LA CONCESIÓN MINERA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: ANÁLISIS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA

Martin Vinces Arbulú[*]
Raysa Malca Alva[**]

RESUMEN

En el ordenamiento peruano, la concesión minera se encuentra debilitada en su eficacia jurídica como título habilitante, pues existe una desorganización por parte de las diversas Administraciones públicas con competencias cercanas a las de las autoridades mineras. Los inversionistas asisten a un escenario en el que deben solicitar gran cantidad de títulos habilitantes simultáneos o posteriores a la concesión minera, viéndose imposibilitados de ejecutar sus proyectos con dinamismo y seguridad jurídica, ya que en ocasiones, la falta o el retraso en la entrega de alguno de estos títulos adicionales impide el desarrollo de su actividad. Una técnica que ayudaría a corregir este escenario es la teoría de las autolimitaciones administrativas.

PALABRAS CLAVE

Inversión minera / Proyecto minero / Concesión minera / Títulos habilitantes / Autolimitaciones administrativas.

SUMARIO

Introducción. 1. Panorama general de las inversiones mineras en el ordenamiento peruano. 1.1. Aspectos generales de la inversión minera en Perú. 1.2. Factores que influyen en el comportamiento de las inversiones mineras. 1.2.1. Régimen de promoción de la inversión. 1.2.2. Flexibilidad de la regulación ambiental. 1.3. Regulación y alcances de los proyectos mineros en el Perú. 1.3.1 Breve repaso de la legislación minera y las autoridades competentes del sector. 1.3.2 Procedimiento para el inicio de un proyecto minero. a. Procedimiento minero ordinario. b. La técnica jurídica de los títulos habilitantes. 2. El título minero como acto administrativo habilitante: análisis sobre la naturaleza jurídica de la concesión minera. 2.1 Naturaleza jurídica de la concesión minera. 2.2. Eficacia del título minero como acto administrativo habilitante. 2.3. Contradicción entre los órganos de la Administración: teoría de las autolimitaciones administrativas. 3. A modo de conclusión: hacia una nueva perspectiva sobre el título de concesión minera.

[*] Máster en Especialización e Investigación en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo. Profesor de Derecho administrativo en esta Casa Superior de Estudios.
[**] Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

Introducción

En Perú cuando nos remitimos a la idea de "minería" inmediatamente se generan posiciones encontradas, las cuales se pueden dividir en dos grandes grupos. De un lado, aquellas que privilegian el interés privado; y por otro, aquellas que toman en cuenta la incertidumbre de una población afectada directa e indirectamente por la actividad extractiva de minerales. Esta disyuntiva se refleja en derechos fundamentales como la libertad de empresa que tutela la actividad desarrollada por el empresario minero, y los riesgos de una población afectada por la contaminación al medio ambiente que también merece una protección legal.

Nuestro ordenamiento posee una dinámica jurídica en la cual se pretende garantizar los mínimos márgenes sobre actividades de riesgo, dentro de esta calificación encontramos a la actividad minera. Dicha garantía se materializa en los títulos técnicos que habilitan, autorizan y permiten la ejecución de un proyecto de grandes incidencias económicas, sociales y ambientales. Consideramos que la herramienta genuina por la cual el empresario accede a ejecutar un proyecto de inversión minera es la concesión minera.

El artículo 19° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales-Ley 26821, atribuye a la concesión sobre recursos naturales un elemento que le da identidad propia, el cual es la exclusividad del aprovechamiento que otorga a los particulares mediante las modalidades previstas en la legislación especial, que en este caso correspondería al Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, LGM) la cual refiere en su artículo 9° que la concesión minera *otorga el derecho a explorar y explotar los recursos minerales existentes en el área concedida*.

La actividad de explotar recursos minerales ineludiblemente ha de generar riesgos[1]. Todo riesgo presupone una intervención tecnológica, a diferencia del peligro que tiene un origen natural, puesto que no hay intervención humana en su generación. Es decir, detrás de un riesgo siempre habrá una tecnología de por medio, y detrás de una tecnología siempre habrá un conjunto de decisiones humanas[2]. La técnica, como afirma Ortega y Gasset, es todo aquello

[1] Cfr. STEVE PARDO, José, "*El Derecho del Medio Ambiente como Derecho de Decisión y Gestión de Riesgos*" en V Seminario Permanente de Profesores Del Departamento de Derecho, Logroño, Universidad de la Rioja, 2006, p. 5.
[2] LÓPEZ, José y José Luis LUJÁN, *Ciencia y Política de Riesgo*. Madrid: Alianza Editorial. Obtenido en: OEFA, *El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú*, 1°, Lima, 2014, p. 119.

que se interpone entre nosotros y la naturaleza, es decir, es todo aquello que los seres humanos hemos venido desarrollando con el objeto de dominar la naturaleza, de doblegar y neutralizar los peligros que tienen su origen en ella[3].

En relación a ello, los títulos habilitantes justamente buscan limitar y aminorar la dinámica de los riesgos permitidos en actividades económicas, por ejemplo buscan avalar la instalación de una planta procesadora o de tratamiento de aguas residuales, ya sea a través de permisos o licencias con los cuales el empresario pueda desarrollar actividades de riesgo dentro de un marco de actuación en donde los efectos son minimizados.

En un proyecto de inversión minera es muy importante tener en claro no sólo la seguridad de los contratos o la seguridad de los registros, sino que también ha de fortalecerse la seguridad de las manifestaciones que proceden de la Administración pública, es decir, los actos administrativos, sobre todo, cuando se trata de actos declarativos de derechos.

La complejidad técnica que viene de la mano con la concesión minera gira en torno a la finalidad preventiva de salvaguardar al medio ambiente y a la población, siendo indispensable por ello la obtención de una serie de permisos y autorizaciones requeridos por los ordenamientos sectoriales, adicionales al título específico de la concesión, como por ejemplo la "Licencia de Uso de Agua" otorgada por un organismo técnico especializado: la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA).

Visto así el panorama, en Perú la explotación de recursos naturales se legitima por medio del otorgamiento de títulos habilitantes distintos de la concesión minera, cuya finalidad es armonizar el interés del inversionista, quien despliega su derecho a la libertad de empresa, con el interés público y otros intereses particulares. Los títulos habilitantes corresponden a un sistema preventivo por el cual se corrobora que la iniciativa privada del particular cumple con la normativa vigente a efectos de poder llevar a cabo la actividad minera o de riesgo.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de la concesión minera que otorga el derecho a explorar y explotar recursos minerales existentes en un área concesionada nos cuestionamos lo siguiente: *¿los títulos accesorios para el inicio de actividades de exploración y*

[3] Ibídem, p. 8

explotación minera constituyen elementos propios de la naturaleza misma de la concesión? En atención a lo señalado, el objetivo del presente estudio es analizar la figura de la concesión minera, su naturaleza y eficacia como título habilitante; y, finalmente, revisar su impacto en las inversiones.

