

La servidumbre minera y conservación en tierras privadas ¿Se enerva el derecho de propiedad?

Introducción.

En la última década, en nuestro país se han experimentado dos sucesos importantes para el desarrollo del país en diferentes aspectos. Por un lado, tenemos el denominado “boom” de la minería por su alto valor en el mercado; y por otro, nos encontramos con el crecimiento en tamaño e interés de la conservación realizada a través de instrumentos legales que involucran iniciativas privadas.

En este contexto, los problemas surgen cuando ambos intereses se superponen sin que pueda privilegiarse una actividad sobre la otra ya que ambas resultan de interés para el Estado. Así, tenemos que los concesionarios mineros cuentan con la herramienta de la servidumbre minera para poder realizar actividades en un terreno que no es de su propiedad, siempre que no se enerve el derecho de propiedad, pero si este propietario ha decidido destinar todo (o parte de) su terreno para la conservación ¿la servidumbre minera enervaría su derecho de propiedad?

Para encontrar una respuesta se explicará en qué consisten ambas actividades, para luego analizar que sucede cuando estas se superponen y exponer una postura al respecto.

1. Marco Conceptual.

En esta primera parte se procederá a explicar en qué consiste la lógica y el desarrollo de las áreas de conservación privada, así como del procedimiento para obtener una servidumbre minera.

a. Conservación en tierras privadas

La conservación en tierras privadas son un conjunto de herramientas o instrumentos que forman parte de un concepto mayor como es la conservación privada en general, ya que la conservación privada puede realizarse tanto en tierras privadas (por ejemplo, áreas para la conservación privada o acuerdos para la conservación) así como en tierras públicas (por ejemplo, concesiones para conservación, concesiones para ecoturismo, entre otros).

El término conservación está definido como: *“la utilización humana de la biosfera para que rinda el máximo beneficio sostenible, a la vez que mantiene el potencial necesario para las aspiraciones de futuras generaciones (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza”*¹. De ahí que, cuando hablamos de conservación privada se hace referencia a las acciones o iniciativas de las personas naturales jurídicas con el fin de contribuir a la conservación algún espacio natural con determinado valor ecológico a través de determinados instrumentos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la conservación privada se encuentra dentro de la nueva orientación o cambio del rol del Estado, es decir, de un Estado intervencionista a un Estado garantista y

¹ MINAM. Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial. 2010, pág. 30

promotor. En este contexto la sociedad civil es un actor clave para el desarrollo de la sociedad en general.

En nuestra constitución se reconoce la libre iniciativa privada², asimismo, la obligación del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica³. Por ello, es que a finales de la década de los 90 podemos encontrar que en la Ley de Áreas Naturales Protegidas de 1997⁴ y la Ley Forestal y de Fauna Silvestre del año 2000⁵, contemplan herramientas para la conservación privada, con el fin de incentivar estas acciones de conservación.

A partir de esta regulación es que se comienza a consolidar la normativa sobre este tema, teniendo en la actualidad 39 áreas de conservación privada, aproximadamente 70 concesiones para conservación y ecoturismo (entre ambas), estando en total más de un millón de hectáreas bajo instrumentos de conservación privada⁶.

Este es, en líneas generales, el panorama de la conservación privada en general; sin embargo, ahora debemos centrarnos en la conservación en tierras privadas, teniendo como principal instrumento a las áreas de conservación privada.

Las áreas de conservación privada (ACP)⁷ son aquellos predios de propiedad privada, reconocidos como tales por el Estado, que por sus características ambientales, biológicas, paisajísticas, entre otras, contribuyen a complementar la cobertura del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SINANPE, aportando a la conservación de la diversidad biológica e incrementando la oferta para investigación científica y la educación; así como las oportunidades para el desarrollo del turismo especializado, entre otros. Los principales objetivos para el reconocimiento de un ACP son: la conservación de la diversidad biológica (genes, especies y ecosistemas) y, la promoción de la investigación y la educación ambiental y el desarrollo del turismo especializado. Debemos precisar que los sujetos aptos para solicitar el reconocimiento de un ACP son: una persona, una familia o más, comunidades nativas, comunidades campesinas, grupos, empresas, centros educativos, organizaciones no gubernamentales. El único requisito exigido es que estos sujetos cuenten con un título de propiedad debidamente saneado e inscrito en los Registros Públicos.

El reconocimiento de un predio como ACP nace de la voluntad del propietario de conservar todo o una parte de su predio, es decir el propietario debe estar seguro de que quiere dedicar su tierra para la conservación de la diversidad biológica y valores asociados existentes en su predio.

El reconocimiento de ACP se basa en un acuerdo entre el propietario privado y el Estado, ello con el fin de conservar la diversidad biológica en parte o en la totalidad del

² Constitución Política del Perú. Artículo nº 58.

³ *Ibíd.*, artículo nº 68.

⁴ Ley Nº 26834. Ley de Áreas Naturales Protegidas, 1997.

⁵ Ley Nº 27308. Ley Forestal y de Fauna Silvestre, 2000.

