



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

RAZÓN DE RELATORÍA

En la presente causa, la sentencia sólo es suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía Minera Afrodita S.A.C. contra la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 266, su fecha 9 de enero de 2012, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de junio de 2010, la actora interpone demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de la Inversión de Energía y Minería (OSINERGMIN) y el Ministerio de Energía y Minas (MEM) solicitando la ineficacia del Oficio N.º 183-2010-OS-GFM, de fecha 11 de febrero de 2010, emitido por el OSINERGMIN. Refiere que según dicho oficio se le ha impedido realizar actividades de exploración minera en el proyecto Afrodita. Expresa que tal medida representa una amenaza inmediata y grave contra sus derechos fundamentales a la propiedad, a la igualdad y a la libertad de empresa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

La Procuraduría a cargo de los Asuntos Judiciales del MEM deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, ya que el MEM es un ente normativo del Subsector Energético y Minero que no tiene nada que lo involucre con el Oficio N.º 183-2010-OS-GFM ni el Oficio N.º 314-2010-OS-GFM, emitidos por la gerencia de fiscalización de OSINERGMIN. De otro lado, alega que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros aprobó la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto de exploración minera *Afrodita* mediante Resolución Directoral N.º 402-2009-MEM/AAM, de fecha 9 de diciembre de 2009. No obstante, la ahora demandante debía cumplir no solo con los compromisos asumidos sino también contar con las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridas en la legislación vigente.

El OSINERGMIN deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contestando la demanda solicita que se la declare infundada. Afirma que mediante el Oficio N.º 183-2010-OS-GFM, del 11 de febrero de 2010, únicamente pone en conocimiento que la empresa no puede realizar actividades de exploración minera por no contar con el derecho de uso del terreno superficial de área donde realizará dichas actividades. Y que está sujeto a sanciones administrativas si se detecta que realiza tal actividad sin cumplir tal requisito. Indica en la contestación que los titulares de una actividad minera están sujetos a una relación de sujeción en el ámbito administrativo y que el titular del derecho minero de una concesión no ejerce un derecho de propiedad sobre la concesión que le otorga el Estado.

Mediante Resolución del 1 de octubre de 2010, el Noveno Juzgado Constitucional de Lima declara infundadas las excepciones planteadas. Y con fecha 28 de enero de 2011 declara fundada la demanda, considerando que la empresa Minera Afrodita S.A.C. ha iniciado actividades de exploración en las áreas concesionadas, y que el Oficio N.º 183-2010-OS-GFM es un impedimento para realizar actividades mineras de exploración que contradice los términos de la Resolución Directoral N.º 402-2009-MEM/AAM. Por consiguiente, estima que el requerimiento realizado por el oficio cuestionado no tiene razón jurídica, por lo que ese acto administrativo representa una amenaza cierta e inminente. Además agrega que no se puede exigir requisitos distintos a aquellos exigidos por la normativa vigente, como lo es el artículo 37º del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Minería, por lo que no se debió solicitar la autorización para el uso de terrenos eriazos superficiales en el área objeto de exploración minera.

La Sala revoca la resolución recurrida y declara improcedente la demanda. El *ad quem* estima que conforme al artículo 37º, inciso 1, del TUO de la Ley General de Minería, la Administración no está facultada para exigir al titular de una concesión minera la tramitación y obtención del derecho de uso del terreno superficial del área



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

donde realizarán dichas actividades cuando se compruebe que la concesión ha sido otorgada en un terreno eriazos. No obstante, ello está condicionado a que se compruebe que el terreno superficial tenga la calidad de eriazos, lo que no ha sido demostrado por la actora ya que no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que el terreno superficial correspondiente a la conexión minera de la cual es titular sea eriazos. Por consiguiente, considera que ello impide que el petitorio de la actora pueda ser amparado.