1. Panorama general de las inversiones mineras en el ordenamiento peruano

1.1. Aspectos generales de la inversión minera en Perú

El significativo crecimiento de las inversiones mineras empezó en los años noventa, debido a una estrecha relación con el proceso de liberalización de las economías y la eliminación de barreras de entrada a la inversión extranjera, así como la modernización de los regímenes de concesiones y mayor seguridad otorgada a los derechos mineros, junto con los cambios tecnológicos[4].

Es preciso recordar que a partir de los años setenta se produjo un cambio importante en dos planos. Por una parte, se contrajo el dinamismo de la inversión extranjera en la explotación de recursos naturales, debido a la nacionalización de empresas extranjeras y a la imposición de barreras de entrada en un buen número de países de la región; y por otra, se inició un fuerte proceso de endeudamiento externo dirigido, entre otras motivaciones, a financiar proyectos de inversión pública[5].

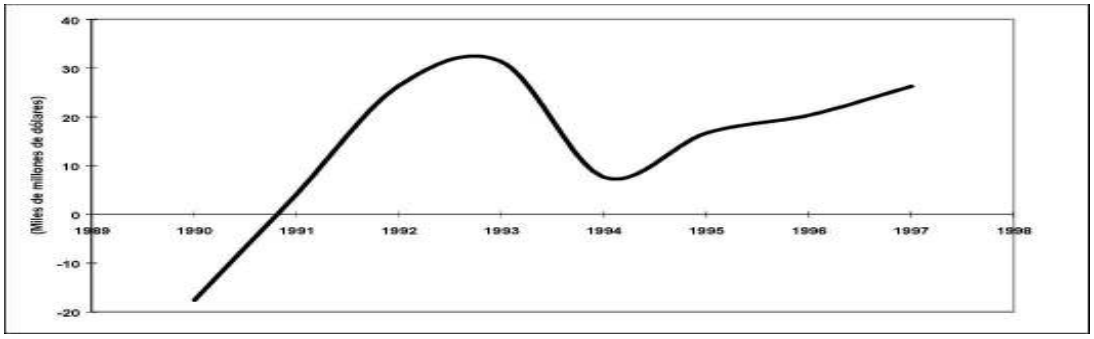
Los flujos de inversión extranjera directa pasaron de 10679 a 44021 millones de dólares entre 1991 y 1997. Asimismo, se produjo una pronunciada concentración respecto de la atracción de inversiones, ya que se dinamizaron en casi todos los países de la región. Del mismo modo, los países de la región empezaron a incursionar en los mercados internacionales de capitales captando montos crecientes de inversión, especialmente de inversionistas institucionales.

[4] Cfr. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Informe: Panorama minero de América Latina a fines de los años noventa*, Santiago, Naciones Unidas, 1999.
[5] Cfr. GLAVE, Manuel y KURAMOTO, Juana, *La Minería Peruana: Lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber sobre*, Lima, 2005. Obtenido en http://www.grade.org.pe

ISSN2222-9655 Número 09

AMÉRICA LATINA: TRANSFERENCIA NETA DE RECURSOS

Gráfico 1



Fuente: CEPAL

Un punto a favor es que la mayoría de los países de la región reconocen los mismos derechos a inversionistas extranjeros y nacionales. En algunos países este criterio tiene rango constitucional para garantizar la estabilidad jurídica de la inversión extranjera[6], así por ejemplo, la Constitución argentina garantiza igualdad de tratamiento a los inversionistas nacionales y extranjeros. En Chile, el principio de no discriminación está consagrado también en la Constitución Política. Asimismo, las constituciones de Perú y Colombia establecen que la inversión nacional y extranjera quedan sometidas a un mismo marco normativo[7].

Respecto al *registro y autorización* de inversiones extranjeras en minería, en todos los países de la región existen regímenes concesionales para acceder a la exploración y explotación de minas, generándose un registro de los títulos mineros otorgados, a efectos de evitar superposición de derechos entre los operadores mineros[8]. El Perú cuenta con el hoy *Instituto*

[6] Un precepto constitucional que debemos tener en cuenta es el de "paridad de trato", establecido en el artículo 63 de la CPP 1993 que señala: *"La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones.* En consonancia con este precepto, tenemos lo estipulado en el Decreto Legislativo Nº 662 (Ley que otorga un régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera), dentro de sus principales artículos tenemos , el artículo 1 que señala: "*El Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional",* y el segundo párrafo del artículo 2: *En ningún caso el ordenamiento jurídico nacional discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones".* De esta manera en nuestro ordenamiento queda determinado el principio de la constitución económica de la "paridad de trato".

[7] Cfr. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Informe: Actualización de la compilación de las leyes de catorce países en América Latina y el Caribe*, Santiago, Naciones Unidas, 2002, pp. 7-79.

[8] Sin embargo, las leyes de inversión extranjera son de aplicación en todo aquello que no contradiga lo establecido en las disposiciones mineras propiamente dichas. Respecto al registro y autorización de las inversiones extranjeras existen dos tendencias marcadas en los países de la región. Por un lado, están los países en los que la inversión extranjera no requiere ni registro ni autorización como los casos de Argentina y Bolivia y por otro, aquellos en que se exige dicho registro y autorización, como en los casos de Brasil, Chile, Colombia. En el Perú no se requiere autorización previa, salvo en los casos en que existen regímenes de concesión. El registro de las inversiones

Nacional de Concesiones y Catastro Minero- INACC, mientras que la expedición del título de concesión iniciada a través del denominado "Procedimiento Ordinario" se encuentra a cargo del Instituto Geológico Minero Metalúrgico- IGEMMET.

Por otro lado, respecto a los *Convenios de Protección de las Inversiones*, la mayoría de los países de la región ha venido suscribiendo, desde la década de los ochenta, convenios de protección de las inversiones[9].

El Decreto Legislativo 708 Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero[10] implicó un cambio fundamental en la política minera nacional, no sólo porque permitió liberar derechos mineros que concentraba el Estado e iniciar la modernización del régimen de concesiones, sino porque planteó una serie de criterios para que la política económica fuese funcional al desarrollo de la minería.

Sin excepción alguna, todas las legislaciones mineras de América Latina establecen que el Estado tiene el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible sobre las minas o yacimientos mineros. Sin embargo, este dominio se ejerce según la organización política de cada nación[11] . Así como no se excluye al Estado, se han eliminado las diversas formas de discriminación que se fueron incubando desde la década de los cincuenta. Hoy en día cualquier persona, nacional o extranjera, con capacidad legal, puede acceder a la exploración y/o explotación de los

extranjeras, que es un trámite automático, es necesario para poder remesar utilidades o descontar los pagos de regalías del monto imponible. Cfr. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Informe: Panorama minero de América*... *Op. Cit.*, p. 13.

[9] El Perú ha suscrito convenios de protección recíproca de inversiones con países de la Unión Europea, Europa del Este, Asia y con cuatro países de la región. Asimismo, ha ratificado la Convención sobre controversias en materia de inversión; el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA); y tiene convenio con Estados Unidos en el marco de OPIC. Ha suscrito también, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de u Otros Estados del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Cfr. BASTIDA, Elizabeth; IRARRÁZABAL, Ricardo and LABÓ, Ricardo, *Mining Investment*…*Op. Cit*. p.11.