⁶ Incluye ACP, CC, CE.

⁷ Base legal: Ley de Áreas Naturales Protegidas, Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Disposiciones Complementarias para Áreas de Conservación Privada.

predio. Lograr este fin de conservación implica que el propietario acepta, de manera voluntaria, la imposición de ciertas restricciones o condiciones de uso sobre su predio.

El reconocimiento es sobre el predio, por esta razón, las condiciones de uso deben ser anotadas en el título de propiedad y ser inscritas en los Registros Públicos. Existen una serie condiciones especiales de uso del predio y de obligaciones a cargo del propietario como: que las actividades que realice el propietario no deben contravenir los fines de conservación para los cuales obtuvo el reconocimiento, brindar las facilidades al SERNANP, o a quien éste designe, para su supervisión, etc. son vinculantes tanto para el que las impuso como para los subsiguientes adquirentes del predio, cualquiera sea la causa y modalidad para el otorgamiento de derechos sobre el predio. Asimismo, el SERNANP asume un conjunto de obligaciones como: inscribir las cargas en el Registro de Predios de SUNARP, expedir el mapa oficial al propietario del ACP, incorporar el ACP en el Registro Oficial de las ANP, brindar capacitación y asesoría, al propietario, etc.

Debemos resaltar que es el mismo propietario quien gestiona y/o administra el ACP. Para ello, deberá elaborar e implementar un Plan Maestro el cual tiene por objeto definir el uso del espacio y de los recursos dentro del ACP y es aprobado por el SERNANP. Asimismo, si el propietario lo considera necesario, puede designar a un administrador, lo cual debe ser comunicado al SERNANP.

b. Servidumbre minera

El procedimiento para el establecimiento de una servidumbre minera está regulado en el Capítulo IV del Título Décimo Segundo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO)⁸, así como en ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas⁹, y su reglamento.¹⁰

En líneas generales la concesión minera otorga el derecho para desarrollar las actividades mineras de exploración y explotación, ello implica que el titular de la concesión minera necesite tener algún derecho para utilizar el terreno superficial donde se encuentra su concesión; de ahí que, cuando este terreno cuente con un propietario el titular de la concesión minera deberá llegar a un acuerdo, adquirir la propiedad del bien o la culminación de un procedimiento para obtener una servidumbre minera.

Según nuestra legislación, se busca primero llegar a un acuerdo en donde participa activamente la autoridad minera, por ello se propone el trato directo entre el titular de la concesión y el propietario del predio, de no prosperar esta medida, se iniciará un proceso de conciliación entre las partes.

En la Conciliación, la Dirección General de Minería se encargará de brindar toda la información legal sobre la servidumbre minera al propietario, así como sobre sus

⁸ Decreto Supremo N° 014-92-EM. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

⁹ Ley N° 26505. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

¹⁰ Reglamento del Artículo 7 de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos.

derechos. También, deberá designar un perito minero de la nómina oficial para que se pronuncie sobre la necesidad y magnitud de la servidumbre a efectos de la actividad minera planeada y solicitará al Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA para que designe un perito profesional agronómico el que procederá a la tasación del área solicitada, asimismo se elaborará un informe técnico que analice si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad. Si no se llega a un acuerdo el propietario podrá solicitar el inicio del procedimiento administrativo de servidumbre.

Continuando con el procedimiento se evaluará si es posible establecer la servidumbre sin enervar el derecho de propiedad, de ser así se procederá a realizar el pago indemnizatorio correspondiente al propietario afectado con la medida. En el caso, que conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura se determine que la servidumbre si enervaría el derecho de propiedad del titular del terreno, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas.

Según Eduardo Lanao, la servidumbre minera, como está regulada, tiene algunos problemas como: el perito de la Conata sea quien la declare procedente o no; determinar el real alcance del término “enervar”, lo cual por cierto estará a cargo del perito agronómico de la Conata, y identificar los fines para los cuales el terreno superficial está destinado¹¹, asimismo, este mismo autor señala que *“existen otros problemas como la eficacia de su aplicación. En los últimos 10 años sólo se han otorgado cinco servidumbres legales mineras en el Perú”*.

2. Servidumbre minera y áreas de conservación privada

Como se ha detallado líneas arriba, la servidumbre minera cumple un fin el cual es posibilitar la realización de actividades sobre terrenos superficiales que no son de propiedad del concesionario minero, con el fin de poder usar este terreno para realizar sus actividades mineras. Se entiende que con este instrumento se busca preservar el derecho del inversionista minero y garantizar el mismo por los beneficios que conlleva la minería para el desarrollo del país. Sin embargo, ello solo es posible si no se enerva el derecho de propiedad, porque si bien el Estado tiene un rol promotor, también tiene el deber de salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos, ya que el derecho de propiedad se constituye como un derecho fundamental y debe ser protegido o si entra en colisión con otro derecho ponderarse de una manera razonable el ejercicio de ambos derechos.

De ahí que, queda a discreción del Estado, representado por las autoridades competentes, determinar cuándo se enerva o no el derecho de propiedad del afectado por la servidumbre. El término enervar está definido en el artículo n° 3 del reglamento del artículo n° 7 de la Ley N° 26505, como: el no perjuicio *“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”*.

¹¹ Eduardo Lanao. ¿Problema o posibilidad? Servidumbre legal en el sector minero. En: Revista desde adentro. Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía. Edición N° 29. Enero 2006

Este término ha traído mucha controversia en general, ya que para algunos esta definición es muy ambigua y puede conllevar a la falta de uso de la servidumbre minera, mientras que para otro grupo puede resultar beneficioso que se defina el término enervar, de tal manera que limita de alguna manera la discrecionalidad de las autoridades competentes y da cierta seguridad sobre lo que se está tomando en cuenta al momento de evaluar la procedencia o no de la servidumbre legal minera.

Mi inclinación se orienta un poco más por la segunda postura, puesto que no solo ofrece certeza a los inversionistas mineros, sino que ofrece cierta predictibilidad en el procedimiento. Además, con ello se busca limitar las posibilidades de que la servidumbre minera sea usada como un instrumento de expropiación indirecta, puesto que si la servidumbre enerva el derecho de propiedad podría darse la posibilidad que: *“la servidumbre debía transformarse en expropiación, lo cual ahora no es posible para el concesionario minero desde el momento que la minería no tiene la calificación de necesidad pública, que establece la constitución para autorizar las expropiaciones”*¹².

Resaltando este último punto, es que cabe resaltar la importancia de las áreas de conservación privada para el Estado peruano, ya que si bien se busca promover la inversión y la libre iniciativa privada, también existen otras actividades, como las de conservación, que son de interés público y no pueden ser consideradas como menos importantes, puesto que también son expresión de una iniciativa de la sociedad civil por conservar la diversidad biológica del país, la cual está ligada muchas veces con aspectos culturales e identidad de varios pueblos y comunidades que en gran parte son los interesados por que se les reconozca como áreas de conservación privada¹³.

Estas iniciativas privadas de conservación no solo traen consigo algunos derechos para los propietarios, sino también obligaciones tanto para el Estado como para el propietario. Por lo que estas herramientas no deben ser tomadas a la ligera o puestas en un segundo orden respecto de otras actividades como las extractivas de recursos naturales.

Por lo tanto, la realización de actividades mineras a través de una servidumbre, en el caso de superposición con ACP, tienen un mayor porcentaje de posibilidad de enervar el derecho de propiedad de los titulares de los terrenos superficiales que voluntariamente, y a favor de una actividad de interés público como es la conservación de la diversidad biológica, han decidido imponerse esa carga y los objetivos de conservación del área podrían verse afectados de manera sustantiva o los haga inviables.

Por último, cabe señalar que este asunto no es una cuestión de decidir absolutamente por uno o por lo otro, sino de resaltar la importancia especial de estos espacios protegidos y su aporte para nuestro desarrollo como país. Se busca llamar la atención y que se tengan estándares más elevados cuando nos encontramos frente a estas iniciativas privadas de conservación. No se trata de polarizarnos y decir “conservación privada sí, minería no”, sino de ser posible buscar posibles alianzas tal vez esto estimule una realización de actividades mineras con mejores estándares y tecnología

¹² Martín Belaunde Moreyra. Derecho Minero y Concesión. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.Tercera edición, 2009, pág. 88.

¹³ De las 39 ACP que han sido reconocidas 18 tienen como titulares a Comunidades Campesinas.

que garanticen la no afectación sustancial del derecho de propiedad y de los objetivos de conservación del área, siendo posible facilitar un acuerdo en el cual se busque un punto medio permitiendo la realización de la actividad minera a cambio de una contraprestación en dinero para financiar las actividades vinculadas a la conservación del área y puedan ganar todos.

Conclusiones.

- En la última década han sucedido dos hechos importantes: el aumento de las inversiones mineras en el país y el incremento de la conservación por privados.
- La conservación en tierras privadas busca orientar las iniciativas privadas hacia actividades de conservación de la diversidad biológica, en concordancia con el rol promotor y garantista del Estado.
- Gran parte de las áreas de conservación privadas han sido reconocidas en tierras de comunidades campesinas, lo cual es importante por la vinculación que tienen estas comunidades con la tierra y la serie de derechos que ello implica.
- La servidumbre minera es un procedimiento administrativo, que a falta de un acuerdo, permite al concesionario minero realizar sus actividades en un terreno que no es de su propiedad, sin enervar el derecho de propiedad y según los fines para lo cual la ha solicitado.
- Se debe prestar más atención y consideración al momento de evaluar el otorgamiento de una servidumbre minera sobre áreas de conservación privadas, por su importancia y relevancia para e interés nacional.
- Se debe buscar armonizar las actividades mineras y de conservación de sitios con el fin de que no se vean como opuestas, sino que es posible la convivencia de ambas optimizando los beneficios para ambos propósitos.