agricultura, es decir, que un 34% de hogares peruanos (compuestos por un 80% de hogares rurales y un 10% de hogares urbanos aproximadamente), constituyendo un 7.6% del PBI nacional (hasta mediciones más recientes, la cifra tiene variaciones entre 5 y 7%), dependen de la actividad agropecuaria, aunque esto representa el proceso de reducción de la participación de la actividad agrícola en el PBI nacional, la cual era de más del 8% alrededor de 1997, aproximadamente. Más aún, de acuerdo al MINAGRI, un tercio de la población vive en las zonas rurales y reciben un 50% de sus ingresos de la agricultura. En el año 2010 se registró un 25% aproximadamente de Población Económicamente Activa ocupada en el sector

agropecuario, aportando un 7.1% al PBI nacional y representando un 10% del total de exportaciones del país. Para el año 2009, el Valor Bruto de Producción Agropecuaria supero los 19 millones de nuevos soles.

Figura 5.-

VALOR BRUTO DE LA PRODUCCIÓN AGROPECUARIA

(Millones de soles a precios constantes de 1994)



Fuente: Ministerio de Agricultura y Riego (2010)

Pero, la agricultura es una actividad que actualmente se enfrenta a una serie de obstáculos que impiden su crecimiento e incluso, su desarrollo sostenible. Aproximadamente tres de cada cuatro agricultores se encuentran en situación de pobreza, cuya producción se caracteriza por su precariedad tecnológica, los pocos activos productivos que poseen y la alta fragmentación de los predios desembocando en la constitución de microunidades agropecuarias; esta estructura de propiedad fragmentada plantea barreras a la modernización tecnológica y el acceso a cultivos de mayor rentabilidad.

De acuerdo a la consultora ambiental privada LIBÉLULA y la data recopilada por el Ministerio de Agricultura y Riego, la problemática de la agricultura es la siguiente (sólo desarrollaremos las que constituyen una problemática que pueda relacionarse con el sector minero):

a) Problemas para desarrollar niveles de competitividad y rentabilidad mayores:

Esto se da por:

- **El inadecuado capital disponible en el sector**, en recursos humanos, condiciones físicas y características sociales. Esto se caracteriza por: (1) la fragmentación de la tierra y la dispersión de parcelas, es decir, la actividad minera funciona de forma minifundista en gran parte, lo cual no permite disminuir costos por producción a escala, así como acceder a créditos de inversión y mecanismos eficientes de comercialización; (2) la baja asociatividad entre agricultores, por la desconfianza entre estos, la cual no es mitigada efectivamente por el sistema legal que en éste entorno, debería encargarse de reducir los costos de transacción propios de un entorno subdesarrollado que carece de falta de previsibilidad¹⁰; (3) el bajo nivel educativo de la población rural, lo que se traduce en barreras hacia al acceso de tecnologías, producción de valor agregado y una escasez de recurso humanos eficientes en general; (4) un agudo déficit de infraestructura rural para actividades de producción (entre las que se

¹⁰ BULLARD, Alfredo (2006) “Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales” 2da. Perú: Ed. Palestra

encuentran la irrigación de cultivos, la provisión de energía, la disponibilidad de espacios y estructuras de almacenamiento), comercio (mercados, telecomunicaciones) y proceso de agregación de valor (instalaciones de procesamiento). Esta brecha de infraestructura se calcula que asciende a US\$ 20 mil millones aproximadamente.

- **Deficiente sistema de comercialización:** (1) Exceso de intermediarios con mayor poder de negociación; (2) Desconexión entre oferta y demanda; (3) poco valor agregado a la producción; (4) Infraestructura de comercialización en estado precario.
- **Inadecuados servicios agrarios:** (1) escasez de infraestructura y medios de comunicación modernos y eficientes; (2) geografía accidentada que repercute sobre la ineficiencia de las técnicas tradicionales de riego y los obstáculos a la comunicación y comercialización ya descritos; (3) falta de inversión pública en estos rubros; (4) Sistemas de investigación y extensión agrícola precarios; (4) Servicios de sanidad que no alcanzan la cobertura deseada e insuficiente control sanitario sobre la producción agrícola; y finalmente, (5) ausencia de mercados financieros, lo cual detiene el crecimiento de la inversión progresiva en el sector.

b) Problemas para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Renovables

Entre las cuales está:

- **Inadecuado manejo de los bosques y la tierra.** Hasta el año 2000 se han deforestado 7 millones de hectáreas debido a la quema de bosque para labores agrícolas; problema que es agravado por la falta de capacidades técnicas y administrativas, así como una limitada adopción y acceso a la tecnología. Así mismo, el actual proceso de desertificación de la tierra -el cual constituye el peor escenario posible para la sostenibilidad de éste elemento- viene siendo causado por fuentes naturales y humanas como: (1) inadecuada selección y rotación de cultivos; (2) uso incorrecto del agua e insumos agroquímicos; (3) deforestación; entre otras. Estas causas en gran parte se desprenden de los problemas infraestructurales y educativos que mencionamos líneas arriba.
- **Inadecuado manejo del agua.** El agua es manejada de manera ineficiente por el sector agrícola por la falta de infraestructura de riego y mantenimiento del stock existente, la sedimentación y el uso ineficiente del recurso (eficiencia promedio de 35%). En el Plan Estratégico Sectorial Multianual del MINAGRI, dicha institución diagnostica lo siguiente: *"La deficiente gestión de las cuencas mantiene las ineficiencias en el uso de este estratégico recurso (...) Esta situación genera una pérdida importante*

del recurso hídrico y una alta vulnerabilidad con los ciclos climáticos por la presencia de los fenómenos de la corriente El Niño y el calentamiento global (...) estas condiciones se agudizan en el caso de la actividad agropecuaria, que representa el 80% del consumo total del recurso agua utilizada. El desconocimiento de prácticas adecuadas de aplicación del riesgo, la insuficiente infraestructura de riego tecnificado, limitado mantenimiento de los sistemas de drenaje, la presencia de cultivos con elevado consumo de agua en zonas deficitarias, entre otras causas, generar que este recurso se pierda con la evaporación, filtración y falta de uso¹¹. Lo cual se agrava por la falta de inversión en infraestructura necesaria en materia de obras de reconstrucción y rehabilitación frente a fenómenos naturales. De manera similar, los consultores de LIBÉLULA CAD, afirman que "...se ha reconocido que el Perú es uno de los países más vulnerables al cambio climático. La dependencia de las lluvias influye directamente en las siembras de producto agrícolas nacionales y constituye una de las principales vulnerabilidades del sector (...) sin embargo, es todavía muy reducido el porcentaje que adopta técnicas modernas de riego, en un contexto de escasez de agua que se agrava por el proceso de calentamiento global que ha generado cambios climáticos que vienen afectado las fuentes principales de agua de riego (...) Una de las principales limitaciones para la adopción de riego tecnificado es su alto costo relativo a los costos de producción agropecuarios promedio

¹¹ MINISTERIO DE AGRICULTURA (2012) "Plan Estratégico Sectorial Multianual del Ministerio de Agricultura 2012-2016". Perú: Ministerio Nacional de Agricultura y Riego. Extraído el 11 de enero de http://www.minag.gob.pe/portal/download/pdf/conocenos/politica_agraria/pesem_2012-2016.pdf

nacionales y el limitado acceso a servicios financieros de los agricultores"¹².

- **Insuficiente asignación de derechos sobre los recursos;** es decir, conflictos por la precariedad de los títulos de propiedad y los derechos reales sobre los predios destinados a uso agrícola, lo cual también es propiciado por el débil desarrollo institucional característico de las áreas donde se desarrolla esta actividad.

Como establecimos al inicio de ésta sección, no se busca argumentar aquí que la agricultura reviste un menor interés social comparada con la minería, sino, que ésta última actividad no debe tomarse como perjudicial, pues hemos demostrado ampliamente su contribución al bienestar público de manera directa e indirecta. Más aún, podríamos incluso argumentar que la agricultura es una actividad más trascendental en el largo plazo para el desarrollo y la supervivencia del país, y aún así, ello acarrearía un fundamento a favor de otorgar prioridad en el interés social a la actividad minera, pues de la data revisada se desprende que actualmente la inversión en el sector agropecuario no es lo suficientemente eficiente como para brindar estabilidad al país por sí sola (en el supuesto que ésta fuese declarada como la principal actividad productiva nacional) e incluso conlleva efectos nocivos para la gestión sostenible del ambiente -lo cual no es mencionado

¹² LIBÉLULA COMUNICACIÓN AMBIENTE Y DESARROLLO (2011) *"Diagnóstico de la Agricultura en el Perú"*. 1ra ed. Perú: Libélula Comunicación Ambiente y Desarrollo S.A.C. Extraído el 11 de enero de http://www.peruopportunity.org/uploads/posts/34/Diagnostico_de_la_Agricultura_en_el_Peru_-_web.pdf

en el discurso político tradicional que influye a la normatividad de ambos sectores y en los conflictos sociales acaecidos- debido a los factores desarrollados párrafos arriba, entre los cuales queda claro que la inversión pública en infraestructura -ya sea manifestada en vías públicas para el transporte y acceso al mercado de la producción agrícola o en centros de acopio y/o comercialización así como cadenas productivas de valor agregado- es un requisito esencial para poder salir del estancamiento en que se encuentra el sector. Por ello, siendo que la minería es una actividad que puede desarrollarse en dichos predios y generar los recursos suficientes al Estado para invertir en tecnología e infraestructura al servicio del sector agrario, se desprende que declarar la agricultura como la más importante actividad productiva nacional da pie a considerar que en el corto y mediano plazo, la promoción de la actividad minera sea llevada a cabo. Concluimos así, entonces, que el desarrollo de la Minería sí se encuadra dentro del concepto de "interés social" o "bien común" y por tanto, puede argumentarse que la Función Social de la Propiedad implica para los predios objeto de ésta tesis la admisión de dicha industria (capítulos adelante profundizaremos sobre la cuestión de la Función Social en relación a la Enervación de la Propiedad).

2. El Reconocimiento del Interés Social de la Minería en el Derecho Comparado

De manera accesoria, revisaremos la normativa aplicable a situaciones similares a la que motiva nuestro estudio en el Derecho Comparado, a fin de reforzar el argumento central de la sección anterior, la consideración de la actividad minera como una de interés social que genera los beneficios colectivos que exige la Función Social de la Propiedad para otorgar la legitimidad y el consecuente amparo a éste derecho real. Específicamente, tomaremos como referencia los ordenamientos jurídicos de Colombia, Chile y Argentina.

El interés social de la minería en el Derecho Colombiano

La Ley 685, Código de Minas y Otras Disposiciones, del año 2001 establece en su artículo primero: *"El presente Código tiene como objetivos de **interés público** fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada... dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país"*. Es decir, que la actividad minera se declara de interés público desde este primer artículo, pero simultáneamente, se establecen las consideraciones de la función social que deben procurarse en su desarrollo. Así mismo, en su artículo 13, el Código señala el interés social de manera expresa: *"En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declarase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a*

solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en éste Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo..."

Vale aclarar, que en el derecho colombiano no se ha restringido la figura de la Expropiación a las causales de necesidad pública y defensa nacional, siendo en éste aspecto, similar a nuestro ordenamiento previo a la entrada en vigencia de la Constitución de 1993. Más aún, esto nos sugiere que para el legislador colombiano la minería es una actividad que revista una trascendencia tal, que incluso cabe la figura de la expropiación¹³, dejando entrever en contraste, que el legislador constituyente peruano no otorgó a la minería -ni a ninguna otra actividad privada- dicho status de importancia.

En el Derecho Colombiano, los recursos minerales son considerados propiedad del Estado, y las actividades destinadas a su explotación requerirán de un título que lo permita, al igual que en nuestro ordenamiento nacional¹⁴.

¹³ Lo cual se recalca en el art. 186 del mismo cuerpo normativo:

Art. 186.- *"Por ser la minería una actividad de utilidad pública e interés social, podrá solicitarse la expropiación de bienes inmuebles por naturaleza o adhesión permanente y de los demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean indispensables para las edificaciones e instalaciones propias de la infraestructura y montajes del proyecto minero, para la realización de la extracción o captación de los minerales en el período de explotación y para el ejercicio de las servidumbres correspondientes. Excepcionalmente también procederá la expropiación en beneficio de los trabajos exploratorios".*

¹⁴ **Art. 5.-** *"Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos..."*

Respecto de la Servidumbre Minera, el Código de Minas y Otras Disposiciones prevé lo siguiente en su Título V, de Aspectos externos a la Minería:

Art. 166.- *"Para el ejercicio eficiente de la industria minera en todas sus fases y etapas, podrán establecerse las servidumbres que sean necesarias sobre los predios ubicados dentro o fuera del área objeto del título minero..."*

Art. 167.- *"El establecimiento de las servidumbres de que trata el presente Capítulo procederán también a favor del beneficio y transporte de minerales..."*

Art. 168.- *"Las servidumbres en beneficio de la minería son **legales o forzosas**. La mención que de algunas de ellas se hace en los artículos siguientes es meramente enunciativa".*

Art. 174.- *"Si para el establecimiento y ejercicio de las servidumbres, el dueño o poseedor del predio sirviente exigiere el pago de los perjuicios que se le causen o su garantía, así se procederá de inmediato..."*

De los citados articulados se desprende la apertura de la regulación colombiana a la actividad minera, otorgando las prerrogativas necesarias para su desarrollo, en éste caso, cuando sea necesaria constituir una servidumbre. En éste

Art. 6.- *"La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos sólo se adquiere mediante el otorgamiento de los títulos enumerados en el artículo 14 de éste Código..."*

ordenamiento, no existe la figura de la Enervación de la Propiedad, pero sí la exigencia de la indemnización y la compensación justipreciada que tengan lugar. En éste último aspecto, resulta interesante traer a colación al artículo 183, que regula la Rehabilitación de Bienes y establece que sin perjuicio de lo pactado entre el beneficiario de la servidumbre y el titular del predio o su poseedor, así como de los pagos e indemnizaciones consignadas en favor de éste último, el interesado estará obligado a hacer la readecuación de los terrenos o a ponerlos en condiciones que permitan al predio ser destinado a su uso normal o a otros usos alternativos. Esta obligación se cumplirá o garantizará en el curso de la liquidación del contrato de concesión. En nuestro ordenamiento jurídico no existe una figura de rehabilitación propiamente dicha, pero tenemos la exigencia del Plan de Cierre, un instrumento de manejo ambiental cuya finalidad es básicamente la rehabilitación de las áreas afectadas por el proyecto minero. Podemos también intuir, que ello es la causa de la no existencia de una figura similar a la Enervación del Derecho de Propiedad, pues recae en el titular minero la obligación de no incurrir -o de habiendo incurrido, reparar- en daños irreversibles al predio y encargarse activamente de la recuperación del valor económico no minero de éste. Ciertamente, esta figura merece ser considerada por nuestro legislador nacional y por la opinión pública y especializada.

El interés social de la minería en el Derecho Chileno

El año 1983, se aprobó y dio vigencia al Código de Minería chileno mediante la Ley 18248, inicialmente promulgada durante el gobierno de facto de las Fuerzas Armadas de dicho país, período histórico en el país vecino del sur, caracterizado por la apertura e incentivo a la inversión privada, buscando la entrada de capitales extranjeros en el país, siguiendo una de las varias recetas económicas planteadas en el programa político de los autores de *"El Ladrillo"*, obra de gran impacto en la política económica chilena.

Revisando dicho texto jurídico, no encontramos declaraciones expresas sobre la utilidad pública de la minería o la consideración del interés social que se derive de esta para el legislador chileno. Sin embargo, el régimen de servidumbre minera nos deja entrever que sí se observa cierta importancia a la actividad minera al otorgarle al concesionario el derecho de constituir la servidumbre legal sin oponerse a éste proceso figura alguna similar a la Enervación. Tampoco se tiene en éste ordenamiento una disposición similar a la vista en el derecho colombiano respecto de la rehabilitación de Tierras, sólo las disposiciones similares a nuestra regulación minera respecto de la Etapa de Cierre y los procedimientos obligatorios que ésta conlleva.

Específicamente, los artículos relevantes al procedimiento de imposición de Servidumbre Minera son los siguientes:

Artículo 120.- *"Desde la constitución de la respectiva concesión y con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras, los predios superficiales están sujetos a los siguientes gravámenes:*

1° El de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por sistemas de comunicación, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias;

2° Los establecidos en beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos, de acuerdo con la legislación respectiva, y

3° El de tránsito y el de ser ocupados por caminos, ferrocarriles, aeródromos, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión con caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos y centros de consumo.

Artículo 121.- *"Las mismas servidumbres que se reconocen en este título para las concesiones mineras podrán imponerse en favor de los establecimientos de beneficio de minerales".*

Artículo 122.- *"Las servidumbres se constituirán previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona"*

Artículo 123.- *"La constitución de las servidumbres, su ejercicio y las indemnizaciones correspondientes se determinarán por acuerdo de los interesados que conste en escritura pública, o por resolución judicial. Podrá convenirse o resolverse que la indemnización se pague de una sola vez o en forma periódica.*

Para que las servidumbres sean oponibles a terceros, deberán inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, o del de Minas, en su caso"

Artículo 124.- *"Las servidumbres son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento"*

Como se observa, encontramos características similares en el procedimiento de constitución de servidumbre minera chileno como son la exigencia de la indemnización que es ampliado, de forma tal que no sólo se extiende a la persona del titular directamente afectado sino también a terceros que puedan experimentar las externalidades negativas de ésta imposición- y la utilidad de la servidumbre como requisito para su vigencia (es decir, la destinación del predio sirviente exclusivamente a los fines que motivaron tal gravamen). También resulta similar

el tratamiento de la expropiación, la cual sólo procede por razones de utilidad pública y defensa nacional, por lo cual no se contempla esa posibilidad en el procedimiento de servidumbre minera. Sin embargo, cabría anotar que en Chile el proceso social de relacionamiento con la actividad minera no ha tenido los mismos traspiés que en nuestro país, lo cual puede explicar la menor aversión -y por tanto, la no contemplación de una figura oponible en favor del titular predial frente al concesionario- a ésta industria.

El interés social de la minería en el Derecho Argentino

El Código de Minería argentino fue promulgado mediante la Ley 1919, en el año 1886 aunque reviste una serie de modificatorias promulgadas con el paso del tiempo, conforme a las nuevas realidades mineras lo exigían.

En su artículo 13, el Código declara la utilidad pública de la actividad:

"La explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos consiguientes, revisten el carácter de utilidad pública.

La utilidad pública se supone en todo lo relativo al espacio comprendido dentro del perímetro de la concesión.

La utilidad pública se establece fuera de ese perímetro, probando ante la autoridad minera la utilidad inmediata que resulta a la explotación."

Respecto de la Servidumbre Minera, se regula ésta en el artículo 146, como se indica:

"Verificada la concesión, los fundos superficiales y los inmediatos en su caso, quedan sujetos a las servidumbres siguientes, previa indemnización:

1ª *La de ser ocupados en la extensión conveniente, con habitaciones, oficinas, depósitos, hornos de fundición, máquinas de extracción, máquinas de beneficio para los productos de la mina, con canchas, terreros y escoriales.*

2ª *La ocupación del terreno para la apertura de vías de comunicación y transporte, sea por los medios ordinarios, sea por tranvías, ferrocarriles, canales u otros, hasta arribar a las estaciones, embarcaderos, depósitos, caminos públicos o particulares más próximos o más convenientes, y a los abrevaderos, aguadas y pastos.*

3ª *El uso de las aguas naturales para las necesidades de la explotación, para la bebida de las personas y animales ocupadas en la faena y para el movimiento y servicio de las máquinas.*

Este derecho comprende el de practicar los trabajos necesarios para la provisión y conducción de las aguas.

4ª *El uso de los pastos naturales en terrenos no cercados".*

Como vemos, en el derecho comparado, la indemnización es una de las características comunes a todos los ordenamientos, lo que implica el reconocimiento al derecho de propiedad del titular del predio, pero sólo en nuestro ordenamiento nacional se contempla una figura como la Enervación del Derecho

de Propiedad que resulte oponible por el titular del predio. Así mismo, queda en evidencia la apertura de estos ordenamientos a la actividad minera, reconociendo en ella un interés social o utilidad pública, que no necesariamente alcanza en todos éstos, el status de necesidad pública pero para efectos de nuestro estudio, sí podemos concluir que en estos ordenamientos, la minería se subsume dentro del interés social. Partiendo de ello, en la siguiente sección desarrollaremos la Función Social de la Propiedad y fundamentaremos porqué entonces, consideramos a la Enervación como una trasgresión a esta Función.



3. La desproporcionalidad entre el Interés Privado y el Beneficio Público

La Función Social de la Propiedad¹⁵ implica el condicionamiento del reconocimiento de la legitimidad y la protección eficaz del derecho de propiedad a la satisfacción que el ejercicio de éste en específico haga en beneficio del Interés Social y el Bien Común. En esta sección contrastaremos el interés privado del titular del predio objeto de Servidumbre Minera frente al interés social que representa la actividad minera que requiere la constitución de dicha Servidumbre para poder desarrollarse, a fin de demostrar la desproporcionalidad que la figura de la Enervación del Derecho de Propiedad genera al proteger desmedidamente un derecho privado, negando el beneficio colectivo que resultaría de la Servidumbre Minera y por tanto, trasgrediendo la Función Social de la Propiedad. Para ello, profundizaremos sobre la doctrina que define el contenido del término "social" en el contexto de la Función Social que mencionamos, para luego aplicar el test de proporcionalidad -que el Tribunal Constitucional aplica con frecuencia cuando se encuentra en la disyuntiva de amparar un derecho por sobre otro- y finalmente demostrar, que al permitirse la constitución de la Servidumbre Minera por la vía legal no convencional -lo que implicaría limitar el alcance del amparo de la Enervación o derogar la figura por completo- se permite la armonía entre el

¹⁵ En éste punto debemos mencionar que dentro de las distintas teorías de la Función Social de la Propiedad, adecuaremos nuestro análisis bajo la Teoría Extrínseca, bajo la cual se considera que la persona (el titular del derecho) no es quien cumple en concreto la Función Social sino que ésta se expresa en la institución misma de la propiedad -es decir, las formas de ejercicio del derecho de propiedad que el ordenamiento ampare en un momento determinado-, por tanto, los límites al ejercicio son exteriores al derecho subjetivo y la Función Social constituirá el límite externo que rodea a un núcleo infranqueable (es decir, a un conjunto de facultades mínimas) que compone el derecho de propiedad en esencia.

interés social y el derecho de propiedad, pues la restricción que dicho gravamen importa sobre el predio no limita el derecho de propiedad más allá de lo que la Función social ya ha declarado como su límite.

La Función Social de la Propiedad¹⁶

El derecho de propiedad, según la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, tiene una doble dimensión, pues se trata simultáneamente de un derecho subjetivo y de una garantía institucional (es decir, que el legislador nacional -en sus distintas formas y niveles- debe fundamentar su normativa en la creación de riqueza para la Nación en conjunto), lo cual se deriva de la Función Social de la Propiedad que da legitimidad al derecho amparado mediante la institución jurídica de la Propiedad. Como indica dicho colegiado en el fundamento 16º de la Sentencia recaída en Expediente N° 03347-2009-PA/TC, del año 2010, *"Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven (...), pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación"*.

Cabe entonces, buscar una definición más profunda del término "social", la cual encontramos en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC del año 2005, en el cual, dicho órgano constitucional determina mediante Pleno Jurisdiccional que el

¹⁶ Una definición completa de ésta teoría *en abstracto* se encuentra en la sección respectiva del Marco Teórico de ésta investigación.

término social se define en tres dimensiones: (1) como mecanismo de restricción legítima de las actividades privadas; (2) como cláusula de ejercicio a fin de maximizar el principio de solidaridad, lo cual en la práctica implica la actuación del Estado en la corrección de las denominadas "fallas de mercado" mediante políticas sociales que desemboquen en el bienestar de la ciudadanía y (3) como fórmula para la promoción de la explotación sostenible de los recursos naturales. Así mismo, el TC declara que *"Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: "tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario". Es decir, que el libre mercado -es decir, la libertad de los individuos de tomar decisiones económicas respecto al uso de sus recursos de manera independiente y sin coerción vertical u horizontal de por medio- por sí mismo no es la fuente de prosperidad para la sociedad, sino una herramienta que debe utilizarse forma cautelosa, complementada por el rol subsidiario -en principio- y activo -cuando la situación revista la complejidad que haga necesaria dicha forma de participación- del Estado. Por tanto, "el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las*

acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma".

El reconocido constitucionalista ETO CRUZ considera que la Función Social es consustancial a la propiedad, es decir, corrobora lo afirmado líneas arriba, considerando que la propiedad contiene un derecho y un deber consistente en la *"obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que les intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común"*, lo cual se define en base al destino natural que un bien recibe en la economía (por tanto, en nuestro caso vemos que bajo un criterio netamente económico, el destino de los predios con potencial minero o necesarios para desarrollar el potencial minero de predios adyacentes, será el de la minería). Señala el jurista en esa misma línea que: *"En síntesis, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar [1] El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos. [2] El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales. [3] El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común"*.

Los intereses en conflicto

Corresponde ahora, contrastar los intereses que entran en conflicto en el procedimiento: Tenemos por un lado, al titular del derecho de propiedad sobre el predio objeto de procedimiento de servidumbre y por el otro lado, al titular de la concesión minera que requiere la afectación del citado predio para poder ser aprovechada. Profundicemos un poco más sobre éstas partes.

Del lado del Titular del predio (en adelante, el "*Titular*"), encontramos que éste puede tener una serie de usos o destinos económicos que pretende dar al bien que conforma su patrimonio, a fin de obtener el provecho deseado de éste, de lo cual obtenemos una primera apreciación: (1) Al tratarse de un objeto, puede tener un valor patrimonial y un valor extrapatrimonial -relacionado a algún uso que el titular desee dar sin necesariamente tomar en cuenta el costo y beneficio en términos monetarios, por considerarse dispuesto a costear cualquier costo monetario a cambio de obtener ese beneficio de carácter afectivo- de lo cual se desprende que mientras la finalidad que el titular pretende dar al predio sea de carácter patrimonial, será siempre posible reemplazar dentro de su patrimonio, al predio específico por cualquier cantidad monetaria de acuerdo a la valoración de mercado (como referente del justiprecio) que determinen los peritos respectivos. Dentro de ésta posibilidad, también se incluye el supuesto del reemplazo parcial, es decir, que el reemplazo del predio por una cantidad de dinero no corresponda al valor absoluto del predio y por tanto, éste se mantenga dentro del patrimonio de su titular pero encontrándose éste con facultades restringidas en cuanto a su

posesión, disposición o disfrute, supuesto que se configura cuando se constituye una Servidumbre (el supuesto anterior, se configura con la Expropiación).

Una segunda observación, desprendida de la anterior, es que el titular deba observar ciertos límites al momento de oponerse a la constitución de la Servidumbre Minera legal, al intentar fundamentar dicha oposición en base a fines extrapatrimoniales. Es decir, si por ejemplo, el titular argumentase que tiene un vínculo especial con el predio por tratarse de un bien transmitido por línea sucesorio desde sus ancestros hasta su persona, probablemente con mayor ahínco si existiese alguna edificación sobre el mismo. Pero en éste caso, la argumentación del titular no podría ser irrestricta, pues tendríamos que ponderar si el derecho a la identidad que el titular invoca como afectado por la servidumbre -el cual en el caso más grave, sólo se afectaría de manera indirecta y no dentro del núcleo constitucional de tal derecho- tiene mayor preponderancia sobre el bien común y la utilidad pública -en otras palabras, el interés social- que no se realizaría si se aceptase la oposición del titular. Aquí debe tomarse en cuenta el costo de oportunidad implicado, es decir, el valor del siguiente mejor uso de un recurso y cotejarlo con el beneficio obtenido, lo cual en éste ejemplo particular sería si proteger un ligera o nulamente trasgredido derecho a la identidad de un individuo resulta en un beneficio mayor a la pérdida del crecimiento económico comunitario que conlleva la actividad minera, como ya demostramos en secciones anteriores. Y esta situación, es contemplando un derecho trascendental como el derecho a la identidad que -hemos de reconocer- se suele expresar a través de posesiones materiales (además claro, de la persona misma, su proyecto de vida y

sus relaciones con otras personas); sin embargo, hipotéticamente no podemos prever algún caso donde algún derecho -de mayor trascendencia que éste- se vea afectado y por ende, la posibilidad de algún argumento de oposición más severo que el aquí revisado.

Tampoco podría argumentarse -complementando el párrafo anterior- dicho 'vínculo especial con el predio' para exigir una apreciación que exceda sustancialmente lo que los peritos eventualmente determinasen como el justiprecio del bien y la indemnización respectiva (salvo claro, que el titular de la concesión minera estuviese de acuerdo y no presentase mayor reparo al respecto), pues esto también implicaría como en el supuesto anterior, que el ordenamiento nacional ampare un pedido eminentemente suntuario del titular en desmedro de una *quasi*-necesidad pública¹⁷.

En la posición contraria, se encuentra el Titular de la Concesión Minera (en adelante, "*el concesionario*"), quien, en la casuística, es el representante de un proyecto de sustancial envergadura, es decir, no se trata simplemente un privado actuando por sí mismo sino, de la persona que legalmente representa a un equipo de personas naturales, jurídicas y los capitales humanos y materiales que éstas aportan. Más aún, al tratarse la actividad minera de un interés social, como ya lo argumentamos, podríamos inferir que el concesionario no sólo representa a ese conjunto de intereses privados englobados en la promoción del proyecto sino

¹⁷ El prefijo *quasi* denota que si bien la minería no alcanza el status de necesidad pública determinado en la Constitución, tampoco se trata de una actividad privada e intrascendental pues ya está corroborado el interés social que ésta representa

también, de manera indirecta representa al conjunto de intereses públicos de los ciudadanos que recibirán las externalidades positivas del desarrollo de dicho proyecto minero, como lo son el importante financiamiento de obras de inversión pública que se pueden traducir en mayor acceso a educación, tecnología, recursos humanos capacitados, servicios de salud y otros, como infraestructura de transporte y comercio, que serán disfrutados de manera directa por éstos. Más aún, en secciones anteriores vimos que muchos problemas de la actividad agrícola (la que constituye el principal fundamento de oposición al desarrollo minero de un predio y por tanto, el contenido más fuerte que puede recibir la figura de la Enervación) estriban en el déficit de inversión públicas en las áreas y servicios mencionados, de lo cual podemos desprender, la probabilidad que el mismo titular predial se vea beneficiado de manera inmediata o cuando menos de manera futura por las mejoras en la industria agraria que disfrutará al desarrollar dicha actividad una vez terminada la servidumbre.

En resumen, las dos partes que atañen a este conflicto son el Titular del predio y sus intereses de trascendencia principalmente privada y el Concesionario minero, y sus intereses teñidos de un positivo impacto social. En esta contrastación no buscamos ir en desmedro del interés privado, piedra angular de toda economía, sino, encajar dicho interés en el modelo económico que nuestra Constitución establece, de Economía Social de Mercado, en el cual la Función Social de la Propiedad determina que el ejercicio del interés privado debe conllevar una trascendencia social positiva, la cual sí reviste el interés -también en esencia privado, vale acotar- del Concesionario, como lo ha reconocido el Tribunal

Constitucional en Pleno Jurisdiccional¹⁸, afirmando que *"...para que el Estado cumpla con sus objetivos esenciales y promueva el Bien Común es indispensable la creación de nuevos proyectos de desarrollo que en forma eficiente y responsable posibiliten la creación de riqueza, la cual, deberá ser objeto de una razonable distribución en coherencia con los principio de la Economía Social de Mercado, entre los que cabe mencionar el principio de subsidiariedad, solidaridad y de redistribución de la riqueza*

4. La Enervación como trasgresión a la Función Social de la Propiedad

Teniendo que la Función Social establece restricciones legítimas a la variedad de formas en que el derecho de propiedad puede ejercerse, y que la actividad minera constituye expresión del interés social protegido por ésta, continuaremos la disertación argumentando que la figura de la Enervación del Derecho de Propiedad permite que el ordenamiento jurídico ampare un ejercicio que va más allá del protegido constitucionalmente por la Función Social, para lo cual deberemos establecer que (1) La constitución de una Servidumbre -en general o minera- se fundamenta en la Función Social, pues (2) se trata de una intervención legítima del Estado sobre los límites del derecho de propiedad pues cumple con el Test de Razonabilidad exigido por el Tribunal Constitucional, además que, (3) la ilimitada oposición a la Servidumbre minera que el ordenamiento permite actualmente.

¹⁸ Tribunal Constitucional (2012). Pleno Jurisdiccional contenido en el Expediente N° 0001-2012-PI/TC, fundamento 53. Perú

La Servidumbre como expresión de la Función Social de la Propiedad

Partimos citando a ARIAS - SCHREIBER & CÁRDENAS quienes señalan que *"Las servidumbres (...) no sólo se imponen por desprenderse de las necesidades mismas de las cosas y del sistema de limitaciones existentes en orden de la propiedad privada. Las servidumbres surgen alentadas por principios de fraternidad humana; de perfeccionamiento en el sistema de explotación de los bienes; de una mejor satisfacción de las necesidades, ya vitales, ya suntuarias (...); del interés de la colectividad que exige un sacrificio parcial de la regla del exclusivismo"*¹⁹. Los autores nos presentan entonces una motivación de la Servidumbre en la valoración de las relaciones sociales y los principios que deben primar en la interacción entre las personas, es decir, cuando sus respectivos ámbitos subjetivos de derechos entran en contacto. Así mismo, dichos juristas también declaran que la trascendencia de la servidumbre se deriva de la satisfacción de necesidades públicas y privadas relacionadas con la creación de riqueza y la armonización de las relaciones sociales, lo cual va de la mano con el moderno concepto social de la propiedad. De esto, se deriva que la Servidumbre sea una institución que tenga en su núcleo mismo la expresión más clara de la Función Social de la Propiedad.

¹⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo V. Derechos Reales" Nueva ed. Actualizada. Perú: Gaceta Jurídica Editores S.A. Págs. 282-284

Más aún, si observamos el caso particular presentado en ésta investigación, de la Servidumbre Minera, veremos que el fundamento del derecho de ocupación del predio mediante que genera éste gravamen, se deriva de la necesidad de la ocupación y construcción de infraestructura sobre un suelo determinado para hacer posible la actividad minera y por ello, la legislación minera concede algunas prerrogativas al concesionario, que operan principalmente en dos maneras: (1) otorgando al concesionario la facultad de acceder al uso gratuito u oneroso de los terrenos necesarios para fines mineros; de darse en terrenos eriazos, el Estado otorgará dicho uso de manera gratuita a condición que su explotación sea destinada al fin económico por el que se otorga; (2) cuando se trate de terrenos colindantes, el acceso a estos será oneroso y también bajo la condición de destinar su uso a los fines económicos que lo fundamentan. De esto desprendemos, que el Estado es el primero en reconocer la importancia de ésta actividad no sólo literariamente sino, en la vía de los hechos, al otorgar tales facilidades de acceso a los terrenos eriazos bajo su dominio.

De lo anterior, se evidencia que la doctrina se inclina a considerar el aspecto social del derecho de propiedad como el fundamento de las limitaciones que puedan hacerse sobre el mismo a un nivel específico (pues la Servidumbre, si bien se encuentra establecida a nivel legislativo, *ergo*, aplicable a toda situación que revista las condiciones previstas por dicha figura, no es una limitación de orden general pues para concretarse requiere de un procedimiento constitutivo para cada situación particular que lo solicite, y esto mismo, aplica también para la variante específica de la Servidumbre en la legislación minera). Por ello, podemos

dar por sentado que la Servidumbre Minera se fundamenta en la Función Social de la Propiedad.

El Test de Razonabilidad aplicado a la Servidumbre y a la Enervación

Para darle mayor solidez a los argumentos arriba descritos, aplicaremos el Test de Razonabilidad que el Tribunal Constitucional ha utilizado en reiteradas ocasiones para determinar si mediante la Función Social de la Propiedad, el Estado puede amparar la limitación del derecho de propiedad del Titular, en atención al interés social que revista la actividad minera. Para ello, tomamos de referencia la Sentencia del año 2005 recaída en el Expediente N° 0030-2004-AI/TC, que indica que el Test se vincula directamente con el valor superior justicia, el cual constituirá el parámetro indispensable de constitucionalidad, integrado por tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En dicha sentencia, se establecen las siguientes definiciones sobre cada uno de estos principios:

"§1. Principio de Idoneidad

3. En primer lugar, corresponde realizar un análisis desde el punto de vista de la idoneidad de la medida adoptada. Este principio implica que *toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución.*

*En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional **analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculden una restricción de un derecho fundamental.***

(...)

§2. Principio de Necesidad

*6. Un principio de este tipo significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, **no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.** Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental.*

(...)

§3. Principio de Proporcionalidad

*9. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, **el grado de realización***

del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso.

Se pueden recoger tres criterios con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad. Estos criterios son: que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja; que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva".

En resumen, deberemos evaluar si la Servidumbre -y de igual manera, la Enervación, seguidamente- o mejor dicho, la intervención del Estado para establecer dicho gravamen, cumple con los siguientes criterios:

- Fundamentarse en la búsqueda de un objetivo constitucionalmente legítimo y así mismo, elegir medios que mejor permitan concretar tal finalidad de entre las alternativas posibles (*Principio de Idoneidad*).

- Ser la única medida que permita lograr el objetivo con la menor restricción o limitación posible sobre el derecho afectado (*Principio de Necesidad*).
- Lograr la finalidad deseada en grado tal, que resulte al menos proporcional al grado en que se afecto al derecho (*Principio de Proporcionalidad*).

Entonces, aplicando dichos criterios, tenemos que la Servidumbre:

- **Cumple con el principio de idoneidad**, pues el objetivo o finalidad que dan pie a su imposición es la de concretar la Función Social de la Propiedad en los hechos, es decir, en el ejercicio efectivo del derecho de propiedad de manera tal, que dé cabida al interés social que el bien específico -en este caso, el predio necesario para el desarrollo minero- permite satisfacer, siendo que dicha Función emana de la misma Constitución, por ende, la Servidumbre es constitucionalmente legítima²⁰. Adicionalmente, si tomamos en cuenta que

²⁰ "(...) *Justificación de la intervención en el derecho a la propiedad*

(i) Principios de legalidad y razonabilidad

8. *El derecho de propiedad no es un derecho absoluto desde el momento en que su reconocimiento se realiza en un ordenamiento donde coexisten otros derechos fundamentales, pero también una serie de bienes (principios y valores) constitucionalmente protegidos.*

9. *En algunas oportunidades, esos límites se derivan expresamente de la Constitución. Así, el artículo 70 de la Ley Fundamental señala que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.*

10. *En otras, tratándose de límites implícitos, corresponde al legislador establecer dichas restricciones, dejando intacto el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate. En cualquier caso, el establecimiento de dichos límites debe realizarse conforme a las garantías normativas que la Constitución pudiera haber previsto en relación con un determinado derecho fundamental.*

11. *En el caso del derecho de propiedad, su ejercicio, uso y goce sólo puede ser limitado por ley (artículos 70 de la Constitución y 21.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos)". Tribunal Constitucional. Sentencia recaída sobre el Expediente N° 665-2007-AA/TC. 2007*

para concretar la Función Social, las vías posibles son: **(1) la limitación absoluta del derecho de propiedad**, que consistiría en una medida desproporcional pues excedería las cláusulas dispuestas por la Función Social, destruyendo por completo el contenido y naturaleza jurídica de la Propiedad; esto se podría expresar a través de la expropiación no compensada del predio ya sea mediante un procedimiento administrativo o mediante norma que desde su aplicación ya despoje al titular de éste derecho; **(2) la limitación absoluta pero compensada de la propiedad**, la cual es el caso de la figura de la Expropiación tal como se contemplaba en la normativa que rige el procedimiento de imposición de Servidumbre Minera (la *enervación* de la propiedad generaría la obligación del concesionario de expropiar el predio en cuestión), la cual hoy sólo procede en los casos de necesidad pública o defensa nacional, es decir, en supuestos donde el interés social se hace más claro y severo, en los cuales corresponden limitaciones al derecho de propiedad mayores que incluso pueden mellar el contenido de éste, pero se amparan en lo extraordinario y grave de las situaciones en concreto; sin embargo, éste no es el caso en la industria minera pues si bien ésta revista interés social, sería difícil argumentarse que revista la misma necesidad grave que una situación donde el interés público o la supervivencia misma de un sector de la población está en juego y por ello, no se amerita una limitación de éste carácter; finalmente, tenemos **(3) la limitación parcial del derecho de propiedad, la cual se expresa mediante la Servidumbre**²¹, en la cual no se

²¹ Señala el TC: "**7.** (...) *el carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los*

restringe el núcleo mismo del derecho de propiedad, que es el amparo del disfrute económico de un bien, sino, algunas de éstas facultades, a cambio del pago de un justiprecio por el valor económico que el titular no podrá realizar mientras dure la Servidumbre y así mismo, una indemnización por los daños y perjuicios accesorios que ello pudiese generar a dicho titular. Por tanto, en la vía de la Servidumbre, se cumple la Función Social de la Propiedad de la manera más idónea, pues efectivamente restringe el derecho de propiedad sin destruirlo o mellarlo sustancialmente (Agregamos lo expresado por el especialista minero, LANA O CLEONARES²², quien indica que *"...la servidumbre no extingue el derecho de propiedad sino que restringe su exclusividad, dado que las facultades inherentes a la propiedad quedan establecidas entre el propietario y el titular de la servidumbre"*).

- **Cumple con el principio de necesidad**, dado que -en línea con lo anterior- la Servidumbre permite lograr el objetivo constitucionalmente legítimo, debemos corroborar si también lo hace mediante la menor afectación o restricción posible sobre el derecho gravado, lo cual se desprende del párrafo anterior, pues entre las tres vías citadas para asegurar un ejercicio del derecho de

agentes económicos. En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social..." (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Exp. N.º 00316-2011-PA/TC, 2012).

²² LANA O CLEONARES, Eduardo (2004) *"¿Sirven las Servidumbres Mineras en el Perú?"* En Revista Peruana de Derecho Empresarial, No. 59. Perú: ASESORANDINA S.R.L. Pág. 376

propiedad en conjunción con la Función Social, sólo la servidumbre permite la menor restricción sobre el conjunto de facultades que integran el derecho privado del titular del predio, lo cual entonces, demuestra que la Servidumbre también cumple con el principio de necesidad.

- **Cumple con el principio de proporcionalidad** en atención a los intereses privados y públicos que están involucradas en los supuestos donde actúa la servidumbre minera, los cuales desarrollamos en la sección anterior y recapitulamos aquí: En un extremo se encuentra el interés privado del titular del predio, de otro, el interés privado del concesionario solicitante de la servidumbre y trascendiendo a éstos, se encuentra el interés social que se desarrolla cuando la actividad minera es permitida, lo cual adhiere de una importancia social al interés privado del concesionario. Entonces, el criterio de proporcionalidad nos exige que el interés afectado, sea restringido en un grado que permita, como mínimo, igual grado de satisfacción del objetivo buscado. Por ello, el interés social que se realiza en conjunción con el interés privado del concesionario, de entablarse la servidumbre, debe ser tanto o mayor que el grado de afectación que recibe el titular del predio en su ámbito privado. Como se desarrolló en la citada sección, efectivamente la servidumbre, mientras se cumplan sus requisitos -siendo uno de los principales, avocar el uso del predio gravado a la finalidad por la cual se fundamentó su constitución- permite la satisfacción de un conjunto de intereses mayores al interés privado que se afecta. Aunque habría aquí, que hacer hincapié en el caso particular de los predios propiedad de comunidades campesinas y/o nativas, la cual, como

ampara la Constitución, tienen un reconocimiento especial en cuanto a la trascendencia del derecho privado de la persona jurídica que constituye la comunidad. En éste caso en particular, dado que el predio se encuentra inmerso en la comunidad misma (a diferencia del resto de casos, donde el predio está contenido en la esfera privada de un individuo y del cual, su explotación con fines mineros, permitirá desprender beneficios sociales para terceros), la ponderación deja de ser entre un interés netamente privado y un interés privado agrupado a un interés público y pasa a ser una contrastación de intereses públicos en ambos casos. Por tanto, en éste supuesto específico, no necesariamente la Servidumbre cumpliría con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, éste es un supuesto de menor incidencia, por lo que no inhabilita lo argumentado respecto de las demás situaciones probables.

Por tanto, la Servidumbre como vía de expresión de la Función Social de la Propiedad es un gravamen constitucionalmente legítimo y goza de la razonabilidad necesaria, por ello, la oposición a esta figura, si bien no debe quedar proscrita por la posible existencia de causales válidas, dada la variedad y complejidad que sólo puede observarse a través de la casuística futura, para fundamentarla, pero debemos sentar como base que ésta oposición bajo ninguna razón pueda revestir el carácter virtualmente ilimitado que actualmente se ampara en la normativa vigente.

El amparo ilimitado que la Enervación permite a la Servidumbre y la Función

Social:

Si aplicásemos de igual manera, el test de razonabilidad a la figura de la Enervación de la Propiedad, tal como se encuentra regulada actualmente, encontraremos que difícilmente se cumplen los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad:

- La Enervación no constituye una limitación sobre el derecho de propiedad, pues se trata de una cláusula que permitirá la denegatoria definitiva de la solicitud de Servidumbre y por ende, un amparo del derecho privado en desmedro de la Función Social de la Propiedad, por tanto, mediante esta figura se privilegia el ejercicio del derecho de propiedad en forma que excede al fundamento de su naturaleza jurídica. Por tanto, no cumple el principio de idoneidad, por tratarse de una protección ilimitada en perjuicio de otros intereses constitucionales tanto o más válidos que el amparado.
- Así mismo, el principio de necesidad no se ve reflejado en la actual Enervación, debido a que existen vías válidas para proteger el derecho de propiedad sin atentar mediante ello contra otros intereses legítimos. Pero, sólo daremos con éstos si partimos de la noción del derecho limitado de propiedad, limitado por la Función Social que debe cumplir como institución y bajo ésta perspectiva, encontramos que la Servidumbre es de manera indirecta una forma de amparar el derecho de propiedad, si tenemos en consideración

además, que de no ser por la vía de la servidumbre, y de tener que optar entre el interés privado y el interés social, la opción restante es la expropiación del bien, la cual reviste un desmedro mayor al derecho de propiedad del titular del predio mientras que en la vía de la servidumbre se logra un punto medio de amparo a ambos intereses en conflicto.

- Finalmente, la Enervación no resulta en una protección proporcional de la propiedad, pues a fin de preservar el disfrute completo del derecho de propiedad para su titular, se sacrifica la posibilidad de desarrollar un proyecto minero y las externalidades positivas que éste replica para con la comunidad con la que se relaciona su impacto, resultando en un altísimo costo de oportunidad que finalmente, es la sociedad quien lo soporta.

Por otro lado, el procedimiento de constitución de servidumbre minera ha demostrado ser ineficaz, lo cual se puede apreciar al observar la poca cantidad de servidumbres constituidas desde la entrada en vigencia del mismo. Indica LANA O CLEONARES²³ que otro factor problemático derivado de lo anterior, es que se dispone la participación de 02 peritos en la etapa de conciliación, uno de los cuales, el perito agrónomo nombrado por el Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA, se pronunciará sobre la *enervación*, la cual pondrá un fin definitivo al proceso. Esto a consideración de LANA O resulta inconstitucional pues deniega el derecho a segunda instancia al solicitante. Dentro de las servidumbres aprobadas tenemos las siguientes:

²³ LANA O CLEONARES, Eduardo (2004) Op. Cit. Pág. 372

- 1) Mediante Resolución Suprema 007-2002-EM se constituye en favor de la empresa PORTLAND la Servidumbre de uso (para explotación a tajo abierto y construcción de planta), de extensión de 402 hectáreas, por un monto ascendente a los US\$ 52,740.06.
- 2) Mediante R.S, 025-2002-EM en favor de la empresa CAJAMARQUILLA: Servidumbre de paso para línea de ferrocarril, 634 hectáreas por US\$ 2,435.58. Actualmente operativa.
- 3) Mediante R.S. 002-2003-EM en favor de la empresa ANTAMINA: servidumbre de paso para traspaso de mineroducto, 2,911 hectáreas por US\$ 4,962.19. Actualmente operativa.
- 4) Mediante R.S. 022-2003-EM: Servidumbre de paso para mineroducto de transporte al puerto de Huarmey sobre terrenos de Compañía Minera Antamina S.A., por 657,798.17 m² por 415,803.94. Actualmente operativa.
- 5) Mediante R.S. 080-2009-EM. Servidumbre minera de uso para la construcción del Complejo Industrial Minero del Proyecto Tantahuatay, en favor de la Compañía Minera Coimolache S.A. En éste caso, se consideró que teniendo la comunidad más de 4 mil hectáreas en su patrimonio colectivo, la imposición de ésta servidumbre no impediría el ejercicio de las actividades económicas y fines que la comunidad tiene respecto de éstos lotes.

Concluye el citado autor²⁴ que *"de estas cifras sólo podemos llegar a la conclusión que la práctica administrativa de haber aprobado sólo cuatro servidumbres desde que se reformó el procedimiento en 1996, no permite considerar a la servidumbre como instrumento eficiente para lograr el acceso de los titulares mineros a la superficie"*. Es decir, se corrobora en la práctica la oposición virtualmente irrestricta que la figura de la Enervación permite a los titulares de predios superficiales.

Con todo lo revisado hasta el momento podemos concluir definitivamente que la figura de la Enervación del Derecho de Propiedad permite un amparo desproporcional en beneficio del interés privado del titular del predio, lo es además, un amparo inconstitucional pues trasgrede la Función Social de la Propiedad, como ya lo hemos fundamentado reiteradamente en ésta sección. Por tanto, el argumento central de ésta tesis queda así establecido.

²⁴ LANA O CLEONARES, Eduardo (2004) Op. Cit. Pág. 375

III. LA ENERVACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO FUENTE DEL ABUSO DEL DERECHO

Complementariamente, un argumento que cabe formular es la posibilidad del Abuso del Derecho en el que el titular del derecho de propiedad del predio puede incurrir dada la posición de negociación débil en la que se encuentra el concesionario minero, la cual se desprende del amparo de una noción absolutista de propiedad que permite la Enervación, aun cuando éste derecho de propiedad se ejerza contraviniendo el interés social o el bien común. Para desarrollar éste razonamiento, observaremos primero cuáles son los criterios para determinar que el ejercicio de un derecho ha devenido en abusivo y por tanto, no meritorio de amparo y seguidamente, veremos cómo estos criterios se configuran en la realidad.

1. Criterios para determinar el Abuso del Derecho

El jurista mexicano RODRÍGUEZ-ARIAS²⁵ considera que el abuso del derecho se configura cuando en el contexto del ejercicio de un derecho subjetivo se genera un desbalance entre el interés social (que puede manifestarse de diferentes formas) y el interés privado que se busca satisfacer mediante dicho ejercicio, pero señala además, que el conocimiento de las consecuencias nocivas para la sociedad es un requisito constitutivo de éste hecho ilícito. Para RUBIO

²⁵ RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) "*El abuso del derecho: Teoría de los actos antinormativos*". México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Pág. 33

CORREA²⁶, se trata de un acto formalmente lícito pero que contraría el espíritu de la norma o los principios del Derecho. En un enfoque distinto, el jurista italiano BRECCIA considera que en el abuso del derecho existe un intento por cubrir de apariencia jurídica un acto que no está permitido por el derecho; es decir, que el agente instrumentaliza un derecho para llegar a un fin ilícito.

Revisando la doctrina, podemos esclarecer los siguientes elementos, que deben concurrir para configurar el abuso del derecho:

- El ordenamiento jurídico vigente, reconoce a una persona un derecho, es decir, un conjunto de facultades de ejercicio lícitas;
- El ejercicio que el titular del derecho hace sobre éstas facultades, crea un desequilibrio entre los intereses de dicho titular y la sociedad;
- Dicho titular se encuentra consciente de las consecuencias antisociales que implica la forma en que está ejerciendo su derecho.
- El jurista italiano BRECCIA²⁷ señala que, de acuerdo a la doctrina europea, también se considera como criterio el uso anormal o incorrecto, es decir, la forma de ejercicio no está dentro de las prácticas tradicionales que se contienen en el derecho abusado.