FUNDAMENTOS

1. La entidad demandante alega que se encuentra ante una amenaza cierta e inminente debido a que mediante el Oficio N.º 183-2010-OS-GFM (fojas 45) se le estaría comunicando que se le impide realizar actividades de exploración minera en el proyecto minero *Afrodita* al no tener el derecho de uso del terreno superficial del área donde realizará dichas actividades. En tal sentido, en tal oficio se le advierte que en caso de que se detecte que viene realizando actividades de exploración minera, la empresa minera estará sujeta a las sanciones correspondientes. Así, la demandante entiende que tal advertencia y las posibles sanciones que le pueden imponer son una amenaza cierta e inminente porque la obliga a detener sus actividades, vulnerando sus derechos a la propiedad, a la igualdad y a la empresa.
2. La demandante entiende al mismo tiempo que tal oficio no es un acto administrativo y que tan solo es una comunicación, y solicita que sea declarado ineficaz. Este Colegiado entiende que el oficio en cuestión tiene cierta relevancia debido a que proviene de la entidad que realiza la fiscalización de la actividad minera. Así, la amenaza sería la posible suspensión de la actividad minera de la demandante sin que exista base legal para ello.
3. De igual forma, es importante que este Tribunal también revise la Resolución Directoral N.º 402-2009-MEM/AAM, de fecha 9 de diciembre de 2009, y el Informe N.º 1428-2009-MEM-DGAAM/JRST/LHCH/MES/ACHM, que acompaña dicha resolución. Y es que según lo indica en el punto 2 del Primer otrosí de la demanda de amparo, el referido informe sería "la primera manifestación de la amenaza" ya que ahí se afirma que la demandante debe obtener el derecho de uso sobre los terrenos eriazos del Estado comprendidos en el área de la concesión. En tal sentido, este Tribunal tendrá que determinar si se está ante una amenaza cierta e inmediata y que proviene de una actuación arbitraria. Es importante también mencionar que de acuerdo a lo expresado en la demanda y por el *a quo*, la actora estaría desarrollando actividad de exploración en la zona de la concesión, siendo este el presupuesto bajo el cual este Colegiado resuelve el presente caso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

Amparo contra amenaza de derechos fundamentales

4. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha indicado que la procedencia del amparo para casos de amenaza de vulneración de derechos constitucionales está supeditada a que tal amenaza sea cierta e inminente. En la STC 0091-2004-PA/TC (fundamento 8), se afirmó que para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta

debe ser cierta y de inminente realización; es decir, **el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible**, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza **debe estar fundada en hechos reales**, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, **que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto**. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una vulneración concreta (énfasis agregado).

5. Pero de igual forma en la STC 01032-2003-AA/TC, (fundamento 6) se ha indicado que adicionalmente a estas condiciones para que la amenaza sea tal

...no basta con que reúna tales condiciones de certeza e inminencia, sino que, además, el perjuicio o la afectación invocados deben ser imputables a acciones u omisiones que sean manifiestamente ilegales o arbitrarias, y no a las que resulten del ejercicio regular de sus derechos por parte de los particulares, o del ejercicio de potestades o competencias atribuidas a las autoridades, funcionarios y entidades del Estado, dentro del marco establecido por la ley y la Constitución.

Argumentos de la demandante

6. La demandante alega principalmente que como titular de una concesión minera está legalmente autorizada a utilizar gratuitamente terrenos eriazos para desarrollar las actividades propias de la concesión minera. Por lo tanto, exigir lo contrario afecta sus derechos fundamentales a la propiedad, a la igualdad y a la libertad de empresa. Argumenta que, según lo dispone el artículo 37º, inciso 1, del Texto Único Ordenado de la Ley de Minería (Decreto Supremo N.º 014-92-EM), los concesionarios mineros gozan del derecho de uso gratuito de los terrenos superficiales que sean titularidad del Estado, sin que sea necesario realizar un procedimiento para obtener una autorización. Alega que tal normativa no habría



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

sido derogada por la Ley N.º 26681, puesto que esta es una ley de carácter general y aquella una de carácter específico.