[10] Mediante Decreto Legislativo No. 708, se promulgó la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero aprobado en noviembre de 1991, se modifica parcialmente la Ley General de Minería, para promover la inversión privada otorgando beneficios como la estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa.

[11] Así en Argentina, que es un Estado Federal, las minas pueden ser tanto bienes de la nación como de las provincias, razón por la cual la aplicación de la reforma minera de los noventa exigió la suscripción de un Acuerdo Federal Minero, a fin de garantizar la unidad de la política y sobre todo del tratamiento a la inversión. Cfr. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Informe: Panorama minero de América*…*Op. Cit.*, p. 17. Cabe precisar que el dominio público es un régimen jurídico de utilización y protección, una técnica de intervención (actividad de policía) por la cual la administración se encuentra en capacidad suficiente de gestionar los bienes de dominio público en beneficio de un interés colectivo (la nación). Por ende, el *dominio público* "ni supone ni excluye el vínculo de apropiación o pertenencia privativa"; sino que es un título jurídico de intervención, un soporte jurídico de potestades, en virtud del cual la administración regula y ordena la utilización y aprovechamiento de unos bienes al cumplimiento de un fin de interés público". Cfr. CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Bienes Patrimoniales del Estado: Conceptos y formas de adquisición por atribución de la ley*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 57.

recursos, a través de un derecho o título minero, salvo en zonas de frontera en que algunos países exigen autorización expresa[12].

1.2. Factores que influyen en el comportamiento de las inversiones mineras

1.2.1. Régimen de promoción de la inversión[13]

El régimen de la inversión privada se encuentra en sintonía con nuestra Constitución política, cuyo artículo 59 manifiesta que: "*el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad pública*".

Este precepto constitucional establece como deber estatal el fomento, que consiste en la actividad de la Administración pública destinada a ayudar, encauzar y orientar la iniciativa privada cuando ésta se muestra insuficiente. Mediante el fomento, la Administración persigue los fines públicos sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones públicas *per se*[14].

En general, la tendencia en la región es a que no existan beneficios diferenciados, ya que el mercado es quien decidirá la mejor asignación de recursos. Sin embargo, la orientación de la política económica, especialmente en lo que se refiere al impacto de los instrumentos cambiarios, comerciales y tributarios, es decisiva en una actividad "tomadora de precios internacionales" como la minería. En el Perú, la Ley de Promoción de la Inversión Privada en

---

[12] Aunque en algunos países subsiste todavía el requisito de autorización para la transferencia de los títulos mineros, en la mayoría basta simplemente con informar a la autoridad minera de la respectiva transferencia, lo que ha permitido que se vaya estructurando un mercado de derechos mineros.

[13] Cfr. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 10°, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, p. 1019-1021. Por su parte el TC, ha ofrecido una definición de lo que se debe entender por inversión: "(…) *aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos, realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc, con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, entre otros activos (…)*". En ese sentido, inversión supone el acrecentamiento del capital de una economía o, en otras palabras la acumulación de aquel capital.

Cabe precisar que la inversión privada de interés público también comprende la gestión y explotación de recursos naturales de la nación. Esto es así en virtud del artículo 66 de la CPP 1993 que establece: "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El estado es soberano en su aprovechamiento. **Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares**. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicho norma legal". Cfr. STC de fecha 13 de Julio de 2007 recaída en el [Exp. Nº 00013-2007-PI/TC]

[14] Cfr. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Informe: Panorama minero de América Latina… Op. Cit.* p. 68.

la Minería (D.L. 708) dispuso que dicha actividad no pueda ser objeto de ningún tipo de discriminación regulatoria en materia cambiaria, arancelaria, financiera o tributaria.

1.2.2. Flexibilidad de la regulación ambiental

En el año 1990 se publicó el Decreto Legislativo N° 613, Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, actualmente ya derogado, mediante el cual se establecieron las políticas generales de conservación, protección, uso y disfrute de los recursos naturales. En sintonía con esta línea legislativa, en el artículo 67 de la Constitución política de 1993 se estableció: "*El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales*".

Complementando este esquema normativo, se elaboró el Reglamento de Protección Ambiental para la Actividad Minero-Metalúrgica (conocido como PAMA), que establece claramente que los titulares o concesionarios deberán presentar ante el Ministerio de Energía y Minas Programas de Adecuación y Manejo Ambiental que contengan las acciones e inversiones necesarias para incorporar a las operaciones minero-metalúrgicas los adelantos tecnológicos o medidas que tengan como propósito reducir o eliminar las emisiones o vertimientos, para así poder cumplir con los niveles máximos permisibles establecidos por la Autoridad Competente[15].

La técnica más utilizada como sistema de prevención del daño ambiental es la expedición de autorizaciones gubernamentales a través de permisos, certificados o licencias, puesto que cada actividad o establecimiento considerado ambientalmente peligroso es señalado y sujeto a procedimientos formales de licenciamiento; el propósito de dichos títulos es justamente asegurar el uso sustentable de recursos ambientales[16]. En la práctica, muchas licencias

[15] BELAUNDE MOREYRA., Martín, *Derecho Minero y Concesión*. Lima, San Marcos, 1998, p. 143-144. No es menos importante señalar también que para el Perú, el uso del territorio se debe planificar mediante un proceso de anticipación y toma de decisiones relacionados con las acciones futuras del territorio. El ordenamiento territorial ambiental es un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial. Es decir, es un proceso técnico-político, que busca la definición de criterios ambientales que condicionen la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio (art. 19 Ley General del Ambiente). Cfr. CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), *Informe: Las leyes generales del ambiente y los códigos de minería de los países andinos. Instrumentos de gestión ambiental y minero ambiental*, Naciones Unidas, 2009, p. 42.

[16] Sobre el tema "(…) *numerosos textos internacionales exigen a los Estados licenciar las actividades potencialmente dañosas: Convención de Oslo para la prevención de la contaminación marina, Convención de París, Convención de Bomm para la protección del CHIN frente a la contaminación química, Convención africana sobre conservación de la naturaleza y los recursos naturales, entre otros. Además de las leyes que contienen medidas generales sobre permisos, es común hallar normas que regulan directa o indirectamente aspectos específicos; es decir, es el caso de instalaciones peligrosas como plantas nucleares, minas, gas natural o instalaciones petroleras. Aquí el requerimiento de licencias es*

pueden resultar exigidas para un mismo proyecto, así por ejemplo en muchos casos, un Estudio de Impacto Ambiental detallado o semi-detalllado (EIA) forma parte del proceso de licenciamiento[17].

Además de los instrumentos normativos señalados, existe la Ley General del Ambiente - Ley N° 28611 (en adelante, LGA) vigente desde octubre de 2005, la cual pretende ser la norma ordenadora del marco normativo para la gestión ambiental en el Perú.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que a través de la historia normativa minera, se han implementado muchas políticas ambientales que preveían el *daño ambiental minero*[18]. En el año 1993 el Ministerio de Energía y Minas aprobó el Reglamento para la protección ambiental en la actividad minero metalúrgico, creando por primera vez el instrumento que permitiría a las empresas mineras adecuarse a las nuevas exigencias ambientales[19].

1.3. Regulación y alcances de los proyectos mineros en el Perú

1.3.1. Breve repaso de la legislación minera y las autoridades competentes del sector

El artículo I del Título Preliminar de la LGM establece que dicha ley regula todo lo relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo[20], cumpliendo con el mandato del artículo 66° de la Constitución Política del Perú, cuyo segundo párrafo establece: "…*Por Ley orgánica se fijan las*

---

más exigente (…)". ATILI FRANZA, Jorge, *Tratado de Derecho Ambiental*, 1°, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2005, p 179-181.

[17] Cfr. ATILI FRANZA, Jorge, *Tratado de Derecho…Op. Cit.*, p. 178.

[18] Para la disciplina jurídica, el daño ambiental posee algunas particularidades que lo diferencian del resto. Como el ambiente tiene una naturaleza colectiva, lo cual explica su complejidad. Este tipo de daño es *"(…) toda lesión o menoscabo que atente contra la preservación del entorno, constituido por los recursos naturales vivos, inertes, culturales materiales e inmateriales, en tanto influya en la calidad de vida, desde el punto de vista del interés humano (…)*". Este concepto se encuentra reconocido y tutelado constitucionalmente en consonancia con el artículo 2 inciso 22) de la Constitución Política del Perú. No debemos confundir que los riesgos bajo tutela, son aquellos que generan un riesgo indiscriminado; es decir, aquellos vinculados a los daños socialmente intolerables. Cfr. DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo, *Legislación Ambiental en la Minería Peruana*, Lima, Idem, 2005, p. 29-30.

[19] Cfr. DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo, *Legislación Ambiental… Op. Cit.* p. 143.

[20] La Ley General de Minería en su texto original incluyó por primera vez los recursos geotérmicos, más debido a posteriores modificaciones fueron separados del Sector Energía y Minas y pasaron a ser regulados por el Sector Agricultura. Y actualmente han vuelto a ser regulados por el Sector Energía y Minas pero en el rubro de electricidad. Asimismo, no están normados por la LGM el petróleo y los hidrocarburos análogos, los depósitos de guano, los recursos geotérmicos y las aguas minero medicinales. Cfr. GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo y FRANCISKOVIC INGUNZA, Militza, *Derecho Minero: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación actualizada*, 2°, Lima, Gráfica Horizonte, 2002, p. 35

condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal".

Así pues, conforme a la Constitución, a las normas generales sobre recursos naturales y normas especiales relacionadas a la industria minera, para el aprovechamiento formal y lícito de los recursos minerales se requiere contar con una concesión minera otorgada por el Estado. Posteriormente el empresario deberá obtener, previo al inicio o simultáneamente a la actividad concesionada, los demás permisos, licencias y autorizaciones requeridas en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y finalidad de las actividades a desarrollar.

La jurisdicción minera se encuentra regulada entre los artículos 93° al 110° de la LGM. Según la organización actual, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos- SUNARP, dentro de su Registro de Propiedad Inmueble, es quien posee el Registro de Derechos Mineros, donde se anotarán preventivamente los denuncios, petitorios, concesiones y demás actos relacionados a estos. Por su parte, dentro del Registro de Personas Jurídicas se inscribirá todo tipo de sociedad minera, por ejemplo la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada y demás actos relacionados con éstas.

Las demás funciones no registrales, tales como el otorgamiento de Concesiones Mineras, su incorporación al Catastro Minero y la administración del Derecho de Vigencia y la Penalidad, son conocidas actualmente por el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET, perteneciente al Ministerio de Energía y Minas.

Respecto a los Gobiernos Regionales**,** el artículo 59° inciso f) de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, precisó como función específica de estas Administraciones territoriales la facultad de otorgar concesiones mineras a la pequeña minería y minería artesanal de la región; así pues, la mayoría de estos Gobiernos Regionales cuentan con una Gerencia Regional de Energía y Minas.

Y finalmente se encuentra el Consejo de Minería**,** que es la autoridad minera de más alto nivel dentro de la jurisdicción administrativa en asuntos mineros; resuelve en última instancia todos los asuntos mineros que son materia de resoluciones por parte de los órganos de primera instancia administrativa minera, entre las cuales se encuentran: la Dirección General

de Minería y la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas; asimismo, la Dirección de Concesiones Mineras y la Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico, conforme a lo dispuesto en el artículo 94° de la LGM[21].

1.3.2. Procedimiento para el inicio de un proyecto minero

a. Procedimiento minero ordinario

El procedimiento minero ordinario para Concesiones Mineras se encuentra regulado entre los artículos 117° al 128° de la LGM. Consiste en un procedimiento administrativo especial que posee su propia vía administrativa ante la autoridad minera competente. El Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM señala en su artículo 12° que el solicitante sujeto al régimen general, deberá presentar su petitorio de concesión minera ante cualquiera de las mesas de partes del Instituto Geológico, Minero Metalúrgico - INGEMMET, mientras que para los Pequeños Productores Mineros y Productores Mineros Artesanales con constancia vigente, dicho procedimiento deberá tramitarse en la sede de la Gerencia Regional de Energía y Minas competente.

Respecto al artículo citado se debe indicar que, para efectos del pago de derecho de vigencia de petitorios y concesiones mineras, existen tres categorías o regímenes: *1) Régimen General 2) Régimen especial del Pequeño Productor Minero y 3) Régimen especial del Productor Minero Artesanal.*

Por su parte**,** el pago de Derecho de Vigencia es una retribución económica que se debe pagar para formular un petitorio minero y para posteriormente mantener su vigencia.

b. La técnica jurídica de los títulos habilitantes

Los títulos habilitantes responden a un sistema preventivo por el cual se corrobora que la iniciativa privada del particular cumple con la normativa vigente a efectos de poder llevarla a

[21] Contra lo resuelto por el Consejo de Minería no procede recurso alguno en la vía administrativa; sin embargo, a solicitud de parte y dentro del plazo máximo de siete días de notificada la resolución, podrá corregir cualquier error material o numérico o ampliarse el fallo respecto a los puntos omitidos. Cfr. AGUADO MARTÍNEZ, Miguel Ángel, "La Concesión Minera. Jurisdicción y Procedimiento", *Revista de Derecho Administrativo: Minería y Energía*, N° 8, noviembre, 28-31.

cabo. Además, suponen una de las principales formas jurídicas por medio del cual se imponen limitaciones a los administrados.

Así, siguiendo a Arroyo Jiménez, podemos asumir que:

> "*(…) el conjunto de títulos que podemos englobar bajo la denominación de decisión administrativa habilitante continúa ocupando en la actualidad una posición central dentro de las técnicas de regulación del inicio de actividades económicas. Dos son los rasgos definitorios de esta figura: primero, en su calidad de título habilitante su función y efecto esencial es el de producir el alzamiento en el caso concreto de una prohibición relativa; y segundo (…) el título se concreta aquí en una actuación de la Administración pública, a la que, tal y como se ha adelantado, es preferible denominar decisión con el objeto de no prejuzgar el concreto instrumento a través del cual se formaliza (…)*"[22].

Entre los principales títulos habilitantes podemos mencionar las *licencias*, las *autorizaciones*, los *permisos* y las *concesiones administrativas*[23].

Centrando el estudio en la concesión, entendida como técnica de intervención administrativa en la economía, debe mencionarse que ella se reserva sólo a aquellas situaciones en las que la Administración no puede ceder totalmente la actividad a la libre iniciativa privada, en la medida que el interés público que afecta dicha actividad es tan fuerte, que debe ser garantizado en forma permanente por el Estado. Es el caso de los servicios públicos, los recursos naturales, entre otros. En esta línea, la concesión administrativa se configura como una relación jurídica pública[24], a través de la cual el Estado otorga la gestión de una determinada actividad manteniendo la titularidad de la misma[25].

---

[22] Cfr. ARROYO JIMENEZ, Luis, *Libre Empresa y Títulos Habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 373.

[23] DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 10°, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 37-39.

[24] Cfr. LASTRES BÉRNIZON, Enrique, AGUADO MARTÍNEZ, Miguel A., y otros, "El título minero como acto administrativo habilitante", *Revista de Derecho Administrativo: Minería y Energía*, N° 8, noviembre, 54-56.

[25] Al respecto el Tribunal Constitucional sostiene que: "*En una economía social de mercado, la concesión es un técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen a privados derechos para el ejercicio de una actividad económica. es, en sí misma, un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado de derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; 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 ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello es el ius imperium de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular*" (el subrayado es nuestro) Véase en STC del 18 de Agosto del 2008 {Exp. N°. 05503-2007-PA/TC} Obtenido en http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php

La adopción de una decisión administrativa habilitante constituye el ejercicio de una potestad administrativa, y esta circunstancia tiene consecuencias determinantes respecto del régimen jurídico del título, así por ejemplo, la exigencia de su propio reconocimiento normativo, la posibilidad de ser configurada como reglada o discrecional, la vinculación de su ejercicio al interés general, etc.

2. El título minero como acto administrativo habilitante: análisis sobre la naturaleza jurídica de la concesión minera

2.1. Naturaleza jurídica de la concesión minera

La naturaleza de la concesión mantiene una relación unívoca con la naturaleza misma de los recursos sujetos a explotación minera, puesto que se trata de recursos renovables y no renovables cuya titularidad la ejerce el Estado en representación de la población, en tanto es soberano en su aprovechamiento; en consecuencia, su utilización no se encuentra completamente sometida a la libre empresa. Si bien parte de la iniciativa de los concesionarios su correspondiente explotación, esta se ordena sobre fórmulas de transmisión total o parcial de derechos, como por ejemplo la cesión minera, conocida también como concesión[26].

El artículo 66° parte *in fine* de la Constitución, reconoce que, "*la concesión otorga a su titular un derecho real*", que sin embargo, dada la especial naturaleza del objeto sobre el cual recae, no puede ejercitarse afectando los fines públicos concomitantes de dichos bienes[27]; en otras palabras, la concesión minera no es más que una técnica administrativa por la cual se atribuyen derechos a los privados para el ejercicio de una actividad económica sobre los recursos naturales.

[26] Respecto a la naturaleza jurídica de la concesión minera, el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de la Ley General de Minería precisa que las concesiones mineras son bienes inmuebles distintos al predio donde se ubica. Esto es así, en razón que la **concesión minera es una "res administrativa"** distinto al predio que es una "res civil". Así, conforme a las normas citadas, tenemos que la **concesión minera es un bien inmueble, incorporal y registrable**. En igual sentido, el artículo 10° de la LGM, establece que: 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 con las obligaciones que esta Ley exige para mantener su vigencia."

[27] "Todos los titulares de las concesiones mineras están obligados a cumplir las normas ambientales y de seguridad mineras establecidas en las leyes vigentes. Así también, a respetar las disposiciones legales sobre la propiedad de los terrenos superficiales que se ubiquen sobre los linderos de cada concesión minera, sean estos terrenos eriazos, de comunidades campesinas o de agricultores particulares". VARGAS FERNÁNDEZ, Jorge. "Abramos bien los ojos concesiones mineras, acciones y omisiones", *Minería: Gestión ambiental para generar sostenibilidad"*, Julio 2009, 38-40.

La concesión es en sí misma un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del concesionario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de *dominio público*[28] en relación con el bienestar de la población afectada directa e indirectamente, es por ello que su habilitación se encuentra subordinada a la voluntad estatal de manera especializada.

En ese sentido, la concesión nace de un acto administrativo otorgado por la administración constituyendo a favor del concesionario, un derecho subjetivo sin revestir forma de contrato. Sin embargo, para el sector minero, dicho acto permanecerá vigente, real e irrevocable, en tanto el titular cumpla las obligaciones para mantener su vigencia[29].

Desde otra perspectiva la concesión es también entendida como aquel *título habilitante* que otorga a su titular determinados derechos con la finalidad de que pueda llevar a cabo su proyecto de inversión sobre la base de la actividad concesionada. Cabe precisar que la "actividad minera" es calificada por la LGM como de *utilidad pública*; es decir, el desarrollo de la misma incide en beneficio de la colectividad, así también precisa que la inversión en las actividades es de interés nacional.

Sin embargo, para que un proyecto de inversión minera pueda llevarse a cabo se requiere del inicio de procedimientos administrativos, muchas veces sometidos a autoridades no mineras. Aquí reside, pues, uno de los principales problemas que se pretende abordar en estas líneas: existe un retardo en los procedimientos administrativos para la emisión de los demás títulos

[28] Al respecto, el TC se ha pronunciado del siguiente modo: "El artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no pueda ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce". Exp. N° 0048-2004-PI/TC.

[29] "A lo largo de los últimos 50 años se han pagado miles de millones de dólares al Estado por diversos impuestos, (Impuesto a la Renta, Aranceles de aduana, Canon minero, Aportes por derecho de vigencia de las concesiones mineras, Regalías mineras). El recaudo de cuantiosas sumas han permitido lógicamente incrementar los fondos públicos generados por las empresas mineras. Cabe reiterar que nuestro país tiene una economía basada en la explotación de recursos minerales y energéticos: 60% del total.
Esta actividad genera trabajo bien remunerado, directo e indirecto, a dos millones de peruanos, con efectos multiplicadores en la industria del transporte, servicios eléctricos, industria química, de explosivos, metalúrgica, metal mecánica, construcción de infraestructura vial y portuaria y negocios comerciales. En consecuencia, el Estado no tendría los medios económicos para atender los pliegos de salud y educación, por citar algunos ejemplos". VARGAS FERNÁNDEZ, Jorge…*Op. Cit.* p. 40.

exigidos como consecuencia de la burocratización de las diversas autoridades administrativas[30].

Si bien el ordenamiento minero reconoce varios derechos a favor del titular minero, en la realidad muchos de ellos no solo son modificados por cambios normativos, sino que también son soslayados, disminuidos o eliminados, por el ejercicio de la actividad de algunas autoridades no mineras. A modo de ejemplo, podemos desarrollar los siguientes casos:

La Municipalidad Provincial de Celendín emitió la Ordenanza Municipal N° 020-2004-MPC/A, por la cual declaró como Área de Conservación, Zona Intangible, Reserva Ecológica y Reserva contra la Explotación Minera, diversas zonas geográficas que se desarrollan en dicha ordenanza. Del mismo modo, la Ordenanza Municipal N° 051-2006-MDBI, emitida por la Municipalidad Distrital de Baños del Inca- Cajamarca, creó un Área de Conservación Municipal denominada "Recurso Hídrico de Protección de los Ríos Quinuario, Mashcon y Grande de Conservación Municipal[31].

El fundamento de este escenario patológico es el Decreto Supremo N° 070-2009-EM, que habilita a diversas entidades públicas, sin tomar en cuenta su naturaleza minera o sectorial y, más aún, si cuentan o no con unidades orgánicas debidamente implementadas por especialistas en el tema, a dictar medidas que eviten situaciones que se perciban como ambientalmente no sostenibles y que generen alarma social. Como se aprecia, fue el propio Ministerio de Energía y Minas el que determinó que otras organizaciones administrativas puedan pronunciarse sobre situaciones percibidas como no sostenibles o de conflicto social,

[30] Lo cierto es que aún queda trabajo por hacer para fortalecer la institucionalidad en el país, combatir la corrupción, tecnificar nuestra burocracia y eliminar las barreras de acceso o permanencia en el mercado.
De acuerdo a los lineamientos de Políticas de Inversión del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el primer objetivo de nuestro país ha sido desarrollar mecanismos orientados a la atracción de inversionistas y a la atención de sus necesidades, identificando y eliminando las barreras que obstaculizan la inversión en sectores de interés para el desarrollo sostenible del Perú. De manera general, las cargas burocráticas se manifiestan a través de exigencias de requisitos, obligaciones y cobros. Puede considerarse como carga burocrática a cualquier impedimento, restricción o limitación a la actuación de los agentes económicos. Cfr. UNCTAD (2011). *Estudio de Medición del Impacto de las Barreras Burocráticas en el Mercado*. Julio 2011. Lima, Programa Compal, Proyecto para el Perú, p. 10. En: http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/3/par/estudio/estudioimpactobarrerasmercado.pdf

[31] Cfr. CASTRO POZZO, Xennia Forno, "El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante", *Revista de Derecho Administrativo,* N° 8, Lima, CDA, 2004, p. 62.

permitiéndoles que en cualquier momento puedan restringir o eliminar derechos otorgados a los titulares mineros[32].

Los especialistas señalan que es importante tener en claro que los proyectos siguen las alternativas del mercado. Un proyecto que es bueno hoy, puede dejar de serlo mañana, para luego volver a ser rentable, más aún si se trata de productos *commodities* que dependen de la cotización mundial según su demanda, como es el caso de los minerales. Por eso, lo más importante es garantizar a los inversionistas la seguridad en la concesión, así como la celeridad en la emisión de los demás títulos habilitantes generando así una mayor percepción de una sociedad con estabilidad jurídica[33].

Así pues, la problemática alrededor de la concesión minera no parte de las características atribuidas a ella como acto administrativo, sino de su eficacia como instrumento jurídico para la ejecución de proyectos

2.2. Eficacia del título minero como acto administrativo habilitante

La teoría de gestión de riesgos señala lo siguiente: "detrás de un riesgo siempre hay, ineludiblemente, una tecnología, y detrás de una tecnología siempre hay un conjunto de decisiones humanas"[34]; como resultado de estas premisas, los ciudadanos debemos responder por los riesgos existentes, a través de las técnicas de intervención propias de la policía administrativa, las cuales imponen limitaciones o restricciones al aprovechamiento de los recursos minerales, se garantiza la responsabilidad por los riesgos causados.

---

[32] En ciertas ocasiones, si esta habilitación es utilizada indiscriminadamente podría generar sendas barreras burocráticas de tipo irracional, ya que se estaría impidiendo u obstaculizando el acceso o permanencia de los reales agentes económicos en el mercado.

[33] Cfr. BENITEZ, Manuel. "¿Fomento a la inversión? Controversia por Decreto que pone límites a concesiones mineras". *Horizonte Minero*, N° 55, Agosto-2008, pp. 42-44.

[34] Cuando los ciudadanos toman conocimiento de un proyecto de inversión minera en nuestro país se tornan normalmente dos posturas muy arraigadas; hay partidarios de que esa instalación se autorice o esa obra se ejecute porque eso significa desarrollo económico; mientras que habrá otro sector oposición, que tendrá un pensamiento mucho más crítico al percibir los aspectos negativos.
Hoy en día, existen las denominadas "Mesas de Desarrollo" que representan exitosos espacios de diálogo y concertación para prevenir la conflictividad, y promover el diálogo productivo como mecanismo para debatir el futuro y el progreso de las poblaciones asentadas en las zonas de influencia de proyectos y actividades extractivas mayormente minero energéticas. Es, por ejemplo, el caso de la provincia de Cotabambas, donde se desarrolla el Megaproyecto Las Bambas a cargo de la empresa Glencore Xstrata, con una inversión del orden de $5,200 millones. Gracias a la Mesa de Desarrollo de Cotabambas, el proyecto extractivo está en plena ejecución, esperando el inicio de sus operaciones proyectado para año 2015. Ministerio de Energía y Minas, *Minería y energía: Inversión para el desarrollo con inclusión* social, 1°, Lima, 2014.

Ahora bien, la teoría de la regulación o gestión de riesgos va más allá al afirmar que ese esquema se encuentra desajustado a la realidad, pues la policía administrativa y las técnicas de intervención tradicionales han venido operando en torno a una serie de conceptos, teniendo como eje central el orden público, el cual, ahora, supera el plano meramente político o social, abarcando el orden económico, sanitario, de salubridad. Por ello, en nuestros días se habla de policía en materia forestal, de policía de prevención de incendios, policía demanial para la protección de recursos naturales, etcétera[35].

Las técnicas de intervención de la policía administrativa se materializan en el conjunto de títulos cuya denominación de "*decisión administrativa habilitante*" continúa ocupando en la actualidad una posición central dentro de las técnicas de regulación del inicio de actividades económicas[36]. Así pues, la garantía sobre el aprovechamiento de recursos minerales, específicamente en la actividad de exploración y explotación, es el título de concesión minera. Este instrumento es, pues, la herramienta por la cual el titular minero o inversionista podrá ejercer su derecho de libertad de empresa.

No obstante, la complejidad que reviste un proyecto de inversión minera trae consigo la necesidad de corregir y prever esta alteración al medio natural a través de una serie de permisos y autorizaciones requeridos por ordenamientos sectoriales y normas técnicas. El problema principal del titular minero, a nuestro juicio, es que no siempre estos títulos requeridos concuerdan con el criterio de la autoridad minera, están en relación con ella o, peor aún, son emitidos en el momento oportuno. En otras palabras, lo cuestionable es la desintegración sectorial de la cual emanan los diversos permisos y autorizaciones.

Hoy en día a pesar de la calificación, características y atribuciones que corresponden al título de concesión minera, la realidad y sobre todo las percepciones de los empresarios, demuestran que podría haber cambiado la naturaleza de tal acto administrativo, siendo solamente un documento vacío de contenido[37], no por la bien instaurada obtención de

[35] Cfr. Ibídem, p. 10.
[36] ARROYO JIMÉNEZ… *Op. Cit.* p. 10.
[37] En el caso de las autorizaciones, su naturaleza jurídica es un tema difícil, como lo prueban discrepancias doctrinales mantenidas durante décadas. Las autorizaciones son actos que sencillamente *declaran* que el particular reúne las condiciones que la normativa exige para desarrollar una actividad y, en su caso, imponen las necesarias adaptaciones. Si tuvieran razón quienes niegan su carácter declarativo, la posición jurídica del particular se vería ampliamente degradada, puesto que; la tabla de libertades que reconoce nuestra constitución, podría verse seriamente afectada, ya que, al no reconocerse la preexistencia de un derecho a los usos artificiales del suelo o la

licencias o autorizaciones que habiliten este derecho, sino por la desintegración sectorial, la burocratización o excesiva permisología sobre dicha actividad.

El inversionista necesita una simplificación administrativa para tener en claro el camino que siguen sus trámites. Este desorden existente en la obtención de permisos no es señal de promoción de la inversión privada, por el contrario, desalienta a los interesados para ejecutar un proyecto. Asimismo, en el desarrollo de los procedimientos administrativos debería incluirse una mayor participación tanto de la Administración como de los administrados, a fin de ampliar las pretensiones y reducir la procesalización exagerada que se verifica tanto en la regulación como en la aplicación del sistema.

El profesor STEVE PARDO ha ensayado también una respuesta a esta situación; para él los riesgos tecnológicos, el desarrollo industrial y tecnológico reciente, no tienen ya como criterio central el de la legalidad. El problema que se plantea al medio ambiente es, precisamente, contra todo el entramado que se ajusta a la legalidad pero que, aun así, puede producir y generar riesgos y puede producir y generar, efectivamente daños ambientales. La dificultad es que se está imponiendo más la referencia técnica y la referencia científica sobre la referencia jurídica, existiendo una desconexión entre los datos jurídicos y los datos de las ciencias auxiliares. Es decir, podemos encontrarnos con actuaciones del titular minero que se encuadran absolutamente en el marco de la legalidad y que, sin embargo, generan daños o riesgos, o sobre las cuales se alerta, desde foros científicos, los peligros que podrían suscitar[38].

El dilema es que en todas estas situaciones de incertidumbre o de riesgos, las autoridades públicas, desde Parlamentos hasta Administraciones Públicas y Tribunales deben tomar alguna decisión. Lo cierto es que actualmente nos encontramos ante diversas decisiones adoptadas por Municipios, Tribunales, Congreso, Agencias Especializadas en temas mineros, muchas veces contradictorias.

---

utilización de recursos naturales, su efectividad dependería de una intervención de la Administración que tendría carácter constitutivo del derecho. Cfr. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "La Autorización Administrativa: Entre la Escila del Dogmatismo y el Caribdis del Relativismo", *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2006, p. 100-102.

[38] Evidentemente uno de los efectos más demoledores sobre el sistema jurídico vigente y sobre nuestras referencias ordinarias que plantean los riesgos, es el problema de la *incertidumbre* : el riesgo, por naturaleza es siempre incierto. No se conocen con exactitud los posibles efectos perjudiciales que tienen. Cfr. Ibídem, p. 14.

En este punto cabe resaltar que la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada[39] señala que los ministerios, instituciones u organismos públicos, y otras entidades de la Administración de cualquier naturaleza, ya sean dependientes del Gobierno Central, Regional o Local están obligados a aprobar normas legales destinadas a unificar, reducir y simplificar drásticamente todos los procedimientos y trámites administrativos que se siguen ante la respectiva entidad.

Dicho mandato legal dista de la realidad ya que ahora, aún cuando se ha obtenido un título minero no se puede empezar a operar el proyecto, dado que una autoridad no minera se niega a otorgar otro permiso peticionado al inversionista por razones a veces subjetivas. Si bien la Administración en pro del interés general está habilitada a realizar determinadas restricciones a las libertades económicas de los particulares, esta potestad no puede ser ilimitada y arbitraria.

Una muestra de la situación expuesta hasta ahora es el Proyecto Minero Antamina, que requirió 320 títulos habilitantes, además de la concesión minera, para iniciar sus operaciones[40]. Como vemos, es urgente preguntarnos sobre la eficacia del título de concesión minera, pues al parecer podría encontrarse en un proceso de desnaturalización.

2.3. Contradicción entre los órganos de la Administración: teoría de las autolimitaciones administrativas

Esta teoría constituye un conjunto de instrumentos diversos más complementarios, que buscan asegurar la razonabilidad, la coherencia y la isonomía en el tratamiento conferido por la Administración Pública a los ciudadanos, en una expresión del Estado Democrático del Derecho y del debido proceso legal sustancial, que prohíbe la inequidades sociales[41].

Así, por ejemplo, como hemos visto, en el ámbito Municipal, hay ayuntamientos que han pensado que la actividad minera es perjudicial para determinada zona, que eso constituye un riesgo inaceptable y han rechazado todo tipo de actividad minera, sin dejar posibilidad de

[39] Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada-Decreto Legislativo 757-Ley N° 28059.
[40] Obtención de licencias y permisos para un Proyecto de Gran Minería en el Perú-Caso Antamina-http://www.anatamina.com/03_ambiente/docs/licencias_y_permisos_arequipa2003_esp.pdf-
[41] Cfr. SANTOS DE ARAGAO, Alexandre, "*Teoría de las Autolimitaciones Administrativas: actos propios, confianza legítima y contradicción entre órganos administrativos*", Revista de Derecho Administrativo, N° 9, Lima, 2010, pp. 39-47

opción por una minería responsable, fiscalizada debidamente; restándole eficacia a instrumentos habilitantes sobre el mismo, como son las concesiones mineras.

Un sector de la doctrina denomina a este supuesto el deber de lealtad de la Administración Pública[42], el cual consiste en que aun cuando cada centro de gobierno tenga sus propios y legítimos intereses, ninguno de ellos, como parte integrante del conjunto, puede sentirse ajeno a la realización de las funciones de otros. Es decir, se trata de un auténtico deber jurídico, inherente a la propia existencia del sistema, sin el cual no es posible su funcionamiento armónico.

La teoría de las autolimitaciones administrativas debe ser aplicada cuando estemos ante órganos administrativos distintos porque forman parte integrante de la misma Administración pública, ya que es esta organización la debe actuar siempre con coherencia. En consecuencia, la división de las actividades de la Administración no constituye justificación para que se puedan aplicar decisiones contradictorias a los administrados.

Así pues, aplicando lo mencionado en nuestro ordenamiento jurídico, se puede afirmar que el principio de coordinación administrativa impone que la Administración Pública, al precisar la existencia o inexistencia de hechos relevantes para el ejercicio de sus diversas competencias sectoriales, no emita juicios contradictorios, bajo sanción de comprometer la propia realidad de su sistema. Ello no quiere decir que se ablanden los procedimientos a favor del titular minero, sino más bien, que se le otorgue seguridad, restringiéndose la discrecionalidad de los mismos.

Lo que se busca es evitar que por razones de descoordinación se reste valor al título minero, pues la realidad ha llevado a que la decisión de, por ejemplo, una autoridad no minera, paralice todo un proyecto de inversión, convirtiendo el otorgamiento de concesión en un acto prácticamente improductivo y carente de efectos jurídicos.

[42] Cfr. Ibídem. p. 42.

3. A modo de conclusión: hacia una nueva perspectiva sobre el título de concesión minera

Firme lo expuesto anteriormente, debe tenerse presente que el acto administrativo que otorga la concesión minera no es discrecional, toda vez que proviene de un mandato de la ley; es decir, una vez cumplidos los requisitos exigidos no habría forma de que la autoridad se niegue a otorgarla. Es lo que se denomina en la doctrina, un acto reglado.

En sintonía con ello, el artículo 23° de la Ley para el Aprovechamiento de Recursos Naturales precisa que la concesión otorga a su titular el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido (uso y disfrute), *en las condiciones y con las limitaciones que establezca dicho título*, y en virtud de ello la propiedad de los frutos o productos a extraerse.

Por lo tanto, resulta incuestionable que se requieran títulos habilitantes adicionales a la concesión minera, siempre y cuando sean entendidos como accesorios y propios a la vez; es decir, en principio la intervención más intensa del particular es sobre la actividad a desarrollar evidenciada en el título minero, pero ello no es suficiente para la ejecución formal y lícita del proyecto. Dichos permisos y autorizaciones accesorios responden al desarrollo de una actividad específica y accesoria, pero a la vez necesarias para empezar a operar un proyecto minero, resultando válido que sean organismos especializados los encargados de habilitar al concesionario.

Podría decirse que la naturaleza o punto de partida para la exigibilidad de títulos que complementen la concesión minera es la prevención, que implica la intervención de la Administración en su actividad de policía, llamada también Actividad de Limitación u Ordenación.

Por otro lado, las corrientes actuales[43] han redefinido la actividad de policía, pasando de un diseño en el cual se pretendía el desarrollo de actividades con "peligro cero" a un sistema en el cual se busca la gestión de riesgos que son inherentes a toda actividad humana. Es así que se habla de la tolerancia frente a "riesgos permitidos", partiendo de la premisa de que es imposible desarrollar actividades exentas de todo riesgo, por lo cual, en aras de intereses

[43] STEVE PARDO, José, "El Derecho del Medio Ambiente como Derecho de Decisión y Gestión de Riesgos"… cit., pp. 1-10.

colectivos y del bienestar general, es preferible permitirla antes que prohibirla; claro está, dentro de determinados límites. Como bien sabemos, la minería es riesgosa *per se*, ya que estamos frente a la extracción de recursos valiosos, como son los minerales (oro, plata, cobre, zinc, entre otros), mediante actividades que ocasionan perjuicios en los recursos naturales y/o en las comunidades aledañas a la zona de extracción, pero que bien pueden ser ejecutadas de manera responsable y sostenible.

Ante ello, la problemática subsiguiente viene dada no en la utilidad de los títulos, sino en la descoordinación, desorden y desconexión existente para la obtención de tales permisos, sumándose a ello, la burocratización irracional para su entrega o emisión que no es señal de promoción de la inversión privada, sino más bien, de desaliento para el inversionista minero, quien pretende poner en marcha su proyecto.

En ese sentido, lo prescrito en el artículo 9° de la LGM también se vería violentado por la falta de coordinación de este cúmulo de permisos y autorizaciones, sin ningún criterio de integración; no obstante, manteniendo la autonomía de cada sector designado.

Lo afirmado cuenta con sustento en la realidad, en la que, por ejemplo, se aprecia que una autoridad no minera puede paralizar todo un proyecto de inversión, convirtiendo una vez más al otorgamiento de una concesión minera, en un acto improductivo. Otra muestra de ello son las Ordenanzas Municipales por las que las autoridades locales se irrogan la facultad de restringir derechos mineros.

Frente a este escenario, cobra vigencia con fuerza la teoría de las autolimitaciones administrativas[44], basada en el principio general de seguridad jurídica, cuyo objetivo es que los administrados y la colectividad tengan la confianza de que los actos o decisiones públicas referentes a sus derechos, posiciones o relaciones jurídicas estén basados en normas vigentes, válidas y sobre todo eficaces.

A la luz de esta teoría, las potestades administrativas de las diversas organizaciones públicas deberían ejecutarse como Estado, es decir, como conjunto, y no como unidades independientes en cada nivel de gobierno. Aun cuando cada nivel de gobierno tiene sus

[44] Cfr. SANTOS DE ARAGAO, Alexandre, *Op. Cit.* p. 40.

propios y legítimos intereses, ninguno de ellos debe ir en contra del deber de lealtad y coherencia., el cual es un auténtico deber jurídico inherente a la propia existencia del sistema, sin el cual no es posible llegar a un funcionamiento armónico[45].

En contraste con ello, el título de concesión minera se encuentra disminuido en su eficacia, incluso podría decirse que ha perdido su real naturaleza jurídica, por los motivos ya expuestos. Es necesario, pues, que la Administración sea consecuente con sus decisiones, ya que ante el inversionista el Estado es uno solo y debe actuar en línea de coherencia.

Con relación a este tema, el Poder ejecutivo a través de sus ministerios ha dictado algunas normas que pretenden, en parte, remediar el escenario descrito. Es el caso del Decreto Supremo N° 060-2013-PCM, mediante el cual se aprueban disposiciones para la ejecución de procedimientos y otras medidas para impulsar proyectos de inversión minera; el Decreto Supremo N° 003-2013-MC, que aprueba el procedimiento simplificado para el otorgamiento del certificado de inexistencia de restos arqueológicos; el Decreto Supremo N° 104-2013-EF, que declara de interés nacional y prioritaria la promoción y agilización de la inversión. Asimismo, debe anotarse que se han constituido ventanillas únicas en las regiones para la atención de casos de formalización minera.

En definitiva, solo consolidando la seguridad de las manifestaciones que procedan de la Administración, teniendo en cuenta la disminución de barreras burocráticas ilegales o irracionales por entidades sectoriales, y optando por la simplificación, sin descuido de la complejidad y rigurosidad al momento de decidir o evaluar un certificado, permiso u autorización, se logrará que la actividad minera sea eficiente y competitiva, logrando un mercado atractivo y competitivo en el sector minero.

[45] Cfr. Ibídem, p. 42