Adicionalmente, debemos tomar en cuenta el fundamento de ésta figura, para lo cual tomaremos de referencia los dos criterios que consideramos más acertados:

²⁶ RUBIO CORREA, Marcial (2008) *"El título preliminar del Código Civil"* 9na ed. Perú: Fondo Editorial PUCP. Pág. 30

²⁷ BRECCIA, Umberto (1998) *"L'abuso del diritto"*, citado por PALOMBELLA Gianluigi (2006) Op. Cit. Pág. 37

(1) el criterio finalista de la función social y (2) la teoría de las facetas subjetiva y objetiva del abuso, los cuales resumimos aquí:

- **El criterio finalista de la función social.** Propuesto por JOSSERAND para quien todo derecho público o privado debe tener una finalidad a la que obedece y por ello, el titular de dicho derecho no podrá ejercerlo de manera que se desvíe de ésta finalidad, pues tal supuesto constituiría un abuso del derecho; lo cual se relaciona con la Función Social. Agrega MOISSET DE ESPANÉS que se trata de la contravención de los fines de carácter económico y social que son el fundamento del reconocimiento del ordenamiento positivo sobre cierto derecho.
- **La teoría de las facetas subjetiva y objetiva del abuso,** propuesto por la doctrina francesa. Se parte del reconocimiento de las dos facetas presentes en el abuso, una objetiva y otra subjetiva; una que implica la función social que fundamenta el derecho mientras la otra toma en consideración la motivación legítima que haya tenido la conducta, de lo cual se configurará el acto como abusivo si careciese de una motivación legítima para justificar su conducta, cuando ésta no esté en conjunción con la función social del derecho materia de abuso.

Estos dos fundamentos son compatibles, pues en ambos se toma en consideración el cumplimiento de la naturaleza jurídica del derecho en cuestión mediante el ejercicio específico que se haya hecho de éste, como criterio de

referencia para determinar el abuso, mientras que adicionalmente, la teoría de las facetas agrega la noción de la motivación de la conducta como vía para excusar o justificar el ejercicio que se desvíe de la finalidad deseada por el ordenamiento, lo que implica, que serán motivaciones válidas aquellas que busquen lograr un fin compatible con la finalidad del derecho aunque en la vía de los hechos la conducta específica no haya sido la más idónea. Son éstos entonces, los criterios que deberemos ponderar para determinar que la Enervación otorga al titular del predio una posición que permita fácilmente el abuso del derecho.

2. Las posiciones de Negociación del Titular y el Concesionario

Para determinar las posiciones de negociación, es decir, los márgenes de discreción que puede permitirse exigir cada una de las partes respecto de las prestaciones que aceptaría en una negociación, debemos tomar en cuenta principalmente: (1) las necesidades o intereses evidentes de las partes, (2) la distribución inicial de derechos; y finalmente, (3) los posibles acuerdos -en categorías genéricas- que puedan lograrse y el costo de oportunidad que cada arreglo implique para las partes. El establecimiento de la potencia o fuerza que revista la posición en que entra cada parte al proceso de negociación, un conjunto de interacciones entre las partes destinadas a la reubicación de sus recursos y/o derechos sobre éstos, nos ayudará a entender qué parte tiene una posición dominante en la negociación o si existe un relativo equilibrio entre ambas (lo cual sería la situación más deseable, aunque poco probable).

En cuanto a las necesidades evidentes de las partes, nos referimos a aquellas que pueden ser inferidas a partir de sus actuaciones. En el caso de la servidumbre minera, resulta evidente que del lado del Concesionario, la intención principal de éste es la de constituir un gravamen sobre el predio del Titular para poder desarrollar las actividades de explotación de la concesión minera. Más aún, podría desprenderse de las ofertas o comunicaciones que en específico se hiciesen, que su intención también apunta a la adquisición del predio y la servidumbre fuese la opción alternativa ante la negativa reiterada del Titular a ésta alternativa. De otro lado, la intención de éste, puede inferirse en la obtención del máximo precio posible a cambio de la enajenación del bien o alternativamente, de la constitución convencional de la servidumbre.

La distribución inicial de derechos es importante, pues de ello se deriva la fuerza con la que cada parte podrá entrar a la negociación. En éste aspecto, tenemos al Concesionario con el derecho a ocupar el suelo donde yacen los minerales objeto de concesión minera, pero éste derecho sólo puede ejercerse efectivamente si antes, se ha concretado exitosamente la imposición de servidumbre minera. De otro lado, el Titular tiene el derecho a que se respete la propiedad que ejerce sobre el predio y a determinar libremente la finalidad que desee otorgarle a éste, la cual será considerada por el perito respectivo en el procedimiento de servidumbre y de ser el caso, fundamentará la denegatoria del pedido de servidumbre de manera definitiva. Esto entonces, nos permite ver que la distribución inicial de derechos está sesgada en favor del titular del predio, que si bien merece una protección y consideración del sistema jurídica, pues

generalmente se trata de individuos con pocos recursos y por ello, naturalmente tienen una posición de desventaja, la distribución actual excede esa protección y genera un desequilibrio de génesis jurídica, igual de perjudicial.

Los posibles acuerdos, que enumeraremos de manera genérica, son los siguientes: (a) la enajenación del predio a un precio igual o menor al valor de mercado; (b) la enajenación a precio sustancialmente mayor al valor de mercado; (c) la servidumbre convencional a precio igual o menor que el valor de mercado del predio; (d) la servidumbre convencional a precio sustancialmente mayor al valor de mercado. En los casos (a) y (c), estaríamos frente a una transacción justipreciada y por tanto, un ejercicio normal y legítimo del derecho de propiedad del titular, en éste caso, de su facultad de disposición sobre el predio; mientras que en los supuestos (b) y (d), observando la relación entre la variable precio de enajenación y la variable valor de mercado podemos colegir que el Titular se valió del amparo monopólico que le permite la normativa vigente para extraer una renta que exceda el justiprecio de manera significativa como para entenderse como un caso de usura. Analizar el costo de oportunidad²⁸ nos permitirá entender la situación de desventaja que se puede configurar aquí en detrimento del Concesionario. Si tomamos como referencia las cifras revisadas anteriormente

²⁸ Afirma el profesor de economía de Harvard, MANKIW, que "...el costo de oportunidad de un bien es lo que tenemos que sacrificar para obtenerlo". Es decir, que desde la perspectiva económica -distinguida de la óptica contable- para considerar la eficiencia o beneficio neto que acarrea un determinado uso de los recursos, por ejemplo, utilizar un predio para explotación minera, debemos contrastar el beneficio de esa alternativa con el beneficio de la siguiente mejor alternativa, por ejemplo, destinar el predio a la explotación agrícola (MANKIW, Gregory (2012) "*Principios de Economía*" 6ta ed. México: Cengage Learning Editores S.A. de C.V. Pág. 54)

respecto de inversión minera y de inversión en agricultura, queda claro que el costo de oportunidad para el Concesionario tiende a ser sustancialmente mayor al del Titular, pues éste último no obtendrá la misma eficiencia en el aprovechamiento económico de su bien, ni el mismo nivel de ingreso neto proyectado para la actividad extractiva. Esto es lo que permite al Titular extraer una renta mayor a la que su bien le merece (es decir, el justiprecio determinado en base al valor de mercado), pues al no disponer de la vía de la servidumbre legal -en términos efectivos-, el Concesionario está sujeto enteramente a la voluntad del Titular.

De esto, podemos ver que el Titular actualmente tiene una posición más fuerte dentro de la negociación gracias a la (1) necesidad imperativa que afecta al Concesionario quien requiere indispensablemente del acceso al predio; (2) la distribución inicial de derechos en la cual se ampara al Titular de manera desmedida creando un desequilibrio artificial en su favor, y (3) el costo de oportunidad mayor en que incurriría el Concesionario, lo cual pone presión sobre éste para ceder a las pretensiones abusivas que pudiese condicionar el Titular.

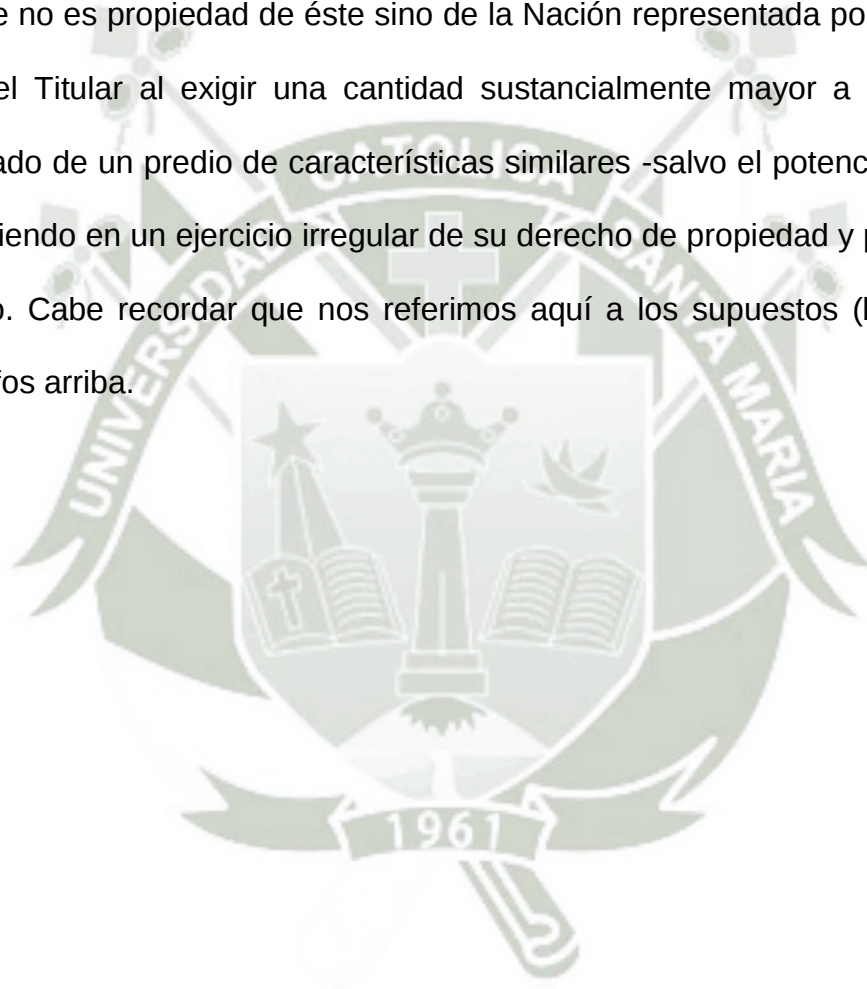
3. La configuración del Abuso mediante la Enervación

Teniendo entonces, los criterios para considerar la existencia de un abuso, y las condiciones generales en que la relación entre las partes se va a desarrollar, podemos analizar la posibilidad que se configure un abuso en la práctica:

En principio, el derecho que el ordenamiento jurídico está amparando es el derecho de propiedad sobre un predio con potencial minero; complementariamente a éste amparo, el ordenamiento tiene instituida la figura de la Enervación del Derecho de Propiedad, la cual otorga una protección al designio subjetivo que el Titular imponga sobre su predio. Hasta este punto, si el Titular argumenta cualquier supuesto incompatible con la actividad minera, estará dentro del derecho que el ordenamiento le ampara y no se tratará de un ejercicio desviado de éste.

El desvío, es decir, el enmascaramiento de un acto ilícito bajo el aparente ejercicio de un derecho legítimo, se da cuando el Titular aprovecha la aventajada posición de negociación que tiene para extraer del Concesionario una renta mayor a la del valor de mercado, que en el marco de una Economía Social de Mercado donde rigen los principios de oferta y demanda en la determinación de precios - salvo excepciones que el Estado determine por su carácter social, lo cual no se aplica en éste supuesto- resulta en una conducta abusiva, pues en la vía de los hechos, el Titular imputa el valor de la ganancia esperada del Concesionario en el precio que exigirá (como criterio para determinarlo) como si el insumo que el Titular está aportando al proceso productivo a través de la servidumbre o

propiedad del predio incluyese el derecho sobre los minerales, los cuales son propiedad de la Nación y cuya explotación ya ha sido otorgada al Concesionario. Es decir, que la valorización que el Titular realiza sobre su predio a fin de formular su oferta, incluye no sólo el valor del predio en cuestión sino también, el valor agregado que le da el hecho de ser un predio con potencial minero, pero éste potencial minero no es aportado por obra del Titular sino de la naturaleza, y dicho aporte no es propiedad de éste sino de la Nación representada por el Estado. Por ello, el Titular al exigir una cantidad sustancialmente mayor a la del valor de mercado de un predio de características similares -salvo el potencial minero- está incurriendo en un ejercicio irregular de su derecho de propiedad y por tanto, en un abuso. Cabe recordar que nos referimos aquí a los supuestos (b) y (d) citados párrafos arriba.



MARCO TEÓRICO

I. ACTIVIDADES MINERAS

1. Concepto

Como marco de referencia, utilizaremos los términos *“Industria Minera”*, *“Sector Minero”*, *“Minería”* y *“Actividad Minera”* indistintamente para designar el concepto a continuación desarrollado: La industria minera conlleva una serie de actividades distintas, en su mayoría tratándose de actividades extractivas pero también incluyendo de manera relevante otras actividades orientadas al procesamiento del producto extraído así como actividades conexas, las cuales en su mayoría se encuentran definidas en la normativa vigente (recogida principalmente en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, en adelante, TUO-LGM y otras piezas normativas complementarias). La mayoría de estas actividades requiere de una concesión para poder practicarse y así mismo, de otras licencias y/o permisos especiales dependiendo de la situación legal en que se encuentren los predios superficiales cuya afectación resulta necesaria para establecer la infraestructura requerida u otras acciones para llevar a cabo las actividades comprendidas en éste rubro. En ésta línea, el artículo VI del Título Preliminar del D.S. 014-92-EM, TUO-LGM, indica:

"Son actividades de la industria minera, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero.

La calificación de las actividades mineras corresponde al Estado.

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

Así mismo, el artículo VII del mismo Título nos adelanta un panorama general del ámbito de aplicación de la Concesión Minera -figura que desarrollaremos líneas abajo:

"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".

Cabe, en éste apartado, también precisar algunos términos elementales utilizados en la industria minera, los cuales definimos en atención a la conceptualización hecha por BELAUNDE MOREYRA²⁹:

²⁹ BELAUNDE MOREYRA, Martín (2009) *"Derecho Minero y Concesión"*. 3ra ed. Editorial San Marcos EIRL, págs. 9-18

Suelo.- Con el surgimiento de la minería a tajo abierto, se derivó una confusión entre los conceptos de suelo y subsuelo, cuya diferencia puede ser más ideal o imaginaria que real. La descripción usual de suelo suele ser la de terreno superficial, predio, solar, tierra, firma, etc., contrastada con las nociones de aire o sobresuelo, subsuelo, subterráneo, entre otras. Para efecto de las concesiones mineras, se considera una ubicación concreta en la superficie terrestre proyectada hacia el interior de la tierra. Normativamente, tenemos la distinción entre los conceptos de entresuelo, subsuelo y sobresuelo, así como la de suelo y recursos naturales, yacimientos, restos arqueológicos y otros bienes de protección especial.

Yacimiento.- Podemos diferenciar entre (1) depósito natural de minerales y (2) concentración de una o más sustancias minerales útiles, susceptibles de explotación económica. No todo depósito es un yacimiento mineral, pues el elemento relevante es que tal concentración produzca ganancias. Bajo ésta lógica, se define al yacimiento no desde un concepto geológico sino desde su utilidad económica, pues de esto se deriva la importancia jurídica del yacimiento.

Mina.- Existen 3 acepciones tradicionalmente difundidas: (1) Como excavación por medio de pozos, galerías, túneles, socavones o tajos abiertos para la extracción/explotación de minerales, (2) como lugar donde se acumulan o encuentran mineral por naturaleza (yacimiento) y finalmente, (3) como concesión, derecho otorgado por el Estado para la explotación de un depósito minero. Así mismo, podría también entenderse a la mina como Unidad operativa, es decir, el

conjunto de Instalaciones, personal y maquinaria involucrados en la actividad minera.

Minerales.- En sentido extensivo, entendemos a cualquier sustancia inorgánica extraída del suelo/subsuelo para ser aprovechada en estado sólido, líquido y/o gaseoso. En sentido jurídico, nos remitimos al artículo I del Título Preliminar del TUO-LGM, donde se definen como *"las sustancias minerales del suelo y subsuelo del territorio nacional, así como el dominio marítimo"*, exceptuando al petróleo e hidrocarburos, depósitos de guano, recursos geotérmicos y las aguas medicinales.

Minero.- Según BASADRE AYULO³⁰, *"La extensión semántica del término "minero" abarca en la ley peruana todas las actividades relacionadas con el cateo, la prospección, la exploración y la explotación de los depósitos minerales existentes en el suelo y subsuelo, las labores que prestan servicios auxiliares (...) así como su posterior beneficio, transporte y comercio que pueden ser concedidos por el Estado mediante un acto administrativo especial"*.

³⁰ BASADRE AYULO, Jorge (2001) *"Derecho de Minería y del Petróleo"*. 1ra ed. Editorial San Marcos EIRL, Pág. 7

2. Importancia

En la visión de BELAUNDE MOREYRA³¹, los minerales son un elemento fundamental para el desarrollo de la vida humana y la sociedad, nos proporcionan energía, luz, calor y materiales para manufacturar la maquinaria y herramientas para distintas actividades. *“Sin minerales la vida del hombre sería literalmente imposible”*. Pero, hoy hay una corriente de opinión contraria a la minería y al petróleo por sus repercusiones negativas sobre el ambiente, las cuales son importantes pero no son incorregibles, todo depende de cómo se ejecuten las fases del proceso. La prehistoria inicia con la edad de piedra, con una minería no metálica. La historia inicia con la escritura, la edad de bronce y la de hierro, donde surgen los grandes imperios, que fueron los pueblos que dominaron las técnicas metalúrgicas antes que otros. Por tanto, es innegable la relación de influencia directa de los minerales sobre el desarrollo y progreso de los pueblos.

Podemos intuir que de lo arriba expuesto es que el legislador, no sólo peruano sino también sus pares de otras nacionalidades, ve por conveniente reconocer el carácter de utilidad pública e interés nacional de la Minería, como se evidencia en el artículo V del TUO-LGM:

“La industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad minera es de interés nacional”.

³¹ BELAUNDE MOREYRA, Martín (2009) Op. Cit., pág. 15

Sin embargo, la minería es también una fuente de conflictos. Si bien existe un amplio rango de conflictos en diversos rubros en los que impacta la actividad minera, la presente tesis tiene principalmente en su enfoque el conflicto nacido en el desencuentro de voluntades entre el Titular de la Concesión Minera y el Titular del Predio Superficial donde se encuentran los yacimientos minerales materia de concesión, es decir, en la sobreposición de derechos reales en un ámbito físico concreto y que ley tiene por misión resolver. Como indica BELAUNDE MOREYRA, *“Tal solución en principio favorece a la actividad minera si es económicamente más importante que la practicada por el dueño del terreno superficial, y, siempre y cuando, éste sea adecuadamente compensado por el perjuicio sufrido”*; dicha primacía teórica se sustenta en lo dispuesto en el artículo V del TUO-LGM; *“si el Estado como representante de la Nación y en ejercicio de su soberanía es titular del dominio originario de los recursos naturales mineros que se encuentran en el territorio peruano, entonces el Estado en el campo minero, como gestor del bien común, tiene como objetivo principal el desarrollo armónico y equilibrado en beneficio del pueblo peruano y de quien realice la actividad, para cuya explotación existe la institución jurídica de la concesión, que confiere a su titular un derecho real sobre la misma cuyos alcances específicos están precisados en la ley”*.

3. Tipos de Actividades Mineras

a) Cateo

El artículo 1º del TUO-LGM, la define como la *“acción conducente a poner en evidencia indicios de comercialización por medio de labores mineras elementales”*. Es decir, consiste en la utilización de métodos básicos para la búsqueda de yacimientos mineros. La actividad, por su simpleza, no requiere de permiso o licencia alguna, sin embargo, junto con la prospección, no pueden ser realizadas en áreas de no admisión de denuncios mineros y en terrenos cercados o cultivados sin autorización del propietario de los mismos.

b) Prospección

El mismo artículo establece que se trata de la *“investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones físicas y químicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión”*. Esta actividad se realiza por medio de herramientas de mayor complejidad pero sin hacer afectaciones sustanciales a los predios investigados.

c) Exploración

Se define en el artículo 8º del TUO como la actividad que permitirá *“demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales”*. A diferencia del cateo y la prospección, esta actividad requiere de una concesión; así mismo,

dependiendo de la situación legal de las áreas superficiales involucradas, serán necesarias distintas autorizaciones. Esta actividad se encuentra reglamentada mediante el DS 020-2008-EM.

d) Desarrollo

En el mismo artículo se define como: *“la operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento”*. El desarrollo puede realizarse en la fase de exploración o explotación, a juicio del titular de la concesión. También puede darse en el contexto de la expansión o extensión de la vida útil de la mina.

e) Explotación

Igualmente, el mismo artículo explica que es *“la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento”*. Esta etapa constituye el momento principal de la industria minera, pues a partir de la extracción de los minerales se materializa la inversión hecha, al adquirirse la propiedad sobre los recursos extraídos, en calidad de bienes muebles.

f) Beneficio, Labor General y Transporte Minero

El beneficio consiste en los procesos físicos, químicos y físico-químicos que permitirán obtener el mineral concentrado y/o la purificación, fundición o refinamiento de los metales. Las actividades de labor general engloban actividades auxiliares como la ventilación, desagüe, izaje, entre otros. Finalmente, el transporte minero consiste en el sistema que permitirá el

transporte masivo y continuo de los productos minerales por métodos no convencionales, entre los que la ley menciona a la faja transportadora, tuberías o los cable-carriles. Estas tres actividades requieren concesiones especiales para la realización de cada una de ellas.

4. Derecho Minero

a) Concepto

BASADRE AYULO³² indica que “El Derecho minero peruano comprende el sistema jurídico relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales concesibles (...) incluyéndose los recursos estratégicos existentes en el suelo y subsuelo del territorio nacional, así como en el dominio marítimo”. A esta definición hemos de agregar las etapas de exploración, explotación y de beneficio, transporte y comercio. En otras palabras -indica BASADRE- el Derecho Minero en una noción breve puede entenderse como el estatuto legal de los minerales. Así mismo, señala dicho autor que *“la noción técnica de mina conlleva el de yacimiento, veta o filón, y, adquiere vigencia jurídica con la concesión estatal, la licencia o el contrato celebrado con la autoridad del gobierno, investido éste de un dominio originario sobre la riqueza minera y petrolera. El concepto de mina lleva inserto el de su trabajo por el hombre: es el yacimiento en un concepto dinámico”*, de lo cual derivamos entonces, una definición comprensiva de Derecho Minero como el *“(…) conjunto de normas jurídicas públicas y privadas, uniformes y autónomas,*

³² BASADRE AYULO, Jorge (2001) Op. Cit., Págs. 9-12

que regulan el cateo, la prospección, la exploración y la explotación y las actividades conexas sobre las sustancias minerales existentes en el suelo y subsuelo de la corteza terrestre, el mar, el margen continental y los fondos marinos, cualquiera que sea su forma y condición física; así como su beneficio, comercialización y transporte, y la adquisición, conservación, transmisión y la pérdida de la titularidad minera; el régimen tributario propio de estas actividades, la naturaleza de los órganos jurisdiccionales, el proceso minero; así como los contratos típicos de esta materia (...).

b) Ubicación

*“Los principios del Derecho minero y de la legislación del petróleo, son simultáneamente de Derecho público y privado (...) El interés permanente del Estado por el hallazgo de depósitos minerales y pozos de petróleo resulta fundamental para su supervivencia, mientras que su exploración y explotación, así como las actividades conexas, son de interés público y de necesidad nacional”*³³. Para GENSER y BARRENECHEA³⁴, el Derecho Minero se informa por el principio de utilidad pública, esencialmente sobre la constitución y caducidad del título minero, a la exploración y la explotación. Las relaciones jurídicas con el Estado en ésta industria son siempre de derecho público, pues la titularidad o propiedad minera requiere la concesión estatal, que es un acto de soberanía sobre los recursos

³³ BASADRE AYULO, Jorge (2001) Op. Cit., Págs. 14

³⁴ GENSER Y BARRENECHEA (1928) "Legislación de minas", citado por BASADRE AYULO, Jorge (2001) Op. Cit., Págs. 14

mineros. Dichas relaciones jurídicas se caracterizan por el intervencionismo estatal que debe imbuirse de un profundo nacionalismo.

BELAUNDE MOREYRA³⁵ considera que el análisis del Derecho Minero y sus instituciones debe partir por ubicarlo como rama autónoma dentro de las Ciencias Jurídicas. Así mismo, encuentra un carácter mixto de tanto Derecho Público como Privado en dicha área jurídica. Como caracteres de Derecho Público, tenemos que el Estado representa a la Nación, quien es titular del dominio originario de los yacimientos; así mismo, el Estado podrá participar empresarialmente en la actividad minera bajo ciertos parámetros pero también es el encargado de otorgar las concesiones, autorizaciones y permisos para el desarrollo de las actividades mineras, cuyos titulares están sujetos en derechos y obligaciones a las taxativamente señaladas por la Ley. Por otro lado, el Derecho Minero muestra caracteres de Derecho Privado, pues es la actividad empresarial ejercida por personas y/o entidades de derecho privado la que dota de vida y dinamismo a éste sector, relegando al Estado como participante intermedio; en esa línea, los contratos mineros se rigen por las reglas generales del derecho común salvo las excepciones expresas contenidas en la legislación minera.

³⁵ BELAUNDE MOREYRA, Martín (2009) Op. Cit., Pág.50

5. Procedimientos Mineros

El artículo 111 del TUO - LGM señala los principios que regirán los procedimientos mineros al indicar que *"El Estado garantiza que los procedimientos mineros responden a principios de certeza, simplicidad, publicidad, uniformidad y eficiencia"*. Debemos partir por reconocer que *"los derechos que adquieren los titulares de actividades mineras son otorgados por los órganos que ejercen la jurisdicción minera"*³⁶, pero dichos órganos no actúan arbitrariamente sino bajo las formas que la regulación prescribe. Así mismo, los derechos mineros se obtienen directamente de la autoridad, o secundariamente, mediante los contratos de transferencia, cesión u otros, los cuales deberán inscribirse en el Registro de Derechos Mineros - SUNARP, pues dicha inscripción tiene carácter de constitutiva.

El TUO-LGM establece una serie de procedimientos, abordando distintas problemáticas o necesidades que surjan para quienes toman parte en la actividad minera, los cuales sólo enumeraremos, pues su objeto no resulta relevante para nuestro enfoque, salvo en el caso del procedimiento para la imposición de la Servidumbre Legal:

- a)** Procedimiento ordinario de otorgamiento de CM
- b)** Procedimiento especial para concesiones de beneficio, labor general y transporte minero

³⁶ BELAUNDE MOREYRA, Martín (2009) Op. Cit., Pág.187

- c) Procedimiento para servidumbres sobre propiedades de 3ros
- d) Procedimientos para el uso minero de terrenos eriazos fuera del perímetro CM y uso de terrenos francos.
- e) Procedimientos de acumulación o renuncia de Concesiones Mineras.
- f) Procedimiento de denuncias por violaciones de la ley.

II. CONCESIÓN MINERA

1. Concepto de Concesión Minera

Normativamente, el TUO-LGM establece en su artículo 9 la definición de ésta figura jurídica:

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

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión".

Art. 10.- *"La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario.*

Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.

La Ley 26281, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos, en su artículo 23 también esboza una definición: (el resaltado es nuestro)

"La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o

indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorporales registrables. Puede ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo".

Abordando la definición por la vía doctrinaria, tenemos el aporte de RUBIO CORREA³⁷: *"La Constitución ha dicho (y ratifica la ley) que la concesión otorga a su titular un derecho real sujeto a las disposiciones legales. Este derecho real es en realidad un uso y disfrute que no es otra cosa que el clásico usufructo. Como derecho se le puede considerar un bien en sí mismo y es lo que hacen las disposiciones legislativas [analizadas]"*. De acuerdo a BELAUNDE MOREYRA³⁸, podríamos afirmar que -en sentido lato- la Concesión Minera proviene de un Acto Jurídico administrativo emanado de la autoridad competente, por el cual se autoriza la actividad de exploración, desarrollo, explotación, beneficio, labor o transporte. Así mismo, en un sentido estricto, la concesión se limita sólo a las actividades de exploración, desarrollo y explotación. De esto podemos derivar que tratándose de un acto jurídico, estamos ante una declaración especial de voluntad del Estado, al cual

³⁷ RUBIO CORREA, Marcial(1999) "*Estudio de la Constitución Política de 1993*" Tomo III, 1era ed. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 332.

³⁸ BELAUNDE MOREYRA, Martin (2009) Op. Cit., Págs. 51-52

consideramos la persona jurídica de derecho público por excelencia. La Concesión Minera reviste un carácter sui generis, por dos motivos que podemos señalar: (1) por un lado, contiene un interés público debido a la generación de riqueza, crecimiento económico y otras externalidades positivas para el país, y simultáneamente contiene un interés privado para los participantes directos, especialmente los inversionistas y accionistas de cada proyecto minero; y (2) por otro lado, no es un derecho de propiedad ni un derecho de usufructo, sino, un conjunto de derechos reales concedidos al concesionario entre los cuales destaca el derecho a explotar los minerales de un yacimiento específico. Adicionalmente, ha de anotarse que la Concesión Minera es clasificada como un sólido de profundidad indefinida, hablando en términos técnicos y jurídicamente se considera que la Concesión penetra indefinidamente en el interior de la tierra hasta donde sea técnica y económicamente viable realizar la explotación. *“La concesión minera otorga a su titular un derecho real consistente en la suma de los atributos reconocidos por la ley”*³⁹. La Concesión se considera como bien inmueble pero los minerales una vez extraídos se adquirirán la categoría de bienes muebles.

³⁹ BELAUNDE MOREYRA, Martin (2009) Op. Cit., Págs. 73

2. Derechos del Concesionario

El artículo 37 del TUO-LGM señala los Derechos comunes a todos los Titulares de Concesiones Mineras: (el resaltado es nuestro)

Art. 37.- *"Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:*

1. En las concesiones que se otorguen en terrenos eriazos, al uso minero gratuito de la superficie correspondiente a la concesión, para el fin económico de la misma, sin necesidad de solicitud adicional alguna.

2. A solicitar a la autoridad minera el derecho de uso minero gratuito para el mismo fin, sobre terrenos eriazos ubicados fuera de la concesión.

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

De oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad⁴⁰.

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

5. A construir en las concesiones vecinas, las labores que sean necesarias al acceso, ventilación y desagüe de su propias concesiones, transporte de

⁴⁰ La entrada en vigencia de la Constitución de 1993 derogó tácitamente la posibilidad de expropiación, pues ésta figura ha sido reservada para casos de necesidad pública.

los minerales y seguridad de los trabajadores, previa la indemnización correspondiente si causan daños y sin gravámen alguno para la concesiones sirvientes, dejando en cancha, libre de costos para esta concesiones, los minerales resultantes de las labores ejecutadas. Los titulares de las concesiones sirvientes, podrán utilizar estas labores pagando la respectiva compensación, cuyo monto fijará la autoridad minera a falta de convenio de las partes.

6. A ejecutar en terreno franco las labores que tengan los mismos objetos señalados en el inciso anterior, con autorización de la Dirección General de Minería.

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.

En casos en que la expropiación comprenda inmuebles ubicados en zonas urbanas o de expansión urbana, se solicitará la opinión del Ministerio de Vivienda y Construcción o del Organismo Regional correspondiente.

8. A usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal de trabajadores y para las operaciones de la concesión, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

9. A aprovechar las sustancias minerales contenidas en las aguas que alumbren con sus labores.

10. A inspeccionar las labores de concesiones mineras vecinas o colindantes, cuando sospeche internación o cuando tema inundación, derrumbe o incendio, por el mal estado de las labores de los vecinos o colindantes, por el desarrollo de los trabajos que se efectúen en éstos.

11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería"

Podríamos decir que la Concesión Minera entrega como principal derecho la facultad exclusiva de explorar, explotar o desarrollar una concesión, así como el derecho de propiedad sobre las sustancias minerales extraídas del suelo como resultado de estos procesos. No obstante, el artículo 23 del D.S. 059-2008-EM, Reglamento de Procedimientos Mineros, establece que el título de Concesión Minera no agota los permisos requeridos para realizar las actividades mineras, pues, dependiendo del status o condiciones legales particulares del terreno donde se encuentre el yacimiento mineral, existen otras instituciones o entidades públicas y/o privadas a las que se deberá solicitar algún tipo de permiso. Entre estas están principalmente: (1) La aprobación del Instituto Nacional de Cultura, hoy absorbido por el Ministerio de Cultura, si el terreno tuviese restos arqueológicos o alguna valoración como patrimonio cultural de la nación; (2) la Certificación Ambiental respectiva que emitirá el Ministerio del Ambiente o el Gobierno Regional según sea el caso; (3) otras licencias y finalmente, el que nos centra en el enfoque de éste estudio, (4) el Permiso del propietario del terreno

superficial o la Servidumbre administrativa, salvo que se trate de terreno eriazos en cuyo caso se puede usar de manera gratuita o solicitar su venta.

De manera complementaria, el ordenamiento jurídico otorga derechos que podríamos denominar adicionales o colaterales en beneficio del concesionario; ello en atención a las necesidades propias de la actividad minera, que en muchos casos requiere afectar el predio donde se ubican los yacimientos minerales así como predios contiguos, para lo cual se ha dispuesto la figura de la Servidumbre, que estudiaremos detenidamente capítulos adelante. Son, entonces, derechos adicionales: (1) El derecho al uso minero gratuito de la superficie de la concesión, cuando se trata de un terreno eriazos, sin necesidad de permiso expreso; (2) el derecho a solicitar el uso gratuito de terrenos eriazos fuera del perímetro superficial de la concesión; (3) el derecho a solicitar la constitución de una servidumbre sobre terrenos de terceros y (4) los demás enumerados en el artículo citado párrafos arriba.

3. Perspectiva Constitucional de la Concesión Minera

El Tribunal Constitucional, en su Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC, publicado el año 2005, hace un extensivo análisis de la figura de la Concesión administrativa en general así como de la Concesión Minera como variante específica de ésta. A continuación, recogeremos algunos de los argumentos jurídicos expuestos en dicho documento: (el resaltado es nuestro)

"102. En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento (...) es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular (...)

103. La concesión administrativa tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad económica que tiene un carácter predominantemente público. La contraprestación por este acto administrativo es el denominado pago del derecho de vigencia del título que contiene el derecho otorgado en virtud de la concesión, previsto en el artículo 20° de la Ley N.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

Empero, si la Administración decide dar en concesión la explotación de recursos naturales no renovables a un número limitado de administrados para que la indicada actividad se cumpla a través del título de concesión, no supone que queda anulada su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable.

Por el contrario, deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga, como es la protección del medio ambiente.

Es decir, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad. El Estado no cede su ius imperium, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad precisamente de asegurarla".

Así mismo, continúa el desarrollo argumentativo del TC, abordando ahora la figura de la Concesión Minera:

"105. (...) En tales términos, la concesión minera también supone un reconocimiento a la iniciativa privada de la explotación minera, que otorga beneficios económicos a la empresa concesionaria -bajo la forma de renta y utilidades- por las cargas que la concesión le impone (...)

108. La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables".

III. PROPIEDAD

1. Definición

El Código Civil en su artículo 923 define a la propiedad como “*el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley*”. El jurista AVENDAÑO VALDEZ⁴¹ nos comenta sobre éste derecho que en primera instancia se trata de un poder jurídico nacido del Derecho y que recae sobre un bien o conjunto de bienes, confiriéndole a su titular cuatro atributos: usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Esta es la definición más conocida de la

⁴¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge Y OTROS (2010) "Código Civil Comentado", Tomo V, 1era Edición. Perú: Gaceta Jurídica, S.A.

propiedad, sin embargo, un estudio de ésta magnitud requiere indagar un poco más en el panorama histórico de dicha figura y en sus fundamentos.

En Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789, se juntaron las doctrinas liberales y constitucionalistas que otorgaban un reconocimiento importante a la institución de la propiedad, indicando en el artículo 17 de dicha Declaración: "*Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización*". En opinión de RUBIO CORREA⁴², el tratamiento constitucional de la Propiedad debe limitarse a establecer grandes principios como:

- **La distinción entre propiedad privada y el dominio sobre los bienes públicos**, lo cual puede derivarse de un análisis de la *ratio legis* del texto constitucional de 1993: El artículo 70⁴³ trata a la propiedad como un derecho privado de personas de derecho privado o de derecho público, pero en contraste, el artículo 73⁴⁴ habla sobre los bienes bajo dominio

⁴² RUBIO CORREA (1999) Op. Cit., pág. 362

⁴³ **Artículo 70.-** "*El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio*".

⁴⁴ **Artículo 73.-** "*Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico*".

público, sean o no de uso público, lo que nos ilustra sobre dos aspectos importantes: (1) la diferencia entre dominio y propiedad: (2) la diferencia entre bien de uso público y bien que no es de uso público. Dice RUBIO: *"La propiedad es entendida en el Derecho contemporáneo como el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia del derecho (...) El dominio tiene más bien el sentido de pertenencia a alguien que ejerce el señorío y ya estos vocablos dan el sentido de pertenencia histórica del concepto... durante largos períodos de la historia humana en los que ya existió una forma jurídica consistente, hubo dominio sin haber propiedad tal como la entendemos ahora (...) El dominio... estaba más referido a los bienes entendidos como bienes de uso. La propiedad actual considera a los bienes más como bienes de cambio. Por lo tanto, dominio no era propiedad. Tiene más que ver con el ejercicio de derechos inamovibles y no dedicados a la circulación sobre los bienes"*. De esto desprendería que el Estado tiene dominio sobre los terrenos eriazos, el mar territorial, el espacio aéreo pero no implica ello un ejercicio de propiedades concretas ni de fácil disposición en circulación. Los bienes de uso público son aquellos que están destinados a que los utilicen todas las personas indistintamente, sin la posibilidad de ejercer derechos individuales y/o colectivos *exclusivos* sobre éstos. Hay bienes de dominio público que no son de uso público, ej.: los yacimientos minerales, etc. Pero sobre ciertos bienes de uso público se pueden establecer concesiones de aprovechamiento económico a particulares, lo que no les permite la exclusividad de uso sino, la obtención

de ciertas rentas normalmente destinadas a la mejora de la calidad; ej.: carreteras.

- **Las condiciones de expropiación o confiscación de bienes**, en lo cual deberá determinar -al menos- los siguientes elementos (que el artículo 70 efectivamente ha abordado): (1) Si habrá o no la expropiación/confiscación; (2) las razones que lo permiten; (3) el tipo de proceso y las garantías para el propietario afectado y finalmente, (4) la forma de valorización del bien y el pago indemnizatorio correspondiente.
- **Los grandes límites/condiciones de ejercicio sobre la propiedad**, que generalmente se desarrollan vía normas con rango de ley. En la Constitución de 1993, las principales son: Armonía con el bien común y actuación dentro de los límites de la ley; las restricciones a los extranjeros dentro de los 50 km de fronteras y las restricciones por materia de seguridad nacional

GONZÁLES BARRÓN⁴⁵ define que *"la propiedad es un derecho subjetivo, lo que implica el reconocimiento normativo de interés de un sujeto sobre un bien; mientras tanto, los terceros quedan colocados en situación de extraneidad total, ya que estos no tienen un deber concreto frente al titular del derecho"*. Por tanto, aunque se hable de la propiedad como *"poder jurídico"* (considerado por dicho

⁴⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) *"La Propiedad en la Constitución de 1993: Derecho individual con Proyección Social"*. Publicado en El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución. 1ra ed. Perú: Gaceta Jurídica S.A. Págs.11-12

jurista como un término impreciso) es evidente que se reconoce el derecho subjetivo. La propiedad entonces es un ámbito de libertad del individuo frente al Estado, tesis defendida desde el primer constitucionalismo, pero en la teoría jurídica de los derechos fundamentales se debate si esto sólo implica las relaciones de privados frente al poder o si también, la de particulares entre sí; pues no sólo el poder político puede dañar los derechos (En la teoría clásica se concebía como "derechos públicos subjetivos", derechos exigibles por el ciudadano al Estado pero luego se empezó a hablar de "eficacia horizontal", la exigibilidad de derechos fundamentales a terceros.⁴⁶

2. Función Social de la Propiedad

a) Contexto Histórico

A raíz de la gran depresión económica de 1929, que tuvo impactos serios en todo el mundo, la concepción hasta entonces liberal del Estado limitado, restringido a funciones normativas, judiciales y de promoción de seguridad, cambió a una concepción del Estado como una entidad que debe asumir un rol más activo en la economía de su país, implementando políticas que ayuden a compensar los defectos que el mercado pudiese ofrecer (ej.: las políticas contra-cíclicas). Esa nueva corriente caló también en nuestro país, aunque fue recogida de manera tardía en la Constitución de 1979. Con la caída del muro de Berlín (fracaso del comunismo, es decir, de las

⁴⁶ GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) Op. Cit., págs. 13-16

economías centralmente planificadas) y otros episodios económicos que plantearon serias dudas sobre las políticas económicas propuestas por el *keynesianismo*, regresaron las ideologías liberales al escenario mundial, bajo el liderazgo de Ronald REAGAN, Presidente de E.E.U.U. y Margaret THATCHER, Primera Ministra de Inglaterra. A este regreso a las ideas de libre mercado se le bautizó "neoliberalismo", que RUBIO CORREA se aventura en definir⁴⁷: *"El concepto de neoliberalismo tiene que ser precisado con la finalidad de diferenciarlo del liberalismo original que inicia su existencia política hacia el siglo XVIII... Los liberales de entonces lucharon contra el antiguo Régimen en pos de una sociedad con libertad y propiedad para todos... la sociedad de propietarios... donde todos tuvieran algo y nadie tuviera demasiado"*. John LOCKE⁴⁸, padre del liberalismo clásico, consideró que el trabajo otorga el derecho de apropiación según la ley natural en el Estado de la Naturaleza, y afirma que el desperdicio de bienes apropiados por una persona, es una ofensa frente a la ley natural que debe ser sancionada por invadir la parte correspondiente a los demás, pues priva a su vecino de la parte que le corresponde, pues el derecho de apropiación no va más allá de las necesidades. Es decir, LOCKE concibe una sociedad de pequeños propietarios donde ninguno pueda acumular tanto que avasalle a otro. **Pero los siglos XIX e inicios del XX demostraron lo difícil de materializar esta realidad**, ante lo cual, la sociedad reaccionó estableciendo ciertas reglas de seguridad para el ser

⁴⁷ RUBIO CORREA, Marcial (1999) Op. Cit., pág. 184

⁴⁸ LOCKE, John (1992) *"Two Treatises of Government"*, reedición trad., citado por RUBIO CORREA (1999) Op. Cit., pág. 184-185

humano, dando pie a los derechos sociales a inicios del S. XIX en Inglaterra y extendidos por el mundo a inicios del S. XX. *"De ésta breve revisión es posible concluir que las necesidades de conducción de la economía en los tiempos actuales no se limitan a un neoliberalismo plano e ideologizado... Las sociedades desarrolladas de hoy no se hicieron con exclusiones significativas. Por el contrario, siempre buscaron, no sin conflicto, la integración de los intereses de todos"*⁴⁹

Como respuesta a las corrientes antes mencionadas es que surge el modelo de la Economía Social de Mercado, del cual CLAPHAM⁵⁰ explica: se trata de un sistema de libertad económica y equilibrio social, de carácter abierto y no dogmático, es decir, que a partir de principios establecidos se reevaluará el rendimiento del sistema constantemente en base a las nuevas experiencias que pudiesen darse en su desarrollo, en función de lo cual se diseñarán nuevas estrategias de equilibrio entre sus elementos componentes: (1) libertad, (2) competencia, (3) justicia social y (4) seguridad social. Así mismo, CLAPHAM detalla que *"para la economía de mercado socialmente comprometida, la dimensión social es una parte integrante. Es por esto que los objetivos sociales y distributivos se ubican en el mismo nivel que la eficiencia económica. Los problemas sociales... no pueden solucionarse únicamente con un mercado que funciona bien... Su*

⁴⁹ RUBIO CORREA Marcial (1999) Op. Cit., pág. 192

⁵⁰ CLAPHAM, Ronald (1994) *"La economía social de mercado como sistema político ordenador"*, en Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán, citado por RUBIO CORREA (1999) Op. Cit., pág. 212-214

solución precisa igualmente de medidas complementarias para lograr el equilibrio social, así como también de medidas de tipo institucional para propiciar la cooperación social... La combinación del mercado con el equilibrio social es lo que caracteriza a la Economía Social de Mercado".

RUBIO CORREA arguye entonces, que la intervención del Estado es esencial para lograr el equilibrio social, la redistribución y la promoción de los menos favorecidos para ayudarles a generar competitividad. Pero esta intervención no debe ser sesgada, desordenada ni con intereses subalternos, sino, dentro de parámetros claramente definidos a fin de garantizar que las intervenciones no deriven en arbitrariedades que contravengan la esencia del derecho de propiedad.

b) Concepto

*"El mundo de las relaciones privadas no puede quedar sujeto al arbitrio individual, pues ello desemboca irremediabilmente en el abuso del más fuerte y en la concentración de la riqueza en pocas manos"⁵¹. La propiedad asegura un mínimo de utilidad individual a su titular pero se encuentra sujeta a la realización del interés social. El propietario no deriva su riqueza de su propio esfuerzo pues disfruta de beneficios brindados por terceros (a través de la protección del Estado, el acceso a servicios provistos mediante obras comunitarias, entre otros.), por tanto, *"la propiedad está afecta a una hipoteca social pues la riqueza debe aprovechar de una u otra manera a**

⁵¹ GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) Op. Cit., págs. 20

todos los individuos". Es un derecho individual con proyección social⁵². Esta noción recibe nombres como "*función social*", "*interés social*", o "*bien común*", que -como vimos líneas arriba-proviene básicamente de la reacción de la sociedad contra la concepción liberal de la propiedad como derecho absoluto e ilimitado sobre los bienes.

CAMACHO GUTIÉRREZ⁵³, quien sigue la línea planteada por el famoso jurista León DUGUIT plantea que el derecho de propiedad es una institución jurídica formada para responder una necesidad económica, lo que no va en desmedro del carácter privado de la propiedad sino, busca que los derechos de particulares deben conciliarse con los de la comunidad, por tanto, no se trata de un derecho justificado en el individuo sino justificado en la función social que cumple. Así mismo, afirma la protección a la propiedad está condicionada a que aquel tenga el capital lo haga valer aumentando la riqueza general. Esto cambia la percepción sobre este derecho: deja de ser un derecho individual y se convierte en función social. Entonces, no podemos hablar de la propiedad como derecho absoluto en el sentido de derecho ilimitado, que permite el uso del bien indiscriminadamente aunque genere perjuicios a terceros. Sólo se puede aceptar el absolutismo en sentido de la oponibilidad del derecho a terceros y al poder público, que sólo podrá tomar la propiedad privada en atención al interés común y mediando una justa indemnización. En el

⁵² GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) Op. Cit., págs. 21-24

⁵³ CAMACHO GUTIÉRREZ, Walter Y OTROS (2010) "*Código Civil Comentado*", Tomo V, 1era Ed. Perú: Gaceta Jurídica, S.A.

Derecho no hay absolutos pues su función es la organización de las relaciones interpersonales y por tanto, la coexistencia de derechos distintos obliga a que estos sean limitados. Para efectos de nuestra argumentación, tomamos de referencia ésta perspectiva de la propiedad, en la cual se ampara dicho derecho en la función social que cumple.

Dentro de la Doctrina de la Función Social, existen variantes Extrínsecas e Intrínsecas. GONZÁLES BARRÓN explica que las Teorías Extrínsecas de la Función Social de la Propiedad consideran que no es la persona del titular quien cumple la función sino la institución misma de la propiedad, por ende, los límites al ejercicio del derecho de propiedad están fuera del derecho subjetivo; así mismo, la función social se entiende como el límite externo que cerca un núcleo interior infranqueable (un mínimo de facultades que constituyen el derecho de propiedad) mientras deja hacia afuera otro grupo de facultades. Por otro lado, las Teorías Intrínsecas consideran que el titular de un derecho subjetivo mantendrá su condición de tal mientras ejercite su derecho en concordancia con la finalidad que el ordenamiento le ha asignado a tal ventaja o poder, pues no existen verdaderos derechos subjetivos sino, cada situación contiene un interés propio, personal y un interés público y es éste último el que dota de legitimidad y conservación a la propiedad. León DUGUIT, uno de los mayores promotores de la Doctrina de la Función Social de la Propiedad, sienta una posición más extrema al considerar que la función social implica la eliminación de la concepción de la propiedad como derecho o poder de

la voluntad, reemplazándola por una concepción del titular de la propiedad como "funcionario", donde la función social se manifiesta como *función social-límite*, aquellos límites que el propietario ve -cada vez con mayor alcance- impuestos a su derecho y por otro lado, como *función social-impulsiva*, por lo cual el propietario no sólo debe abstenerse sino que debe incurrir en conductas positivas (acciones) que consistirá en ejercer sus derecho de la forma más conveniente para la sociedad. Entre estas dos posturas, intrínseca y extrínseca, GONZÁLES BARRÓN se decanta por ésta última, pues aceptar la teoría intrínseca implicaría abrir las puertas de la propiedad a la arbitrariedad del gobernante de turno, desvirtuando así el sentido de ésta institución jurídica mientras, en cambio, la función social extrínseca sólo importara un conjunto de límites u obligaciones que restringirán los derechos subjetivos desde afuera.

Cabe resaltar, que la "función social", en forma de intervención estatal sobre el derecho de propiedad, sólo puede concretarse mediante una norma, que no podrá ser arbitraria pues estará sujeta a la comprobación de su constitucionalidad, lo cual plantea la importante tarea de distinguir cuándo se trata de una limitación del derecho de propiedad está dada por *función social* (limitación legítima y constitucional) y cuando por *privación* (recorte arbitrario de facultades), en lo cual, un criterio válido será el de considerar que la limitación será legítima mientras no se prive de una parte sustancial del uso o disfrute, incluyendo la rentabilidad, del bien objeto del derecho de propiedad.

c) Posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones se ha manifestado indicando que la propiedad tiene una doble dimensión: (1) como derecho subjetivo, es decir, la titularidad de una persona que le confiere los derechos de uso, disfrute, disposición y reivindicación sobre un objeto determinado y (2) como garantía institucional, lo cual impone al legislador el deber de formular normativa que mejore la calidad de vida mediante el acceso a los bienes económicos y la riqueza; la propiedad como derecho es exigible a los tribunales y obliga a terceros a no interferir dentro de su ejercicio mientras que la propiedad como institución no es exigible salvo excepciones y sólo obliga al Estado a no interferir en su esfera jurídica⁵⁴.

Sentencia del año 2010 recaída sobre el Expediente N° 03347-2009-PA/TC:

En dicho expediente se dilucida la cuestión del Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por la PUCP, respecto al mediático caso del testamento de Riva Agüero. En este contexto, el TC trae a colación la naturaleza limitada de la propiedad, es decir, que ésta no puede ser "absoluta" pues tiene una función social, en los siguientes fundamentos: (el resaltado es nuestro)

⁵⁴ GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) Op. Cit., págs. 18

"15. (...) Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, **no hace más que referirse a esa función social que el propio derecho de propiedad comprende, integra e incorpora, en su contenido esencial.**

16. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, **además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada** y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, tales como las facultades testamentarias, pueda **exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.** De allí, que el bien común y el interés general sean principios componentes de la función social de la propiedad y de la herencia (...)

20. (...) [apreciación jurídica de la "propiedad absoluta"]

Es evidente que, la naturaleza jurídica de la "propiedad", así como de otras diversas instituciones del orden jurídico, desde la época del Derecho Romano y a lo largo de la historia, han sufrido una evolución, por la dinámica que le es propia a la ciencia del Derecho. Y dentro de este desarrollo, como es natural y en ocasiones, se han conservado ciertas denominaciones o alocuciones, no obstante los cambios o variaciones habidos en su contenido jurídico. **Este es el caso de la denominada "propiedad absoluta", que desde hace más de un siglo su acepción gramatical ya no resulta coincidente con su sentido eminentemente jurídico,** algo elemental que no podía ignorar un jurista de la talla de Riva

Agüero (...) **La propiedad absoluta ya se entendía, desde hace más de un siglo, tal cual, con los límites impuestos y reconocidos por la ley,** de modo que, por más que se aludiera a dicho vocablo en el testamento de 1933, claro está que ella nunca fue considerada bajo el gramatical concepto que sugiere la expresión “absoluta”. Y es obvio presumir que ello era de perfecto conocimiento de un jurista como el causante”.

Así mismo, en el fundamento 20 también se cita al jurista Jorge CASTAÑEDA⁵⁵ quien indica que: “El derecho de propiedad no tiene el carácter de absoluto que antes tuviera. El interés general lo ha limitado y recortado...”; indicando también que **“La propiedad es hoy un derecho esencialmente relativo; sus limitaciones son numerosas y profundas. El propietario no es ya el señor de la cosa; no tiene sobre ella ni siquiera el poder que tenía el dominus romano. El Estado interviene tanto en la propiedad que casi se puede afirmar que es un condómino. La propiedad es función social, o sea que ella no solo concede derechos sino que impone también obligaciones. No se permite el abuso de la propiedad; la cosa deberá ser usada racionalmente”.** A partir de ésta línea argumentativa, el Tribunal concluye -entre otros puntos- lo siguiente:

"21. (...)

a. No obstante que el testamento de Riva Agüero hace alusión a una “propiedad absoluta” que hereda la Universidad Católica, esta última, por

⁵⁵ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1958) "Instituciones del Derecho Civil. Derechos Reales. Tomo I" 2da ed., citado por Tribunal Constitucional del Perú (2010) Expediente N° 03347-2009-PA/TC

imperio de la ley, heredó una propiedad con las propias limitaciones impuestas por la legislación vigente a todo el derecho de propiedad, limitación a la que se suma aquella dispuesta por el testador, en su Testamento de 1938, al ordenar que sea una Junta –y no la propia Universidad, quien administrara los bienes heredados (...)"

A dicho análisis, debemos agregar el aporte del Magistrado Eto CRUZ, quien en su voto singular profundiza el concepto y la relevancia de la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento constitucional y su importancia económica. Transcribimos parte de su argumentación:

"23. (...) el funcionamiento del sistema económico debe realizarse en armonía con los principios constitucionales de un Estado Social, componente con el cual se completa el modelo de economía social de mercado establecido en nuestra Constitución Económica. En este contexto, la propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, **es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber:** la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los

bienes conforme a su destino natural en la economía. A ello se refiere la Constitución cuando en su artículo 70 afirma que ésta debe ejercerse en armonía con el bien común, todo lo cual permite reconocer la función social que la propiedad cumple en nuestro ordenamiento constitucional

De este modo, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria. Por el contrario, la exigencia de funcionalidad social que exige el principio de justicia que nuestro modelo económico incorpora; despliega su contenido hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

En efecto, en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la inviolabilidad de dicho derecho. En este contexto, la

concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho.

En síntesis, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- ***El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.***
- ***El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.***
- ***El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común".***

Sentencia del año 2005 recaída sobre el Expediente N° 5131-2005-PA/TC

El caso de autos consiste en un Recurso Extraordinario contra Sentencia, en el cual el TC toma la oportunidad para referirse a la posibilidad de limitar el derecho de propiedad:

"4. Por otro lado, el artículo 70° de la Carta Fundamental prescribe que el derecho de propiedad es inviolable y que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley, entre otras disposiciones. En consecuencia, no nos encontramos frente a un derecho fundamental de

naturaleza absoluta, ya que puede ser objeto de limitaciones, siempre que no se desvirtúe su contenido esencial o se lo desnaturalice. Así, el artículo 88° de la Ley N.º 27972 establece claramente que una de las atribuciones de las Municipalidades es la de velar las limitaciones y modalidades de la propiedad privada en armonía con el interés social, en sus respectivas jurisdicciones y dentro del ámbito de su competencia"

Sentencia del año 2007 recaída sobre el Expediente N° 665-2007-AA/TC

El caso de autos consiste en un Recurso de Agravio Constitucional contra Resolución Judicial. En ésta sentencia el TC hace una extensa revisión del concepto de función social así como los principios que regirán las intervenciones dentro del derecho de propiedad. A continuación, los extractos relevantes de dicho desarrollo conceptual:

"5. (...) Determinación del ámbito normativo del derecho a la propiedad (...)

*El artículo 2, inciso 16, de la Constitución reconoce el derecho de propiedad. Asimismo, su artículo 70 dispone que la propiedad es inviolable y que el Estado la garantiza. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 3773-2004-AA/TC, este Tribunal destacó el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la propiedad, **en el sentido de garantizar que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental (...)** Igualmente en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0030-2004-AI/TC, este Colegiado precisó*

que, desde la perspectiva constitucional, **el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa** y que, dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente.

(...) **Justificación de la intervención en el derecho a la propiedad**

(i) Principios de legalidad y razonabilidad

8. El derecho de propiedad no es un derecho absoluto desde el momento en que su reconocimiento se realiza en un ordenamiento donde coexisten otros derechos fundamentales, pero también una serie de bienes (principios y valores) constitucionalmente protegidos.

9. En algunas oportunidades, esos límites se derivan expresamente de la Constitución. Así, el artículo 70 de la Ley Fundamental señala que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.

10. En otras, tratándose de límites implícitos, corresponde al legislador establecer dichas restricciones, dejando intacto el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate. En cualquier caso, el establecimiento de dichos límites debe realizarse conforme a las garantías normativas que la Constitución pudiera haber previsto en relación con un determinado derecho fundamental.

11. En el caso del derecho de propiedad, su ejercicio, uso y goce sólo puede ser limitado por ley (artículos 70 de la Constitución y 21.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos)"

Pleno Jurisdiccional del año 2005, Expediente N° 0048-2004-PI/TC

Ante la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 28258, Ley de regalías mineras, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el rol del Estado, la función social de la propiedad, en un contexto relevante a nuestro estudio que es de la concesión administrativa y su variante específica, la concesión minera (parte de lo cual hemos desarrollado en la sección correspondiente):

"13. En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.

(...)

16. Lo "social", se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones

que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (...) **Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas per se en el constitucionalismo contemporáneo.** Lo importante es que dichos derechos se **interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho**; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado per se mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”

"76. Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70°, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

77. Dicho artículo es acorde con las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce la función social que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente al derecho mismo.

La función social de la propiedad

78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la **función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.**

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

80. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de **función social**. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

(...)

82. Por consiguiente, conforme se ha sostenido, el otorgamiento de una **concesión minera implica la cesión a particulares del bien natural**

extraído para su provecho económico, pero bajo los parámetros del interés general de la Nación.

(...)

85. El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad (...)".

d) Sobre los términos "Interés Social" y "Bien Común"

El ya citado profesor AVENDAÑO VALDEZ⁵⁶ trae a colación una distinción fundamental en el tratamiento del concepto de Interés Social. Inicialmente este concepto esta soportado en la Constitución de 1979, donde el interés social se definía como la satisfacción de una necesidad para un grupo determinado; pero dicha interpretación, en el marco de la Constitución de 1993, se modifica por la del concepto de “*bien común*”, es decir, que este nuevo concepto reemplaza las menciones que en piezas jurídicas de inferior rango se hagan sobre el *interés social*. Así mismo, como “bien común” podemos entender el beneficio general de la Nación y no de un grupo humano específico, por tanto, bajo esta concepción no se justificarían intervenciones del Estado sobre el ejercicio de la propiedad, salvo que se traten de limitaciones hechas mediante normas con rango de ley, tal como lo establece el artículo 923 (“...dentro de los límites de la ley”).

⁵⁶ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, ob. cit.

Para GONZÁLES BARRÓN⁵⁷ la inclusión del término *bien* común en el texto del artículo 70 de la Constitución planteaba cuestionarse la supuesta inconstitucionalidad del Código Civil en la medida en que hablaba de un "interés social"; pero dicha controversia se puede resolver atendiendo a la noción de "interpretación de límites", es decir, que la Constitución, a fin de no incurrir en restricciones excesivas sobre la actuación del legislador, impone límites externos de carácter amplio. En esa línea, el término *interés social* al no tener una acepción clara y consensuada en la legislación y a nivel doctrinario -lo mismo que sucede con el término *bien común*-, resultará posible interpretarlo de manera flexible tal que se puedan reconciliar ambos términos, por tanto, no constituye una modificación de lo vertido en el Código Civil y pueden ambos términos entenderse como sinónimos en contenido.

Sin embargo, esta interpretación ha sido objeto de cuestionamientos, pues se afirma que se trata de dos conceptos diferentes: un bien general o de todos, y un bienestar para un grupo determinado, respectivamente; además, se considera que el término "*bien*" denota "aquello que es conveniente" mientras que "*interés*" refiere a una necesidad. Resalta GONZÁLES BARRÓN: "*El término 'interés social' es un típico concepto jurídico indeterminado cuyos contornos requieren delinarse por vía jurisprudencial*", y en esa línea, también dictamina: "*Mientras no exista una norma legal que declare el interés social, el propietario no está sujeto a limitación alguna ni puede sufrir sanción de ningún tipo*".

⁵⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) Op. Cit., págs. 31-36

En una opinión similar se encuentra RUBIO CORREA⁵⁸, quien considera que *"...el bien común y el interés social son dos conceptos flexibles... pueden recibir contenido diverso según las ideas del gobierno que en cada caso ejerza el poder. Lo importante es que la propiedad no es un valor absoluto (ni puede serlo): está subordinada al bien común de toda la sociedad"*.

e) La Extensión de la Propiedad

El artículo 954 del Código Civil indica que *"La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho (...) La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales"*, sobre el cual comentan ARIAS-SCHREIBER y CÁRDENAS QUIRÓS⁵⁹, que innegablemente existe una relación íntima entre el suelo o superficie y el subsuelo y los aires, pues limitar la propiedad a la superficie no permitiría su idónea utilización, por ello conlleva el subsuelo (para sentar cimientos) y los aires (para levantar edificaciones); así mismo, recalcan que *"el derecho de dominio... no es ilimitado, pues la función social de la propiedad y el rol que cumple dentro de la sociedad ha superado el antiguo concepto romano según el cual la propiedad no tiene límites... Así lo establece el artículo 954 cuando enmarca las fronteras del*

⁵⁸ RUBIO CORREA Marcial (1999) Op. Cit., pág. 371

⁵⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo V Derechos Reales" Nueva ed. Actualizada. Perú: Gaceta Jurídica Editores S.A. pág. 27

suelo y sobresuelo en el principio de la "utilidad"... factor flexible por su misma naturaleza".

Ambos autores también indican respecto del subsuelo: *"No sólo el dueño de la superficie puede utilizarlo, sino inclusive terceras personas, sujetas... a que no causen daño al propietario del predio"*⁶⁰. LARROUMET⁶¹ indica que se *"reconoce que la propiedad del suelo se extiende al subsuelo, no sólo porque éste último puede ser fuente de beneficios y puede ser utilizado para la explotación de la superficie... si no porque a diferencia del sobresuelo, el subsuelo no aparece como un bien comunitario"*, pero, *"no es posible admitir que la propiedad del subsuelo se extiende hasta el centro de la tierra o cuando menos, hasta el límite de lo conocido"*. Así mismo, anotamos otra consideración aportada por los mencionados juristas, respecto a que los recursos naturales del subsuelo han sido excluidos del principio de utilidad pues constitucionalmente éstas riquezas pertenecen al Estado (principio dominal), quien concederá su explotación mediante concesiones. *"En estos casos [de recursos naturales en el subsuelo] existen dos regímenes de propiedad, el predial y el minero, pero siendo este último de interés superior, la ley autoriza la expropiación de las áreas superficiales y del subsuelo que están sujetas a dominio particular"*.

⁶⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 28 - 30

⁶¹ LARROUMET, Christian (1988) *"Droit Civile, Les biens, droits reeles principaux, Tome II"* 2da ed. citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 29-30

IV. SERVIDUMBRE

1. La Servidumbre como figura general

La Servidumbre -según CABANELLAS⁶²- es *"el derecho limitativo del dominio ajeno, establecida sobre una finca, a favor del propietario de otra, con carácter real o de otra persona como derecho personal"*. Según el Código Civil: *"La ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de algunos de sus derechos"*. Según LANA O CLEONARES⁶³ *la servidumbre constituye una limitación o carga que afecta a un predio de otro inmueble. Para su constitución, se requiere la existencia de dos inmuebles: el dominante y el sirviente (...) En el caso del derecho civil, el inmueble dominante será un predio, mientras que en minería el inmueble dominante será la concesión minera, de beneficio, labor general o transporte minero. En ambos casos el inmueble sirviente será un predio"* (secciones adelante se encuentra el análisis profundo de la servidumbre minera). El historiador y jurista ibérico ALONSO PÉREZ⁶⁴ la define como *"un derecho real de goce (...) parcial o limitado que ostenta el titular del predio dominante (...) sobre el sirviente. El contenido frutivo puede consistir en un comportamiento posesorio (in habendo)... o en acciones concretas (in facendo)... o en exigir una abstención (in prohibendo)"*.

⁶² CABANELLAS, Guillermo, citado por BELAUNDE MOREYRA, Martin (2009) Op. Cit., Págs. 73

⁶³ CLEONARES LANA O, Eduardo (2004) *"¿Sirven las Servidumbre Mineras en el Perú?"* Publicado en Revista Peruana de Derecho Empresarial, N°59. Perú: ASESORANDINA S.R.L. Págs. 367

⁶⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano (2009) *"Historia de la Propiedad. Servidumbres y Limitaciones de Dominio"*. 1ra ed., España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. pág. 817

Otras definiciones:

ARNÓ⁶⁵: *"Ilámense servidumbres aquellos derechos reales de contenido determinado positivamente, de suerte que ante ellos la propiedad de la cosa, que de los mismos puede ser objeto, tiene siempre un carácter preponderante".*

PLANIOL Y RIPERT⁶⁶, profundizando a LACANTIERE⁶⁷, consideran que su definición de servidumbre *"tiene un doble mérito: indica de modo claro que la servidumbres no es aplicable más que a los bienes inmuebles y que su existencia requiere dos inmuebles distintos pertenecientes a dos propietarios diferentes. Pero hay un punto capital que la definición omite totalmente: es la índole de la carga lo que las servidumbres constituyen... [que] consisten a veces en conferir a un tercer el derecho de realizar actos de uso en la finca, otras en privas parcialmente al propietario del ejercicio de ese derecho".* ARIAS-SCHREIBER y CÁRDENAS: *"En nuestro concepto, se entiende por servidumbres aquellos derechos reales con los que se limita a un predio en beneficio de otro, que corresponde en principio a un propietario distinto. La limitación podrá ser temporal o perpetua y adoptar los más diferentes matices, positivos como negativos".*

De esto se desprenden los Caracteres de la Servidumbre:

⁶⁵ ARNÓ, Carlo (1920) *"Las Servidumbres Rústicas y Urbanas"* citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 282

⁶⁶ PLANIOL, Marcel & RIPERT, Jorge (1942) *"Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo III, Les Biens"* citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 283

⁶⁷ *"Servidumbre es una carga impuesta sobre una heredad para el uso y la utilidad de otra heredad, correspondiente a un propietario distinto"*, LACANTIERE, Baudry (1926) en *"Precis de Droit Civil, Tome premier"*.

- 1) Se trata de derechos reales
- 2) Representan una limitación, una carga efectiva sobre el predio sirviente
- 3) La carga beneficia a otro predio denominado dominante, para el cual debe ser útil.
- 4) En principio el dominio del predio dominante y el del predio sirviente corresponden a distintas personas, salvo el caso del art. 1048
- 5) Pueden ser perpetuas o temporales
- 6) Tiene una gama infinita de manifestaciones: hechos de naturaleza positiva o negativa.

FUNDAMENTO E IMPORTANCIA

"Las servidumbres, sin embargo, no sólo se imponen por desprenderse de las necesidades mismas de las cosas y del sistema de limitaciones existentes en orden de la propiedad privada. Las servidumbres surgen alentadas por principios de fraternidad humana; de perfeccionamiento en el sistema de explotación de los bienes; de una mejor satisfacción de las necesidades, ya vitales, ya suntuarias (...); del interés de la colectividad que exige un sacrificio parcial de la regla del exclusivismo". "Del fundamento mismo de las servidumbres se desprende, por tanto, su trascendencia. Ellas satisfacen necesidades tanto de orden público como privado, cumpliendo preponderante papel en el desenvolvimiento de la riqueza, en el funcionamiento de la propiedad y en el armónico y pacífico juego de las interrelaciones humanas. Esta importancia acrece día a día, paralelamente a la maduración del concepto social de la propiedad, cada vez más alejado del

exclusivismo hipertrófico de la escuela liberal"⁶⁸ A partir de éste fundamento, expuesto por la doctrina civil, queda claro que existe una conexión fuerte entre la institución de la servidumbre (y por ende, sus variantes específicas como la servidumbre minera) y la función social de la propiedad.

NATURALEZA JURÍDICA

"La facultad de realizar ciertos actos en beneficio del titular del predio dominante con desmedro del predio sirviente, o la prohibición del titular de éste último para ejecutar otros, importa, desde el ángulo de las facultades del dominio, un recorte del principio de la exclusividad". Autores como PLANIOL, RIPERT, SALVAT, entre otros, coinciden que la carga soportada por el predio sirviente es una desmembración; pero esta debemos considerarla como parcial pues nunca se entrega totalmente ninguno de los atributos del dominio, lo que sí es el caso en el usufructo, uso y habitación. *"En verdad, más que desmembraciones o gravámenes, las servidumbres son limitaciones o cargas al ejercicio exclusivo de la propiedad, pues al insertarse en el exclusivismo del propietario lo restringen o delimitan en sus expresiones absolutas"*⁶⁹

⁶⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 282-284

⁶⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 285

2. Evolución Histórica de la Servidumbre

En el Derecho Romano:

Los civilistas ARIAS-SCHREIBER y CÁRDENAS indican que en los libros del jurista romano SABINO, la servidumbre se ubicaba entre la donación y la regulación de aguas privadas; así mismo, en las instituciones de GAYO, se regulaba dicha figura junto a las "*res incorporales*", las "*res Mancipi*" y los modos de adquisición. Las servidumbres más primitivas se referían al agua, por ello el Codex de JUSTINIANO tenía el capítulo "*Servitutibus et de aqua*". Para ULPIANO⁷⁰, "*Servitus est quálitas rei impósita, qua quis iús summ deminuit alterius auxit*" (Servidumbre es una calidad impuesta a la cosa, por la cual alguien disminuyó su derecho y acrecentó el de otro). Un sector de la doctrina distinguen entre: **(1) servidumbres personales** (*servitutes personarum*), establecidas sobre una cosa mueble/inmueble en beneficio de una persona determinada, intransmisibles; **(2) servidumbres reales/prediales** (*servitutes rerum o proediorum*), sobre un fundo de tierra sobre otro fundo, ligado a un fundo sin importar su propietario.

En el Derecho Moderno:

"Hoy en el sistema de la propiedad particular con función social no puede privarse de las servidumbres, dándose el fenómeno que éstas se presentan cada vez con

⁷⁰ ULPIANO, Domicio "*Digestum*" 39.1.5.9, citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 278

mayor amplitud"⁷¹. Por otro lado, las servidumbres personales han cambiado de nombre a usufructo, uso y habitación.

3. Servidumbre Minera

a) Concepto

En el Derecho Minero, se considera a la servidumbre como aquella que grava a los predios superficiales dentro del perímetro de la concesión como de las áreas colindantes, la cual requiere de una serie de requisitos para constituirse, siendo los principales: (1) aceptación del titular del derecho de propiedad de las superficies afectadas o en su defecto, (2) que la actividad a realizarse no constituya una "enervación" del predio superficial y se indemnice apropiadamente al titular.

GARCÍA MONTUFAR⁷² considera que se trata de un "*atributo amplio pues no está limitado a determinadas servidumbres, su ejercicio requiere probar exclusivamente la necesidad de imponer las servidumbres con la finalidad de desarrollar en forma adecuada la actividad minera*". De ello se desprende que "*en efecto, las servidumbres limitan o restringen el derecho de propiedad, pero no lo desmiembran ni convierten a su propietario en nudo propietario sin los derechos de uso y goce. Por ello, la Ley permite que el expediente de*

⁷¹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) Op. Cit. pág. 280

⁷² GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo (1988) "Apuntes de Derecho Minero Común". Revista Thémis No 13. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 16-17

servidumbre sea cambiado en un de expropiación si la servidumbre, por su extensión, conlleva una virtual expropiación".

b) Características de la Servidumbre Minera

SIGUAS CALDERÓN⁷³, tomando de referencia a los especialistas mineros chilenos GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio y URIBE HERRERA, Armando así como al especialista minero argentino CATALANO, Edmundo, nos indica:

- *"Nacen por expresa disposición de la Ley por razones de utilidad pública y no podrá dejarse sin efecto por un convenio en contrario de los interesados (...) producido el hecho que habilita su constitución, son ineludibles y obligatorias para el predio o concesión sirviente"*
- Es un derecho real, por tanto, se trata de un derecho patrimonial con todas sus atribuciones. Así mismo, es un gravamen de naturaleza real, pues se constituye sobre un inmueble para beneficio de otro inmueble, sin ser relevante la persona del concesionario.
- Es un derecho temporal, pues su duración está condicionada a la duración de la explotación de los minerales; una vez cesada o culminada dicha finalidad, se extingue la carga. La transitoriedad de la servidumbre minera se origina en el carácter agotable del yacimiento minero y así mismo, de la condicionalidad del dominio minero.

⁷³ SIGUAS CALDERÓN, Luis (2010) "*Necesidad de regular adecuadamente la servidumbre minera*". Tesis para optar por título de Abogado. Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pág. 22

- Son bienes accesorios pues resultan inseparables de los derechos de concesión minera.

Añadimos algunas características aportadas por los estudios doctrinarios de BASADRE AYULO⁷⁴:

- Las servidumbres puede ser aparentes, es decir, manifestadas mediante elementos externos, como la construcción de un canal o un socavón o no aparentes -servidumbre *non aedificandi*- en la cual se da la prohibición del levantamiento de infraestructuras determinadas en el predio sirviente.
- Pueden ser continuas, es decir, de ejercicio permanente (como es el caso en los acueductos, por ejemplo), o discontinuas, cuando requieren de una acción del hombre (ej.: servidumbre de tránsito o de paso).
- Pueden ser gratuitas u onerosas, aunque en la normativa se ha previsto que su constitución por la vía legal (como categoría opuesta a la vía convencional) requerirá de una indemnización obligatoria, determinada por perito.

⁷⁴ BASADRE AYULO, Jorge (2001) Op. Cit. pág. 252

c) El Derecho de Ocupación del Suelo

BASADRE AYULO⁷⁵ indica el derecho de ocupación está fundamentado en que el desarrollo de una concesión minera requiere de la ocupación y construcción de infraestructura sobre un suelo determinado y por ello, la legislación minera concede algunas prerrogativas al concesionario, que operan principalmente en dos maneras: (1) otorgando al concesionario la facultad de acceder al uso gratuito u oneroso de los terrenos necesarios para fines mineros; de darse en terrenos eriazos, el Estado otorgará dicho uso de manera gratuita a condición que su explotación sea destinada al fin económico por el que se otorga; (2) cuando se trate de terrenos colindantes, el acceso a estos será oneroso y también bajo la condición de destinar su uso a los fines económicos que lo fundamentan.

En éste contexto, debemos precisar la noción de predio superficial sirviente, es decir, aquel que será objeto de la servidumbre, del cual describe SIGUAS CALDERÓN⁷⁶: *"El concepto de predio superficial sirviente, en materia de servidumbre minera, tiene íntima y estrecha relación con el objeto de ésta clase de servidumbre. Hemos dicho que su objeto es 'facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una cómoda explotación de la mina'. Se comprende que [con un] objeto tan amplio, el concepto de predio superficial sirviente, sea también amplio. En efecto, no abarca solamente al fundo superficial que corresponde a la ubicación de la mina o yacimiento minero,*

⁷⁵ BASADRE AYULO, Jorge (2001) Op. Cit. pág. 249

⁷⁶ SIGUAS CALDERÓN, Luis (2010) Op. Cit. pág. 26

sino a todos los terrenos superficiales que el minero necesita gravar para la cómoda explotación de la mina".

d) El Derecho a solicitar Servidumbres:

En materia minera, la legislación ha previsto cuatro supuestos en los cuales se puede solicitar la imposición de la servidumbre⁷⁷:

- a)** Sobre terrenos de propiedad de terceras personas (art. 37, inc. 3, TUO-LGM)
- b)** Sobre terrenos superficiales afectados por otras concesiones mineras (art. 37, inc. 4) sobre los cuales también es posible solicitar la construcción de labores (art. 37, inc. 4)
- c)** Sobre terrenos eriazos fuera del área de la concesión minera (art. 37inc. 2)

El derecho a solicitar la servidumbre en materia minera ha recibido constantes modificaciones, entre las cuales resalta el artículo 7 de la Ley N° 26505 (denominada en la práctica como "Ley de Tierras") y el Reglamento emitido para la aplicación de dicho artículo contenido en el D.S. 017-96-AG, debido a los problemas surgidos por dicha norma. En la sección subsiguiente, se encuentra detallado el conjunto de procedimientos administrativos necesarios

⁷⁷ De estos, nos resultará principalmente relevante el primer supuesto, relativo al uso de terrenos ajenos.

para la constitución de la Servidumbre Minera, lo cual nos centrará en el contexto en el que desprendemos nuestra tesis.

e) Historia de la Servidumbre Minera

Antecedentes:

En la Época del Virreinato la actividad minera se dio bajo el marco de dos conjuntos normativos: las Ordenanzas del Perú y las Ordenanzas de Nueva España, las cuales englobaron dentro del término "*privilegios*" a la figura de la servidumbre minera, clasificándola a su vez en (1) servidumbre que gravan terrenos superficiales y (2) servidumbres que gravan pertenencias mineras en favor de otras⁷⁸.

Posteriormente, tenemos el Código de Minería de 1950, promulgado durante el gobierno de Manuel ODRÍA, el cual insertó la figura de la servidumbre minera en la categoría "*derechos del concesionario*", donde se establecían facultades varias en favor de las concesiones mineras, entre las que constan⁷⁹ la ocupación y uso de la superficie (para la realización de trabajos de exploración y explotación); la construcción de infraestructura como canales, planos inclinados, puertos, vías de aterrizaje, entre otros así como infraestructura de comunicaciones (redes telegráficas, telefónicas, etc.) y líneas de transmisión eléctrica. Cabe resaltar que en el período histórico en

⁷⁸ SIGUAS CALDERÓN, Luis (2010) Op. Cit. pág. 27

⁷⁹ BASADRE AYULO, Jorge (2001) Op. Cit. pág. 253

que se da ésta normativa, la regulación minera se encontraba subsumida en la materia agraria.

La siguiente pieza normativa relevante en materia minera se dio con el Decreto Ley 18880, emitido durante el gobierno de facto del Gral. VELASCO, el cual concedía la ocupación y uso gratuito de la superficie respecto de terrenos eriazos dentro y fuera del perímetro de la concesión así como el derecho a solicitar la imposición de servidumbres que se consideren necesarias para el uso de la concesión, lo cual sería necesariamente a título oneroso si se tratase de superficies destinadas a fines económicos agropecuarios.

Será en el segundo gobierno de Fernando BELAÚNDE TERRY que se aprobará el Decreto Legislativo 109, Ley General de Minería, en el cual se agruparon los derechos de ocupación, imposición de servidumbre y uso de aguas para fines mineros. En ésta norma se estableció que la servidumbre sería onerosa y no gratuita y el procedimiento para imponerse ésta empezaría con la solicitud a la autoridad administrativa minera. Se permitiría al concesionario expropiar los terrenos superficiales y/o cercados, siempre que el área resultara necesaria para la racional utilización de la concesión, bajo juicio de la autoridad minera, lo cual sería acreditado mediante la capacidad económica del concesionario y la importancia mayor de la actividad minera sobre la actividad afectada. Es importante resaltar que en ésta norma -así como en anteriores- la expropiación era una posibilidad que incluso tomaba la

figura de garantía en favor del titular del predio sirviente quien podía invocarla si consideraba que el predio no podría satisfacer los fines que éste proyectaba para después de culminada la servidumbre.

En 1992, se aprobó el Decreto Supremo 014-92-EM, el cual ponía en vigencia el Título Único Ordenado de la Ley General de Minería, así como el D.S. 018-92-EM, Reglamento de Procedimientos Mineros, donde se detalla el trámite para la imposición de la servidumbre o en su defecto, el procedimiento de expropiación cuando se decreta la enervación del previo sirviente mediante informe pericial. Sucesivamente en el año 1993, con la entrada en vigencia de una nueva Constitución Política, la vía expropiatoria quedó derogada de manera tácita.

En 1995 se promulga la Ley 26505⁸⁰, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, conocida como la Ley de Tierras, en cuyo artículo sétimo se establece la improcedencia de los derechos de explotación minera sin previo acuerdo con el propietario predial. En ésta norma se podría afirmar que se dio la derogación expresa de la vía expropiatoria -mencionada en el párrafo anterior- al indicarse en la Primera

⁸⁰ Cabe anotar que hubo un breve momento de incertidumbre cuando el Decreto Legislativo N° 1064, de junio del 2008 derogó la Ley de Tierras, lo cual fue objeto de una serie de reclamos y protestas de parte de la opinión pública, especialmente de los sectores relacionados a la agricultura, por lo cual la Ley 29376 del año 2009 dejó en suspenso a dicho Decreto y restituyó el texto y la vigencia de la Ley de Tierras, incluyendo sus modificatorias y su reglamento. Posteriormente, la Ley N° 29382 derogó completamente el Decreto en cuestión.

Disposición Complementaria⁸¹ de éste texto que quedaba excluida la posibilidad de expropiación por causa de la enervación del derecho de propiedad del titular del predio sirviente, pues dicha figura sólo era procedente en obras de infraestructura y servicios públicos (pues la Constitución de 1993 restringió el acceso a ésta modalidad sólo para proyectos fundamentados en la Necesidad Pública)⁸².

En enero de 1996, la Ley 26570 modificaba el artículo 7 de la Ley de Tierras, disponiendo como requisito para el uso de tierras con fines mineros el acuerdo con el propietario o en su defecto, la imposición de una servidumbre. En el mismo año se promulgaría en octubre el D.S. 017-96-AG, que aprueba el Reglamento del artículo 7^o⁸³ de la ley N° 26505, sustituido por la ley N° 26570, el cual es aplicable tanto para actividad mineras como hidrocarburíferas.

⁸¹ **Ley 26505, Primera Disposición Complementaria.-** *"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 y se regirán por las disposiciones de la Ley General de Expropiación, Decreto Legislativo N° 313, y el Código Procesal Civil. El valor de las tierras expropiadas será el de mercado y el pago será previo, en dinero efectivo"*

⁸² LANA O CLEONARES, Eduardo (2004) Op. Cit. Págs. 368-370

⁸³ **Artículo 7°.-** *"La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley.*

En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas.

Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos".

Finalmente, en el año 2003, tenemos al D.S. 014-2003-AG, el cual modifica algunos artículos del D.S. 017-96-AG referentes al procedimiento de la servidumbre legal minera. Con esta sucesión de normas en mente, procederemos a continuación a desarrollar detalladamente el Procedimiento necesario para la imposición de una servidumbre minera, según el ordenamiento jurídico en su estado actual.

f) Procedimiento

Para brindar un alcance ordenado de la normativa aplicable al Procedimiento de imposición de la Servidumbre Minera -dada la regulación del mismo por más de un texto legal- lo analizaremos por etapas, citando los artículos, normas y sus contenidos respecto de cada una de éstas (la nomenclatura de las etapas y la agrupación de pasos en éstas es de confección propia):

ETAPA INICIAL

Según el artículo 130 del Capítulo IV del Título XII, Procedimientos Mineros, del TUO-LGM, el procedimiento iniciará con la presentación de la Solicitud de Servidumbre a la Dirección General de Minería, la cual debe indicar: (1) la ubicación del inmueble; (2) datos del propietario⁸⁴; (3) la extensión del

⁸⁴ El artículo 132 del TUO-LGM prevé los actos que deberán observarse en caso de desconocerse al titular del bien objeto de trámite, estableciendo lo siguiente: La citación a comparendo se hará 3 veces en el diario oficial "El Peruano" y en un periódico de la localidad o lugar más próximo a la ubicación del bien, mediando

inmueble⁸⁵; (4) la finalidad para la que se desea la afectación⁸⁶ y (5) la valoración del *"desmedro que sufrirá el presunto bien a afectar"*. Así mismo, debe tener como anexo la Memoria Descriptiva con el detalle de las obras a ejecutarse.

Sin embargo, el art. 3 del Reglamento del art. 7 de la Ley 26505 dispone una etapa previa a la etapa de conciliación denominada *"etapa de trato directo"*, la cual difiere de lo indicado en el párrafo anterior: (1) El inicio será mediante la remisión de una carta notarial por la cual el solicitante propone al titular del

8 días entre cada publicación; se fijará un cartel en el predio. Después de 60 días desde el día siguiente a la última publicación, se continuará el trámite con o sin presencia del propietario, continuando el procedimiento como corresponda. Según el art. 44 del D.S. 018-92-EM, los avisos y el cartel requeridos deberán indicar: (1) el nombre o razón social del solicitante; (2) la extensión y ubicación del área solicitada; (3) la finalidad de la solicitud; (4) la norma legal en que se ampara ésta y (5) el plazo tras el cual se dará el comparendo.

⁸⁵ El D.S. 018-92-EM, Reglamento de Procedimientos Mineros, desarrolla en su artículo 43 los casos en que se podrá modificar la extensión inicialmente solicitada:

Artículo 43.- *"Respecto de la expropiación y/o servidumbre a que se refiere el artículo 130 de la Ley, la extensión del área inicialmente solicitada podrá ser modificada en los siguientes casos:*

- a) De oficio, cuando en la inspección ocular el Perito determine que el área solicitada excede a las necesidades de la actividad;*
- b) A solicitud de parte, cuando el propio interesado reduzca el área originalmente solicitada;*
- c) A solicitud del propietario del terreno, cuando el área remanente no sujeta a expropiación sea insuficiente para continuar explotándola en forma rentable.*

En este caso, la expropiación se efectuará por la totalidad del área del terreno, previo informe del Perito, salvo que el expropiante convenga con el propietario sobre la expropiación total del área".

⁸⁶ En éste apartado, cabe considerar la definición de "Tierras" contenida en la Ley 26505, aspecto relevante para la discusión sobre la finalidad económica de un predio determinado: **Art. 2.-** *"El concepto constitucional "tierras" en el régimen agrario, comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario. Entre otras, están comprendidas las tierras de uso agrícola, de pastoreo, las tierras con recursos forestales y de fauna, las tierras eriazas, así como, las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos; y en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano. El régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y la presente Ley".*

predio entablar un trato directo; (2) de no lograrse acuerdo en un plazo de hasta 30 días, el solicitante acudirá a la Dirección General de Minería a notificar el agotamiento de la etapa de trato directo, anexando la constancia de recepción de la carta notarial.

ETAPA DE CONCILIACIÓN O COMPARENDO

El artículo 130 establece que una vez presentada la solicitud, la Dirección General de Minería citará a las partes a comparendo, el cual se realizará el quinceavo día desde notificadas las partes, siendo obligatoria la asistencia del titular del bien a afectarse, bajo apercibimiento de continuar con el trámite. Esta es una etapa crucial en el procedimiento especialmente teniendo en consideración lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 26505 (reiterado en el art. 1 del Reglamento promulgado mediante D.S. 017-96-AG), que señala el acuerdo previo con el propietario como un requisito esencial, el cual sólo podrá ser obviado en caso se constituya la servidumbre minera por la vía legal. En el comparendo el propietario deberá acreditar su derecho y se intentará conciliar un acuerdo. Si se lograra el acuerdo, el Director General de Minería ordenará se otorgue la Escritura Pública donde conste el mismo⁸⁷.

Además de la etapa de conciliación, el artículo 134 dispone que en cualquier etapa del procedimiento se puede llegar a acuerdo entre propietario y

⁸⁷ **D.S. 017-96-AG, Artículo 2°.-** *"El acuerdo entre las partes deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz, el que deberá ser puesto en conocimiento del órgano competente del Ministerio de Energía y Minas".*

petionario, en cuyo caso, la autoridad ordenará se otorgue la Escritura Pública correspondiente para formalizar dicha convención, en un plazo de 15 días, bajo apercibimiento de seguirse el procedimiento de manera regular, sin consideración de lo pactado.

El art. 3 del DS 017-96-AG especifica algunos alcances sobre ésta etapa: la Dirección invitará a las partes a un Centro de Conciliación designado por acuerdo de ambas en plazo de hasta 10 hábiles. Si tampoco se lograra el acuerdo en esta instancia, la Dirección solicitará a la Dirección Regional Agraria de la jurisdicción respectiva el nombramiento de una terna de Centros de Conciliación, de entre las cuales la Dirección Minera elegirá uno, a fin de procurar un acuerdo en el plazo de 30 días hábiles.

ETAPA DE EVALUACIÓN PERICIAL

En caso de desacuerdo, o de proceder el apercibimiento por inasistencia del propietario, el Director General de Minería asignará 01 perito para determinar la procedencia de la expropiación⁸⁸ (servidumbre) y su compensación o justiprecio, ordenando la inspección ocular con citación de las partes interesadas y del perito, para lo cual se tiene un plazo de 70 días desde la fecha de comparendo. La finalidad de dicha intervención pericial será la de comprobar la necesidad del derecho solicitado. Después de la inspección, el

⁸⁸ El TUO-LGM, como indicamos anteriormente, se redactó bajo la posibilidad de la expropiación, ya derogada, por tanto deberemos asumir que las menciones a la expropiación se aplican a la servidumbre, *mutatis mutandi*.

perito emitirá un informe (en un plazo no mayor a 30 días) el cual entregará junto al expediente a la Dirección. En el artículo 131 se detallan los puntos sobre los que se pronunciará la pericia: (1) la procedencia de la expropiación y (2) el monto de la compensación o el justiprecio o indemnización por daños y perjuicios.

Según el art. 3 del DS 017-96-AG, paralelamente a la invocación a conciliar, la Dirección designará un perito minero de la nómina oficial, el cual se pronunciará sobre (1) la necesidad y (2) la magnitud de la servidumbre. Así mismo, solicitará a la CONATA - Consejo Nacional de Tasaciones, la designación de un perito profesional agrónomo, el cual procederá a la tasación del área solicitada, conforme al art. 9 del Reglamento⁸⁹, además de la confección de un informe técnico en el cual se analizará si la servidumbre es posible sin enervar al resto del predio sirviente (el concepto y alcances de la enervación se desarrollan en el siguiente capítulo). El perito tendrá un plazo de 15 días para elaborar la cotización y el informe técnico y remitirlos al Centro de Conciliación designado así como a la Dirección.

⁸⁹ **Artículo 9°.-** "El valor de la indemnización por el establecimiento de la servidumbre se obtendrá en virtud de la pericia que será efectuada por profesional de la especialidad agronómica del Consejo Nacional de Tasaciones.

El monto indemnizatorio comprende:

- a) El valor del área de las tierras que vayan a sufrir desmedro, que en ningún caso será inferior al del doble del arancel de tierras aprobado por el Ministerio de Agricultura.*
 - b) Una compensación monetaria por el eventual lucro cesante durante el horizonte de tiempo de la afectación, calculado en función a la actividad agropecuaria más rentable que pueda desarrollarse en el predio.*
 - c) El valor de reposición de las obras civiles y edificaciones afectadas por la servidumbre minera.*
- Los honorarios por el peritaje serán abonados por el solicitante de la servidumbre".*

En el Centro de Conciliación donde nuevamente se intentará lograr un acuerdo, previa intervención de la Dirección explicándole al propietario el procedimiento de servidumbre minera, así como los derechos que lo amparan. El acuerdo logrado o la ausencia de éste constarán en documento de Certificación emitido por el Centro de Conciliación, notificado a la Dirección.

Al culminar la etapa de conciliación de manera infructífera, procederá la solicitud de inicio del procedimiento administrativo de Servidumbre Legal a la Dirección General de Minería, a la cual deberá anexarse el expediente donde se ubican los informes periciales.

ETAPA RESOLUTORIA

La Dirección expedirá la resolución⁹⁰ correspondiente en un plazo de 30 días después de recibida la pericia; de declararse fundada la solicitud, se fijará la compensación e indemnización respectivas. El Reglamento del art. 7 hace algunos alcances mayores: El Director General de Minería y el Director General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, dispondrán de un plazo de 30 días hábiles a partir de la recepción de los informes periciales para

⁹⁰ Según el art.133, durante el procedimiento no se admite recurso alguno que entorpezca la gestión, salvo el recurso de Revisión contra la resolución que otorgue la servidumbre. La resolución que pone fin a la vía administrativa puede contradecirse judicialmente, sólo para efectos de valorización. Si dos o más personas aleguen la titularidad del bien, el trámite continua con la participación de todos y posterior a la emisión de la resolución, se deberá dirimir el conflicto judicialmente, quedando el precio guardado en el Banco de la Nación hasta el resultado del juicio.

emitir una opinión técnica respecto al cumplimiento del procedimiento dispuesto en la Ley General de Minería y la normativa complementaria vigente, en la cual debe indicarse expresamente si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad. Alternativamente, si considerasen que los informes de peritos presentan vicios o defectos, se ordenará la subsanación de los mismos a los peritos autores, en un plazo de 15 días hábiles.

De ser posible la servidumbre sin la enervación del derecho de propiedad, el Director General de Minería redactará (1) el proyecto de Resolución Suprema que fije la indemnización respectiva y (2) la minuta que establece la servidumbre, y elevará los actuados al Ministro de Energía y Minas y al Ministro de Agricultura para que estos refrenden la Resolución Suprema.

El solicitante consignará el importe del pago a la orden de la Dirección General de Minería en un plazo de 10 días (el TUO-LGM indica un plazo de 30 días, sin embargo el DS 017-96-AG establece éste menor plazo), bajo apercibimiento de declararse abandonada la solicitud. Hecha la consignación, la Dirección preparará la minuta (plazo: 30 días) y ordenará la suscripción de la misma y de la Escritura Pública por parte del titular y el concesionario solicitante, para lo cual dispondrán de un plazo de 15 días desde notificadas las partes, bajo apercibimiento de firmarlos en rebeldía. Firmada la Escritura Pública, se entregará el valor consignado. La entrega del monto indemnizatorio al titular afectado será contra firma de la Escritura Pública.

Por otro lado, si de los informes periciales, la opinión técnica (ya sea del Director General de Minería y/o del Director General de Promoción Agraria) estribe en que efectivamente se producirá una enervación del derecho de propiedad, la solicitud del concesionario será denegada mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Energía y Minas.

CONSIDERACIONES POSTERIORES

Establece el art. 8 del DS 017-96-AG la responsabilidad del beneficiario de la concesión de hacer rendir la utilidad por la cual se ha afectado el derecho de propiedad ajeno, al indicar que: *"La servidumbre se extinguirá en cualquiera de los casos siguientes: _a) Destinar la servidumbre, sin autorización previa, a fin distinto para el cual se estableció; o, _b) Conclusión de la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre".*

4. Enervación de Propiedad

En el Decreto Supremo 015-2003-AG, que modifica el artículo 7º de la Ley 26505 (Ley de Tierras), el cual delimita el procedimiento para establecer la servidumbre legal minera, se establece una definición de la figura de la Enervación del Derecho de Propiedad en su artículo tercero: *"(...) si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir, sin perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado"*. Podemos desprender de esta definición, que la actividad minera inevitablemente enervará el derecho de propiedad cuando su titular desee dedicarse a las actividades de agricultura, ganadería o símiles. Consideramos, y será motivo de esta investigación demostrar, que entender la enervación desde ésta óptica tenderá a resultar en interpretaciones mayormente contrarias a la actividad minera, poniendo al dueño superficiario en una posición de negociación aventajada.

Afirma LANA O CLEONARES⁹¹ que antes de la emisión del referido Decreto Supremo, no existía una definición de carácter jurídico del término *enervar*, pudiendose sólo derivar su significado del Diccionario de la Real Academia como un sinónimo de debilitamiento, lo que por tanto, conllevaría a considerar que la servidumbre, en su carácter de restricción o limitación al derecho de propiedad, era una enervación por sí misma. Otro referente de dicho término

⁹¹ LANA O CLEONARES, Eduardo (2004) Op. Cit. Pág. 373

se encontraba en el Oficio 2430-2000-MTC, de octubre del año 2000, donde el Consejo Nacional de Tasaciones establecía que la interpretación legal de la enervación implicaba la afectación del derecho de propiedad del titular de un predio, lo cual cerraba las puertas a la servidumbre. Posteriormente, sería el Decreto Supremo arriba citado el que daría un alcance más preciso del concepto de *enervación de la propiedad*, como se cita párrafos arriba.



V. ABUSO DEL DERECHO

La figura del Abuso del Derecho se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico nacional tanto a nivel constitucional como legislativo, siendo en éste último donde se encuentra -a consideración de la doctrina local- su mejor manifestación en el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil, que indica: *"La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso"*. RODRÍGUEZ-ARIAS⁹² desarrolla ésta figura bajo lo que denomina como *"La teoría de los actos antinormativos"*, de la cual indica que surge para llenar una necesidad jurídica proveniente de la discordancia entre el principio de Justicia y el ordenamiento jurídico positivo, por lo cual el titular de un derecho subjetivo podía ejercerlo con arbitrariedad sin percatarse de las repercusiones que su ejercicio abusivo pudiese generar sobre la vida en sociedad.

Una de las cuestiones principales que surgen en el tratamiento de ésta figura está en la determinación de su ubicación dentro del ordenamiento así como su definición y los criterios que deberán observarse para efectivamente considerar que se el ejercicio de un derecho subjetivo se ha configurado o no en un abuso del derecho. Por tanto, abordaremos estos tres puntos a continuación:

⁹² RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) *"El abuso del derecho: Teoría de los actos antinormativos"*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Pág. 9

1. La ubicación del Abuso del Derecho

Para RUBIO CORREA⁹³, el análisis debe consistir en ubicar ésta figura entre lo lícito (el correcto ejercicio de los derechos) y lo ilícito (donde se da pie a la Responsabilidad Civil). Respecto de lo lícito, su marco general será fijado por los estándares jurídicos, los principios generales que rigen las conductas de las personas, lo cual se constituye básicamente por las siguientes normas: El **literal a) del inciso 24, del artículo segundo de la Constitución de 1993**, que señala que *"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*; el **literal b) del mismo artículo** (*"No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley"*) y el **artículo 38** del mismo texto constitucional (*"Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación"*).

De otro lado, el marco de lo ilícito se encuentra contenido en los alcances de la Responsabilidad Civil Extracontractual, la cual se subdivide en dos tipos de normas: (1) aquellas que establecen cuándo se trata de un ilícito civil (la determinación de la Responsabilidad Extracontractual conforme a los arts. 1969 y 1970 del Código Civil) y de un ilícito civil de carácter especial, según el resto del articulado correspondiente a Responsabilidad Extracontractual; y (2) la norma

⁹³ RUBIO CORREA, Marcial (2008) *"El título preliminar del Código Civil"* 9na ed. Perú: Fondo Editorial PUCP. Pág. 27

genérica del inciso 1, del art. 1971 del C.C. según la cual no se configura responsabilidad "en el ejercicio regular de un derecho".

FERNÁNDEZ SESSAREGO⁹⁴, en línea con RUBIO CORREA, señala que *"Al situarse el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender... cómo el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social... Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar al abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría General del Derecho"*.

2. Antecedentes y Evolución

La codificación civil inspirada en el Code Napoléon, tuvo inicialmente una consideración sobre el derecho de propiedad que permitía la facultad del *ius abutendi*, lo cual implicaba una noción absolutista del ejercicio de los derechos subjetivos. En este contexto, JOSSERAND se vio motivado a situar en primer plano a los derechos sociales como condicionantes de los derechos subjetivos, es decir, que el origen de los derechos de las personas se encuentra en lo social, pues existen principalmente para asegurar el funcionamiento de la vida colectiva; de ello, JOSSERAND desprende la relatividad de los derechos (opuesta a la

⁹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1998) *"El abuso del derecho"*, en *Tratado de Derecho Civil*. Perú: Universidad de Lima, citado por RUBIO CORREA, Marcial (2008) Op. Cit. págs.32-33

noción absolutista) en vista de su función social⁹⁵⁹⁶. WARAT⁹⁷ indica que la teoría del abuso del derecho se originó durante el S. XIX, fundamentada en la necesidad de controlar los excesos en el ejercicio de los derechos de libertad y propiedad reconocidos por la revolución liberal entre los S. XVII y XIX, lo cual se expresa, además del Code Napoleón, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano⁹⁸. La cual define la libertad en términos individuales y casi absolutos, cuyos límites se determinarán por ley; en éste contexto normativo, es factible que la libertad sea ejercida en el borde donde siendo dañosa socialmente no es ilegal⁹⁹. Sin embargo, ya en el Derecho Romano y en la Época Medieval existían figuras similares o por lo menos, atisbos de éstas, como la doctrina del *aemulatio*, la cual consistía en la ejecución de actos bajo un *animus nocendi* (ejercicio del derecho inspirado por intención dañosa).

⁹⁵ RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) Op. Cit. Pág. 10

⁹⁶ MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2001) "Introducción al Abuso del Derecho" En Actualidad Jurídica, Tomo 89. Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico. Págs. 47-48

⁹⁷ WARAT, Luis (1969) "Abuso del derecho y lagunas de la ley", citado por RUBIO CORREA, Marcial (2008) Op. Cit. Pág. 27

⁹⁸ Citamos los artículos de los cuales se desprende tal observación:

Art. 2.- "El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia de la opresión".

Art. 4.- "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley".

Art. 5.- "La ley tiene derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena".

⁹⁹ RUBIO CORREA, Marcial (2008) Op. Cit. Pág. 28

3. Definición

La teoría del abuso inicialmente nace aplicada al derecho de propiedad, aunque posteriormente fue extendida hacia otras áreas: *"...el abuso del derecho surge cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se produce una alteración en el equilibrio que debe existir entre el interés social de que sean respetados los derechos individuales, y los restantes intereses que a la sociedad como entidad orgánica cumple realizar (...) el ejercicio del derecho individual será abusivo si su titular tenía conocimiento de las consecuencias antisociales que su obrar ocasionaba"*¹⁰⁰.

Indica RUBIO CORREA¹⁰¹: *"El acto que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico... sin embargo, este acto lícito contraría el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución y, por tanto, se configura una laguna del Derecho que deberá ser resuelta por el juez..."*. Así mismo, nos especifica que *"una laguna puede definirse como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera debiera estar regulado por el sistema jurídico y, por tanto, tener una solución normativa"*. Por tanto, el abuso del derecho se daría cuando concurren los siguientes elementos: (1) Mediante norma positiva se ha reconocido un derecho; (2) el ejercicio u omisión de éste, en la forma específica en que se diese, no está limitado ni prohibido por el ordenamiento positivo; (3) ese ejercicio, sin embargo,

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) Op. Cit. Pág. 33

¹⁰¹ RUBIO CORREA, Marcial (2008) Op. Cit. Pág. 30

es contrario a las normas generales de convivencia social, por tanto (4) queda abierta la posibilidad que judicialmente se restrinja tal ejercicio.

En la doctrina europea, se entiende principalmente como "abuso" a los abusos de derechos subjetivos, ejercidos como si fueran absolutos e inderogables, lo cual ha motivado algunos cuestionamientos a ésta, por condicionar el ejercicio de los derechos ante nociones que pueden llegar a frustrarlos, pues la libertad de fines que debería satisfacerse mediante el ejercicio de un derecho será contrapuesta al interés social que ha fundamento el otorgamiento de tal derecho, es decir, a la función que éste debería desarrollar o el objetivo o finalidades "típicas" que son cuyo goce se considera lícito¹⁰². Para BRECCIA¹⁰³, *"el ordenamiento dispone las normas para su cumplimiento, no para su instrumentalización"*, pues lo contrario implicaría sostener al derecho como una cubierta para el ejercicio de conductas arbitrarias, por tanto, *"...[el abuso del derecho] no consiste en la transgresión prima facie de los límites legales fijados por el ejercicio del derecho mismo (...) sino que se trata de una 'aparente conformidad del comportamiento del sujeto al contenido de su derecho. Por lo que más bien abusar del derecho debería significar cubrir de apariencia jurídica un acto que se tendría el deber de no realizar"*. Es decir, se trata de conductas no prohibidas de forma directa o indirecta por el ordenamiento; por tanto, se trata del ejercicio de un derecho subjetivo de

¹⁰² PALOMBELLA Gianluigi (2006) "El abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law". En Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, No 26. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Universidad de Alicante. Pág. 37

¹⁰³ BRECCIA, Umberto (1998) *"L'abuso del diritto"*, citado por PALOMBELLA Gianluigi (2006) Op. Cit. Pág. 39

manera tal que se ocasione daño a un interés ajeno que no se encuentra protegido específicamente por la normatividad jurídica.

4. Criterios para calificar el Abuso

Partiendo por considerar lo expuesto por PALOMBELLA, quien considera a los Principios (distinguidos de las "Reglas", es decir, de las normas del ordenamiento positivo que configuran un derecho o institución jurídica específica) como la fuente o herramienta para la identificación de situaciones de abuso del derecho, cuando indica que *"en esencia, son los principios los que permiten de entre los posibles supuestos de ejercicio consentidos por la norma (que otorga un derecho subjetivo...) excluir de ella algunos como ilícitos por exceder el ámbito justificado de aplicación de la misma (...). Así la tarea del intérprete es especificar qué principios del ordenamiento ofrecen una justificación del poder o del derecho (subjetivo) y en todo caso, definir directamente, o por analogía, las relaciones con las áreas de ejercicio que a posteriori se revelen como admisibles o inadmisibles"*¹⁰⁴.

MARTÍNEZ USEROS¹⁰⁵ señala que para calificar un derecho como abusivo, deben concurrir tres factores: (1) la alteración en el equilibrio de los intereses de la Sociedad; (2) que dicha alteración sea producto de la desarmonía entre intereses individuales y los intereses de la sociedad como entidad orgánica y (3)

¹⁰⁴ PALOMBELLA Gianluigi (2006) Op. Cit. Pág. 40

¹⁰⁵ MARTÍNEZ USEROS, Enrique (1947) *"La doctrina del abuso del Derecho y el Orden jurídico administrativo"* citado por RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) Op. Cit. Pág. 33

que el titular al provocar dicho desequilibrio estuviese consciente de las consecuencias antisociales que originaría. Así mismo, BRECCIA¹⁰⁶ ha encontrando en la jurisprudencia europea la definición de algunos parámetros para determinar el abuso: (1) el *aeumulatio*, falta de interés unida a la intención exclusiva de dañar; (2) el uso anormal o incorrecto; (3) la desproporción inadmisibles entre los intereses perseguidos y aquellos sacrificados para lograrlos; (4) el desvío del poder del objetivo institucional y (4) cualquier combinación de los criterios anteriores. Un elemento común a las definiciones de abuso del derecho es el límite sustantivo del derecho de naturaleza interna. Es decir, que mientras el exceso del derecho se determina en abstracto y a priori, el abuso del derecho se determina a través de una tipología de normas que permiten una valoración judicial a posteriori, la cual deberá fundamentarse en valoraciones de normativas provenientes de distintos rangos (ordinarios y constitucionales), en consecuencia, afirma PALOMBELLA: *"Para esa finalidad, me parece razonable, desde una perspectiva de teoría del Derecho, especificar en sentido funcional o sistemático qué es lo que ata a una regla a uno o más principios jurídicos en aras de su concreción, es decir, cuál es la llave para remontar aquel empleo ilegítimo del derecho o del poder que constituye un abuso"*.

A lo expuesto, debemos agregar que JOSSERAND distingue tres clases de actos: Ilegales (antijurídicos en sí mismos), Ilícitos (antijurídicos en función a la contravención del objeto de su destino) y Excesivos (generan responsabilidad en función al daño que produzcan sobre terceros):

¹⁰⁶ BRECCIA, Umberto (1998) *"L'abuso del diritto"*, citado por PALOMBELLA Gianluigi (2006) Op. Cit. Pág. 37

- a) **Actos Ilegales.** También llamados actos cumplidos sin derecho; consiste en la trasgresión de los contornos definidos de una institución jurídico o derecho mediante la no actuación en nombre institucional ni en ejercicio de un derecho.
- b) **Actos Ilícitos.** Se sobrepasa el contenido de un derecho.
- c) **Actos excesivos.** Se ejecutan en virtud a un derecho e incluso en conformidad al objeto de la institución a la cual éste sirve pero aún así, su autor incurre en responsabilidad.

A nivel doctrinario, se han ensayado distintas teorías que sustenten a la figura del Abuso del Derecho, cada uno de éstas tomando diferentes elementos como fundamentación, de las cuales podemos enumerar las siguientes¹⁰⁷:

- **El criterio intencional.** Es el aplicado con mayor frecuencia, consistente en la intención de dañar como criterio constitutivo del abuso. RIPERT¹⁰⁸ considera que el abuso del derecho consiste en cubrir de apariencia jurídica el acto que se tenía el deber de no cumplir o que al menos, no era posible realizarlo sin mediar indemnización a los lesionados por éste. RUBIO CORREA¹⁰⁹ critica dicha teoría en virtud que aquí se configuraría un supuesto ya previsto por las disposiciones de responsabilidad civil extracontractual, careciendo de sentido entonces, la inclusión de una figura especial como es la del abuso.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) Op. Cit. Pág. 36 - 43

¹⁰⁸ RIPERT, Georges (1925) "*La règle morale dans les obligations civiles*" citado por RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) Op. Cit. Pág. 36

¹⁰⁹ RUBIO CORREA, Marcial (2008) Op. Cit. Pág. 33

- **El criterio económico.** Inspirado en la definición de IHERING de los derechos subjetivos como "*intereses jurídicamente protegidos*", por tanto quienes sostiene éste criterio indican que el abuso reside en el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, pues desde el punto de vista social, todo derecho es relativo. Sin embargo, el criterio económico limita al derecho al considerarlo meramente un "*interés protegido*", cuando su contenido en realidad es más amplio y de mayor valoración.
- **El criterio finalista de la función social de JOSSE RAND.** Dicho autor afirma que todo derecho público o privado corresponde a una finalidad, cuyo titular no podrá desconocer sin cometer mediante ello una desviación, un abuso. Este criterio se deriva de la función social, por tanto, los derechos subjetivos deben orientarse hacia su objeto, lo cual logrará poner a los egoísmos individuales al servicio de la comunidad. Dicho criterio también es seguido por juristas como el español MOISSET DE ESPANÉS¹¹⁰, quien considera que el abuso del derecho se configura en la contravención de los fines de carácter económico y social que motivaron el otorgamiento de dicho derecho subjetivo a los particulares por parte del ordenamiento jurídico. RUBIO CORREA critica que la teoría que sostiene que "*el ejercicio de los derechos debe suponerse como sustrato de un interés serio y legítimo de parte del agente*", es decir, que detrás de todo derecho existe un interés social, por tanto, **al ejercerse el derecho al margen de dicho interés o en contravención a éste, se produce un abuso del derecho**, es inadmisibles pues: (1) no todo derecho

¹¹⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2001) Op. Cit. Pág. 56

reconocido permite la inferencia del interés serio y legítimo subyacente a éste, pues detrás de cada norma positiva no necesariamente se encuentra una *ratio legis* claramente discernible; (2) *"establecer como causa determinante la conformidad del ejercicio con el interés serio y legítimo obligaría a un permanente examen de conciencia frente al actuar, y al recorte de la libre decisión de la persona"*; (3) los derechos suponen la libertad de elegir su ejercicio, por tanto el criterio del interés serio y legítimo sustituiría dicha libertad de actuar.

- **La teoría de las facetas subjetiva y objetiva del abuso**, las cuales resultan de la compilación de la doctrina y jurisprudencia francesa de los criterios expuestos párrafos arriba, concluyendo en que la teoría del abuso está provista de dos facetas, una objetiva, referida a la función social de los derechos, y una subjetiva, referida a la búsqueda de la motivación legítima que haya movido al agente en su actuación. Por tanto, se desprende que el acto será normal o será abusivo según esté fundamentado o no por una motivación legítima.

CONCLUSIONES

1. En el procedimiento administrativo de imposición de Servidumbre Minera existen algunos defectos, entre los cuales se encuentra la deficiente regulación de la figura de la Enervación del Derecho de Propiedad, que desvirtúan la Función Social que debe observar el ejercicio legítimo de los derechos de propiedad y el ordenamiento jurídico en general, así como propician el abuso de estos derechos.
2. La actividad minera constituye una industria de utilidad pública cuyo desarrollo representa una expresión del interés social, pues tiene una cantidad de externalidades positivas, así como una fuerte supervisión y regulación en torno a la mitigación de sus externalidades negativas, respecto de la comunidad en que se desarrolla.
3. Al ser una actividad de interés social, se subsume dentro de los supuesto de la Función Social de la Propiedad, tal que, el ejercicio de un derecho real, como lo es la propiedad predial, no puede excederse al punto de convertirse en una barrera ilegítima al desarrollo de ésta actividad, pues ello trasgrede la Función Social que el derecho en cuestión debe cumplir. Así mismo, la Enervación se constituye en una trasgresión a la Función Social al amparar legalmente éste tipo de ejercicios-

4. La figura de la Enervación también permite una configuración de posiciones de negociación en desequilibrio, en perjuicio del titular de la Concesión Minera, favoreciendo al titular del Derecho de Propiedad del predio, lo cual puede fácilmente desembocar en el abuso del derecho, mediante la extracción de rentas excesivas cuando el titular predial se valga de su posición de fuerza para exigir un precio sustancialmente mayor al valor de mercado a cambio de sus derechos prediales.



PROPUESTAS

Como hemos concluido en éste estudio, el problema está en la mala regulación de la figura de la Enervación de la Propiedad, la cual en principio es un intento legítimo por amparar el derecho del titular del predio con potencial minero pero, que ha devenido lamentablemente en una protección excesiva, fuera de los límites constitucionales que tal derecho merece y, en detrimento de los derechos legítimos de las otras partes involucradas, como es el derecho a la explotación del suelo para desarrollar la concesión minera que el titular de ésta ha obtenido de parte del Estado y, el derecho difuso a una mejor calidad de vida y desarrollo económico del que goza la sociedad como ente orgánico y colectivo.

Entonces, el principal remedio a la situación actual consiste en la modificatoria de la normativa actual, que por un lado define a la Enervación del Derecho de Propiedad en éstos términos: *"(...) si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir, sin perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado"*, es decir, que la Enervación permite la oponibilidad de cualquier finalidad que el propietario predial subjetivamente determine, que de ser eminentemente incompatible con el estado en que el predio se encuentre posterior a la extinción de la servidumbre, fundamentará la denegatoria de este gravamen. La naturaleza jurídica de esta figura, al momento de su emisión, fue la de asegurar que el propietario predial no se vea perjudicado económicamente en su dimensión patrimonial subjetiva, por lo

que la Enervación originalmente daba pie a la expropiación del bien y por ende, el desligamiento del propietario y el predio que podría no mantener su valor en el tiempo, y con ello el Concesionario sería quien recibía el beneficio de su uso pero también soportaba el costo de los detrimentos causados. Sin embargo, la expropiación a partir de nuestra Constitución Política de 1993, es una opción reservada para supuestos en los cuales la actividad minera difícilmente podrá alguna vez encajarse, pues su interés social se manifiesta en forma de utilidad pública pero no como necesidad imperativa.

Por lo anterior, debemos sugerir la derogación de la figura de la Enervación, puesto que (1) su naturaleza jurídica está ligada a la expropiación y sin ésta vía, carece de sentido; (2) disminuir su alcance a través de consignar supuestos específicos no resolvería el problema de fondo y además, (3) el derecho de propiedad no requiere de la Enervación para ser amparado. Profundizamos esto: En la servidumbre minera, es innegable que hay una probabilidad considerable de dejar el predio inservible para fines agrícolas, por lo menos en el corto plazo posterior a su uso, y esto, teniendo en cuenta las acciones dentro del Plan de Cierre que la legislación obliga a cumplir al Concesionario; en atención a ello, el legislador creó la figura de la Enervación para indicar cuándo el propietario podía exigir la expropiación que *liberaría* de esa carga o perjuicio futuro. Por tanto, la solución al conflicto requerirá de una figura nueva, diseñada en base a los nuevos paradigmas vigentes a partir de la nueva Constitución y las nuevas condiciones que la realidad impone. Así mismo, hemos demostrado en éste estudio que sobre un predio de potencial minero, no son concebibles *a priori* actividades que

revistan mayor importancia social que la minería (lo cual, como dijimos, no implica que no existan actividades trascendentales que en predios no mineros podrían ser de mayor trascendencia que ésta) y por ello, reducir el alcance de la Enervación estableciendo supuestos específicos de actividades que no podrían ser reemplazadas por la minería sería una proposición contradictoria. Finalmente, el derecho de propiedad ya es amparado por el ordenamiento y su ejercicio, dentro de un marco de legitimidad, se encuentra plenamente protegido y si bien pueden existir otras figuras que complementen dicha protección, en el presente caso la protección otorgada por la Enervación cruza el límite de lo excesivo.

Una vez derogada la Enervación, la consecuencia sería que las solicitudes de servidumbre minera no sean oponibles bajo ninguna causal, lo cual puede hacernos dudar si ello no configura un nuevo desequilibrio en éste caso a favor a del Concesionario; pero debemos considerar que el ordenamiento actual dispone del pago no sólo de un justiprecio por el bien sino también de una indemnización por el daño que pudiese recibir el predio y el lucro cesante sacrificado, ambos determinados por un perito especializado del Consejo Nacional de Tasaciones, quien tomará de referencia el valor de mercado, lo cual asegura que no haya un abaratamiento en favor del Concesionario ni un encarecimiento en favor del Titular. Es decir, que el titular no verá menoscabado su patrimonio. A esto, debemos agregar un tercer mecanismo de compensación o protección implícito, que es el Plan de Cierre, en el cual de manera indirecta se consignan algunos procedimientos para evitar el impacto ambiental negativo y permanente sobre el predio gravado. Aquí cabe hacer una sugerencia importante: adoptar en nuestra

normativa la figura de la Rehabilitación de Bienes, contenida en el código minero colombiano, la cual dispone explícitamente que el beneficiario de la servidumbre deberá encargarse bajo su propio costo de ejecutar las medidas y procesos necesarios para restaurar en la medida de lo posible, las condiciones del predio previas al inicio del gravamen. Sin embargo, aún sin ésta figura, la derogación de la Enervación, como vemos, no resulta en un nuevo desequilibrio.

En resumen, las acciones que el Estado debería tomar respecto de éste problema, desde el punto de vista normativo, son la derogación de la cláusula contenida en el párrafo quinto del artículo 3º, del Decreto Supremo N° 017 -96 - AG, Reglamento del artículo 7 de la Ley 26505, que indica textualmente: *"...elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin enervar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado";* y de manera complementaria, se propone la inclusión de un artículo o conjunto de éstos que recojan la figura de la Rehabilitación de Bienes contenida en el artículo 183 de la Ley 685 del año 2001, Código de Minas y otras Disposiciones de Colombia, que reproducimos textualmente: *"Sin perjuicio de lo que se hubiere acordado con el dueño o poseedor de los inmuebles sirvientes y de los pagos e indemnizaciones en su favor, el interesado está obligado a hacer la readecuación de los terrenos o a ponerlos en condiciones de ser destinados a su uso normal o a otros usos alternativos. Esta obligación se cumplirá o garantizará en el curso de la liquidación del contrato de concesión"*. Dicha inclusión puede ser en éstos términos u otros

que mantengan la naturaleza jurídica de la figura: obligar al Concesionario a asumir adicionalmente los costos de devolver el predio gravado a su estado original.



BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS CONSULADAS:

1. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Máx & CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos (1998) *"Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo V. Derechos Reales"* Nueva ed. Actualizada. Perú: Gaceta Jurídica Editores S.A.
2. ALONSO PÉREZ, Mariano (2009) *"Historia de la Propiedad. Servidumbres y Limitaciones de Dominio"*. 1ra ed., España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
3. BELAUNDE MOREYRA, Martín (2009) *"Derecho Minero y Concesión"*. 3ra ed. Perú: Editorial San Marcos EIRL.
4. BASADRE AYULO, Jorge (2001) *"Derecho de Minería y del Petróleo"*. 1ra ed. Perú: Editorial San Marcos EIRL.
5. BULLARD, Alfredo (2006) *"Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales"* 2da. Perú: Ed. Palestra
6. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1988) *"Diccionario Jurídico Elemental"*. Argentina: Editorial Heliasta SRL, 1988.
7. GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo (1988) *"Apuntes de Derecho Minero Común"*. Revista Thémis No 13. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú
8. GONZALES BARRON, Gunther (2010) *"Derechos Reales"*, 2ª ed. Perú: Ediciones Legales.

9. GONZALES BARRÓN, Gunther (2009) *"La Propiedad en la Constitución de 1993: Derecho individual con Proyección Social"*. En El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución. 1ra ed. Perú: Gaceta Jurídica S.A.
10. LANA O CLEONARES, Eduardo (2004) *"¿Sirven las Servidumbres Mineras en el Perú?"*. En Revista Peruana de Derecho Empresarial, No. 59. Perú: ASESORANDINA S.R.L.
11. MANKIW, Gregory (2012) *"Principios de Economía"* 6ta ed. México: Cengage Learning Editores S.A. de C.V.
12. MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2001) *"Introducción al Abuso del Derecho"* En Actualidad Jurídica, Tomo 89. Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico
13. PALOMBELLA Gianluigi (2006) *"El abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law"*. En Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, No 26. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Universidad de Alicante
14. RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino (1971) *"El abuso del derecho: Teoría de los actos antinormativos"*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM
15. RUBIO CORREA, Marcial (1999) *"Estudio de la Constitución Política de 1993"* Tomo III, 1era ed. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
16. RUBIO CORREA, Marcial (2008) *"El título preliminar del Código Civil"* 9na ed. Perú: Fondo Editorial PUCP
17. SIGUAS CALDERÓN, Luis (2010) *"Necesidad de regular adecuadamente la servidumbre minera"*. Tesis para optar por el título de abogado. Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

18. VARIOS AUTORES (2010) "Código Civil Comentado", Tomo V, 1era Edición.

Perú: Gaceta Jurídica, S.A.

FUENTES JURISPRUDENCIALES CONSULTADAS

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) *Sentencia recaída en Expediente No 03347-2009-PA/TC*. Perú
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005) *Sentencia recaída en Expediente N° 5131-2005-PA/TC*. Perú
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005) *Pleno Jurisdiccional del Expediente N° 0048-2004-PI/TC*. Perú
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005) *Sentencia recaída en Expediente N° 0030-2004-AI/TC*. Perú
5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) *Sentencia recaída en Expediente N° 665-2007-AA/TC*. Perú
6. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2012) *Pleno Jurisdiccional del Expediente N.º 0001-2012-PI/TC*. Perú
7. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2012) *Sentencia recaída en Expediente N.º 00316-2011-PA/TC 2012*

FUENTES VIRTUALES CONSULTADAS

1. CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO (2011) *"Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021"* 2da ed. Perú: Centro Nacional de

Planeamiento Estratégico. Extraído el 11 de enero de

https://www.mef.gob.pe/contenidos/acerc_mins/doc_gestion/PlanBicentena_rioversionfinal.pdf

2. ESCAJADILLO, Francisco "*Concesión minera vs. Derecho de Propiedad: Sobre los conflictos entre el concesionario minero y el propietario del suelo*". Perú: Instituto de Investigación Jurídica USMP. Extraído el 26 de agosto del 2014 de:
<http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Premios%202013/GANADOR%20OPRIMER%20PUESTO%20DERECHO%20MINERO%20VS%20DERECHO%20DE%20PROPIEDAD.pdf>
3. LIBÉLULA COMUNICACIÓN AMBIENTE Y DESARROLLO (2011) "*Diagnóstico de la Agricultura en el Perú*". 1ra ed. Perú: Libélula Comunicación Ambiente y Desarrollo S.A.C. Extraído el 11 de enero de
http://www.peruopportunity.org/uploads/posts/34/Diagnostico_de_la_Agricultura_en_el_Peru_-_web.pdf
4. MARIÁTEGUI CANNY, Luis (2003) "*El nuevo procedimiento de Servidumbre Minera*". En Informativo Mineroenergético, año 12, No 3. Perú: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. Extraído de:
<http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/mineroener/Portada.htm>
5. MARTÍNEZ, G. "*42% de proyectos mineros están paralizados*" Diario Correo [en línea], 29 de noviembre, 2013 [fecha de consulta: 10 de enero,

- 2015] Disponible en: <http://diariocorreo.pe/economia/42-de-proyectos-mineros-estan-paralizados-63814/>
6. MINISTERIO DE AGRICULTURA (2012) *"Plan Estratégico Sectorial Multianual del Ministerio de Agricultura 2012-2016"*. Perú: Ministerio de Agricultura y Riego. Extraído el 11 de enero de http://www.minag.gob.pe/portal/download/pdf/conocenos/politica_agraria/pe_sem_2012-2016.pdf
 7. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO. Dirección General de Seguimiento y Evaluación de Políticas. Dirección de Estadística Agraria (2014) *"Dinámica Agropecuaria 2013 - 2014"*. Perú: Ministerio Nacional de Agricultura y Riego. Extraído el 10 de enero de http://www.minag.gob.pe/portal/download/pdf/especiales/dinamica/dinamica_agropecuaria2004-2013-final.pdf
 8. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO. Dirección General de Seguimiento y Evaluación de Políticas. Dirección de Estadística Agraria (2014) *"Dinámica Agropecuaria 2013 - 2014"*. Perú: Ministerio Nacional de Agricultura y Riego. Extraído el 10 de enero de http://www.minag.gob.pe/portal/download/pdf/especiales/dinamica/dinamica_agropecuaria2004-2013-final.pdf
 9. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (2013) *"La importancia de la Minería en el Perú"*. Perú: MINEM. Extraído el 10 de enero de http://www.iimp.org.pe/website2/jueves/ultimo341/jm20131010_importancia.pdf

10. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (2014) *"Boletín Estadístico del Subsector Minero, Noviembre"*. Perú: MINEM. Extraído el 10 de enero de <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/VARIABLES/2014/NOVIEMBRE/NOVIEMBRE.pdf>
11. REYES, José Carlos *"Más de US\$41 mil millones en inversiones están paralizados"* Peru21 [en línea], 08 de mayo, 2013 [fecha de consulta: 10 de enero, 2015] Disponible en: <http://peru21.pe/economia/mas-us41-mil-millones-inversiones-estan-paralizados-2130044>
12. SÁNCHEZ, Alan (2011) *"La servidumbre minera y conservación en tierras privadas"*. Perú: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Extraído el 26 de agosto del 2014 de: <http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2012/10/La-servidumbre-minera-y-conservaci%C3%B3n-en-tierras-privadas.pdf>
13. CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES - CEPES (2006) *"Informativo Legal Agrario N°. 23. Tributación Agraria"*. Perú: CEPES. Extraído el 11 de enero de: http://www.cepes.org.pe/apc-aa/archivos-aa/a01e3bc3e44a89cf3cd03d717396a20e/Informativo_legal_agrario_N_23_b.pdf

FUENTES LEGISLATIVAS CONSULTADAS

1. Decreto Supremo 014-92-EM Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

2. Decreto Supremo 003-94-EM. Reglamento de diversos títulos del T.U.O. de la Ley General de Minería
3. Decreto Supremo 018-92-EM. Reglamento de Procedimientos Mineros
4. Decreto Legislativo 1064. Régimen jurídico para el aprovechamiento de tierras de uso agrario (*actualmente derogado*).
5. Ley 26505. Ley de inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en las tierras del territorio nacional y comunidades campesinas y nativas (Ley de Tierras)
6. Decreto Supremo 011-1997-AG. Reglamento de la Ley 26505
7. Decreto Supremo 017-1996-AG. Reglamento del artículo 7 de la Ley 26505, Procedimiento para el establecimiento de Servidumbre legal minera
8. Decreto Supremo 015-2003-AG. Modifican artículos del Reglamento del artículo 7 de la Ley 26505, Procedimiento para el establecimiento de Servidumbre legal minera
9. Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.
10. Resolución Ministerial 802-2012-MEM. Plan Estratégico Sectorial Multianual - PESEM - 2012 - 2016

FUENTES METODOLÓGICAS CONSULTADAS

1. MOISSET DE ESPANÉS (2008) “*La investigación en las Ciencias Jurídicas*”. Colombia: Editorial Ducal.

2. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, (1999) "*Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*", 3ra edición. Colombia: Editorial Temis S.A.
3. AMADO MENDOZA, Ana María; CÁCERES ARCE, Jorge; PACHECO DE RIVERO, Claudia (2011) "*Guía Académica para la investigación jurídica*". Perú: Fondo Editorial Universidad Católica de Santa María.
4. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2007) "*Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento (y como sustentar expedientes)*". 4ta edición. Perú: Gaceta Jurídica S.A.

ANEXOS

- Proyecto de Investigación

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es cultura general, hoy en día, que el Perú es un país de vasto potencial minero, un potencial que en el auge de su explotación visto en las últimas décadas nos ha llevado a niveles de prosperidad, crecimiento económico y desarrollo que no creíamos posibles. Sin embargo, es una de las mayores fuentes de conflictos sociales en el Perú actual; al respecto, el jurista peruano Enrique GHERSI ha sostenido en reiteradas ocasiones la importancia de las instituciones (en el sentido de conductas generalizadas de las personas de un grupo humano específico) ya sea como fuentes o como soluciones a los conflictos. A partir de esta noción, podemos constatar que efectivamente, la mayoría de conflictos sociales y/o ambientales surgidos con ocasión de la actividad minera no son inherentes a esta, es decir, consecuencias inevitables de su ejecución sino, producto de instituciones que no se han traducido eficientemente en la normatividad de la materia o de instituciones creadas a partir de esta normatividad que resultan en barreras para la alineación de intereses entre las partes involucradas en los señalados conflictos. Vale recalcar que esto no necesariamente implica una crítica general al Derecho Minero, el cual innegablemente tiene el mérito de ser una doctrina desarrollada en un medio sui generis, en algunos momentos, hostil y en otros, acogedor, a la materia que regula.

En el presente Proyecto de Investigación, buscaremos introducirnos en el análisis de algunas de estas instituciones, específicamente, de las instituciones jurídicas del Derecho de Propiedad, la Servidumbre y la Enervación de la Propiedad, en su relación con las instituciones económicas de la agricultura, ganadería y minería; siendo pues, que en la casuística encontramos una serie de proyectos de inversión minera cuyo potencial representa una fuente de riqueza tangible en el corto o mediano plazo si es que se les permite iniciar su etapa extractiva, sin embargo, si bien podemos aceptar que en muchos casos estos proyectos sean detenidos o paralizados debido a la existencia de barreras infranqueables, esta situación representa una pequeña parte de las causas por las cuales se paralizan los proyectos, siendo que una causa de mayor incidencia es el problema nacido de la figura de la “Enervación del Derecho de Propiedad”, que a partir de la promulgación de la Constitución Política del Perú de 1993, ha pasado a convertirse en una barrera actualmente infranqueable pero, en nuestro juicio, fácilmente solucionable si es que hacemos una correcta interpretación de las figuras del Derecho de Propiedad, la Servidumbre y la Enervación de la Propiedad involucradas.

Para ponernos en contexto respecto a este problema, empecemos por una vista a grandes rasgos del proceso que sigue una inversión minera. Una vez hechos los trabajos de cateo y prospección, los cuales brindarán luces sobre la posible existencia de un yacimiento mineral económicamente provechoso, se inicia el procedimiento de Concesión Minera para poder obtener el derecho de Exploración, Desarrollo y Explotación de dicho yacimiento. Pero el título de la Concesión Minera no otorga por

sí mismo el suficiente permiso para iniciar los trabajos de exploración, desarrollo y explotación sino, se requiere otras autorizaciones administrativas conexas y además, la autorización sobre la que versará nuestra Investigación: el permiso de los propietarios de los predios superficiales que necesariamente deben ser usados para dichas actividades mineras. Aquí suele darse una serie de conflictos. Por un lado, si el concesionario es el titular de dichos predios o éstos son terrenos eriazos, no habrá mayor problema. Por el otro, cuando la titularidad de los predios recae en un tercero y éste se niega a enajenarlos al concesionario u otorgarlos bajo otro título, queda en el concesionario la vía de la Servidumbre, en la cual, ante falta de acuerdo con el propietario superficial, se iniciará el procedimiento de Servidumbre donde dos peritos determinaran la procedibilidad y la indemnización correspondiente. En este punto es donde la figura jurídica de la Enervación de la Propiedad se ha dispuesto como una causal definitiva para denegar la Servidumbre. Sin embargo, consideramos que esto constituye un alcance del Derecho de Propiedad más allá de lo que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido si interpretamos que -dada la trascendencia para el progreso, calidad de vida y riqueza de nuestra Nación, incluyendo la gestión sostenible del ambiente, que conllevan las actividades mineras- la Minería es una actividad que revista el carácter de *interés público* y por tanto, la enervación de la propiedad resulta una trasgresión a lo dispuesto en el Libro V del Código Civil, pues la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social.

En resumidas cuentas, será objetivo de la investigación aquí propuesta el de demostrar el carácter de *interés social* que reviste la Minería, particularmente por sobre otras industrias que pudiesen ejercerse en un mismo predio (o predios) y por tanto, limitar la figura de la Enervación de la Propiedad en el Procedimiento de constitución de Servidumbre, en razón que el Derecho de Propiedad no puede ser ejercido en contra del interés social.

II. JUSTIFICACIÓN

RELEVANCIA ACADÉMICA

Existe consenso entre los juristas que han abordado la materia del Derecho Minero nacional sobre la existencia de un carácter teórico o suspendido de la concesión minera, es decir, que el título de Concesión si bien otorga una serie de derechos, principalmente a la explotación del recurso natural metalúrgico, no es practicable de manera inmediata pues requerirá a su vez de otras autorizaciones, ya sean emitidas por otras instancias burocráticas o del sector privado. En este sentido, el aporte académico que se pretende hacer mediante la presente investigación consiste en sentar las bases doctrinarias que nos permitan reformular la importancia de la actividad minera en el ordenamiento jurídico; es decir, establecer los argumentos jurídicos que corroboren la necesaria prelación de la industria extractiva metalúrgica por sobre otras industrias que puedan –por lo menos a primera vista- no resultar compatibles con ésta y así mismo, encontrar el enlace conceptual entre la figura del *interés social*, también denominada bien común y la cláusula de la Enervación de la Propiedad.

RELEVANCIA JURÍDICA

Partiendo de aceptar que la finalidad suprema del Derecho es armonizar las relaciones entre las personas en los distintos ámbitos de la vida social donde puedan surgir conflictos, podemos determinar que la actividad minera, fuente de los principales y más graves conflictos sociales en el Perú contemporáneo, merece ser analizada desde el ámbito jurídico a fin de encontrar las instituciones que mejor sirvan a la mencionada finalidad. Específicamente hablando, buscaremos demostrar que si bien en sentido extenso podríamos decir que toda actividad económica productiva realizada dentro de los límites de la ley constituye una actividad de *interés social*, en un sentido más concreto y relativo, demostraremos que la actividad minera es una actividad que reviste un mayor interés social que otras actividad que pudiesen desarrollarse dentro de las áreas jurídicamente susceptibles de denuncia minero. Es así que pasaremos a revisar el procedimiento de constitución de Servidumbre sobre predios superficiales de propiedad privada y pondremos en cuestionamiento la concepción actual de la figura de la Enervación de la Propiedad pues presenta una contradicción con uno de los principales requisitos del Derecho de Propiedad, que es el de ejercer las facultades conferidas por ésta titularidad en armonía con el *interés social*; todo esto con el fin de encontrar una solución jurídica que permita destrabar el estancamiento actual de una serie de proyectos mineros que se ven impedidos de concretarse debido a este problema legal.

III. MARCO TEÓRICO

a) **Industria Minera**

Utilizaremos los términos “*Industria Minera*”, “*Sector Minero*”, “*Minería*”, “*Actividad Minera*” indistintamente, para designar el concepto a continuación desarrollado: La industria minera conlleva una serie de actividades distintas, las cuales en su mayoría se encuentran definidas en la normativa vigente (Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, en adelante, TUO). La mayoría de estas requiere una concesión para poder practicarse y así mismo, otras licencias o permisos especiales dependiendo del status legal de los predios superficiales cuya afectación resulta necesaria para establecer la infraestructura requerida en estas actividades. A continuación, definiremos las actividades mineras principalmente relevantes para nuestro estudio:

(1) **Cateo**

El art. 1º del TUO, la define como la “acción conducente a poner en evidencia indicios de comercialización por medio de labores mineras elementales”. Es decir, consiste en la utilización de métodos básicos para la búsqueda de yacimientos mineros. La actividad, por su simpleza, no requiere de permiso o licencia alguna, sin embargo, junto con la prospección, no pueden ser realizadas en áreas de no admisión de denuncios mineros y en terrenos cercados o cultivados sin autorización del propietario de los mismos.

(2) **Prospección**

El mismo artículo establece que se trata de la “investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones físicas y químicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión”. Esta actividad se realiza por medio de herramientas de mayor complejidad pero sin hacer afectaciones sustanciales a los predios investigados.

(3) **Exploración**

Se define en el artículo 8º del TUO como la actividad que permitirá “demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales”. A diferencia del cateo y la prospección, esta actividad requiere de una concesión; así mismo, dependiendo de la situación legal de las áreas superficiales involucradas, serán necesarias distintas autorizaciones. Esta actividad se encuentra reglamentada mediante el DS 020-2008-EM.

(4) Desarrollo

En el mismo artículo se define como: “la operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento”. El desarrollo puede realizarse en la fase de exploración o explotación, a juicio del titular de la concesión. También puede darse en el contexto de la expansión o extensión de la vida útil de la mina.

(5) Explotación

Igualmente, el mismo artículo explica que es “la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento”. Esta etapa constituye el momento principal de la industria minera, pues a partir de la extracción de los minerales se materializa la inversión hecha, al adquirirse la propiedad sobre los recursos extraídos, en calidad de bienes muebles.

(6) Beneficio, Labor General y Transporte Minero

El beneficio consiste en los procesos físicos, químicos y físico-químicos que permitirán obtener el mineral concentrado y/o la purificación, fundición o refinamiento de los metales. Las actividades de labor general engloban actividades auxiliares como la ventilación, desagüe, izaje, entre otros. Finalmente, el transporte minero consiste en el sistema que permitirá el transporte masivo y continuo de los productos minerales por métodos no convencionales, entre los que la ley menciona a la faja transportadora, tuberías o los cable-carriles. Estas tres actividades requieren concesiones especiales para la realización de cada una de ellas.

b) Concesión Minera

De acuerdo a BELAUNDE MOREYRA, podríamos afirmar que en sentido lato, la Concesión Minera proviene de un Acto Jurídico administrativo emanado de la autoridad competente, por el cual se autoriza la actividad de exploración, desarrollo, explotación, beneficio, labor o transporte. Así mismo, en un sentido estricto, la concesión se limita sólo a las actividades de exploración, desarrollo y explotación. De esto podemos derivar que tratándose de un acto jurídico, estamos ante una declaración especial de voluntad del Estado, al cual consideramos la persona jurídica de derecho público por excelencia.

La Concesión Minera reviste un carácter sui generis, por dos motivos que podemos señalar: (1) por un lado, contiene un interés público debido a la generación de riqueza, crecimiento económico y otras externalidades positivas para el país, y simultáneamente contiene un interés privado para los participantes directos, especialmente los inversionistas y accionistas de cada

proyecto minero; y (2) por otro lado, no es un derecho de propiedad ni un derecho de usufructo, sino, un conjunto de derechos reales concedidos al concesionario entre los cuales destaca el derecho a explotar los minerales de un yacimiento específico.

c) Servidumbre Minera

Según CABANELLAS, la Servidumbre (en general) consiste en “el derecho limitativo del dominio ajeno, establecida sobre una finca, a favor del propietario de otra, con carácter real o de otra persona como derecho personal”. Según nuestro Código Civil vigente, se afirma que: “La ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de algunos de sus derechos”. En el Derecho Minero, se considera a la servidumbre como aquella que grava a los predios superficiales dentro del perímetro de la concesión como de las áreas colindantes, la cual requiere de una serie de requisitos para constituirse, siendo los principales: (1) aceptación del titular del derecho de propiedad de las superficies afectadas o en su defecto, (2) que la actividad a realizarse no constituya una “enervación” del predio superficial y se indemnice apropiadamente al titular.

d) Enervación del Derecho de Propiedad

En el D.S. 015-2003-AG, que modifica el art. 7 de la Ley 26505 (Ley de Tierras), el cual delimita el procedimiento para establecer la servidumbre legal minera, se establece una definición de la enervación en su artículo tercero: “(...) si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir, sin perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado”. Podemos desprender de esta definición, que la actividad minera inevitablemente enervará el derecho de propiedad cuando su titular desee dedicarse a las actividades de agricultura, ganadería o símiles. Consideramos, y será motivo de esta investigación demostrar, que entender la enervación desde ésta óptica tenderá a resultar en interpretaciones mayormente contrarias a la actividad minera, poniendo al dueño superficiario en una posición de negociación aventajada.

e) Derecho de Propiedad

El Código Civil en su artículo 923 define a la propiedad como “*el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley*”. El

jurista AVENDAÑO VALDEZ¹¹¹ nos comenta sobre éste derecho que en primera instancia se trata de un poder jurídico nacido del Derecho y que recae sobre un bien o conjunto de bienes, confiriéndole a su titular cuatro atributos: usar, disfrutar, disponer y reivindicar.

f) **Interés Social**

El ya citado profesor AVENDAÑO VALDEZ¹¹² trae a colación una distinción fundamental en el tratamiento del concepto de Interés Social. Inicialmente este concepto esta soportado en la Constitución de 1979, donde el interés social se definía como la satisfacción de una necesidad para un grupo determinado; pero dicha interpretación, en el marco de la Constitución de 1993, se modifica por la del concepto de “bien común”, es decir, que este nuevo concepto reemplaza las menciones que en piezas jurídicas de inferior rango se hagan sobre el *interés social*. Así mismo, como “bien común” podemos entender el beneficio general de la Nación y no de un grupo humano específico, por tanto, bajo esta concepción no se justificarían intervenciones del Estado sobre el ejercicio de la propiedad, salvo que se traten de limitaciones hechas mediante normas con rango de ley, tal como lo establece el artículo 923 (“...dentro de los límites de la ley”).

Una visión contrastante nos es planteada por CAMACHO GUTIÉRREZ¹¹³, quien sigue la línea planteada por el famoso jurista León DUGUIT. El derecho de propiedad es una institución jurídica formada para responder una necesidad económica, lo que no va en desmedro del carácter privado de la propiedad sinobusca que busca apuntar que los derechos de particulares deben conciliarse con los de la comunidad, por tanto, no se trata de un derecho justificado en el individuo sino justificado en la función social que cumple. Así mismo, afirma la protección a la propiedad está condicionada a que aquel tenga el capital lo haga valer aumentando la riqueza general. Esto cambia la percepción sobre este derecho: deja de ser un derecho individual y se convierte en función social. Entonces, no podemos hablar de la propiedad como derecho absoluto en el sentido de derecho ilimitado, que permite el uso del bien indiscriminadamente aunque genere perjuicios a terceros. Sólo se puede aceptar el absolutismo en sentido de la oponibilidad del derecho a terceros y al poder público, que sólo podrá tomar la propiedad privada en atención al interés común y mediando una justa indemnización. En el Derecho no hay absolutos pues su función es la organización de las relaciones interpersonales y por tanto, la coexistencia de derechos distintos obliga a que estos sean limitados.

¹¹¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge en GACETA JURÍDICA (2010) "Código Civil Comentado", Tomo V, 1era Edición, Gaceta Jurídica, S.A., Lima, Perú.

¹¹² AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, ob. cit.

¹¹³ CAMACHO GUTIÉRREZ, Walter en GACETA JURÍDICA (2010) "Código Civil Comentado", Tomo V, 1era Edición, Gaceta Jurídica, S.A., Lima, Perú.

Para efectos de la presente investigación, consideramos esta segunda perspectiva de la propiedad, en la cual se ampara dicho derecho en la función social que cumple. Así pues, consideraremos en dos categorías principales el ejercicio de la propiedad en cumplimiento de su función social, siendo estas (1) la contribución al crecimiento económico y (2) la contribución al manejo sostenible de los recursos naturales y el ambiente. Por tanto, consideraremos cómo los ejercicios posibles del derecho de propiedad, ya sea dentro de la industria minera o en otras industrias, pueden contribuir bajo estos aspectos y en base a ello, determinar el interés social relativo que representan estas distintas aplicaciones del derecho de propiedad sobre los predios superficiarios.

g) Otras industrias

En la variable “Otras industrias” hemos decidido compilar los diferentes ejercicios productivos que pueden realizarse sobre el predio superficial necesario para las actividades amparadas en la Concesión Minera y que sean de carácter diferente a dichas actividades. Principalmente destacamos la Agricultura por ser una de las industrias tradicionalmente considerada enfrentada al desarrollo de la minería, lo cual ha sido negado por especialistas en Derecho Minero como BELAUNDE MOREYRA. Sin embargo, la figura de la Enervación de la Propiedad rige cuando, bajo consideración del perito, la actividad minera impedirá que el predio afectado en la Servidumbre pueda recuperar el uso que el propietario deseaba darle, por ello, consideraremos que los estas “otras industrias” no podrán ser ejercidas después de incurridas las actividades permitidas por la Concesión Minera, lo cual nos llevará a hacer una comparación del interés social relativo que se producen en estas distintas industrias para determinar la prelación de una sobre otra.

IV. INTERROGANTES Y OBJETIVOS

1. Interrogantes

Interrogante General:

¿La actividad minera puede considerar dentro del *interés social* que limita el Derecho de Propiedad?

Interrogantes Específicas:

- ¿La Minería tiene mayor preeminencia como *interés social* respecto de otras actividades posibles dentro de un predio susceptible de explotación minera?

- ¿Podemos determinar los alcances de la “enervación de la propiedad” en el procedimiento de constitución Servidumbre Minera?
- ¿La figura de la "enervación de la propiedad" puede constituir un abuso del derecho de propiedad?

2. Objetivos

Objetivo General:

Demostrar que la actividad minera la actividad constituye un mayor *interés social* que otras actividades dentro de predios susceptibles de explotación minera.

Objetivos Específicos:

- Determinar la importancia relativa de la industria minera y de otras industrias en cuanto al *interés social* que limita el Derecho de Propiedad.
- Determinar los alcances de la “enervación” de la propiedad como obstáculo para la constitución de Servidumbres Mineras.
- La figura de la "enervación de la propiedad" puede constituir un abuso del derecho de propiedad

V. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Habiendo revisado las bases de datos de Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, y localmente, de la Universidad Católica de Santa María, la Universidad Nacional San Agustín y finalmente, bases de datos accesibles digitalmente como la Red Peruana de Tesis, el Instituto de Estudios Peruanos, entre otros, podemos corroborar que el tema en cuestión, la prelación de la minería sobre la agricultura y ganadería en la constitución de la Servidumbre, no ha sido tratada de manera extensiva, por tanto consideramos que el tema resulta en cierta medida inédito, salvo por las siguientes investigaciones que citamos, todas ellas hechas con no más de 3 años de antigüedad, lo que demuestra la vigencia y contemporaneidad del problema escogido.

- 1) **SIGUAS CALDERÓN, Luis (2010) "Necesidad de regular adecuadamente la servidumbre minera".** UNMSM, Lima, Perú. Tesis para optar por el título de abogado.

Resumen: Se desarrolla a profundidad la institución jurídica de la Servidumbre, comentándose principalmente sobre la Servidumbre Minera pero con menciones importantes sobre la Servidumbre Civil. Así mismo, se hace un análisis de la casuística vista en los procesos de constitución de la Servidumbre Minera y algunos referentes importantes a nivel administrativo y jurisprudencial.

- 2) **SÁNCHEZ, Alan (2011)**“La servidumbre minera y conservación en tierras privadas”. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, Perú. Extraído el 26 de agosto del 2014 de:<http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2012/10/La-servidumbre-minera-y-conservaci%C3%B3n-en-tierras-privadas.pdf>

Resumen: Se estudia la contraposición entre la servidumbre minera y los predios superficiales cuyos titulares han destinado a la actividad de Conservación de Tierras, actividad de orientación ecológica que busca desarrollar ecosistemas sostenibles y productivos a través de una serie de prácticas especiales.

- 3) **ESCAJADILLO, Francisco "Concesión minera vs. Derecho de Propiedad: Sobre los conflictos entre el concesionario minero y el propietario del suelo".** Instituto de Investigación Jurídica USMP. Extraído el 26 de agosto del 2014 de: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Premios%202013/GANADOR%20PRIMER%20PUESTO%20DERECHO%20MINERO%20VS%20DERECHO%20DE%20PROPIEDAD.pdf>

Resumen:Se hace un análisis general de las causas de los conflictos de intereses entre el concesionario minero y el propietario superficial, proponiendo la derogación de la institución de la Servidumbre Minera afirmando que ésta ha caído en desuso.

VI. HIPÓTESIS

Teniendo en cuenta que

Las actividades extractivas metalúrgicas son una de las fuentes principales de riqueza y progreso a nivel nacional y así mismo, el carácter de formalidad necesario para llevar a cabo este tipo de actividades hace a la industria minera una de las principales contribuyentes de ingresos directos al Estado por medio de tributos y un pilar para la gestión sostenible de los recursos, en un mayor grado que otras industrias, incluyendo la agricultura o ganadería,

Es probable que

Podamos encontrar una prelación relativa de las actividades de la Industria Minera por sobre otras actividades en cuanto a lo referido en la figura jurídica del interés social, bienestar general o bien común, lo cual acarrearía consecuencias importantes en la delimitación de la cláusula de la Enervación de la Propiedad dentro del Procedimiento de Establecimiento de Servidumbre Minera.

VII. MARCO OPERATIVO

1. FUENTES DE CONSULTA

A continuación se enumeran las principales fuentes a ser consultadas; dicha lista puede resultar engrosada a medida que la investigación se desarrolle y su autor se percate de documentos normativos, doctrinarios o de otra índole, no considerados inicialmente.

Fuentes Normativas:

- a) Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería
- b) Decreto Supremo 014-92-EM. Reglamento de la Ley General de Minería
- c) Decreto Supremo 018-92-EM. Reglamento de Procedimientos Mineros
- d) Decreto Legislativo 1064. Régimen jurídico para el aprovechamiento de tierras de uso agrario
- e) Ley 26505. Ley de inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en las tierras del territorio nacional y comunidades campesinas y nativas.
- f) Decreto Supremo 011-1997-AG. Reglamento de la Ley 26505
- g) Decreto Supremo 017-1996-AG. Reglamento del artículo 7 de la Ley 26505, Procedimiento para el establecimiento de Servidumbre legal minera
- h) Decreto Supremo 015-2003-AG. Modifican artículos del Reglamento del artículo 7 de la Ley 26505, Procedimiento para el establecimiento de Servidumbre legal minera
- i) Decreto Supremo 040-94-EM. Reglamento de Normas Técnicas para Operaciones Periciales

Fuentes Doctrinarias¹¹⁴:

Derecho Minero y temas afines:

1. BELAUNDE MOREYRA, Martín
2. BASADRE AYULO, Jorge

Derecho de Propiedad y temas afines:

1. GONZALES BARRON, Gunther
2. GHERSI SILVA, Enrique
3. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max
4. AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge

¹¹⁴ En ésta sección más que delimitar obras específicas, enumeraremos a distintos autores especialistas en las diversas materias que se abordarán en la presente investigación.

5. CAMACHO GUTIÉRREZ, Walter

Otras Fuentes:

- a) MEM, Ministerio de Energía y Minas
- b) INGEMMET, Instituto Geológico Minero y Metalúrgico
- c) GRA, Gobierno Regional de Arequipa
- d) COOPERACIÓN, Observatorio de Conflictos Mineros del Perú
- e) TODO MINERÍA, Publicación periodística mensual local.

2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

2.1. ESTRATEGIA

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

- a) **Revisión conceptual.** Recolección de información por el investigador en las siguientes bibliotecas, consignando los datos en las Fichas de Registro y de Investigación:
 - Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María
 - Red Peruana de Tesis
 - Biblioteca Personal
 - Exploración en Internet
 - Información oficial de organismos gubernamentales: INGENMET y GRA.
- b) **Método:** El método de análisis será el deductivo. Las bases de análisis son científicas, y metodológicas.

2.2. TÉCNICAS

En concordancia con las variables e indicadores, para recoger la información se usará la técnica de Observación Documental.

2.3. INSTRUMENTOS

De acuerdo con la técnica, los instrumentos serán:

- a) Fichas de registro (Ficha Bibliográfica 1; Ficha Bibliográfica 2; Ficha Bibliográfica 3, ver ANEXOS).

3. CRONOGRAMA DE TRABAJO, AÑO 2013-2014

ACTIVIDADES	SET	OCT	NOV	DIC
Preparación del proyecto				
Aprobación del proyecto	X			
Recopilación de Información		X	X	
Evaluación de Resultados			X	
Conclusiones y Sugerencias			X	
Presentación final del informe				X

VIII. BIBLIOGRAFÍA

INVESTIGACIONES CONSULTADAS

1. SIGUAS CALDERÓN, Luis (2010) "*Necesidad de regular adecuadamente la servidumbre minera*". UNMSM, Lima, Perú. Tesis para optar por el título de abogado.
2. SÁNCHEZ, alan (2011) "*La servidumbre minera y conservación en tierras privadas*". Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, Perú. Extraído el 26 de agosto del 2014 de: <http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2012/10/La-servidumbre-minera-y-conservaci%C3%B3n-en-tierras-privadas.pdf>
3. ESCAJADILLO, Francisco "*Concesión minera vs. Derecho de Propiedad: Sobre los conflictos entre el concesionario minero y el propietario del suelo*". Instituto de Investigación Jurídica USMP. Extraído el 26 de agosto del 2014 de: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Premios%202013/GANADOR%20PRI-MER%20PUESTO%20-DERECHO%20MINERO%20VS%20DERECHO%20DE%20PROPIEDAD.pdf>

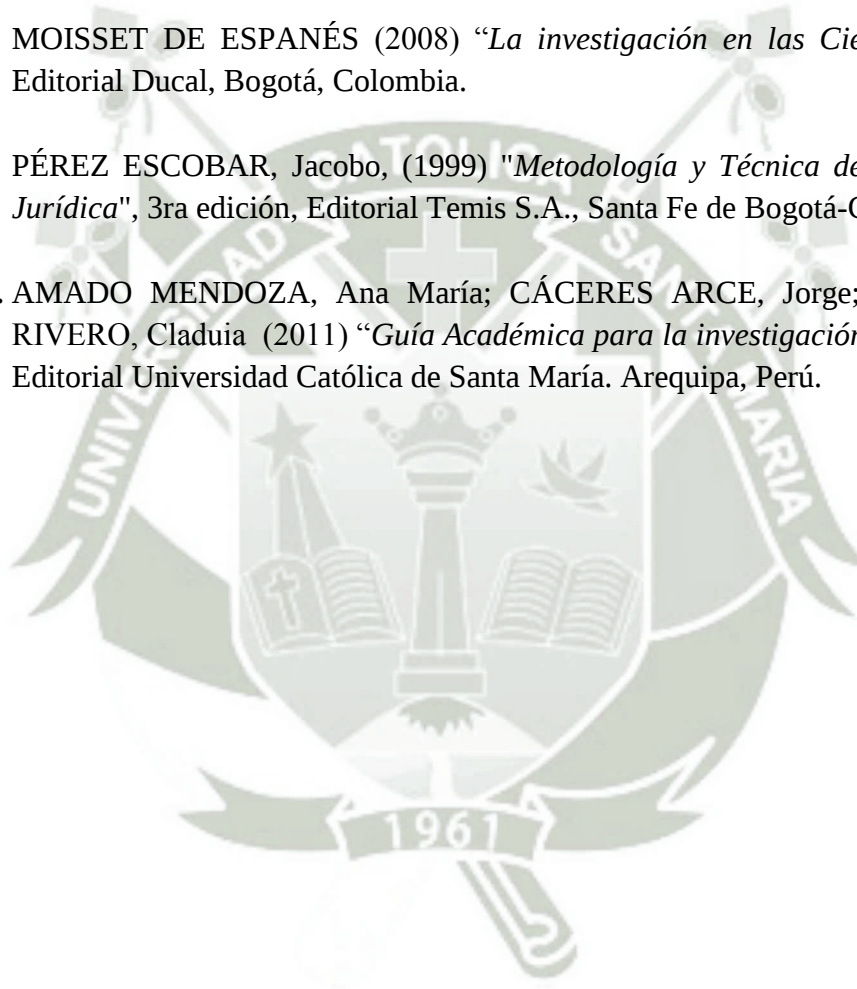
FUENTES DOCTRINARIAS CONSULTADAS

1. BELAUNDE MOREYRA, Martín (2009) "*Derecho Minero y Concesión*". 3ra ed. Editorial San Marcos EIRL, Lima, Perú.
2. BASADRE AYULO, Jorge (2001) "*Derecho de Minería y del Petróleo*". 1ra ed. Editorial San Marcos EIRL, Lima, Perú.

3. GONZALES BARRON, Gunther (2010) "*Derechos Reales*", 2ª ed. Ediciones Legales. Lima, Perú.
4. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1988) "*Diccionario Jurídico Elemental*". Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1988.
5. GACETA JURÍDICA (2010) "Código Civil Comentado", Tomo V, 1era Edición, Gaceta Jurídica, S.A., Lima, Perú.

FUENTES METODOLÓGICAS CONSULTADAS

8. MOISSET DE ESPANÉS (2008) "*La investigación en las Ciencias Jurídicas*". Editorial Ducal, Bogotá, Colombia.
9. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, (1999) "*Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*", 3ra edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia.
10. AMADO MENDOZA, Ana María; CÁCERES ARCE, Jorge; PACHECO DE RIVERO, Cladúia (2011) "*Guía Académica para la investigación jurídica*". Fondo Editorial Universidad Católica de Santa María. Arequipa, Perú.



ANEXOS

FICHA BIBLIOGRÁFICA 1 (para textos en físico)	
No.:	
NOMBRE DEL AUTOR: TÍTULO DEL LIBRO: EDITORIAL, LUGAR, AÑO: MATERIA: RESUMEN:	

FICHA BIBLIOGRÁFICA 2 (para texto digitales)	
No.:	
NOMBRE DEL PORTAL: PÁGINA WEB: MATERIA: TÍTULO DEL ÍTEM: AUTORES: (si estuvieran especificados)	

FICHA BIBLIOGRÁFICA 3 (para textos legales)	
No.:	
TIPO DE DOCUMENTO: NOMBRE: MATERIA: RESUMEN:	