7. Afirma que la DIA fue aprobada por la Resolución Directoral N.º 402-2009-MEM/AAM, sustentada en el Informe N.º 1428-2009-MEM-DGAAM/JRST/LHCH/MES/ACHM, notificada el 9 de diciembre de 2009. Y que el 15 de febrero de 2010 se le notificó el oficio N.º 183-2010-OS-GFM, por el cual se le comunicó que no se le permitía realizar actividades de exploración minera, debido a que no tenía el derecho del uso del terreno superficial de dicha área. Refiere también que el 17 de febrero de 2010, el MEM publicó una nota de prensa en donde afirmó que quedaban suspendidas indefinidamente las actividades de la Minera Afrodita. Frente a ello enviaron una carta al MEM expresando su preocupación por dicha referencia expresa en una nota de prensa, dejando de lado el caso de otras mineras que están en la misma situación. Indica, por último, que el ya mencionado oficio del OSINERGMIN no fue impugnado porque no se trataría de un acto administrativo, sino de “una mera declaración informativa de la Administración”, con lo que se evidenciaría la amenaza que se cierne sobre sus derechos fundamentales.
8. Argumenta finalmente que la Empresa Minera Afrodita está siendo discriminada puesto que a ninguna otra empresa minera se le ha exigido el cumplimiento de un requisito similar a efectos del desarrollo de actividades mineras de exploración, requisito que, además, significaría la paralización de muchos proyectos mineros que vienen siendo ejecutados en terrenos superficiales que son de propiedad del Estado. Concluye argumentando que de todo lo expuesto se desprende una seria conducta arbitraria materializándose en una amenaza de vulneración de derechos de propiedad, a la libertad de empresa y a la igualdad.

Argumentos del MEM

9. El MEM alega que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros aprobó la DIA del proyecto de exploración minera Afrodita mediante Resolución Directoral N.º 402-2009-MEM/AAM de fecha 9 de diciembre de 2009. No obstante, la ahora demandante debía cumplir no solo con los compromisos asumidos sino también con las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridas en la legislación vigente.

Argumentos del OSINERGMIN

10. El OSINERGMIN indicó que en el ámbito del derecho minero el titular de una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

concesión no ejerce un derecho de propiedad sobre la concesión que le otorga el Estado. Además alega que los titulares de una actividad minera están sujetos a una relación de sujeción en el ámbito administrativo, por lo que la empresa debe cumplir con la normativa y las decisiones administrativas.

Argumentos del *apu* Zebelio Kayap Jempekit en calidad de litisconsorte

11. Con fecha 25 de abril de 2013, el *apu* de la Organización de Comunidades Fronterizas del Cenepa (Odecoforc), Zebelio Kayap Jempekit, solicitó su intervención en calidad de litisconsorte. Con fecha 25 de mayo de 2013, el Tribunal Constitucional admite su participación en calidad de litisconsorte facultativo. Explica que es miembro de la comunidad de Huampami, que pertenece étnicamente al pueblo indígena Awajun-Wampís, que habitan ancestralmente en la Cordillera del Cóndor con un significado religioso-cultural, en donde se han aprobado diversas concesiones y actividades exploratorias sin haberse efectuado el respectivo proceso de consulta previa de conformidad con lo dispuesto por el Convenio 169. En efecto, el litisconsorte facultativo alega que el dominio, uso y ocupación del área concesionada es de propiedad ancestral de su comunidad. Agrega que la falta de titulación de las tierras de las partes altas del territorio Awajun en la Cordillera del Cóndor se ha debido a la desidia del Estado a pesar de que vienen solicitando ello desde 1977. Alega por consiguiente que las tierras que la compañía Minera Afrodita S.A.C. considera eriazas son en realidad territorio de uso y posesión ancestral del Pueblo Awajún, y que se le debe consultar de manera previa la entrega de permisos para la exploración y explotación de recursos naturales, por lo que la demanda de amparo debe ser desestimada.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

12. En la presente demanda, la actora ha alegado que el “acto que genera la grave amenaza se ve reflejado en el Oficio N.º 183-2010-OS-GFM, emitido por el OSINERGMIN”, notificado el 15 de febrero de 2010. En dicho oficio se le comunica que la empresa recurrente está impedida de realizar actividades de exploración en el proyecto minero *Afrodita* al no tener el derecho de uso del terreno superficial del área donde realizará dichas actividades. Tal como ha sido argumentado en el recurso de agravio constitucional (fojas 287), la demandante alega que mediante el Informe Nro. 1428-2009-MEM-DGAAM/JRST/LHCH/MES/ACHM, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) le requiere “en forma ilegal e inconstitucional” que obtengan “una inexistente autorización de uso de terrenos eriazos del Estado, pretendiendo declarar derogado el inciso 1 de art. 37 del TUO de la Ley General de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

Minería". En tal sentido, es de advertirse que el oficio cuestionado en realidad recogió la opinión vertida en el Informe Nro. 1428-2009-MEM-DGAAM/JRST/LHCH/MES/ACHM, por lo que también se analizará tal informe.

13. Así, este Tribunal observa que en el punto 4.2 de tal informe, se aprecia la Observación N.º 3, que establece que: "Con relación al artículo 4º de la R.M. 304-2008-MEM/DM, correspondiente a los mecanismos de participación ciudadana previos a la presentación del estudio de impacto ambiental para exploración minera, COMPAÑÍA MINERA AFRODITA SAC deberá informar sobre la titularidad de los terrenos superficiales implicados directamente con la actividad de exploración minera, **indicando fuente de información**" (resaltado en original). Seguidamente, y en esa misma sección se aprecia que la Empresa Minera Afrodita S.A.C. expresó, sin indicar la fuente de la información, que "es el Estado el actual titular del área superficial que se superpone a la concesión minera que se proyecta explorar". Afirma además en el informe que de acuerdo al artículo 37º, inciso 1, TUO de la *Ley General de Minería* (Decreto Supremo 014-292-EM), tiene el derecho gratuito de uso minero de la superficie correspondiente a las concesiones. En el párrafo siguiente, el MEM indica que tal normativa fue derogada por la Ley N.º 26505 y que por consiguiente, "[...] es responsabilidad de COMPAÑÍA MINERA AFRODITA SAC, contar, **antes del inicio de actividades exploratorias**, con el derecho de usar el terreno superficial correspondiente al área en donde se va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de conformidad con el Decreto Supremo N.º 020-2008-EM, Reglamento Ambiental para las actividades Exploración Minera" (subrayado en original).
14. De otro lado, la Resolución Directoral N.º 402-2009-MEM/AAM, que aprueba la DIA del proyecto, establece en su artículo 2º que tal aprobación "no constituye el otorgamiento de autorizaciones, permisos y otros requisitos legales con los que deberá contar el titular del proyecto minero para iniciar operaciones, de acuerdo a lo establecido en la normatividad vigente". En tal sentido resulta evidente que, como el propio demandante lo ha expuesto, son la propia Resolución Directoral y su informe adjunto los que por primera vez le imponen condiciones respecto de la utilización del terreno superficial del área del proyecto minero.
15. En efecto, la DGAAM contradujo directamente en el Informe Nro. 1428-2009-MEM-DGAAM/JRST/LHCH/MES/ACHM el argumento de la empresa explicando que el inciso 1 del artículo 37º del TUO de la *Ley General de Minería* se encontraba derogado por la Ley N.º 26505, *Ley de Inversión Privada en el Desarrollo de las actividades en las Tierras del Territorio Nacional y de las*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01575-2012-PA/TC

LIMA

COMPAÑÍA MINERA AFRODITA S.A.C.

Comunidades Campesinas y Nativas, que dispuso que el Estado procedería a la venta de las tierras eriazas de su dominio en subasta pública. Indicó además que la Ley N.º 29151, *Ley General del Sistema de Bienes Estatales*, permite la adjudicación de los bienes de dominio privado del Estado (por ejemplo terrenos eriazos del Estado) por medio de subasta pública.

16. Y precisamente en la demanda de amparo, la empresa minera ha desarrollado una importante argumentación sobre la vigencia del inciso 1 del artículo 37º del TUO de la *Ley General de Minería*. No obstante ello, de autos no se aprecia documento alguno que acredite que dicha resolución haya sido cuestionada, por lo que esta debe entenderse como consentida por el administrado. En tal sentido, la reiteración o el acto que recogió lo que ya estaba establecido y consentido no puede configurarse como una amenaza ilegítima, sino que más bien resulta ser una actividad lógica y consecuente de lo ya aprobado mediante una resolución que no fue impugnada. Por consiguiente, los argumentos de la demandante contra el oficio cuestionado no tienen mayor asidero constitucional, debiendo desestimarse la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

OSCAR DIAZ V. 1902
SECRETARÍA GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL