

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Paradigma Contractual Minero Sobre Cuestiones Sociales y
Ambientales en el Perú.

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de
Magíster en Regulación, Gestión y Economía Minera que presenta:

Henry Encarnación Gallardo

Asesor:

Bruno Edoardo Debenedetti Lujan

Lima, 2022

ÍNDICE GENERAL

Índice	2
Tabla.....	4
Figura.....	4
Resumen	5
Introducción	6
CAPÍTULO I: EL PARADIGMA CONTRACTUAL MINERO	12
1.1. El fenómeno de la privatización y el derecho minero	12
1.1.1. El fenómeno de la privatización en el sector minero	12
1.1.2. El derecho minero y el paradigma contractual	13
1.1.3. Contratos mineros	17
1.1.4. Contratos de opción.	21
1.1.5. Contratos de Transferencia	22
1.2. La tendencia socio ambiental de la minería peruana	24
1.2.1. Cuestiones sociales en minería	24
1.2.2. Cláusulas sociales	26
1.2.3. Cuestiones ambientales en minería	27
1.2.4. Regulación de obligaciones sociales	28
1.2.5. Fondos sociales mineros	29
1.3. Los conflictos socio ambientales en la minería	31
1.3.1. Causas de los Conflictos sociales	31
1.3.2. Mecanismos alternativos de solución de conflictos	33
1.3.3. Factores para la viabilidad de los proyectos mineros	36
1.4. El desarrollo sostenible con minería peruana.	38
1.4.1. Los recursos naturales y su aprovechamiento	38

1.4.2. Responsabilidad social empresarial (RSE)	39
1.4.3. Desarrollo sostenible	40
CAPÍTULO II: CUESTIONES SOCIOAMBIENTALES EN CONTRATOS MINEROS.	42
2.1. Relación entre contratos de privatización minera y los conflictos socio-ambientales.	44
2.1.1. Contratos de privatización	45
2.1.2. Minería y conflictividad	47
2.2. Casos de proyectos mediante contratos mineros:	52
2.2.1. Casos de Proyectos mineros privatizados con fondos sociales que operan en el Perú.	52
2.2.2. Caso de proyectos mineros privatizados sin fondos sociales:	59
2.3. Derecho comparado: países que promueven el desarrollo sostenible de sus recursos naturales:	65
2.3.1. Caso Noruega:	65
2.3.2. Caso el modelo chileno	65
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	68
3.1. El paradigma contractualista y el desarrollo sostenible	70
3.2. Propuestas de solución:.....	71
3.2.1. Convenios mineros con cláusulas de inversión sostenible.	72
3.2.2. Delimitación de las Comunidades en zonas de influencia minera.....	72
3.2.3. Creación de fondos de inversión destinado a pensiones y seguros de asuntos ambientales en zonas de influencia directa para dar sostenibilidad a las inversiones.	73
Conclusiones	75
Bibliografía	76

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Producto Bruto Interno por actividad económica en porcentajes....	43
Tabla 2: Estructura del Sector Minero Peruano.....	44
Tabla 3: Empresas mineras privatizadas desde el año 1992 hasta el 2000...45	
Tabla 4: Empresas Inversionistas Mineras en el Perú.....	46
Tabla 5: Empresas inversionistas en el Perú.....	47
Tabla 6: Exportaciones Mineras del Perú 2012 -2016. (Mlls. US\$).....	49
Tabla 7: Cuadro de cláusulas socio ambientales.....	53
Tabla 8: Gestión de Fondos Sociales en la Minería.....	54
Tabla 9: Cuadro comparativo minero.....	67

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Dinámica del Conflicto minero.....	34
Figura 2: Exportación minera y conflictividad socio ambiental en el Perú.....	48
Figura 3: Mecanismo de Distribución de Rentas Mineras en el Perú.....	50
Figura 4: Aumento de la legislación para el sector minero.....	50
Figura 5: Tendencia de las exportaciones mineras del Perú.....	69

RESUMEN

El estudio del “Paradigma Contractual Minero Sobre Cuestiones Sociales y Ambientales en el Perú” comprendió hacer un análisis jurídico en dicho sector desde el año 1990 hasta la actualidad. Durante ese periodo la institución jurídica de los contratos ha tomado mayor uso en el derecho minero moderno, quedando relegado el modelo concesional administrativo para obtener un título habilitante. Sin embargo, bajo esta denominada “Nueva minería” existen muchos factores que no logran solucionar los conflictos sociales y ambientales entre empresas mineras y comunidades. Entonces nos planteamos una interrogante ¿Los contratos que incorporan obligaciones sociales y ambientales ponen en riesgo o favorecen la viabilidad de los proyectos mineros? Considerando que importantes proyectos mineros privatizados no han alcanzado la licencia social y ambiental para su puesta en marcha por incorporar ese tipo de cláusulas, además se debe tener presente que la mayor producción minera peruana viene sostenida por estas empresas. Por otro lado, el marco regulatorio de los últimos años ha seguido una tendencia de atender temas sociales y ambientales en el sector minero. En este sentido, como hipótesis proponemos que introducir en los contratos mineros cláusulas sociales y ambientales adecuadas facilitará la viabilidad de los proyectos mineros. Ello con la finalidad de prevenir disputas que hacen más compleja la puesta en marcha de los proyectos mineros. El objetivo es concebir un modelo contractual que ayude armonizar la minería y el desarrollo social, ambiental y económico, en un contexto que se viene fomentando la filosofía de la Responsabilidad Social Empresarial y el desarrollo sostenible. Asimismo, el método de estudio utilizado es analítico descriptivo, teniendo como materiales de estudio algunos contratos mineros que incluyen fondos sociales y obligaciones ambientales.

INTRODUCCIÓN

El estudio de **“Paradigma Contractual Minero Sobre Cuestiones Sociales y Ambientales en el Perú”** se centra en el análisis jurídico desde la década de 1990 hasta el presente que comprende el periodo de privatización minera en el Perú y el contexto de conflictos socio ambiental durante dicho periodo. En el estudio abordamos las relaciones contractuales entre el estado y el sector privado, donde el estado peruano ha transferido su rol empresarial en la economía al sector privado mediante contratos mineros, así se convierte el contrato en el instrumento principal de las relaciones económicas en la minería peruana y una herramienta que de modo aparente busca promover el desarrollo sostenible en la minería a través de los fondos sociales, salvaguardando la legalidad y la seguridad jurídica en las entre sujetos participantes.

El estado mediante la modalidad contratos-concesión suscribió con inversionistas privados contratos de opción seguido contratos de transferencia, gran parte de proyectos mineros de clase mundial, analizamos algunos de estos proyectos que dinamizan la minería actual como son: Michiquillay, Toromocho, Las Bambas, Magistral, etc., no todos estos proyectos vienen desarrollándose con normalidad, sino que algunos de ellos afrontan conflictos socio-ambientales creando condiciones de incertidumbre, siendo estos aspectos contractuales que pueden vincularse a los conflictos.

Dividimos el análisis en cuatro temas principales, los tres primeros corresponden a establecer relaciones entre los contratos de privatización y los conflictos socioambientales. El cuarto tema toca un análisis comparativo en caso de otros países y la administración de sus recursos naturales en relación a una mejor visión de desarrollo sostenible.

En ese contexto, señalamos en forma general el marco regulatorio de la minería en cuestiones socio ambientales, una muestra de esto es el nivel normativo vigente relativas al sector minería que fue creciente, por ejemplo se aumentó de nueve normas vigentes el año 2001 hasta 201 normas vigentes el 2014, caso que abordaremos en forma general, pues nos centraremos en los contratos mineros como fuente de

obligaciones en beneficio de las zonas mineras de influencia del proyecto, durante el inicio de las operaciones mineras.

Analizamos la importancia de los contratos mineros con cláusulas de fondos sociales y la visión de desarrollo sostenible concebido en el modelo peruano de explotación minera, describiendo las ventajas para generar fondos directos a favor de la zona de influencia minera desde la puesta en marcha del proyecto minero. Las propuestas que se plantean dan lugar a desarrollar una nueva visión de la minería evitando la denominada “maldición de los recursos naturales” que padecen muchos países ricos en recursos naturales, como: La posibilidad de introducir cláusulas de inversión sostenible en los nuevos contratos de privatización minera que esté orientada en el aprovechamiento de recursos naturales no renovables y maximizar beneficios para las zonas de influencia directa, acumular fondos intangibles de inversión que permitan sostener a dichas poblaciones durante épocas de crisis y/o cierre de la operación minera. La propuesta es que los fondos mineros se puedan destinar cuidadosamente para reducir riesgos de futuros conflictos socio – ambientales, prevenir disputas evitará hacer más compleja el desarrollo de los proyectos, esto bajo un modelo contractual adecuado que ayude armonizar la minería y el desarrollo sostenible, en un nuevo contexto donde se fomenta la filosofía de la Responsabilidad Social Empresarial.

Los conflictos mineros por asuntos socio ambientales son noticias frecuentes en los medios de comunicación, a pesar que grandes proyectos mineros han generado cifras históricas de canon minero, fondos sociales y otros beneficios. La minería peruana es una actividad que desde finales del siglo XX ha sido impulsada por la inversión privada por otro lado han surgido sectores con posiciones opuestas a dicha actividad.

Durante las últimas décadas el Estado mediante los contratos de privatización minera ha orientado la inversión a favor de las zonas de influencia minera, mediante los denominados fondos sociales. Desde el inicio de las operaciones mineras se busca reducir o prevenir la conflictividad, ahora bien, las empresas han asumido dichos compromisos, sin embargo paralelo a ello el estado ha regulado una serie de obligaciones socio-ambientales a nivel legislativo. Entonces se ha evidenciado un

cambio de paradigma que lo podemos denominar modelo contractualista de la minería peruana.

En ese contexto formulamos la interrogante: **¿Qué visión de desarrollo sostenible tiene el estado en relación a los contratos de privatización minera con cláusulas sociales y ambientales?** Comprender la visión nos ayudará dar mayor sostenibilidad a los proyectos. El escenario que abordaremos está caracterizado por una actividad que sigue un modelo de libre mercado, siendo los contratos de privatización un instrumento jurídico muy importante que ha fomentado la inversión en la nueva minería peruana, lo preocupante es si dichos actos jurídicos permiten promover el desarrollo sostenible con la minería.

En ese sentido los contratos deben permitir "(...) avanzar hacia una "nueva minería" en el Perú, que aporte al desarrollo sostenible respetando los derechos de las comunidades y cuidando el medio ambiente". (Baca, Pág. 9). Considerando que desde la década del noventa ha creado un nuevo paradigma minero pasando del sistema concesional al modelo contractualista, dichos mecanismos facilitaron generar fondos sociales y establecer compromisos ambientales, la incertidumbre es que dichos fondos buscan satisfacer solo necesidades presentes, no hay fondos intangibles de reserva que permitan invertirse para garantizar un futuro sostenible de las zonas de influencia directa y evitar la denominada maldición de los recursos naturales padecida por muchos países.

Los asuntos socio ambientales mineros han generado una creciente oposición de otros sectores económicos que perturba la viabilidad de los proyectos mineros, las mismas que se encuentran reguladas mediante los contratos de privatización minero, asimismo su problema posterior es la gestión y utilización de los fondos generados de la privatización que es motivo de descontento de la población; y la falta de conocimiento general de la población sobre la tarea importante de alcanzar un desarrollo sostenible que permita superar un concepto equivocado que minería y desarrollo son objetivos incompatibles sino concebir los recursos naturales como una palanca para alcanzar el desarrollo de otras actividades económicas alternativas y promover el desarrollo sostenible.

La investigación propone como hipótesis que introducir en los contratos mineros cláusulas de inversión sostenible en los fondos sociales de los proyectos reducirá futuros conflictos mineros, siendo las relaciones económicas de la minería a largo plazo con agentes que desean beneficios y soluciones de los problemas sociales, económicos, ambientales presentes y futuros, asimismo permitirá gestionar los conflictos vinculados con la minería.

Consideramos que los contratos mineros son un instrumento para promover crecimiento económico en el país y a su vez promover el desarrollo sostenible. Asimismo, entender a la minería con un rol inclusivo de los sectores poco favorecidos de la bonanza económica y mejores condiciones para los sectores productivos del país.

No obstante, solo incorporar en los contratos cláusulas de inversión sostenible no garantizará totalmente la viabilidad de los proyectos, sino que la actividad minera exige alta legitimación social, es decir los contratos mineros deben promover mayor inversión en el país a su vez un mayor beneficio de la población bajo una nueva visión de una actividad con muchos desafíos en un escenario minero que ha cambiado en sus ámbitos a nivel regulatorio, gestión y económico.

A nivel regulatorio, la minería ha insertado en su agenda obligaciones en los temas sociales, acompañado de regulación ambiental, es decir derecho minero se ha revestido de un cúmulo disperso de normas de tipo socio ambientales. Estas obligaciones han sido aplicadas bajo dos niveles, primero bajo regulación general de obligatorio cumplimiento para todo el sector y el segundo a nivel contractual, los proyectos transferidos mediante contratos mineros han sido suscritos en su mayoría con obligaciones sociales.

A nivel institucional, el estado ha creado instituciones para el manejo de temas sociales en la minería, asimismo se han incorporado al sector dando mayor protagonismo organizaciones civiles y comuneros quienes participan del cumplimiento de compromisos sociales u ambientales en los diversos proyectos en marcha. En la nueva

minería las comunidades locales y otras organizaciones han sido incorporadas como actores en la minería actual.

A nivel económico, las empresas inversionistas han aportado a fondos sociales con un rol más activo en su compromiso con su entorno, sin embargo, a la fecha no se conciliado la minería con otras actividades económicas como la agricultura y ganadería. Considerando que las operaciones mineras están ubicadas en lugares donde viven poblaciones con alta tasa de analfabetismo y pobreza, abordar este contexto de los conflictos mineros requiere estudiar una realidad multidimensional.

En ese orden de ideas en la nueva minería los aspectos técnicos, sociales y legales están al mismo nivel, la tarea es como lograr que los beneficios de la actividad destinado a las generaciones futuras, cuando se hayan agotado las reservas mineras de cada proyecto y mantener la confianza en el entorno social.

Debido a la importancia de la problemática, surge el proyecto de tesis: Contratos de Privatización Minera y cuestiones sociales y ambientales. El propósito no solo es analizar los contratos mineros y sus efectos, sino principalmente los siguientes objetivos:

La investigación busca como objetivo general analizar como los contratos de privatización minera se relacionan con la conflictividad socio ambiental. De este modo partimos definiendo los contratos y las obligaciones socio ambientales establecidas en dicho instrumento. La gran mayoría de contratos de privatización minera contienen cláusulas con obligaciones socio-ambientales. Debemos tener presente que en los contratos mineros las cláusulas de tipo socio ambiental nacen como instrumentos de regulación dirigidos a reducir o prevenir los conflictos, asimismo con la finalidad de lograr la viabilidad del proyecto minero. Asimismo, en el ámbito de las relaciones contractuales con intervención del estado, predomina la idea de interés general o bien común, entonces se hace relevante a menudo incorporar obligaciones a favor del entorno social donde se desarrolla el proyecto, en su mayoría a través de fondos sociales.

A partir del análisis jurídico, el primer objetivo secundario consiste en identificar algunos proyectos mineros privatizados más importantes del país con presencia de conflictos socio-ambientales. Asimismo, a la luz de nuevas formas de afrontar un conflicto entendido como una colisión de intereses entre dos o más personas, comparando a la regulación del manejo de conflictos sociales en otros países. El modelo contractual minero a diferencia del modelo concesional permite que Estado y la empresa, puedan fijar obligaciones sociales y ambientales específicas en cada proyecto, sin embargo lo difícil del tema es establecer cláusulas sociales que no genere mayores riesgos a la viabilidad del proyecto, porque si son austeras puede provocar un descontento con las expectativas de la población, ahora si son excesivas, puede provocar un efecto contrario, es difícil plantear cláusulas adecuadas o estándar considerando que cada proyecto tiene características particulares.

El segundo objetivo secundario de esta tesis es definir si la incorporación de las cláusulas sociales y ambientales en los contratos mineros es concordante con el desarrollo sostenible. Pues una de las fortalezas del paradigma contractual minero vigente, amparado en los denominados contratos-ley o cláusulas paraguas, que ha puesto su validez a rango constitucional, sin perjuicio que se pueda regir por la vía civil o administrativa, están protegidos ante cualquier intento de desconocer su celebración por el gobierno de turno, así el Artículo 72 de la Ley General de Minería otorga beneficios al titular de la actividad minera como las cláusulas paraguas o de promoción a la inversión, otorgando una mayor seguridad jurídica a los inversionistas, lo que permite proteger la actividad minera.

Además, como tercer objetivo secundario es identificar en el derecho comparado algunos países que promueven el desarrollo sostenible de sus recursos naturales. Nos ayuda a responder la interrogante si ¿es conveniente que se incorpore cláusulas de inversión sostenible? Son cuestiones a tener presente en la investigación, considerando que el estado debe garantizar un beneficio inmediato en la población y promover el compromiso de la empresa con el entorno local y el beneficio de los recursos no renovables para las futuras generaciones.

CAPITULO I: EL PARADIGMA CONTRACTUAL MINERO

A continuación algunos antecedentes relacionados con el tema de investigación, que trata sobre la reciente época de la minería, caracterizada por una política liberal con tendencia a incorporar al derecho minero regulaciones de carácter socio ambiental y en una sociedad cada vez más enfocada al desarrollo sostenible, razón por la cual hemos dividido este capítulo en los siguientes subcapítulos: i) El fenómeno de la privatización y el derecho minero, ii) La tendencia de regulación socio ambiental en la minería peruana iii) Los conflictos socio ambientales en la minería y iv) La posibilidad de desarrollo sostenible con minería.

1.1. El fenómeno de la privatización y el derecho minero

El modelo económico del estado peruano a partir de la década de 1990 hizo un giro a la tendencia liberal y de apertura al mercado internacional, asimismo generó un contexto propicio para el ingreso de inversiones extranjeras en la economía peruana, fenómeno económico denominado privatización.

1.1.1. El fenómeno de la privatización en el sector minero

La política económica del Perú desde 1990 en adelante tuvo grandes cambios, desde un modelo estatista hacia un modelo liberal y de apertura al mercado, el sector minero no fue la excepción, a través del Decreto Legislativo N°708, Ley de Promoción de la Inversión Privada y otras normas posteriores constituyeron los pilares de una política minera que denominaremos “paradigma minero contractual”, durante ésta época se privatizaron los grandes proyectos mineros administrados por el estado, esto favoreció al impulso del sector desarrollando proyecto de clase mundial con inversión de capitales extranjeros.

La minería de esta manera se ha consolidado como el sector más importante en la economía peruana, sin embargo, la privatización ha sido una característica importante del modelo neoliberal de estado peruano que ha dinamizado la economía con apertura al mercado internacional, en ese contexto Stiglitz nos señala: “el desarrollo es una

transformación de la sociedad y que una inversión en una mina, apenas colabora en la transformación del desarrollo, más allá de los recursos que genera. Puede contribuir a crear una economía dual, con bolsas de riqueza, pero una economía dual no es una economía desarrollada” (Stiglitz, 2002. Pág. 10). Entonces el crecimiento de la renta económica del país promoviendo inversión privada no es suficiente para el autor, sino implica impulsar otros aspectos que permitan transformar la sociedad. Estas cuestiones se entienden sobre la base de tres conceptos: La economía, cuestiones sociales y asuntos ambientales.

Durante el periodo de privatización, el estado en el sector minería, se ha enfocado durante esta época en tres aspectos: económico, social y ambiental con su propia visión de desarrollo sostenible; sin embargo para el caso de investigación no importa identificar si dichas políticas han ido de la mano con el objeto de protección del derecho minero, es decir si la regulación inserta responde a lo que busca esta disciplina denominada autónoma y de naturaleza pública que regula relaciones del estado y particulares. Asimismo, tener la claridad del objeto de estudio del derecho de minería nos permitirá determinar que el problema de investigación sea propiamente un asunto que aborde el derecho minero.

1.1.2. El derecho minero y el paradigma contractual

Al abordar el campo de la regulación, los problemas de la minería desde el enfoque del derecho, nos toparemos con una interrogante: ¿Existe un derecho minero? Podemos afirmar que el derecho minero surge a partir la concesión o licencia que otorga el estado sobre un recurso minero. El derecho minero se definía como:

“Conjunto de normas jurídicas uniformes y autónomas, que regulan cateo, la prospección, la exploración y la explotación de los yacimientos minerales del suelo y subsuelo de la corteza terrestre (...) su beneficio, refinación, comercialización y transporte, y la adquisición, conservación transmisión de la titularidad minera y sus productos”. (Basadre, 1985, pág. 33). Es decir, el derecho minero, según el autor es un

conjunto de normas e instituciones jurídicas en la minería, la misma que es regulada en todo su proceso productivo donde existen actores e instituciones públicas y privadas.

Ahora bien, si nos remitimos a la teoría tridimensional del derecho entendemos que las normas solo son un componente de la ciencia jurídica, existiendo otros elementos como los hechos sociales y el valor. Los hechos son fenómenos presentes en las diferentes relaciones jurídicas que requieren establecerse para desarrollar un proyecto minero, muchos casos devienen en conflictos por haber ignorado algún hecho. La viabilidad del proyecto es posible mediante buenas relaciones con el estado, el inversionista y la población en la zona del proyecto. Este tejido de relaciones entre la minería y comunidades por ejemplo son históricas en muchas partes del país, entonces para operar una mina es importante saber de los hechos que ocurrieron u ocurren para dar viabilidad a la actividad, ignorar eso implicaría un riesgo en el proyecto.

Determinar la segunda dimensión que es el valor, desde un enfoque de análisis filosófico y económico, nos remite a la paradoja del valor, determinada en la dinámica de las interacciones socioeconómicas entorno a la minería. La paradoja del agua y los diamantes nos plantea la pregunta **¿por qué son más caros los diamantes que el agua?** Una respuesta sencilla, pero este dilema en economía ha sido una compleja cuestión para muchos pensadores contemporáneos, la respuesta permite identificar dos ideologías opuestas polarizadas en el país, grupos a favor de la minería y los anti mineros.

Los pensadores liberales como Adam Smith proponían que el agua y los diamantes ambos tienen un valor distinto, el agua un valor de uso porque satisface la sed ya no era necesario, el diamante tiene un valor de cambio, es decir más fácilmente con diamante puedo adquirir bienes, sin embargo, el agua no es un medio de fácil intercambio. Otra diferencia que le da valor al diamante es que se puede acumular ilimitadamente, el agua el ser humano solo acumula lo que es necesario para su consumo. Por otro lado, los pensadores con tendencia social como Carlos Marx, plateaban que el valor de los diamantes frente al agua es en razón a la fuerza de trabajo que implica para obtener el mismo, es más fácil obtener agua porque hay en abundancia

en la naturaleza, el diamante requiere mayor fuerza de trabajo para obtener de la naturaleza por su escasez, en consecuencia, explica que el valor depende de la fuerza de trabajo.

La paradoja está presente en la minería peruana cuando dos sectores polarizados entran en conflicto, mientras los inversionistas y el estado priorizan el valor de valor de cambio que tienen los metales y las comunidades optan por el valor de uso que tiene el agua para su consumo y uso agrícola. Entonces comprender la escala de valores está presente en el derecho minero.

La tercera dimensión del derecho es la norma, la telaraña de normas del derecho minero se ha robustecido, progresivamente en las últimas décadas se ha hecho más compleja. La tendencia de la regulación minera ha sido por asuntos de tipo social y ambiental, incluso se han regulado los denominados fondos sociales y una serie de permisos para operar la mina. La finalidad promover las inversiones y generar beneficios económicos locales tiene una gran barrera la serie normativa de requisitos y autorizaciones para dar viabilidad un proyecto es decir la permisología, incrementando costos de tiempo y dinero en la gestión restando competitividad.

Entonces sobre las dimensiones del derecho (hecho social, valor y norma) cabe hacer un análisis del concepto del derecho minero en la actualidad, si revisamos las normativas las últimas décadas, nos daremos cuenta que el derecho minero se ha centrado en regular cuestiones de titularidad a través de las privatizaciones, asimismo regular cuestiones sociales y ambientales, a minería actual se sostiene sobre yacimientos descubiertos hace 30 o 40 años atrás, sin embargo el objeto de protección del derecho minero debe ser la protección de la actividad para promover la innovación e investigación para mantener la competitividad minera en el futuro.

El derecho minero de los noventa en adelante, ha dado mayor uso al instrumento de los contratos mineros, con la suscripción de una serie de contratos de privatización de los principales proyectos mineros del país, se caracteriza por priorizar cuestiones de propiedad y aprovechamiento de los recursos naturales, cuestiones sociales y

ambientales se han puesto como agenda de análisis y estudio, es decir asuntos de permisología y no proteger la actividad, esto lo corroboramos en la cita siguiente: “(...) avanzar hacia una “nueva minería” en el Perú, que aporte al desarrollo sostenible respetando los derechos de las comunidades y cuidando el medio ambiente, hay cuatro puntos: el sistema de concesiones mineras, el marco normativo ambiental, el régimen tributario (pagos tributarios y no tributarios, contratos de estabilidad jurídica) y las normas sociales y laborales”. (Baca, Pág. 9). Es decir, proteger la actividad minera implica garantizar reservas de yacimientos, promover la innovación y el desarrollo sostenible con minería.

La discusión de muchas investigaciones es cuestionar el sistema de concesiones y la propiedad de la mina dejando postergado la protección de la actividad minera, caso superado por países como Chile y Bolivia en la cual se centran en promover la actividad minera pues la propiedad pierde relevancia cuando lo que determina responde a ¿Cuánto beneficia la actividad minera?

Ahora para entender el derecho minero peruano si nos remontamos a los últimos 40 años, cabe separar dos periodos claramente definidos:

El primer periodo lo denominaremos estatista o modelo concesional, las principales operaciones mineras se encontraban en manos del estado peruano, cuando “En 1974 se llevó a cabo la nacionalización de la empresa CPC, la cual pasó a denominarse Centromin Perú. Este proceso ocurre durante el gobierno militar del General Velasco y tiene como preámbulo la expropiación de las haciendas ganaderas de propiedad de dicha empresa, hecho ocurrido en 1969, a pocos meses del golpe militar y en el marco de una Reforma Agraria”. (Vega, 2007, pág. 28). En este modelo la actividad minera era regulada directamente por el estado a través de las empresas públicas, en consecuencia, el estado contaba con una serie de instituciones encargadas de todo el proceso productivo minero. Primaba el modelo concesional, es decir el único mecanismo para obtener titularidad minera era mediante la concesión, sin embargo, a finales del periodo fue liberalizándose.

El segundo periodo lo denominaremos privatista o modelo contractual, se caracteriza por un rol no interventor del estado en la minería, como señalan: “En el comienzo, el gobierno de Fujimori implantó un severo plan de estabilización económica para corregir los desequilibrios macroeconómicos. Posteriormente, se dictaron una serie de medidas conducentes a promocionar la liberalización de mercados y a promover la actividad privada”. (Glave y Kuramoto 2002, pág. 546). Este periodo será principal tema de investigación, se caracteriza por el ingreso de capitales extranjeros a la minería mediante la privatización de proyectos minero y con un modelo de instituciones públicas no interventoras en el mercado minero, se caracteriza dicho periodo por la suscripción de una serie de contratos de privatización de importantes proyectos mineros, como contratos de opción y transferencia, tanto así podemos afirmar sin lugar a dudas que los titulares de la minería que genera mayores rentas al país han sido transferidos mediante contratos mineros, posicionándose así esta institución jurídica como importante y dinámica en el derecho minero moderno.

El marco legislativo minero peruano los podemos agrupar en cuatro periodos que han marcado escenarios distintos en la minería:

- Código de Minería de 1950, tendencia liberal y base de muchas instituciones jurídicas contractuales en la minería;
- Decreto Ley 17792, caracterizado por empresas estatales en la minería.
- En 1981 la Ley General de Minería, la actividad empresarial del Estado se mantuvo sin embargo se comenzó a promover inversión privada.
- Decreto Legislativo 708 de 1991, el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería (Decreto Supremo 014- 92 del Ministerio de Energía y Minas) de 1992, vigente promueve la inversión privada; con fuerte tendencia al libre mercado.

1.1.3. Contratos mineros

Como señalamos, una de las instituciones jurídicas del derecho minero moderno son los contratos, su uso adquiere gran relevancia en las últimas décadas, principalmente con

los cambios políticos y económicos en el país que favoreció el ingreso de inversión extranjera, principalmente en la gran minería, ello ha significado una reconfiguración del marco legal e institucional minero. Es decir, el ingreso de nuevos proyectos mineros mediante contratos de privatización de las empresas estatales, da lugar a una etapa distinta un salto del modelo concesional al modelo de transferencia de proyectos mineros mediante contratos, como refieren “En el derecho minero moderno, aparecen el contrato entre el ente público y particular para generar derechos sobre los yacimientos minerales y la licencia minera” (Basadre, 1985, pág.149), mediante los contratos mineros de opción y transferencia vienen operando los más grandes proyectos mineros en el país.

Este modelo contractual de promover la actividad minera en el Perú, y el desarrollo institucional del estado no actor empresarial en el mercado, responde a la necesidad de una época de crisis económica y política del estado, una población convulsionada y el sector privado con alta incertidumbre. El gobierno de Alberto Fujimori, introdujo medidas agresivas de reformas en diversas instituciones públicas, desde un enfoque neoliberal y de libre mercado, es decir en la década de los noventa se busca una salida ante “La crisis financiera y de gestión que atravesaban las empresas públicas, así como las dificultades económicas que impedían dar cumplimiento al servicio de la deuda externa durante la década de los ochenta fueron los factores determinantes que impulsaron el proceso privatizador”. (Ariela Ruiz Caro 2002, Pág. 9). Bajo este modelo toma relevancia los contratos de privatización como un instrumento jurídico para la transferencia al sector privado de diversas empresas estatales, que incluye en el sector minero principalmente proyectos de gran minería.

Comenzamos adentrarnos a un análisis de los contratos mineros, para ello es importante conocer como está regulado esta institución jurídica, ¿Pertenece al ámbito del Derecho público o privado? Así recurriremos a un autor que señala lo siguiente:

“Los contratos mineros se rigen por las normas del derecho común, salvo las reglas especiales que contienen la Ley General de Minería. La contratación minera, por lo tanto, pertenece al ámbito del derecho privado”. (García, 1989, pág. 329). Entonces, si interpretamos dicha afirmación las relaciones contractuales de privatización minera están reguladas por el Código Civil, distinto al modelo concesional que se rige por

normas de orden público, asimismo existe una salvedad que encontramos normada en el artículo 25° de la Ley General de Minería, mediante dicha norma el estado puede transferir mediante contratos proyectos mineros, es decir el estado excepcionalmente crea una regla que le permite saliéndose del modelo tradicional de concesión otorgar a terceros la titularidad de proyectos mineros.

Coincido con lo señalado por algunos autores como ortodoxo el mecanismo de transferir titularidad del proyectos mineros del estado mediante contratos de privatización, pues crean una figura en el derecho minero doctrinalmente peligrosa de contrato - concesión, que bajo el esquema actual ha funcionado, sin embargo la concesión y el contrato son dos instituciones diferentes, la primera es un acto unilateral del estado y se rige por normas de orden público y lo segundo es bilateral entre el estado y la empresa estableciéndose obligaciones reguladas por normas de derecho común.

Como señalamos, los contratos mineros se rigen por el Código Civil, en el mismo código sustantivo en el Libro II, Acto Jurídico, Título, artículo 140°, está definido el Acto Jurídico como: "La manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas y para cuya validez se requiere: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita, bajo sanción de nulidad" (Código Civil, 1984). Es decir, están claramente regulados por el derecho común en consecuencia, el Estado en algunos casos transfiere la titularidad de una concesión mediante un acto jurídico, tomando dichos actos el nombre de contratos de privatización, sin embargo, cabe preguntarnos la concesión no privatiza un recurso natural solamente concede el derecho de aprovechamiento, la propiedad se mantiene en el estado.

Respecto a la clasificación de los contratos mineros, hacen una diferenciación algunos autores de los contratos mineros con los contratos propiamente civiles o comerciales, plantean que tienen un contenido distinto, al afirmar que: "por la especial modalidad de los actos jurídicos en el Derecho de Minería se legisla respecto de diversos contratos, que difieren en su contenido de los contratos civiles y comerciales" (Rodríguez, 1994, pág. 310). Es decir, separan a los contratos mineros en una nueva categoría que

compete al derecho minero su estudio, que en las últimas décadas no ha sido tratada a profundidad su naturaleza, como lo resalan algunos estudiosos “El abogado que redacta contratos mineros cabalga sobre suelo árido y seco ya que el Derecho Minero encierra pocas figuras y modalidades contractuales de rico interés jurídico”. (Basadre, 1989). En ese sentido, cabe hacer una clasificación de los contratos mineros en tres categorías: Primero los contratos principales a los contratos de transferencia, cesión, sociedades contractuales y riesgo compartido, segundo a los contratos preparatorios como al contrato de opción y contratos accesorios a los de prenda, hipoteca y garantías mobiliarias.

Ahora bien respecto al uso de los contratos en el derecho comparado, en el caso ecuatoriano es distinto al peruano por ejemplo, La Ley General de Minería peruana no contempla la suscripción de contratos para el inicio de actividades de explotación, como en el caso ecuatoriano, se suscriben el contrato una vez que se cuenta con una concesión en manos de Activos Mineros S.A.C (en adelante AMSAC) y Proinversión que convocan a inversionistas privados mediante licitación; entonces los contratos mineros en el Perú tienen una fuerte tendencia de tipo comercial, sin embargo en Ecuador los contratos mineros habilitan similar a una concesión.

Una vez que el Estado transfiere la titularidad del proyecto minero, el estado peruano solo regula dicha actividad bajo normas de orden público, como señalan algunos autores “(...) el Estado (a través de distintas entidades) vigila que el concesionario cumpla con las obligaciones establecidas en la Ley de Minería y en otros marcos normativos que son de aplicación general para todos los proyectos mineros”. (Herrera, Arias y López 2012, pág. 36). En ese sentido, para delimitar nuestro estudio, nos centraremos en los contratos de privatización minera, la misma que en la mayoría de los proyectos privatizados se han suscrito los Contratos de opción y los contratos de transferencia.

El estado peruano ha privatizado mediante contratos mineros importantes proyectos, los inversionistas privados son en su mayoría empresas multinacionales, estos capitales contribuyen en dinamizar la economía minera, por ejemplo, Cerro Verde, Antamina, Las

Bambas, Michiquillay, La Granja entre otros son proyectos de clase mundial, que han ubicado al país entre los primeros lugares en producción.

1.1.4. Contratos de opción.

Los contratos de opción son el primer paso necesario entre el estado representado por Pro inversión como entidad a cargo de las licitaciones, AMSAC empresa estatal que administra las empresas mineras públicas hasta su transferencia y el inversionista que decide invertir en el proyecto minero. Para ello, el estado convocaba a licitación internacional la inversión de capitales privados en los proyectos mineros, mediante este acto el estado fijaba un cronograma o programa de inversiones y en mayoría de casos obligaciones sociales y cláusulas de resolución de conflictos derivados de los mismos.

Nuestra regulación minera, comprende varios contratos típicos mineros cuya utilidad es permitir tener un marco con las partes contratantes; suscribiéndose los contratos de opción, que “califica dentro de los contratos del Derecho Civil que se conocen como contratos preparatorios. El elemento que singulariza el contrato de opción minera, es el plazo que puede extenderse hasta cinco años, según lo define el artículo 165º de la Ley General de Minería”. (Lastres, 2009, pag.11). El contrato de opción es temporal y el plazo de suscripción es determinado, es previo a los contratos principales, en el periodo de vigencia de dicho contrato el inversionista tiene la facultad de optar o renunciar a la opción según sus intereses, por otro lado, al estado le permite promover una inversión inicial y evaluar el cumplimiento del inversionista para la puesta en marcha del proyecto minero.

Entonces el contrato de opción es el primer instrumento jurídico que vincula a las partes contratantes en el proceso de privatización minera, la mayoría de inversiones pasan por estos actos preparatorios. El optante es la empresa inversionista que se obliga cumplir un programa riguroso de destinar recursos económicos a favor del proyecto minero, por otro lado, el proceso es seguido monitoreado por el estado a través de sus diferentes instituciones como Pro inversión, AMSAC, el Ministerio de Energía y Minas.

1.1.5. Contratos de Transferencia

Los contratos de transferencia son denominados principales, mediante su suscripción el estado transfiere la titularidad de la concesión a un inversionista privado, estableciendo obligaciones adicionales a las reguladas en el marco normativo general, sin embargo, el inversionista adquiere todos los derechos y obligaciones que un concesionario respecto al proyecto. Durante el periodo de privatización minera, se han suscrito tantos contratos de transferencia que podemos afirmar que la mayor parte de las rentas que percibe el estado de la minería son derivadas de estos inversionistas.

Desde los noventa, el país viene fomentando la gran minería suscribiendo estos contratos, captando inversiones de los cinco continentes. Dentro de un escenario cambiante y competitivo de la minería mundial se fomentó el ingreso de capitales transnacionales, corporaciones mineras de Canadá, USA, Australia, Europa, sin embargo, en los últimos años van surgiendo economías emergentes en la minería, como afirman: “En el escenario global minero, emergen nuevos actores que comienzan a tener una influencia importante en diferentes regiones. Empresas chinas, brasileñas y de la India aparecen disputando - en muchos países y en la producción global de algunos metales - el rol protagónico de los grandes grupos mineros de Europa, Oceanía y América del Norte”. (José Echave 2011, Pág. 62).

Bajo este modelo de minería, el estado ha promovido una relativa mayor transparencia, acceso a la información, nuevas entidades regulatorias, mercado competitivo, una participación de la ciudadanía y el uso de un mecanismo alternativo al poder judicial como es el arbitraje. Todos los contratos de transferencia suscritos, someten la solución de sus controversias a jurisdicción arbitral, hecho distinto en otras concesiones bajo el modelo tradicional sus controversias se dirimen en la sede judicial. Allí cabe prestar atención desde el enfoque del derecho minero si es conveniente para proteger la actividad minera que las relaciones contractuales entre el estado y particulares sean sometidas jurisdicción privada.

Es tal la trascendencia de los contratos mineros que podemos afirmar sin duda alguna son el instrumento jurídico moderno más importante de la minería peruana, mediante esta fuente de las obligaciones se garantizan grandes inversiones, las corporaciones con la transferencia adquieren el derecho sobre la concesión a su vez asumen diversas obligaciones con el gobierno peruano. Dentro de sus cláusulas se estipulan compromisos económicos para el desarrollo del proyecto, eso con la finalidad de garantizar el fomento de la inversión privada. Los casos de privatización más recientes presentan cláusulas más allá de asuntos económicos, exigencias de compromisos socio ambientales, como por ejemplo las cláusulas con fondos sociales en importantes contratos como Las Bambas, Michiquillay, La Granja, Magistral, Toromocho, etc.

A finales del año 2008 entra en vigencia el Decreto Legislativo N° 996 denominado Ley del Fondo Social, la misma que regula la utilización de los montos del estado obtenidos como contraprestación de las obligaciones establecidas en los contratos de privatización minera. Asimismo, mediante contratos de privatización la empresa inversionista y el estado crean obligaciones del carácter social y ambiental. Allí radica el problema del presente estudio ¿Es jurídicamente apropiado incorporar cláusulas socio ambientales en los contratos mineros? ¿El contrato es el instrumento idóneo en el derecho minero para establecer obligaciones sociales y ambientales? La postura desde el enfoque del derecho minero inapropiada y riesgosa regular cláusulas de ese tipo en contratos regidos por normas de derecho privado, esto se pone en evidencia cuando contienen todos estos documentos un convenio arbitral que supletoriamente se rigen al código civil, por ende una obligación social de interés público no cabe regularse en un contrato privado y más aún si sus controversias se encuentren sometidas a justicia privada donde la confidencialidad es un principio procesal.

Se justifica en mayor medida analizar la incorporación de cláusulas sociales y ambientales a los contratos cuando tratamos respecto a la distribución de riesgos de conflictos sociales y ambientales ¿Quién asume el riesgo social y ambiental del proyecto en un contrato minero el estado o el inversionista? No es posible que el estado pueda trasladar al privado sus obligaciones sociales y de protección ambiental de las

poblaciones cercanas al proyecto, siendo inherente este deber del estado a la sociedad, en ese sentido no hay razón de celebrarse un contrato que contempla supuestos no disponibles para el estado.

Entonces un acto jurídico contractual que regula asuntos sociales y ambientales hace evidenciar que estos contratos tienen incongruencias jurídicas con el derecho minero, teniendo en cuenta que el objeto de estudio de esta rama es proteger la actividad minera. Asimismo, es muy difícil regular obligaciones de carácter social y ambiental al inicio de un proyecto minero considerando que no se tiene delimitado la zona de influencia del proyecto, esto por el contrario puede acarrear a mayores conflictos sociales.

Ahora bien el modelo contractual consiste en trasladar los derechos de concesión de una empresa de propiedad estatal a un inversionista particular mediante un contrato, sin embargo al regular asuntos sociales y ambientales en estos actos se estarían generando cargas adicionales a la concesión, caso distinto a quienes obtienen un proyecto minero bajo un modelo concesional es decir vía trámite administrativo mediante un petitorio minero ante el INGEMENT, donde únicamente el pago es por derecho de vigencia. Entre el modelo contractual y el modelo concesional su principal distinción radica en que el contractual ha permitido al estado regular obligaciones que anteriormente no asumía un inversionista minero.

1.2. La tendencia socio ambiental de la minería peruana

Los asuntos socio ambientales son aspectos fundamentales de análisis en el contexto actual del desarrollo de los proyectos. Durante las últimas tres décadas en las políticas mineras y los conflictos sociales han centrado sus divergencias en cuestiones sociales y ambientales, como desarrollamos a continuación:

1.2.1. Cuestiones sociales en minería

En este nuevo paradigma contractual a diferencia del modelo concesional se percibe la tendencia social con claridad, mediante un salto del enfoque de desarrollo minero como una fuente de nuevos impuestos hacia una oportunidad de progreso social, ha dado

lugar nuevas tareas por resolver como tener una claridad de visión hacia el desarrollo sostenible en la minería, definen así este antagonismo algunos autores: “La acogida masiva por el Estado peruano de las inversiones extranjeras en el sector minero crea, en varias partes del país, enclaves de riqueza en parámetros de pobreza.” (Reves y Diez 2006, Pág. 52). Estos cambios en la minería los podemos advertir en diferentes ámbitos, como a nivel regulatorio, gestión y económico.

En ese orden de ideas en la nueva minería los aspectos técnico, social y legal tienen igual importancia, los inversionistas buscan que guarde armonía los aspectos sociales, culturales y ambientales en las comunidades cercanas al proyecto. El gobierno promueve la minería responsable, sin embargo, como han surgido escollos para la viabilidad de proyectos mineros importantes porque “(...) varias comunidades y un cierto número de organismos no gubernamentales (ONGs) sociales y ambientales han adoptado una actitud de confrontación hacia el gobierno central”. (Banco Mundial 2005 – Riqueza y sostenibilidad, Pág. 11)

Entonces, la relación de la minería con la sociedad es sensible, como advierten algunos tratadistas “Los peruanos tenemos una relación de amor-odio con la minería”. (Glave 2007, pág. 135). Esto se percibe con la antagónica presencia de numerosos conflictos sociales y exorbitantes rentas al estado por el boom minero que ha permitido mantener un crecimiento económico sostenido y disminuir los índices de pobreza y analfabetismo. A partir de allí nos preguntamos ¿Cómo traducir la riqueza minera en desarrollo sostenible?

Teniendo claro la existencia durante los últimos años de un modelo contractual minero, cabe hacer la crítica, desde el ángulo del derecho de minería, sobre la desprotección de la actividad minera al crear barreras robustas de permisología con normas de tipo social y ambiental, las cuales restan competitividad a los proyectos al hacer cada vez más burocráticos los trámites generan altos costos de transacción, siendo en el contexto actual las inversiones un asunto que exige rapidez en tiempo y competitividad del mercado internacional.

1.2.2. Clausulas sociales

La gran mayoría de contratos de privatización minera contienen cláusulas con obligaciones sociales. Debemos tener presente que en los contratos mineros las cláusulas de tipo social nacen como instrumentos de regulación dirigidos a reducir o prevenir los conflictos, asimismo con la finalidad de lograr la viabilidad del proyecto minero. Asimismo, en el ámbito de las relaciones contractuales con intervención del estado, predomina la idea de interés general o bien común, entonces se hace relevante a menudo incorporar obligaciones a favor del entorno social del proyecto minero.

El modelo contractual minero a diferencia del modelo concesional permite que Estado y la empresa, puedan fijar obligaciones sociales específicas en cada proyecto, sin embargo lo difícil del tema es establecer cláusulas sociales que no genere mayores riesgos a la viabilidad del proyecto, porque si son austeras puede provocar un descontento con las expectativas de la población, ahora si son excesivas, puede provocar un efecto contrario, es difícil plantear cláusulas adecuadas o estándar considerando que cada proyecto tiene características particulares.

Por otro lado, desde el enfoque del derecho minero, cabe evaluar si las cláusulas sociales protegen la actividad minera, de ser así nos preguntamos ¿es conveniente que se incorpore en el contrato? o ¿debe suscribirse por separado? ¿En los temas sociales debe intervenir la comunidad? Son cuestiones a tener presente en la investigación. En los contratos mineros se ha hecho recientes necesariamente se deben incorporar cláusulas sociales en los contratos mineros, con ello el estado garantiza un beneficio inmediato en la población y la empresa hace sentir su compromiso con el entorno local, aunque ello no garantiza del todo la viabilidad de los proyectos.

Además, es necesario resalta las fortalezas del paradigma contractual minero vigente, pues ofrece a los contratos condiciones de seguridad jurídica, amparado en los denominado contratos-ley o cláusulas paraguas, que ha puesto su validez a rango

constitucional, sin perjuicio que se pueda regir por la vía civil o administrativa, están protegidos ante cualquier intento de desconocer su celebración por el gobierno de turno.

1.2.3. Cuestiones ambientales en minería

La cuestión ambiental en la minería peruana es de décadas recientes, ello con la aparición de una serie de normas en el marco legal minero en las décadas recientes, por ejemplo, sobre la degradación y pasivos ambientales. Asimismo, reconocidas multinacionales del sector minero en nuestro país no replicaban los estándares que eran obligatorios en sus países de origen, esto fue cambiando posteriormente en tres aspectos importantes se promovieron estos cambios en el país: a) Creación de condiciones favorables a los inversionistas por lo general extranjeros; (b) Cambio del rol empresarial del estado peruano y propietario de la mina a regulador del sector; y (c) La privatización de las empresas del sector minero a través de contratos mineros de transferencia en el que incluyeron cláusulas socio ambientales. (Banco Mundial, 2005, pág. 9).

Desde la década del noventa hasta hoy las empresas ha desarrollado políticas ambientales, esto progresivamente han sido decisivos en el desarrollo de proyectos mineros, promoviendo en el sector una minería responsable. El año 1993 se crean Lo Planes de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) en los proyectos mineros en operación generando obligaciones ambientales en el sector (Banco Mundial, 2005, pág. 8).

Además, el estado en sus contratos de privatización ha considerado mecanismos de protección ambiental a la par de normativas legales tendientes a generar cada vez mayores exigencias a las empresas. Son aspectos relevantes de análisis de los contratos mineros las obligaciones ambientales, sin embargo al igual que las cuestiones sociales, estas cláusulas se hacen complejas de regular cuando al inicio del proyecto se desconoce el contenido del yacimiento, el método de explotación, control de contaminantes durante la operación, etc., esto puede acarrear a vicios ocultos, porque

al suscribirse el contrato se desconoce características relevantes del proyecto que puede determinar su viabilidad.

1.2.4. Regulación de obligaciones sociales

La importancia de abordar el tema vinculado a los compromisos u obligaciones sociales, está vinculado al fin social de la actividad minera, siendo un recurso del estado, su aprovechamiento busca un beneficio colectivo, de modo directo e indirecto a través de rentas en las arcas estado. Ahora bien, las obligaciones sociales del sector minero están reguladas en el Decreto Supremo N° 042-2003-EM- establece obligaciones sociales previas mediante las declaraciones Juradas, lo cual generan obligaciones de carácter social a las empresas mineras al desarrollar un proyecto minero en las diferentes etapas de su desarrollo. Además, afirman que algunos especialistas, que a nivel regulatorio es en dicha norma lo único que puede entenderse como obligaciones sociales que rigen el régimen de la actividad minera en forma directa. (Oxfam, 2007).

En el D.S. 014-92-EM (LGM) Ley General de Minería, obliga al concesionario lo siguiente: el Derecho de Vigencia, la Producción Mínima, la Inversión Mínima y la Penalidad. (Cuneo 2015, pág. 344). Es decir, para los concesionarios que obtienen por procedimiento administrativo el petitorio no tienen cargas u obligaciones sociales, sólo una regulación general que obliga a los concesionarios asuntos de carácter económico, administrativo y tributario. Sin embargo, en los últimos gobiernos, desde el 2001 en adelante han entrado en vigencia normas sociales y ambientales en las diferentes etapas del proceso productivo minero.

Por ejemplo, se regula a través del Decreto Legislativo N° 996 y su reglamento se regula el Fondo Social que proviene de la contraprestación de los contratos de privatización de los proyectos de promoción de la inversión privada (venta, concesión u otra modalidad). Es decir, propios del modelo del modelo contractual minero, que las empresas aportan a un fondo público que ha sido regulado para ser destinado a determinados sectores sociales con la finalidad de fomentar el beneficio de las comunidades en zonas de

influencia directa. Dichos fondos son administrados por una persona jurídica de naturaleza privada conformada por representantes de las comunidades, la empresa y el estado, que utilizan dichos recursos conforme a lo establecido en las cláusulas sociales del contrato de privatización minera. (Cruzado 2008, Pág. 7)

Dentro de los fondos obtenidos mediante obligaciones contractuales, no solo son fondos sociales sino en otras penalidades derivados de los contratos, como es el Caso Antamina que pagó al Estado \$ 111 500 000.00, por incumplir con el proyecto de inversiones aprobado por el Ministerio de Energía y Minas. Dichos fondos se destinaron preferentemente para las zonas de influencia directa de la empresa. (Román Robles Mendoza 2003 pág. 61). A partir de dicho análisis podemos inferir que el modelo contractual minero ha permitido al estado generar obligaciones sociales a las empresas a favor del bienestar de su entorno, hecho que no sería posible bajo solo un modelo concesional de los proyectos mineros.

El Estado peruano como parte de sus políticas de licencia social en la minería, por presión social consolidó en el año 2011 la Ley del derecho a la Consulta Previa a grupos de pueblos indígenas o locales, conforme a lo señalado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). A través de esta norma, se percibe formalmente la protección de los grupos de personas indígenas o locales para recibir asesoramiento sobre decisiones que influyen específicamente en sus derechos.

1.2.5. Fondos sociales mineros

Los fondos sociales son el modelo basado en la gestión privada de montos económicos derivados de la privatización de proyectos mineros que reguló el estado para promover la participación directa de actores locales. Dichos fondos contribuyen a la legitimación de las empresas e inversionistas del sector extractivo, buscó agilizar la gestión y ejecución de los recursos, liberándolos de los retrasos inherentes a la gestión pública.

A finales del año 2008, entró en vigencia el mecanismo denominado fondo social, como una forma de derivar los ingresos que recibe el estado a favor de las poblaciones en zonas de influencia directa. Estos fondos se destinan con la finalidad de generar beneficios directos a las zonas más próximas al proyecto, promoviendo la participación

de representantes de las organizaciones locales. Los fondos sociales son recursos patrimoniales que las empresas inversionistas transfieren a favor del estado, ésta a su vez transfiere a una persona jurídica de naturaleza privada (asociación) para su aprovechamiento en favor del entorno local del proyecto, la cuantía y la fuente del nacimiento de dicha obligación está contenida en el contrato minero suscrito con la inversionista que obtuvo la buena pro y por parte del Estado con Proinversión.

Se crea Decreto Legislativo N ° 996, Ley de Fondos Sociales y su Reglamento Decreto Supremo N ° 082-2008-EF, Modificado con el Decreto Supremo N ° 238-2016 EF, es el marco legal que regula los fondos sociales que hasta el año 2018 se han acumulado un total de S / 1,680.72 millones de soles. En ese sentido, la ley señala para ejecución de proyectos de desarrollo sostenible (dimensiones social, económica y ambiental), sin embargo, el artículo 3° de la Ley de Fondos sociales y el reglamento, priorizan la utilización de los fondos en los siguientes niveles:

- **Destino de primera prioridad:** La primera prioridad son proyectos referidos a satisfacer necesidades básicas como servicios de saneamiento, salud, educación, nutrición y otros afines orientados a una visión de buscar el bienestar presente de la población.
- **Destino de segunda prioridad:** Busca fomentar el empleo y actividades productivas locales, igualmente orientado a satisfacer el bienestar presente de la población.

Actualmente operan con los recursos aportados por los inversionistas para gestionar las Asociaciones de Fondos Sociales conformados por 8 fondos que son los siguientes:

- Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama (La Libertad)
- Asociación Civil Fondo Social Las Bambas (Apurímac)
- Asociación Civil Fondo Social La Granja (Cajamarca)
- Asociación Civil Fondo Social Michiquillay (Cajamarca)
- Asociación Civil Fondo Social Toromocho (Junín)

- Asociación Civil Fondo Social Yuncán (Pasco)
- Asociación Civil Fondo Social Magistral (Ancash)
- Asociación Civil Fondo Social del Proyecto Integral Bayovar (Piura)

1.3. Los conflictos socio ambientales en la minería

Las causas de los conflictos sociales son diversas, en el caso de la minería peruana ha sido derivado del aprovechamiento de los recursos naturales. Siendo relevante la gestión de conflictos socios ambientales evitar efectos negativos en el inversionista, las comunidades y el estado vale analizar ambos tipos.

1.3.1. Causas de los Conflictos sociales

Surge un conflicto cuando dos o más sectores polarizados en posiciones e intereses, como definen “el conflicto existe cuando ocurren actividades incompatibles, pudiendo consistir esa incompatibilidad en - prevenir, obstruir, interferir, perjudicar, o de algún modo hacer menos probable o menos efectiva la acción de uno a través de la del otro”. **(Morton Deutsch, 1973)**.

El inversionista ante un conflicto teme perder lo invertido, el contrato de transferencia del estado no le garantiza la puesta en marcha del proyecto, las comunidades en zonas de influencia temen verse perjudicados, algunos expertos señalan que existen una crisis de desconfianza en el sector minero, es decir desconfianza por lo conocido y desconfianza por lo desconocido.

Los recursos naturales son limitados y los conflictos mineros, suelen volverse cada vez más violentos y complejos cuando se da una exclusión en la participación política, discriminación social, marginación económica, y cuando la población siente que la acción pacífica ya no es una estrategia viable se manifiesta el conflicto, como afirma el

Ex Secretario General de la ONU: “desde 1990, al menos 18 conflictos violentos se han visto alimentados por la explotación de recursos naturales como la madera, los minerales, el petróleo y el gas. En ocasiones, esto se debe a daños ambientales y a la marginación de poblaciones locales que no llegan a beneficiarse económicamente de la explotación de los recursos naturales” (Ban Ki-moon, 2013).

Ricardo Labo, Ex Viceministro de Energía y Minas planteaba en su cátedra universitaria la pregunta ¿Por qué se generan los conflictos en la minería actual? ante ésta interrogante podemos llegar algunas respuestas tentativas señalaba:

- a) Puede existir una desconfianza histórica, el Perú desde sus orígenes se ha desarrollado en la minería sin embargo regiones mineras tienen peores índices de desarrollo.
- b) Crisis de confianza institucional e individual, existe una crisis de confianza de las comunidades en el estado, las instituciones y las empresas.
- c) Nosotros y los otros versus nosotros contra los otros, existe un sentido de rivalidad un sentimiento ambivalente en la minería, lo perciben como una oportunidad y como una amenaza a la vez.
- d) Lugares remotos con necesidades básicas insatisfechas, el estado no ha llegado a lugares remotos, el ingreso de la minería genera altas expectativas como temores en la población.
- e) Disputas de poder entre tres o cuatro niveles del gobierno, el ingreso de la minería genera un fuerte reordenamiento del poder entre los niveles de gobierno, comunidades y otros sectores.
- f) Agendas e intereses contrapuestos, cada actor tiene intereses distintos o incluso opuestos a favor o en contra la minería.
- g) Ser parte de los beneficios económicos, las comunidades y las zonas de influencia quieren ser partícipes de los beneficios de la minería.
- h) Temor de incremento de diferencias, que la minería pueda poner en riesgo sus ingresos económicos en el desarrollo de sus actividades.
- i) Distribución y gestión de las rentas mineras, las comunidades quieren ser partícipes de la actividad brindando servicios locales, además de los fondos de desarrollo social.

- j) Gestión de la RSE (responsabilidad social empresarial), la empresa no desarrolla una estrategia adecuada de Responsabilidad social empresarial.
- k) Naturaleza del negocio minero, genera poca empleabilidad es decir solo una alta demanda en época de construcción de la mina.

Habiendo identificado algunas causas incluido los problemas sociales, las propuestas de soluciones resultan complejas, que cada conflicto minero es único y en los últimos años ha sido continua su presencia en diferentes partes del país, lo que podemos plantear es como afirman algunos autores: "...los conflictos mineros no pueden ser resueltos, sino tan solo transformados" (Tanaka y Huber 2007, pág. 7). Esta respuesta es apropiada bajo la teoría de conflictos sociales, es inherente al ser humanos desde sus orígenes, son algo natural, más cuando a raíz del ingreso de una actividad provoca un impacto múltiple con el choque de dos o más organizaciones con características distintas.

En el paradigma minero vigente los conflictos sociales han reconfigurado la legislación minera, pues diversos sectores han impulsado normas con tendencias a temas socio ambientales, son recurrentes estas ideas en la actual minería: "La falta de una legislación minera (que incluya leyes ambientales, sociales, laborales, territoriales, entre otras) (...) ha estado presente en los conflictos". (Saade Hazim Miryam 2013, pág. 33). Cabe aquí recordar el objeto de estudio del derecho minero que era proteger la actividad minera va siendo sesgada por regular otros aspectos vinculados a dicha actividad.

1.3.2. Mecanismos alternativos de solución de conflictos

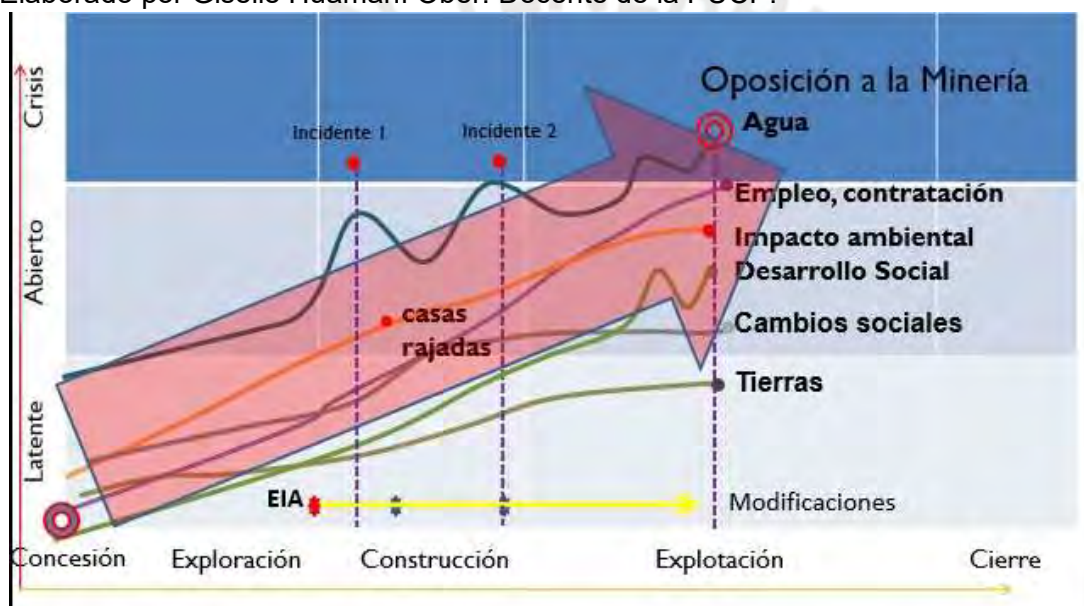
La empresa minera, el estado y las comunidades usualmente a lo largo de la vida de la mina usan medios alternativos de solución de conflictos (MARC's) para afrontar y buscar soluciones a sus divergencias, las últimas décadas del siglo XX estas herramientas han tomado fuerza en todas las actividades económicas, pues el marco jurídico a propiciado

y regulado su uso con mayor frecuencia, estos mecanismos son el Arbitraje y Negociación.

El desarrollo de un proyecto minero tiene relación directa con el surgimiento de diversos conflictos en la zona de operaciones, por ejemplo conforme describimos el gráfico siguiente, podemos identificar un incremento progresivo de los conflictos derivados de recursos como el agua, asuntos laborales, necesidades de desarrollo social, problemas derivados de los cambios sociales, variación del valor de las tierras y el impactos en otras actividades económicas tradicionales:

Figura N°01: Dinámica del Conflicto minero.

Elaborado por Giselle Huamaní Ober. Docente de la PUCP.



Por ejemplo, cuando se desarrolla un proyecto exige manejar estratégicamente las actividades empresariales con los grupos de interés, grupos involucrados y partes afectadas. Requiere tomar conciencia de los criterios básicos de los conflictos y las herramientas para buscar soluciones rápidas, económicas y seguras. Dichos mecanismos tienen diversa importancia en los diferentes escenarios del proyecto conforme analizaremos a continuación:

a. Arbitraje

En la minería bajo el modelo contractualista actual, otra característica es que se somete a la justicia privada, es decir el medio de solución más difundido es el arbitraje, las partes mediante convenio arbitral determinan voluntariamente que los conflictos jurídicos serán sometidos a la jurisdicción para resolver sus controversias. Entonces, las partes ingresan al ámbito de la jurisdicción arbitral en forma inducida por una ley o convenio arbitral, como señalan algunos especialistas: "(...) cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes) (Briseño, 1963, pág. 21).

Cabe precisar definir el arbitraje como: "(...) un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión". (Cantuarias y Aramburú, 1994, p. 39.). Entonces, las controversias que puedan surgir derivados de los contratos, son resueltas a nivel privado por un árbitro, sometiéndose el estado y la empresa al arbitraje, a pesar que existe un aspecto opuesto al interés público en el arbitraje, pues en dicha jurisdicción opera el principio de confidencialidad, es decir mantener en absoluta reserva la información respecto a las controversias de las partes, he aquí el problema, qué hacer cuando las cláusulas incorporan obligaciones de interés público, como cláusulas sociales, de mantenerse en privado se estaría afectando el derecho a la información de terceros, en este caso la ciudadanía.

b. Negociación

El ser humano instintivamente siempre está negociando, la negociación se da siempre que haya voluntad de las partes, en la minería es un mecanismo muy utilizado por ejemplo para el acceso a terreno superficial de las operaciones mineras en tierras comunales, allí no se trata de tener mucho dinero sino de entablar confianza generando una percepción positiva en la población. Pinkas Flint, especialista en conflictos plantea algunas verdades en la negociación:

- El ser humano no es racional sino emocional, la personas frente a las situaciones reacciona emocionalmente, cuando ya cometió el error o problema recién entra razón si el ser humano fuera racional no existiría conflictos.
- El orden de los factores si altera el producto, por ejemplo, en los créditos para financiar el proyecto minero, si primero negocio con un Banco Internacional, con ese crédito aprobado será más fácil adquirir el crédito de un Banco Local porque ya tendría el respaldo, sin embargo si negocio a la inversa sería más dificultoso.
- El hábito si hace al monje, las apariencias, gestos y lenguaje no verbal de la empresa genera un impacto comunicativo mayor en las personas.
- Es diferente negociar con un empresario, abogado, ingeniero y comunero. El empresario decide sobre la base de la rentabilidad, el abogado funda su decisión en el marco legal, el ingeniero en números y el comunero según sus costumbres y cosmovisión.

1.3.3. Factores para la viabilidad de los proyectos mineros

La minería es una actividad económica que tiene características especiales, diferencia dada por el aspecto geológico de los depósitos minerales. Asimismo, requiere ciertos estudios multidisciplinarios sobre la factibilidad que debe demostrar la viabilidad del proyecto, para tomar la decisión de inversión se hace un análisis previo de las ventajas y desventajas, estos se dan en los siguientes aspectos:

- Viabilidad legal: Determina la posibilidad si con el marco normativo legal vigente se puede realizar el proyecto. Podrían existir algunas restricciones legales que impedirían su puesta en marcha, haciendo no recomendable su ejecución; por ejemplo, los límites máximos permisibles.
- Viabilidad técnica: Se ocupa de las posibilidades materiales, físicas o químicas de producir los bienes o servicios que son deseables. La capacidad de producción se puede conocer con el aspecto técnico, incluso antes de determinar el retorno y la rentabilidad del proyecto.
- Viabilidad comercial: Permite evaluar sobre la base del mercado y la necesidad de los consumidores para una decisión acertada.

- Viabilidad ambiental: Actualmente tiene una gran importancia, no solo para resolver problemas presentes sino garantizar el bienestar de las generaciones futuras. Este aspecto implica cumplir con el marco regulatorio y obtener permisos ambientales para evitar impactos negativos en la actividad económica.
- Viabilidad social: El principal objetivo es evaluar el entorno social y cultural del proyecto a desarrollarse, esto exige conocer de cerca los problemas e intereses particulares de la población.
- Viabilidad organizacional: Toma en cuenta el aspecto estructural como funcional de toda organización para emprender un proyecto, por ejemplo, la toma de decisiones en los riesgos quien lo hace el dueño, la alta dirección o el directorio.
- Viabilidad financiera: Son aspectos del proyecto que permiten evaluar el financiamiento a obtenerse para medir su rentabilidad.
- Viabilidad económica: La evaluación consiste en un análisis de rendimiento o rentabilidad interna mediante indicadores como el VAN y el TIR en los proyectos mineros.

Consideramos que la negociación es uno de los mejores medios para resolver conflictos, más aún cuando las partes salen beneficiadas mutuamente, el problema social y ambiental que está presente en la minería peruana en muchos casos ha encontrado soluciones negociando, para que sea posible la negociación depende que las partes tengan la voluntad para ello, sin ese ingrediente no es posible negociar. El mejor camino es utilizar una herramienta fundamental la comunicación entre las partes, es decir solo dialogando las partes pueden comprender y crear un relacionamiento adecuado. Para ello es necesario condiciones adecuadas desde el comienzo, cada proyecto minero iniciará sin problemas con la denominada licencia social y es muy frecuente que cuando inicia las primeras negociaciones los inversionistas y el estado reciben un no por respuesta de las comunidades y sus líderes, sin embargo, ese primer no debe ser tomada como el inicio de la negociación.

Los niños son el mejor ejemplo de negociación, la negociación no es tarea fácil, pero es sencilla, basta ser conscientes que un no es el comienzo de la negociación tal como lo hacen los niños con sus padres, el niño cuando quiere algo si recibe un no es el comienzo de su negociación y seguirá insistiendo hasta conseguir un si por respuesta.

Cabe indicar que las personas siempre negocian no solo racionalmente sino en la mayoría de caso emocionalmente, este aspecto debe tomarse en cuenta en un proceso de negociación para alcanzar su legitimación a lo largo del desarrollo del proyecto. Entonces la negociación se guía de principios, que incluso abarcan más allá de donde llega la ley, eso le hace más ventajosa.

1.4. El desarrollo sostenible con minería peruana.

Los conceptos de desarrollo sostenible y minería están directamente relacionados, los cambios ambientales, tecnológicos, económicos, culturales y sociales que comprenden la globalización demandan un uso racional de los recursos naturales, ello en el marco de las normas que lo regulan como veremos:

1.4.1. Los recursos naturales y su aprovechamiento

El sistema de propiedad minero en el Perú es dominalista, es decir el estado es dueño de los recursos naturales (no renovables y renovables) que se encuentre en el subsuelo, ello conforme al marco constitucional: “Art. 66: 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 dicha norma legal”. A nivel constitucional no se define recursos naturales, sin embargo, lo encontramos definido en La Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales Ley N° 26821, donde comprenden los minerales. Citar esta norma nos lleva a la reflexión que el estado ha fijado la concesión como un mecanismo para otorgar al titular el derecho real sobre la mina, en consecuencia, sería inapropiado afirmar contratos de privatización considerando que la propiedad se mantiene en el estado.

Por otro lado, el Art° 164, 165, 166 de la Ley General de Minería otorga al titular para realizar contrato de transferencia, opción y cesión de la Concesión minera, es decir puede obtener un beneficio sin realizar la actividad, lo cual está prohibido en otros países. El ingreso de las concesiones a un mercado de libre competitividad puede provocar un efecto especulativo, más aún si el estado interviene en dicho mercado

reteniendo algunas concesiones reguladas en el Art° 25 de la Ley General de Minería, como son los ANAPs (Áreas de no admisión de petitorios mineros) es decir una forma de sacar del mercado ciertas concesiones por su rentabilidad, siendo el estado el único ofertante ocasiona la subida de precios por especulación de ciertas concesiones.

Hasta aquí hallamos dos tipos de propiedad, la propiedad pública y propiedad privada, sin embargo, los recursos naturales no pertenecen a una titularidad privada, sino que recaen en una titularidad pública, que a su vez se hace compleja la actividad minera cuando el titular del suelo son comunidades indígenas y nativas quienes reclaman derechos amparado en los tratados internacionales como el Convenio 169 que reconoce la existencia de propiedad comunal, son extensas en el país como señala un informe: “las comunidades campesinas y nativas ocupan el 27% del territorio nacional: las CC, se ubican, el 55% en la sierra, y las comunidades nativas (CN), el 14.4 % en la región amazónica. Informe del PEET, Proyecto Especial Titulación De Tierras Y Catastro Rural”. Disponible en: <http://minagri.gob.pe/porta/objetivos/70-marcolegal/titulacion-agraria-en-el-peru/414-el-pett>. (14 de mayo de 2018).

1.4.2. Responsabilidad social empresarial (RSE)

En los últimos años, el gobierno corporativo de las empresas (dueño, directorio y alta dirección), dentro del análisis del desarrollo de los proyectos mineros están poniendo mayor atención a los aspectos sociales de la zona de operación del proyecto, para persuadir y generar un espíritu de cooperación durante la negociación con las comunidades de influencia, establecen estrategias y planes de relaciones comunitarias, en dicho campo ha ido tomando fuerza la responsabilidad social empresarial (RSE) que “debe ser entendida como la visión o filosofía corporativa que determina que las empresas no agoten su esfuerzo en maximizar utilidades, sino que además se comprometan con el desarrollo de la sociedad” (Campos, 2003, pág. 340). Es decir, las empresas van ingresando a un cambio de paradigma, antes trataban los asuntos sociales por obligación o como una labor de caridad, ahora es concebida la empresa

como un actor que debe resolver los problemas sociales de su entorno, más allá de lo que está obligado.

Algunas entidades como el Banco Mundial señalan que la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) es: “el compromiso de las empresas para comportarse éticamente y para contribuir al desarrollo económico sustentable trabajando con todos los stakeholders relevantes para mejorar sus vidas de maneras que sean buenas para la empresa, la agenda del desarrollo sustentable y la sociedad en general” (Oxfam, 2007, pág. 09), es decir una de las obligaciones de las empresas en el contexto actual es trabajar en sinergia con los grupos de interés de su entorno social, siendo esto determinante para agregar valor a la empresa a través de la mejora en la calidad reflejada en el cuidado en el medio ambiente, condiciones laborales y ayuda humanitaria.

En el Perú existe normativa sobre la RSE para la minería, que aún es incipiente en comparación con la regulación a nivel internacional, es un inicio en el cambio de las empresas a las acciones sociales. Es momento que el estado, empresas mineras y comunidades trabajen forma sinérgicamente para generar un clima favorable frente a los problemas sociales. Sin embargo, advierten algunos expertos que: “En temas de minería y sus relaciones con el entorno, muchos empresarios confunden la RSE con la filantropía y el paternalismo, generándose luego intensos conflictos sociales”. (Vega, 2009, pág. 125). Entonces, exige un reto mayor la RSE, un comportamiento ético de las empresas, quienes deben gestionar las relaciones comunitarias bajo este enfoque diferente, la finalidad de promover un clima favorable para el desarrollo del proyecto y a la vez para la comunidad y el gobierno, en consecuencia los proyectos deben ser consensuados para una mayor sostenibilidad. (Quiroz, 2009, Pág. 6)

1.4.3. Desarrollo sostenible

El término “Desarrollo Sostenible” se incorpora oficialmente en el año 1987 en el denominado “Informe Brundtland” dado el nombre en razón a quien lo sustenta la noruega Gro Harlem Brundtland, en dicho informe plantean el concepto siguiente:

Desarrollo sostenible es “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones del futuro para atender sus propias necesidades” (Informe Brundtland, 1987). Muchos proyectos mineros han aliviado demandas sociales frecuentes, sin embargo, no han resuelto brechas económicas de pobreza extrema, analfabetismo y conflictos sociales. Siendo el Perú una de las naciones del orbe caracterizado por la minería. El Perú es segundo productor en el mundo de cobre, zinc y plata en el planeta; y posee una de las mayores reservas estos metales. Del mismo modo, las políticas del gobierno actual tienen enfoque de promover inversiones en el crecimiento del sector. Por muchas razones, el país tiene un gran potencial minero por sus características naturaleza y por otro lado una meta compleja de alcanzar desarrollo sostenible con una minería responsable.

El compromiso con el desarrollo sostenible con la minería es todo menos una visión compartida por todos los sectores. En este contexto las expresiones "licencia social" y "desarrollo sostenible" se han convertido en la pieza del lenguaje oficial de las principales empresas mineras, e incluso del estado y las comunidades, sin embargo, en la realidad no existen un equilibrio entre los aspectos económicos, sociales y ambientales.

Para medir el desarrollo sostenible existe un instrumento el Índice de Desarrollo Humano IDH, dicha herramienta es uno de los indicadores para medir el desarrollo de los países. El Ranking de desarrollo sostenible lidera Noruega, que un estado soberano de Europa, pertenece a los países nórdicos, su forma de gobierno es la monarquía democrática parlamentaria, por ende, es un país referente en su visión de desarrollo sostenible en el mundo y es caso de estudio comparado en la presente investigación.

CAPITULO II: CUESTIONES SOCIOAMBIENTALES EN CONTRATOS MINEROS.

El tejido de relaciones contractuales en la minería contemporánea incorpora una serie de regulaciones normativas y otras obligaciones surgidas del contrato. Es cierto, que dicho esquema de privatización ha permitido desde los noventa en adelante dinamizar la gran minería, donde el estado deja su rol empresarial al sector privado con la suscripción de una serie de contratos de privatización minera. Ahora bien, el problema desde el ámbito de la regulación es si se debe o no incorporar asuntos socios ambientales en los contratos mineros, siendo en la actualidad el mecanismo contractual es la estrategia jurídica más utilizada para atraer las inversiones mineras en el Perú, es decir la totalidad de las empresas mineras estatales se privatizaron mediante un contrato minero.

Los contratos han sido celebrados con obligaciones diversas, incluso con cláusulas de tipo social y ambiental, razón del presente estudio. Este paradigma contractual de la gran minería sin embargo no ha resuelto los conflictos sociales sino todo lo contrario los viene incrementando. Entonces el modelo concesional, como una forma de adquirir la titularidad de una concesión, no dinamizó la economía minera peruana sino el modelo contractual minero. La minería ha alcanzado estándares ambientales y de sostenibilidad que incluso en los contratos se han incorporado por las políticas mineras recientes a pesar de ello no queda resuelto el problema.

El beneficio del aprovechamiento de los recursos naturales no ha sido el mismo para todo el sector, hasta la fecha la presión social y ambiental se ha notado al suscribirse contratos de privatización mineros, a pesar de dichas acciones políticas y legales el sector minero afrontar muchos obstáculos para las generaciones futuras. La abundancia de los recursos naturales tiene consecuencias positivas y negativas para el país, según el impacto de estas actividades en la población. Los impactos negativos tienen consecuencias explicadas en teorías como la maldición de los recursos naturales. Sin embargo, históricamente el sector que sobresale de otros es la minería, su importancia

lo demuestran los indicadores macroeconómicos, la misma que se muestra en el cuadro de la memoria del Banco de Reservas del Perú:

Tabla 1: Producto Bruto Interno por actividad económica en porcentajes.
Tomado del Banco Central de Reservas del Perú.

	2015	2016	2017	Promedio 2008-2017
Agropecuario 2/	3,5	2,7	2,6	3,6
Agrícola	2,3	1,8	2,6	3,3
Pecuario	5,2	3,7	2,7	4,7
Pesca	15,9	-10,1	4,7	-2,1
Minería e hidrocarburos 3/	9,5	16,3	3,2	4,6
Minería metálica	15,7	21,2	4,2	4,3
Hidrocarburos	-11,5	-5,1	-2,4	3,3
Manufactura 4/	-1,5	-1,4	-0,3	1,9
Recursos primarios	1,8	-0,6	1,9	0,3
Manufactura no primaria	-2,6	-1,6	-0,9	2,5
Electricidad y agua	5,9	7,3	1,1	5,5
Construcción	-5,8	-3,1	2,2	6,2
Comercio	3,9	1,8	1,0	5,5
Servicios	4,2	4,0	3,4	5,8
PRODUCTO BRUTO INTERNO	3,3	4,0	2,5	4,9
Nota:				
PBI primario	6,9	10,0	2,9	3,6
PBI no primario	2,4	2,4	2,4	5,3

1/ Preliminar.
2/ Incluye el sector silvícola.
3/ Incluye minería no metálica y servicios conexos.
4/ Incluye servicios conexos.

Como podemos observar el sector minería contribuye al PBI nacional en gran medida, esto acredita la importancia de la actividad minera como un sector estratégico del país. Estos indicadores económicos dependen del contexto político y cultural donde se ubica el proyecto, respecto al aspecto político hay un sesgo a concebir políticas de desarrollo como tantas obras de cemento se puedan construir y por otro lado el desarrollo

dependerá de aspectos culturales de la población donde se localiza la concesión, incluso desde el inicio de las negociaciones del proyecto.

Clasificamos la minería peruana en tres clases, teniendo presente el tamaño y el marco de regulación del Ministerio de Energía y Minas lo clasifica así:

Tabla 2: Estructura del Sector Minero Peruano

Fuente: Ministerio de Energía y Minas

Tamaño de la Empresa	Rango de Producción
Gran Minería	Más 5000 tpd *
Mediana Minería	De 150 tpd * a 5 000 tpd *
Pequeña Minería	Menos de 150 tpd *

* tpd: Toneladas por día

Como señalamos la Gran minería concentra las principales inversiones en el país. Tiene características que la diferencia de otras como sus altos estándares de cuidado ambiental, volumen de producción, proyectos de clase mundial y alta tecnología. Asimismo, para el caso del estudio se debe tener presente que gran parte de dichos proyectos fueron privatizados por el estado al inversionista mediante contratos de transferencia de proyectos mineros. Para el caso de estudio tomaremos el caso de la gran minería, es decir proyectos de clase mundial.

2.1. Relación entre contratos de privatización minera y los conflictos socio-ambientales.

La minería peruana fue promovida con la suscripción de muchos contratos donde el objeto fue la transferencia de empresas estatales a favor de inversionistas privados, como a continuación desarrollamos:

2.1.1. Contratos de privatización

Durante las últimas décadas la tendencia neoliberal de la economía peruana, ha privatizados los proyectos mineros mediante los contratos mineros denominados de opción y transferencia con diversas empresas nacionales y extranjeras en calidad de inversionistas. Los centros mineros han sido privatizados casi en su totalidad a la fecha, por ejemplo, los privatizados durante la última década del siglo XIX son los siguientes:

Tabla 3: Empresas mineras privatizadas desde el año 1992 hasta el 2000.

Tomado de Proinversión

Fecha Contrato	Proyecto	Empresa	Pago MM US\$	Compromiso MM US\$
PRIVATIZADOS:				
1992	MARCONA	Shougang	116.00	175.90
15.02.1993	QUELLAVECO	Empresa Minera mantos Blanco S.A.	12.00	
18.03.1994	CERRO VERDE	Cyprus Climax Metals Co.	37.00	316.00
31.05.1994	REFINERIA DE ILO	Southern Peru Copper Corp.	65.00	20.20
1994	TINTAYA	BHP	275.20	85.00
15.02.1995	REFINERIA DE CAJAMARQUILLA	Cominco Ltd. Y Marubeni Corp.	193.00	20.00
06.09.1996	ANTAMINA	Inmet Mining/Rio Algom	20.00	2520.00
10.01.1996	SAN ANTONIO DE POTO	Andrade Gutierrez Mineracao Ltda.	14.25	
30.09.1997	MAHR TUNEL	Volcan Cia Minera S.A.	127.80	60.00
23.10.1997	LA OROYA	Doe Run	121.50	120.00
30.04.1997	YAULIYACU	Empresa Minera Yuracmayo S.A.	8.05	110.20
31.08.1998	COBRIZA	Doe Run	7.50	0.00
02.09.1999	PARAGSHA	Volcan Cia Minera S.A.	61.80	70.00
06.03.2000	YAURICOCHA	Sociedad Minera Corona S.A.	4.01	3.00
2000	PROYECTOS MENORES	Mediana Minería	38.90	24.30
GRAN TOTAL			1,102.01	3,528.60

En ese contexto los contratos de privatización minera han ido regulando obligaciones sociales y ambientales con la finalidad de dar viabilidad a los proyectos frente a los conflictos sociales, en consecuencia, cabe plantear el escenario del presente problema de investigación.

Desde 1991, con la ley D.L.674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, permitió atraer inversiones extranjeras a lo largo de un periodo de privatizaciones de la empresa estatales, fenómeno que denominaremos paradigma neoliberal, incluido las empresas mineras del estado como Centromin, Minero Perú, etc. caracterizado por lo siguiente:

- Atraer inversión privada.

- Surgimiento de normativas ambientales como el PAMA.
- Incremento de inversiones y seguridad de las inversiones.
- Promoción de las inversiones y beneficios tributarios.

Provenientes de diferentes países del mundo, luego de dichas reformas llegaron al Perú empresas inversionistas en minería como detallamos:

Tabla 4: Empresas Inversionistas Mineras en el Perú.

Fuente: Portal de Pro inversión

País	Empresa inversionista
USA	Phelps Dodge, Cyprus Minerals, Asarco, Newmont.
México	Grupo México
Canada	Teck, Barrick Gold, Inmet Mining Corp., Cambior, Rio Algom, Noranda, Cominco
Australia	BHP, Pasminco
Inglaterra	Billiton
Sud África	Anglo American
Reino Unido	Rio Tinto
China	Shougan, Aluminum Corporation of China (CHINALCO)
Suiza	Xstrata Copper
Brasil	Votoratim

Mediante los contratos Mineros de opción y transferencia, el Estado transfirió al sector privado su rol de productor minero, pasando a ser un promotor de la actividad minera, a partir del año 1992 se han obtenido ingresos a favor del estado por privatización por la suma promedio de US\$ 2,000 millones; asimismo los inversionistas contrajeron obligaciones para invertir en explotación alrededor de US\$ 1,000 millones, y puesta en marcha de operaciones mineras por la suma de US\$ 26,000 millones.

Durante el periodo de privatización, varios proyectos de propiedad del estado han sido transferidos como detalla en el cuadro publicado en el portal de Proinversión que mostramos a continuación:

Tabla 5: Empresas inversionistas en el Perú.

Fuente: Portal de Pro inversión

PROYECTO	EMPRESA / PAIS
HIERRO PERÚ S.A.	(Shougan Corporation , China)
Quellaveco	(Mantos Blancos, Chile)
Cerro Verde	(Cyprus Minerals, USA)
La Granja (primer proceso)	(Cambior Inc., Canadá)
Refinería de Ilo	(Southern Perú Copper Corp.)
Tintaya	(Magma Copper, USA/Hoy BHP-Australia)
Refinería de Zinc – Cajamarquilla	(Cominco, Canadá/Marubeni, Japón)
Antamina	(Río Algom/Noranda/Teck, Canadá)
Yauliyacu (Mina Casapalca)	(Yuracmayo S.A., Perú)
Mahr Tunel S.A.	(Volcan Cía. Minera S.A. , Perú)
Metal Oroya S.A. (La Oroya)	(Renco/Doe Run, USA)
Cobrizo S.A.	(Doe Run, USA)
Paragsha S.A. (Cerro de Pasco)	(Volcan Cía. Minera S.A. , Perú)
Alto Chicama	(Barrick Misquichilca S.A., Perú)
Toromocho	(Perú Copper Syndcate, Perú) Hoy Chinalco
Las Bambas	(Xstrata, Suiza)
Bayóvar	(Vale Do Río Doce , Brasil)
La Granja (2do proceso)	(RTZ, Inglaterra)
Michiquillay	(Anglo American, Inglaterra)
Magistral	(Cía. Milpo, Perú)

2.1.2. Minería y conflictividad

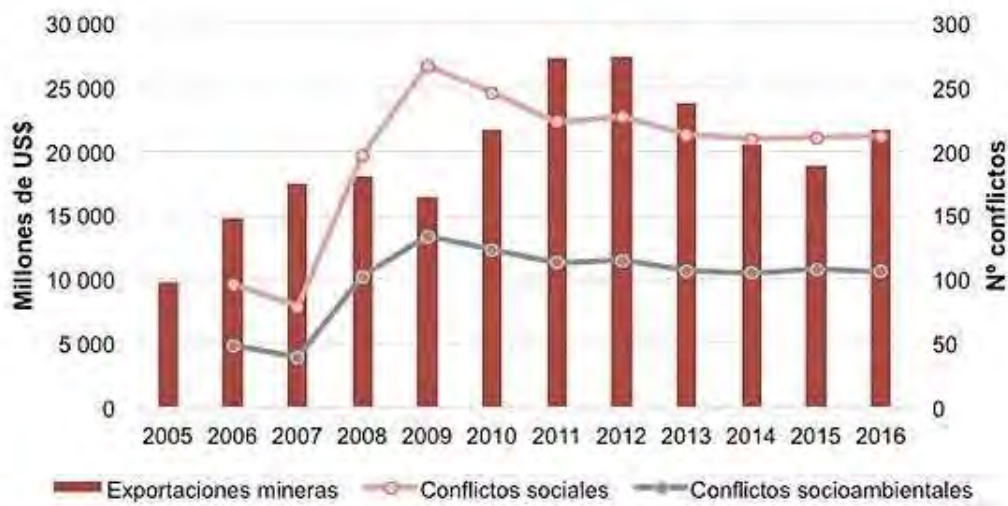
Los conflictos mineros han generado un contexto polarizado principalmente por asuntos ambientales y sociales, reclamo por acceso a beneficios de la actividad extractiva donde los protagonistas son las comunidades colindantes a las operaciones mineras. Ahora bien, se vinculan directamente con las cuestiones sociales y ambientales de los contratos de privatización y los conflictos mineros en los siguientes aspectos:

Primero lugar, existe una estrecha relación entre ambos, los conflictos sociales no son situaciones ajenas a los contratos mineros, por el contrario, particularmente en los contratos mineros con fondos sociales han generado tensiones en el desarrollo de los proyectos que ponen en riesgo la viabilidad de proyectos importantes en el país.

En segundo lugar, el Perú es país exportador principalmente de materias primas al mercado internacional, su incremento está en relación directa con los conflictos mineros, conforme al siguiente gráfico:

Figura 2: Exportación minera y conflictividad socioambiental en el Perú (2005-2016).

Fuente: Elaborado por Mestis Gaia (www.metisgaia.com)



En tercer lugar, los grandes proyectos mineros privatizados que lideran en el ranking de producción a nivel nacional denominados de clase mundial, han sido transferidos mediante contratos de privatización minera al sector privado, es decir la importancia de estudiar las relaciones contractuales del estado nos permitirá identificar la visión de estado sobre el desarrollo sostenible en la gran minería, conforme a la siguiente tabla:

Tabla 6: Exportaciones Mineras del Perú 2012 -2016. (Mils. US\$)

Fuente: Ministerio de Energía y Minas

CIA MINERA	2012	2013	2014	2015	2016
1 Minera Antamina	3.573	3.392	2.503	2.251	2.169
2 Min. Cerro Verde	600	1.073	1.256	1.019	2.106
3 Southern Perú	2.524	2.673	2.211	1.731	1.504
4 Minera Las Bambas	--	--	--	--	1.498
5 Glencore Perú	1.589	1.508	1.351	1.144	1.157
6 Cormin/Trafigura	2.567	1.800	934	1.188	1.128
7 Minera Antapaccay	342	923	1.148	1.002	1.047
8 Minera Yanacocha	1.023	1.500	1.253	1.070	824.8
9 Votorantin-Cajamarquilla	267	627	655	669	691.3
10 Minera Barrick	1.457	990	818	718	649
11 Cia. de Minas Buenaventura	742	742	590	480	495.2
12 Minerales del Sur	247	118	256	550	573.8
13 Minera Hudbay	--	--	--	438	555
14 Minera Milpo	696	720	502	424	481
15 Minsur y subsidiarias	552	341	570	418	451
16 Cia. Minera Ares	208	138	123	174	428
17 Minera Chinalco	--	--	--	483	379
18 Shougang Perú	764	843	633	316	340
19 Minera Miski Mayo	432	412	313	345	299
20 Gold Field La Cima	389	332	310	293	243
21 Minera Poderosa	215	207	200	203	278.4
22 MARSA	301	253	229	212	238.5
23 Volcan	248	329	265	226	229
24 Minero Horizonte	280	250	278	291	217
25 Minera Coimolache	261	216	194	180	198.3
26 Aruntani	322	279	283	196	148.4
27 Minera La Arena	208	296	181	138,8	172
28 Minera Los Quenuales	207	185	186	170	121
29 Min.Laytaruma	183	144	136	111	131
30 Minera El Brocal	56	58	72	58	94.7

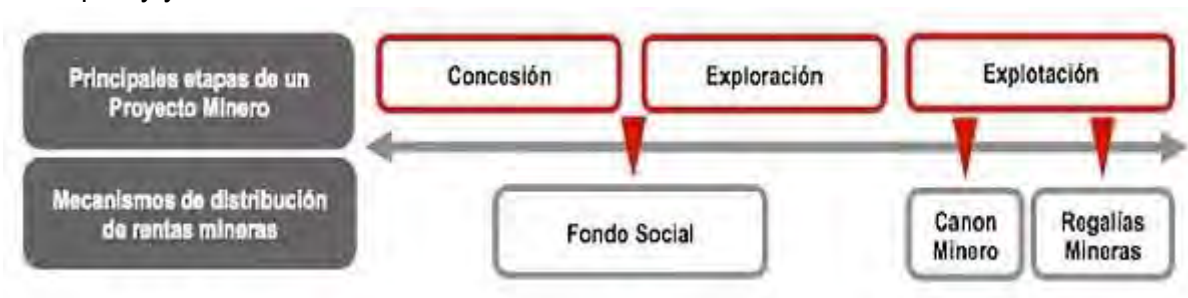
En cuarto lugar, la actualidad las principales el estado con participación de las comunidades y empresas mineras destinan importantes fondos sociales al desarrollo del entorno próximo al proyecto, sin embargo, dichos recursos no ha sido la panacea para solucionar los conflictos socio ambientales en diversas regiones del país.

En quinto lugar, es la visión de desarrollo sostenible del estado ha procurado a través de los contratos mineros incorporar los denominados fondos sociales. Respecto a fondos derivados de los contratos de privatización como los fondos sociales son montos invertidos y ejecutados dentro de la zona de influencia directa, beneficio dado en la etapa inicial de la operación minera, a diferencia de otros fondos como el canon que se distribuyen después de explotado el recurso no renovable. Con este mecanismo denominado fondo social, se esperaba contribuir al desarrollo local, así como al mayor desarrollo de inversiones mineras, por ello la importancia de estudiar los contratos como

fuerza de obligaciones de las partes, sin embargo, enfocadas en problemas presentes olvidando bienestar futuro.

Figura 3: Mecanismo de Distribución de Rentas Mineras en el Perú.

Fuente: “Lecciones Aprendidas en la implementación de proyectos mineros: Los casos Michiquillay y Bambas”



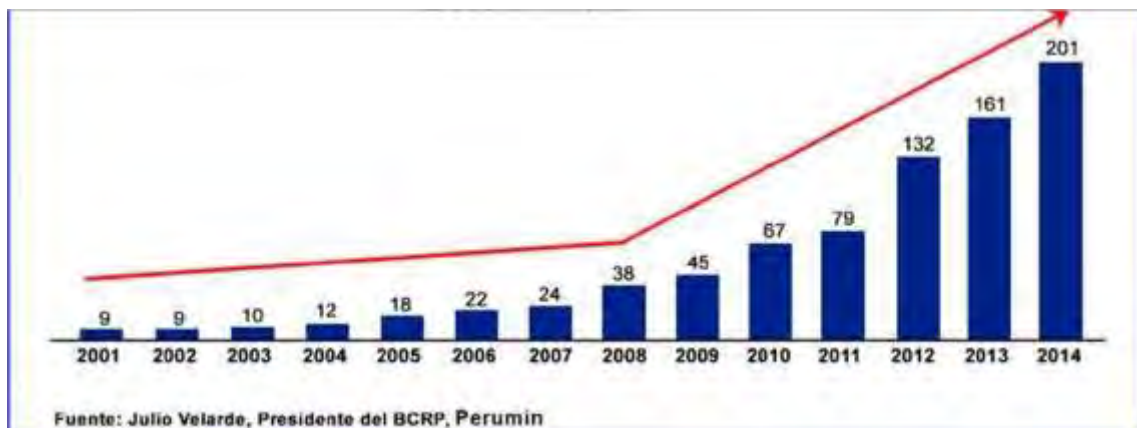
Del cuadro anterior podemos advertir que los fondos sociales están destinados a la población aledaña al proyecto pertenecen a la etapa de concesión y exploración del proyecto minero.

Existe una constante preocupación del estado y los inversionistas de poner en marcha numerosos proyectos mineros, principalmente en gran minería, alguno de ellos transferidos mediante contratos mineros del estado a privados son: Proyecto La Granja y Proyecto Michiquillay ambos en Cajamarca. En ambos casos la viabilidad es una tarea pendiente. ¿Cuáles son los criterios que se necesita actuar, dentro del esquema contractual minero, que permita dar viabilidad a dichos proyectos?

Las cuestiones socio ambientales en han sido una tendencia creciente de la minería peruana, para ello se han tejido una serie de normas como señal que el estado progresivamente viene legislando con la finalidad de regular los diversos asuntos vinculados a la actividad minera, como muestra la tabla siguiente:

Figura 4: Aumento de la legislación para el sector minero. Nivel de normas legales vigentes relativas al sector minería.

Fuente: Julio Velarde, Presidente del BCRP, Perumin



Los reportes al mes de abril de 2018 de la Defensoría del Pueblo sobre los conflictos sociales que existen 144 conflictos sociales activos. Del total el 62.5% pertenecen a conflictos socio ambientales, estos datos nos indican un problema importante de analizar los conflictos en la minería.

Los factores que desencadenan en conflictos son diversos: Contaminación ambiental o amenazas de contaminación, falta de aceptación social del proyecto, impacto de la actividad minera en la economía local, ausencia o percepción que no existe un beneficio compartido.

El problema se agrava cuando la población se encuentra polarizada unos favoreciendo de diversas maneras a la minería y otra que rechaza la misma. El paradigma clásico de un estado planificador genera perturbaciones en la dinámica y la competitividad de la minería, generando una percepción parcializada del gobierno bien a los grandes intereses desde las comunidades o un populismo anti minero desde el inversionista.

Para ello es importante tener bien definido el rol de los actores al momento de suscribir los contratos de privatización minera, instrumento mediante el cual regula las obligaciones del proyecto frente al entorno local, ayudando a empoderar las capacidades de los gobiernos locales para dar un mejor uso a los recursos que obtengan y que la población perciba un cambio del tradicional paradigma de los recursos naturales que “el Perú es un mendigo en un banco de oro” con ausencia de desarrollo sostenible.

2.2. Casos de proyectos mediante contratos mineros:

Analizaremos algunos proyectos privatizados mediante contratos de transferencia, para un mejor análisis podemos clasificar estos en dos grupos:

- **Grupo 01: Contratos Mineros con fondos sociales.** Son proyectos transferidos desde el 2008 en adelante, estos contratos contienen cláusulas que regulan los fondos sociales en favor de la zona de influencia directa.
- **Grupo 02: Contratos Mineros sin fondos sociales.** Son proyectos transferidos desde el 1991 en adelante, estos contratos son más numerosos y no contienen cláusulas sociales, en estos casos las empresas mineras han llevado a cabo negociaciones con la zona de influencia para operar y dar sostenibilidad al proyecto.

2.2.1. Casos de Proyectos mineros privatizados con fondos sociales que operan en el Perú.

La fuente de la obligaciones de los fondos sociales son los contratos de transferencia de la concesión del proyecto por parte del Estado Peruano y las Empresas, en dichos documentos se señalan cláusulas del Fondo Social, además otro documentos de validez jurídica son los testimonios de constitución de las Asociaciones Civiles sin fines de lucro, constituida por representantes de la empresa minera y comunidades de zona de influencia directa, quienes constituyen dicho ente para administrar los recursos.

Actualmente son ocho Asociaciones civiles Fondos Sociales:

- a. Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama (La Libertad)
- b. Asociación Civil Fondo Social Las Bambas (Apurímac)
- c. Asociación Civil Fondo Social La Granja (Cajamarca)
- d. Asociación Civil Fondo Social Michiquillay (Cajamarca)
- e. Asociación Civil Fondo Social Toromocho (Junín)
- f. Asociación Civil Fondo Social Yuncán (Pasco)
- g. Asociación Civil Fondo Social Magistral (Ancash)

h. Asociación Civil Fondo Social del Proyecto Integral Bayovar (Piura)

Dichos fondos derivan de contratos de privatización que contienen cláusulas socios ambientales, tal como elaboramos el siguiente cuadro:

Tabla 7: Cuadro de Fondos Sociales con contrato de cláusula socioambiental.

FONDO SOCIAL	CLAUSULA SOCIOAMBIENTAL
Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama (La Libertad)	Fecha transferencia: 12 de diciembre de 2002 Proinversión, la Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama y la empresa Barrick Misquichilca S.A, suscribieron un convenio para la transferencia de US\$ 61' 904, 928.00 millones del fideicomiso del Proyecto minero Alto Chicama (La Libertad).
Asociación Civil Fondo Social Las Bambas (Apuřímac)	Fecha: 02 de setiembre de 2010 Cláusula sexta: Aporte Social (...) a)Aporte social por transferencia: \$13'500,000.00 Aporte social por construcción: \$ 500,000.00 (...) Cláusula décima: Obligaciones ambientales (...) asume pasivos ambientales.
Asociación Civil Fondo Social La Granja (Cajamarca)	Fecha: 31 de enero de 2006 Cláusula décimo octava: (...) El adquirente asume obligaciones de remediación y pasivos ambientales (...)
Asociación Civil Fondo Social Michiquillay (Cajamarca)	Fecha: 05 de junio de 2007 Cláusula Cuarta: Contraprestación (...) abonará semestralmente fideicomiso de US\$ 403'000,000.00. Cláusula sexta: Cláusula de inversión inicial entre ellos asuntos sociales y ambientales.
Asociación Civil Fondo Social Toromocho. (Junín)	Fecha: 26 de abril de 2008 Cláusula quinta: (...) abonará semestralmente fideicomiso de US\$ 100,000.00. Cláusula octava: Mitigación, Tratamiento, remediación, mantenimiento y reclamos.
Asociación Civil Fondo Social Yuncán (Pasco)	Fecha: 16 de febrero de 2004 Cláusula Séptima aporte social (...) PRIMER (US\$ 1'000,000) SEGUNDO (US\$ 1'500,000.00); y, APORTES PERIÓDICOS, que se pagarán en las mismas oportunidades en que se efectúen los pagos por DERECHO DE USUFRUCTO, conforme a lo indicado en el Anexo 4. (...)
Asociación Civil Fondo Social Magistral (Ancash)	Fecha: 16 de diciembre de 2016 Cláusula 4.3 Obligaciones de inversión: El adquirente deberá cumplir con acreditar inversiones acreditables en el

	proyecto equivalente al 70% del costo del capital del desarrollo del proyecto. Según el MINEM el 70% corresponderá a proyectos en beneficio de la población del distrito de Conchucos, y el 30% a proyectos en beneficio de la población del distrito de Pampas
Asociación Civil Fondo Social del Proyecto Integral Bayovar (Piura)	Fecha: 16 de mayo de 2014 Claúsula 4.2: Contraprestación. Pago diferido de US\$ 33.00 por cada tonelada de producto vendido.

Por ejemplo los montos transferidos a los Fondos Sociales se muestran a continuación:

Tabla 8: Gestión de Fondos Sociales en la Minería. Fuente: Informe de Proinversión del año 2018.

FONDO SOCIAL	REGIÓN	MONTO TRANSFERIDO (MT)	INTERESES ()	MONTO DISPONIBLE (MT)+(I)=(MD)	MONTO EJECUTADO	% EJECUCIÓN	PROYECTOS EJECUTADOS
Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama	La Libertad	720.59	19.53	740.12	666.27	90.0%	443
Asociación Civil Fondo Social Las Bambas	Apurímac	179.11	18.08	197.19	123.23	62.5%	86
Asociación Fondo Social La Granja	Cajamarca	101.25	6.52	107.77	86.35	80.1%	316
Asociación Fondo Social Yuncán	Pasco	48.06	0.09	48.15	38.35	79.6%	116
Fondo Social Del Proyecto Integral Bayóvar	Piura	134.26	8.48	142.74	22.97	16.1%	35
Fondo Social Magistral	Áncash	14.55	0.72	15.27	9.45	61.9%	58
Fondo Social Michiquillay	Cajamarca	440.51	62.08	502.59	101.36	20.2%	56
Fondo Social Toromocho	Junín	2.92	0.01	2.93	0.89	30.5%	12
TOTAL		1,641.24	115.50	1,756.75	1,048.88	59.7%	1,122

De la tabla se puede inferir que el fondo social más grande es de la Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama, asimismo los otros fondos muestran diversas cifras, para conocer cada uno de ellos los analizaremos por separado a continuación:

a. Caso de la Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama

El Fondo Social Alto Chicama surge con el Convenio de Transferencia de recursos suscrito con fecha 05 de junio de 2009, entre la Asociación Civil Fondo Social Alto Chicama y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION) derivado de la inversión de la minera Barrick.

Respecto a la ejecución de dicho fondo hay un descontento en la población pues señalan: “se han hecho sobre todo obras de cemento (construcción de Plazas de Armas, de Palacios Municipales, miradores)”. Es decir, se percibe que administrar el fondo mediante una asociación sin fines de lucro limita la inversión productiva de impacto en la economía de la población local o en obras de agua y saneamiento, a pesar que son prioridades conforme a ley.

b. Caso de la Asociación Civil Fondo Social Las Bambas – Fosbam.

El origen de esta asociación proviene del Proyecto Minero Las Bambas. Es la entidad que se encarga de gestionar proyectos de desarrollo sostenible para generar un mutuo beneficio del proyecto entre comunidades y empresa, se crea el fondo con fines de llevar el proceso de ejecución de uno de los proyectos de cobre más grandes del país. Los órganos de la asociación se conforman por tres: la asamblea de asociados, el consejo directivo y la gerencia. Está integrado por los siguientes representantes de las organizaciones locales como son: el Alcalde Provincial de Grau, Alcalde Provincial de Cotabambas, Alcalde Distrital de Coyllurqui, Alcalde Distrital de Chalhuanahuacho, Alcalde Distrital de Progreso y dos representantes de la Minera Las Bambas.

La Asociación Civil Fondo Social Las Bambas a través de la ejecución de proyectos busca promover el desarrollo sostenible a favor de las poblaciones de la zona de influencia del proyecto minero.

c. Caso de la Asociación Civil Fondo Social La Granja

La asociación civil Fondo Social La Granja es una persona jurídica dedicada a ejecutar Proyectos de desarrollo para el distrito de Querocoto en especial en la zona de influencia; La Granja, Iraca, La Pampa y Paraguay destinando fondos

provenientes del contrato de privatización realizada por la empresa minera Rio Tinto Limitada S.A.C para obtener la concesión del Proyecto de Exploración Minera. La inversionista minera Rio Tinto en el año 2005 es elegida por concurso en la licitación pública para explorar y analizar los medios para poner en marcha el Proyecto Minero La Granja.

En el caso del Proyecto la Granja tiene un escollo importante es el alto contenido de arsénico en el yacimiento, que obstaculiza la recuperación del cobre, es decir la falta de información de las características del yacimiento, ahora exige desarrollar una tecnología que permita viabilizar el proyecto con un menor impacto en el ambiente con la finalidad que se arribe a un acuerdo con la ciudadanía.

d. Caso de la Asociación Civil Fondo Social Yuncan (Pasco)

El Fondo Social Yuncán proviene de privatizaciones en del sector energético (eléctrico). La Asociación Fondo Social Yuncán se constituyó el día 29 de enero de 2009 con la finalidad de promover el desarrollo social en los centros poblados de Paucartambo, Huachón y Quiparacra, con recursos de EnerSur, dicha empresa es la segunda más grande del país en el sector eléctrico, subsidiaria de Power PLC. El caso del fondo social Yuncan no es relevante para el presente estudio considerando que sus recursos no provienen del sector minero, es decir los asuntos sociales han sido promovidos por otros sectores como el energético.

e. Caso de la Asociación Civil Fondo Social del Proyecto Integral Bayóvar.

El fondo social Bayovar se administra a través de Civil Fondo Social del Proyecto Integral Bayóvar que fue creada el 25 de abril de 2011, dicho fondo se origina derivado de recursos mineros no metálicos como yeso, calcáreo, diomitas abundantes en la región norteña del Perú. Similar al caso anterior, estos fondos no provienen de recursos mineros metálicos, por ende, no tomaremos en

consideración para el análisis de la presente investigación, aunque corrobora la tendencia del estado de considerar cuestiones sociales en los contratos de privatización.

f. Caso de la Asociación Civil Fondo Social Magistral, un problema de distribución de riesgos.

El Fondo social Magistral proviene de los recursos del contrato de privatización suscrito el 15 de abril de 2011 entre Milpo y Proinversión. El proyecto se ubica en el distrito de Conchucos, provincia de Pallasca, Ancash. El fondo social durante el periodo de operaciones de la mina será alrededor de US\$ 90 millones de dólares.

La controversia surgió entre las comunidades de Pampas y Conchucos sobre quién era beneficiario de directo del fondo social, en razón que el proyecto Magistral se ubicaba entre los límites de ambas comunidades. Tal como señala en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, los conflictos principales son respecto a una mejor distribución de los fondos y la defensa de otras actividades en la economía familiar y la preocupación por el impacto ambiental de la minería. El conflicto entre las comunidades perturbó la viabilidad del proyecto, hecho que llevó a Milpo no pueda cumplir en el plazo establecido los compromisos de inversión, atribuyendo la responsabilidad a los vicios ocultos del estado en el contrato suscrito Milpo, es decir a la inversionista no se le informó que existía un conflicto de colindancia entre la Comunidad de Conchucos y Pampas. Entonces advertimos el riesgo de incorporar cláusulas sociales en los contratos de privatización puede repercutir en problemas en la relación contractual cuando el estado no tenga conocimiento detallado de los problemas de los titulares superficiarios.

Surge un problema la **distribución de los riesgos sociales** en los contratos, más aún frente a conflictos, es decir quien asume el riesgo social el estado o la empresa y en qué medida, considerando que en el caso Magistral se presentó

problemas entre dos comunidades sobre limitación territorial y distribución de beneficios. Es da lugar a otras interrogantes ¿debe suscribirse por separado? ¿En los temas sociales debe intervenir la comunidad?

g. Caso de la Asociación Civil Fondo Social Michiquillay.

El fondo Michiquillay deriva de proyecto ubicado en la región Cajamarca, revirtió al estado peruano el año 2014, luego fue licitado por Proinversión como uno de los proyectos de clase mundial como manifestaron algunas autoridades del sector: "Es un depósito interesante con grandes posibilidades de desarrollo y buenas condiciones técnicas pero será importante tener los acuerdos con comunidades que permitan un avance rápido del proyecto", señaló el Director de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía don Carlos Gálvez.

En el caso Michiquillay fracasó el acuerdo social con las comunidades, porque la agenda de acuerdos con la ciudadanía no se debatió y acordó con información suficiente e inadecuada participación ciudadana, considerando que algunos comuneros no fueron tomados en cuenta en los empadronamientos. Ello a pesar que el fondo social destinado al proyecto fue histórico al superar los 200 millones de dólares. (Rivera, 2015, Pág. 90)

La asociación civil del fondo pretende beneficiar a todas las poblaciones de influencia como las Comunidades Campesinas de Michiquillay y La Encañada. Por ejemplo, este fondo busca atender a la población a través de beneficios y oportunidades de estudios a nivel de pregrado en educación superior universitaria y técnica a favor de los hijos de comuneros del entorno local.

h. Caso de la Asociación Civil Fondo Social Toromocho, el traslado de una población.

Con fecha 11 de junio de 2003, se suscribe el contrato de opción transferencia entre Chinalco, Activos Mineros, Ministerio de Energía y Minas y Proinversión.

Posteriormente se crea el Fondo social donde surge un problema que era trasladar a la población que permanece en la antigua ciudad de Morococha a un nuevo lugar, ello implicaba destinar gran parte del fondo en nueva infraestructura y adquirir predios para fomentar el desarrollo productivo de la población, tarea difícil para el proyecto, pues el riesgo que representa que toda una población acceda a dicha propuesta.

2.2.2. Caso de proyectos mineros privatizados sin fondos sociales:

Si nos remontamos en la historia de la minería, algunos proyectos mineros privatizados de clase mundial, durante la época del Gobierno de Juan Velasco fueron expropiados o revertidos al estado (Chirif, 2008), como: Michiquillay, Antamina, Toromocho, Las Bambas, Tintaya, Berenguela, Cerro Verde, Quellaveco etc.

Posterior a la década del noventa se privatiza el sector minero, por ejemplo, durante la primera década se suscriben contratos sin cláusulas de fondos sociales, solamente con compromisos de inversión.

A los comienzos de la privatización minera, los contratos suscritos por el estado con los inversionistas no contenían cláusulas de tipo socio ambiental. Es decir, el estado tenía un rol pasivo, era eminentemente regulador en las reglas de juego de un libre mercado. Esto generaba que las partes, la empresa minera y comunidades en zonas de influencia directa, entren a negociar libremente el acceso a terreno superficario, está libre negociación ha dado lugar a una mejor negociación, así tenemos casos exitosos, algunos que señalamos a continuación:

a. Caso Cerro Verde con Arequipa y la gestión de agua.

El Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., es un proyecto de actualmente pertenece a Freeport-McMoRan Copper & Gold Inc., Sumitomo Metal Mining y Compañía de Minas Buenaventura S.A.A., este proyecto fue privatizado por el estado peruano el

año 1994 y viene realizando sus operaciones contribuyendo al avance económico de Arequipa, a través de combinación de crecimiento económico, protección ambiental y desarrollo social en beneficio del país.

La empresa se dedica a la exploración y explotación de yacimientos mineros, producción y comercialización de cátodos de cobre y concentrados de cobre y molibdeno, liderando en la producción nacional. Las operaciones de Cerro Verde están situadas en las áreas de los distritos de Uchumayo y Yarabamba, a 30 kilómetros al suroeste de la ciudad de Arequipa, distrito de nombre similar.

El día 17 de marzo del año 1994, se suscribió el contrato de privatización para la transferencia de las acciones de la Sociedad Minera Cerro Verde S.A. representada por su titular la Empresa Estatal Minera del Perú que transfirió más del noventa por ciento de sus acciones a favor de la Empresa Cyprux Climax Metals Company por una cantidad que bordeaba a los 34 millones de dólares americanos. Cabe resaltar que en dicho contrato no se estipulaba obligaciones socio-ambientales sólo obligación de inversión en el proyecto. (Proinversión Minero Perú).

Posteriormente durante el desarrollo de sus operaciones originó la demanda de agua, esto dio a lugar que la empresa minera se enfoque en la negociación con la población de Arequipa, una serie de convenios que podemos destacar por su enfoque de desarrollo sostenible y tomar como modelo en nuestra investigación.

La negociación que sostuvieron la sociedad minera Cerro verde con las instituciones de Arequipa como el Gobierno Regional, Municipalidad provincial y la Empresa de Servicio de Agua y Alcantarillado de Arequipa (SEDAPAR) consistió en lo siguiente: La empresa Minera se obligaba al tratamiento de las aguas servidas de la ciudad de Arequipa y evitar la contaminación del río Chili, en compensación parte de las aguas tratadas se destinarían para las operaciones mineras y la mayor parte se utilizaría para la Irrigación del Valle y promover la Agro exportación.

Este acuerdo de desarrollo sostenible y modelo en el país resolvió dos problemas:

- Permitió tener una agroindustria fortalecida en Arequipa una vez limpiado el río Chili, que se interpretó en mejoras en calidad de vida de la población.
- Fortaleció el avance del desarrollo de Cerro Verde con una inversión estimada de 3.573 millones de dólares que duplicará el canon y financiará otros proyectos.

Respecto al proyecto Minero Cerro Verde podemos señalar que en los contratos de privatización no se contemplaban obligaciones sociales o ambientales, sin embargo la empresa minera en muchos casos tiene que negociar con la población para el uso de los recursos naturales, negociando en base a inversión sostenible, esto le permitirá insertar a la empresa en la vida social, económica y cultural de la zona siendo percibido como un socio estratégico en la mejora de la calidad de vida asegurando el bienestar de la generaciones futuras.

b. Caso Iscaycruz con la comunidad de Rapaz, la inversión en energía.

El proyecto minero Iscaycruz fue privatizado por 18,6 millones de dólares. La empresa Minera Izcaycruz, actualmente Empresa Minera Quenuales Glencore suscribió convenios de desarrollo sostenible con la Comunidad San Cristóbal de Rapaz, siendo un modelo de desarrollo sostenible sin intervención estatal.

La minera y la comunidad inicia sus relaciones hace dos décadas empezando por un extendido proceso de diálogo y negociación hasta que las partes fueron alcanzando un nivel de confianza, pues hasta aquel entonces para la comunidad la única actividad relacionada con la minería era la explotación de carbón para consumo doméstico.

Durante este periodo de negociaciones el principal problema entre las Comunidad y la empresa minera fue siempre el nivel de confianza y sigue siendo hasta ahora. La etapa de exploración (etapa de proceso productivo minero que permite cuantificar el nivel de reservas probable de mineral y determina factibilidad del proyecto minero) en la zona denominada "Chunac" en un área de 600 hectáreas de cesión de uso minero.

El día domingo 09 de setiembre de 2012, la Comunidad y la empresa celebran un Contrato de Cesión de Uso Minero respecto a los predios denominados Chunac y Antapampa, asimismo se firma un Convenio de desarrollo de Rapaz. Asimismo, se aprueba y suscribe el Acta de asamblea comunal de se plasmó el acuerdo entre las partes relativo a la cesión de uso minero de los terrenos denominados Chunac y Antapampa, que arribaron la comunidad por periodo de quince años y se celebraron los siguientes actos jurídicos:

- Contrato de Cesión de Uso Minero
- Convenio de desarrollo Comunal.

La suscripción del contrato y convenio con la minera Los Quenuales S.A. había generado diversas expectativas a los pobladores de la Comunidad de Rapaz, a la vez algunos temores, pues significó evaluar las siguientes dimensiones de la comunidad:

- Dimensión Económica:

La economía comunal y familiar es eminentemente agrícola y ganadera. El ingreso de la actividad minera indirectamente afecta a dichas actividades al incrementar costos para el sector agropecuario, y conlleva a la “descampesinización” de la comunidad.

Una propuesta alternativa para minimizar el impacto de la minería en las actividades locales, destinando fondos a favor de la comunidad y las familias mediante proyectos de inversión sostenible.

- Dimensión Social:

Los comuneros que trabajan en la minería incrementan sus ingresos en consecuencia sus hábitos de consumo, pero la estabilidad laboral es relativa frente a intempestivas paralizaciones de la actividad minera y despidos como los ocurridos en enero del año 2016, deja desempleados a muchos trabajadores. Otra situación preocupante son los sectores vulnerables (niños, ancianos y embarazadas) que le incremento de los costos de vida en las

nuevas zonas de influencia minera afecta sus condiciones de subsistencia y ausencia de la seguridad social para dichos sectores.

- Dimensión Cultural /Educativa:

Las becas educativas universitarias fueron una opción que se estableció en el convenio que contribuye en la formación profesional de los hijos de los comuneros, aunque no se frena el éxodo del campo a la ciudad de la juventud profesional. Entonces se hace urgente fomentar mecanismos proactivos y/o acciones para promover participación de los profesionales por el desarrollo sostenible de la comunidad.

- Dimensión Ambiental:

La gran minería es una actividad promotora de la cultura ambiental que el resultado de las negociaciones en sus inicios se ha promovido en la comunidad prácticas ambientales como tratamiento de los residuos sólidos y manejo de pastos comunales y reforestación comunal. La comunidad todavía tiene prácticas nocivas al medio ambiente que superar y eso exige continuar promoviendo la cultura ambiental.

Dimensión Tecnológica:

En el convenio entre la minera y la comunidad comprende un fondo para proyectos productivos, aunque hay ausencia de técnicos e infraestructura tecnológica en todos los ámbitos de la comunidad, pues incorporar la tecnificación en la ganadería y agricultura permitirá insertarse al mercado con mayor productividad y competitividad.

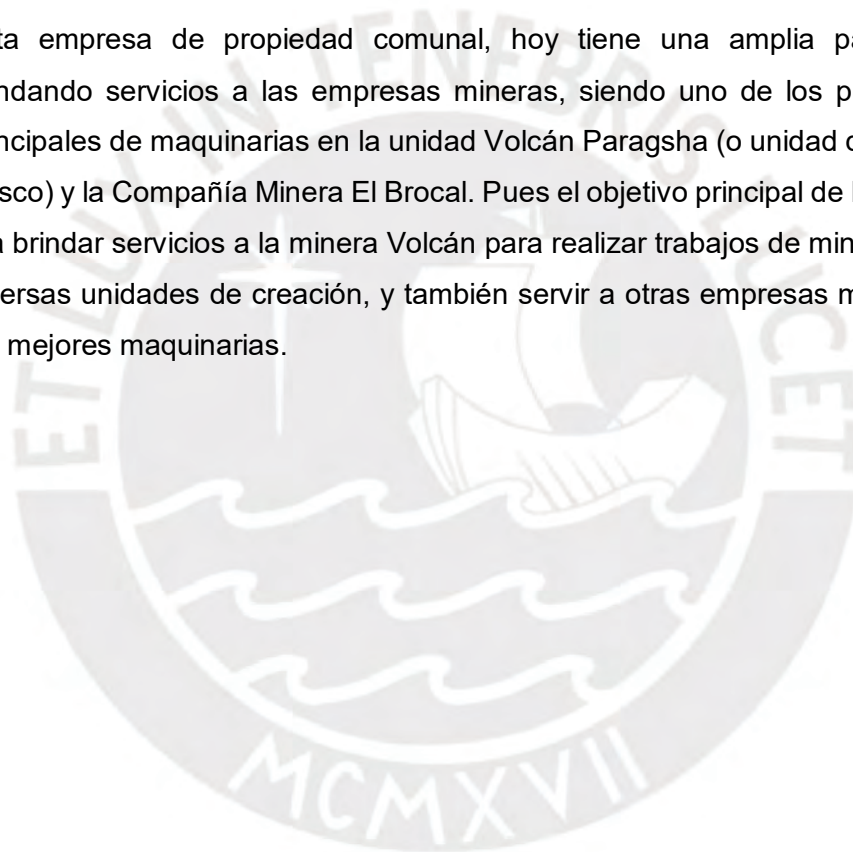
c. Caso Volcan con la Comunidad de Rancas y el emprendimiento.

En 1990, a través de una negociación única de este tipo, la comunidad de San Antonio de Rancas transfiere a favor de CENTROMÍN Perú 141 hectáreas del

lugar considerado Ocroyoc, a un valor de 2,5 millones de dólares que la empresa estatal pagó por la utilización de este dominio para lo siguiente 20 años.

Con el efectivo, en agosto de 1990, los pioneros enmarcaron la Empresa Comunal de Servicios Múltiples (Ecoserm-Rancas), compraron equipos para entregar brindar servicios a la empresa minera de la región. Al año siguiente, la empresa comenzó a trabajar libremente en la comunidad, cuando se constituyó su directorio, elegida a intervalos regulares en una asamblea general de comuneros.

Esta empresa de propiedad comunal, hoy tiene una amplia participación brindando servicios a las empresas mineras, siendo uno de los proveedores principales de maquinarias en la unidad Volcán Paragsha (o unidad de Cerro de Pasco) y la Compañía Minera El Brocal. Pues el objetivo principal de ECOSERM era brindar servicios a la minera Volcán para realizar trabajos de minería en sus diversas unidades de creación, y también servir a otras empresas mineras con las mejores maquinarias.



2.3. Derecho comparado: países que promueven el desarrollo sostenible de sus recursos naturales:

Los países en su preocupación de una visión de desarrollo sostenible, han creados fondos soberanos con los ingresos de la explotación de recursos naturales. Se estima que existen 73 fondos en el mundo, de los que más del 70% son de países del Asia, en Latinoamérica también existen fondos soberanos por ejemplo el caso de Chile, México y Perú.

2.3.1. Caso Noruega:

Noruega es una nación con recursos naturales como gas y petróleo que han registrado un superávit desde hace más de 20 años. Debido al extenso volumen de sus tarifas de petróleo no refinado y gas, el superávit récord actual superó el 10% anual en el período 2007-2011. Noruega ahorra una parte significativa de las riquezas adquiridas del petróleo y el gas en el Fondo de Pensiones del Gobierno Global, puesto completamente en inversiones en el extranjero. Hacia el final de marzo de 2012, los beneficios del Fondo tienen un valor de 3,5 billones de coronas noruegas (460,000 millones de euros). Desde 1995, el plan de gasto gubernamental focal ha generado un superávit cada año.

En Noruega, la propiedad estatal es significativa y, en general, se ha mantenido estable desde hace cuatro años. El gobierno noruego no se ha convertido en un compromiso positivo con el avance mecánico a través de la inversión en organizaciones modernas noruegas. Entonces, nuevamente, el gobierno no tiene que reunir dinero o tener objetivos particulares de privatización. En realidad, el procedimiento de privatización ha encontrado una acusación en Noruega que contrasta con los años anteriores a 2005.

2.3.2. Caso el modelo chileno.

Fondo soberano de inversión (FSI) es un fondo que se invierte en el extranjero y genera rentabilidad a través de inversiones en otros países. El día 06 de marzo de 2007, fue creado en Chile el Fondo de Estabilización Económica y Social (FEES). En el caso chileno han hecho un cálculo simple entre gastos permanentes e ingresos permanentes, los superávits se acumulan en los Fondos soberanos de inversión, dichos fondos

proviene de los excedentes de la extracción del cobre. Los países han aprovechado los altos precios de los minerales, gas, petróleo, etc.

Los objetivos de los fondos soberanos son principalmente en pensiones, seguido amortizar la deuda externa y servir de cobertura en momentos de crisis como fue el 2008. A pesar que el contexto macroeconómico es complejo en su creación y administración.

El análisis del presente caso en cuestión sobre si debe o no incorporarse cláusulas sociales y ambientales en los contratos mineros, siendo las relaciones contractuales un medio para facilitar la privatización minera posicionando al país en producción de metales en los primeros lugares del ranking mundial, a su vez la regulación minera ha seguido la tendencia crear obligaciones sociales y ambientales de los inversionistas del sector, sin embargo se percibe un inadecuado relacionamiento comunitario del estado. Las consecuencias de la regulación socio ambiental es una mayor conflictividad, incremento de la permisología es decir mayores requisitos y permisos para puesta en marcha de los proyectos mineros, falta de desarrollo sostenible en muchas poblaciones en zonas de influencia directa.

La política minera debe evitar dos problemas siempre presentes: el mercantilismo que existe para el enemigo todo y para amigos la ley, es decir cuando el gobernante y el estado atiende solo necesidades del inversionista, y por otro lado el populismo socialista con afán político, cuando los gobernantes toman decisiones de forma irresponsable y no garantizan las inversiones y el desarrollo sostenible. Finalmente, el capítulo concluimos con el cuadro comparativo respecto a los contratos con fondos sociales y los otros contratos de privatización minera sin cláusulas socio ambientales, como detalle:

Tabla 9: Cuadro comparativo de contratos mineros.

Elaboración propia.

CONTRATOS CON CLAUSULA SOCIOAMBIENTAL	CONTRATOS SIN CLAUSULA SOCIOAMBIENTAL
Doble regulación contractual y el marco legal socio ambiental	Solo tienen regulación del marco legal socio ambiental
Distribución de riesgos sociales y ambientales entre el estado y la empresa minera.	No se transfieren los riesgos sociales y ambientales en el contrato minero.
Menor participación de comunidades en etapas iniciales del proyecto	Mayor participación de las comunidades desde el inicio del proyecto
Busca proteger cuestiones sociales y ambientales	Busca proteger la actividad minera
Visión de desarrollo sostenible con mayor intervención del estado en negociaciones mineras.	Visión de desarrollo sostenible con menor intervención del estado en negociaciones mineras.
Contienen condiciones externas en el contrato como los fondos sociales.	No contienen condiciones externas en el contrato como los fondos sociales.



CAPITULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En esta parte de la investigación planteamos la discusión bajo los resultados obtenidos del estudio de los contratos de privatización minera en los cuales se ha incluido cláusulas con fondos sociales, en dichos actos jurídicos salen a luz cuestiones sociales y ambientales predominantes en el periodo reciente de la minería peruana. Sin embargo, el problema en cuestión es que los fondos sociales según nuestra postura son incongruentes con la visión de desarrollo sostenible que debe promoverse en las políticas mineras del estado, la razón es que la regulación de estos recursos reduce la capacidad de negociación y participación de las comunidades y poblaciones en zonas de influencia del proyecto, es decir las normas dadas para los fondos sociales priorizan solamente necesidades básicas, limitando que los recursos se destinen a inversiones sostenibles en el tiempo.

La propuesta que planteamos de una minería con desarrollo sostenible parte de los fundamentos del Informe Brundtland, considerando que los fondos que se generan de una actividad no renovables deben destinarse en inversiones sostenibles al largo de la vida del proyecto minero, pues cuando los fondos se agotan en gastos sociales a corto plazo se descuida el futuro. Entonces el paradigma contractual de la minería peruana debe innovarse eliminando la regulación de fondos sociales en gastos a corto plazo sino en fondos de intangibilidad con inversiones sostenibles en el tiempo que permitan prevenir conflictos sociales en el sector.

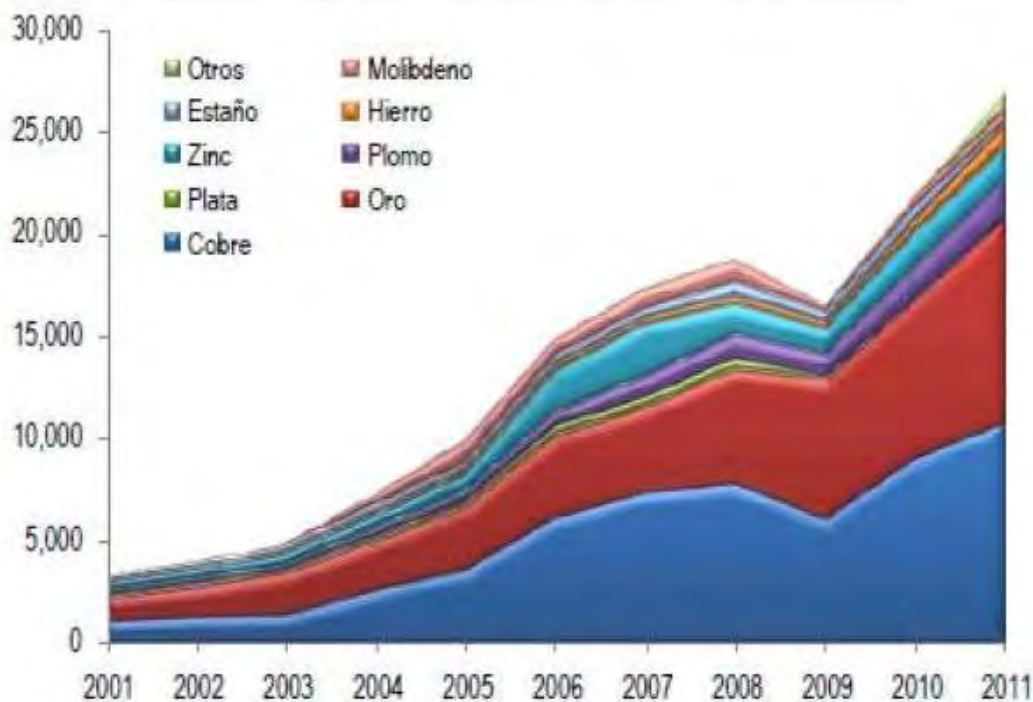
Los contratos mineros durante las últimas décadas han sido el instrumento jurídico que ha impulsado la minería en el Perú, aunque en los últimos años con la creación de los fondos sociales y la forma del gasto en proyectos se hace ausente el desarrollo sostenible del sector generando mayor burocracia en el manejo de los fondos sociales. Otros paradigmas mineros sirven de referente a nuestro modelo minero, por ejemplo el modelo Noruego que para dar sostenibilidad a sus recursos naturales ha destinado todos los recursos obtenidos de actividades extractivas a un fondo intangible destinado a invertir en empresas eléctricas en el mundo y con las utilidades que generan de estas inversiones es que recién financias las necesidades sociales de su población, esto les

ha permitido otorgar a sus ancianos las más altas pensiones del mundo y alcanzar el primer lugar en los indicadores de desarrollo humano.

El Perú es un país eminentemente minero, tal como se acredita con nuestras exportaciones como se comprueba en el cuadro siguiente:

Figura 5: Tendencia de las exportaciones mineras del Perú 2001-2011 (millones de dólares FOB).

Fuente : ADEX Data Trade, MINEM, Aduanas.



Sin embargo, la tarea de esta investigación va a un análisis más objetivo de analizar si los fondos sociales incluidos en los contratos de privatización promueven desarrollo sostenible. Esto permitirá resolver el problema de la visión del estado al haber regulado e incorporado en los contratos mineros cláusulas sociales.

3.1. El paradigma contractualista y el desarrollo sostenible

Este paradigma en el derecho minero surge a partir de la década del noventa del siglo pasado, se caracteriza por priorizar cuestiones de propiedad y aprovechamiento de los recursos naturales, cuestiones sociales y ambientales se han puesto como agenda de análisis y estudio, es decir el derecho minero se ha centrado en asuntos de permisología y no en el objeto que es proteger la actividad, esto lo corroboramos en la cita siguiente: “(...) avanzar hacia una “nueva minería” en el Perú, que aporte al desarrollo sostenible respetando los derechos de las comunidades y cuidando el medio ambiente, hay cuatro puntos: el sistema de concesiones mineras, el marco normativo ambiental, el régimen tributario (pagos tributarios y no tributarios, contratos de estabilidad jurídica) y las normas sociales y laborales”. (Baca, Pág. 9).

La discusión, es muy polémica, por sus repercusiones socio-ambientales en el Perú, a lo largo de la historia se han establecido sistemas de dominio o modelos de derechos de propiedad de los recursos naturales en los estados, sobre el cual existen dos grandes tendencias sobre el aprovechamiento de los recursos naturales: a. Un estado con un rol empresarial.

b. Un estado con un rol regulador y no interventor de la actividad empresarial.

El problema que se ha planteado consiste, en el fondo, en conocer la fórmula que nos permita explicar cómo la institución jurídica de los contratos puede regular fondos generados de la privatización de los yacimientos minerales promoviendo desarrollo sostenible, considerando que el Estado representante intereses generales de la sociedad.

Hay múltiples razones que tratan de explicar la regulación jurídica de dualidad tierra-mina (superficie-subsuelo) y esta situación jurídica cobra relevancia en el plano de la realidad de determinado país que, como señala el Dr. Enrique Guersi, se evidencia cuando comparamos dos realidades, respecto a ello dice: “en Tejas (USA) si alguien descubre mineral en su propiedad es rico y en el Perú si alguien descubre riquezas en su propiedad es una maldición, pues de seguro el Estado amparado en el interés público

lo despojará sin una justa compensación de su propiedad”. Es decir, como en la legislación de los Estados Unidos de América la propiedad no se divide entre suelo y subsuelo, entonces quien compra un área de terreno compra a la vez todo lo que existe debajo de ella incluido los recursos naturales como gas petróleo, minerales etc., sin embargo, en nuestro país no sucede lo mismo, por ejemplo en el caso de las comunidades que son propietarias de extensos terrenos, ellos solo son dueños del suelo pero lo que existe debajo como los recursos naturales le pertenece al estado.

Entonces, como resultado de la discusión podemos señalar que los contratos mineros con obligaciones socio ambientales tienden imponer una doble regulación, uno derivado del contrato y otro del marco de regulación vigente, asimismo este tipo esquema concibe un sistema desnaturalizado de distribución de riesgos socio ambientales entre el estado y el inversionista, pues regula sobre distribución de riesgos sociales y ambientales. Por otro lado, estos mecanismos contractuales impiden una participación directa de las comunidades en etapas iniciales del proyecto minero, que en la puesta en marcha puede haber un desacuerdo de la población con el modo de ejecución del proyecto. A su vez se percibe una forzada inclusión de cuestiones sociales y ambientales en las relaciones contractuales que pueden obstaculizar la actividad minera. Entonces esta visión de desarrollo sostenible con mayor intervención del estado en negociaciones mineras es equivocada considerando que en el ámbito comparado otros países no incorporan condiciones externas en el contrato como los fondos sociales, sino generan fondos que permiten ahorro y rentabilidad a futuro en favor de la población sin afectar la actividad.

3.2. Propuestas de solución:

La investigación desarrolla de manera descriptiva las relaciones contractuales mineras con la finalidad de plantear propuestas favorables a un futuro sostenible con la minería en el país. Para el cambio de paradigma minero, necesitamos propuestas que tengan la visión de futuro con minería. En ese sentido, proponemos lo siguiente:

3.2.1. Convenios mineros con cláusulas de inversión sostenible.

La sostenibilidad y la minería deberían de caminar de la mano, considerando que es evidente que la actividad minera por su definición no es sostenible, es decir los recursos de una mina no son renovable y los proyectos tiene un principio y un fin limitado, sin embargo puede ser un oportunidad para entablar un relacionamiento adecuado con la zona de influencia directa con la finalidad de desarrollar actividades que vayan más allá de la duración del proyecto minero, es decir promover desarrollo sostenible.

En este sentido, la propuesta inspirada en los actuales estándares internacionales consiste en la gestión de riesgo socio ambiental mediante convenios, aparte de los contratos, mediante ello crear fondos intangibles y de cobertura de pensiones y seguros ambientales que sean administrados por todas las empresas participes de los proyectos privatizados.

Desde el aspecto social permitiría mejorar el nivel educativo en las zonas rurales, crear un sistema de pensiones a los comuneros ancianos, gozar de asistencia de salud a los grupos vulnerables. Del aspecto ambiental el seguro garantizará mantener un ambiente sano y óptimo para el bienestar de los pobladores y la existencia de un fondo de seguros aportados por las empresas mineras permitirá afrontar de manera inmediata posibles daños ambientales.

El manejo de este fondo estaría a cargo de la red de empresas mineras, esto favorecería a negociar acuerdo estratégico de índole nacional o regional del proyecto, promoviendo que dichos fondos intangibles generen rentabilidad con inversiones en las zonas de influencia del proyecto, pero a la vez el fondo estaría favoreciendo a asegurar el bienestar futuro de los habitantes del lugar.

3.2.2. Delimitación de las Comunidades en zonas de influencia minera.

Es un asunto necesario delimitar la zona de influencia directa de la minería para focalizar la promoción del desarrollo sostenible, para el cual se propone en esta investigación la

delimitación de una zona. Delimitar la zona de aprovechamiento de recursos naturales es necesario para garantizar y otorgar mayor seguridad jurídica a las inversiones, asimismo poner en valor las propiedades tituladas para dinamizar la economía hacia una tendencia de formalización, esto efectivamente permitirá reconocer la existencia de la propiedad comunal.

El problema de titulación de las tierras comunales como hemos encontrado en el caso Fondo Magistral ha sido motivo de conflictos entre la Comunidad de Pampas y Conchucos, si las mismas hubiesen sido delimitadas oportunamente se evitaría demoras al inicio de un Proyecto. Asimismo, por ejemplo, en el caso de la comunidad de Rapaz el año 2018 recién han saneada la propiedad de sus tierras comunales, esto se debe a diversos factores que conllevan a un menor acceso a las comunidades a la formalidad.

Esta propuesta permitiría fortalecer el paradigma contractual minero, promoviendo inversión segura, pues la empresa de antemano conocería la zona de influencia del proyecto, esto favorecería a disminuir regulaciones sociales o ambientales en los contratos para la puesta en marcha del proyecto esto traería como consecuencia eliminar una serie de permisos que beneficiaría en tiempo y costo la viabilidad de inversiones mineras.

3.2.3. Creación de fondos de inversión destinado a pensiones y seguro en asuntos ambientales en zonas de influencia minera para dar sostenibilidad a las inversiones.

Crear un fondo similar a los FSIs (Fondo Soberano de Inversión) que tienen regulación y forma jurídica distinta en cada país, por ejemplo, en el Perú es fijado por el BCR (Banco Central de Reservas), lo que se propone es la creación un fondo nacional de los proyectos mineros que se destinen exclusivamente para pensiones y asuntos ambientales de la población en zonas de influencia minera de los proyectos.

El fondo de pensiones estaría cumpliendo la finalidad de destinar parte de los recursos no renovables para las generaciones futuras como un ahorro. La inversión estratégica permitiría en forma libre negociar a las empresas y comunidades en desarrollar convenios estratégicos de desarrollo sostenible, donde el papel del estado sea solo un ente regulador.

Estas propuestas se fundamentan en los casos citados de empresas mineras que suscribieron contratos sin cláusulas sociales, pueden negociar mejores acuerdos que las empresas mineras que incluyeron cláusulas sociales en sus contratos de privatización, pues las cláusulas sociales obligan una administración rígida de fondos que no alientan a generar espacios de negociación entre las partes quienes conocen sus prioridades y problemas, en la totalidad de casos más que el mismo estado, por tanto no tiene razón de ser la intervención del estado creando una regulación frondosa que lleva a incrementar la permisología y quita competitividad a las empresas.

Consideramos que los conflictos sociales significan riesgos para el sistema económico y bienestar social de las comunidades, prevenir o eliminar pérdidas para las empresas y/o comunidades, es necesario la creación de un Sistema de seguros de cobertura socio ambiental similar al SOAT en el sistema de transporte, donde los procesos judiciales no alcanzan resarcir los daños ambientales y/o personales oportunamente repercutiendo en la percepción social en contra de la minería.

En ese sentido, la existencia de un seguro socio ambiental, sería garantía de un verdadero proceso de desarrollo sostenible, garantizando un futuro mejor para las comunidades campesinas, tranquilidad para las empresas mineras y permitirá una atención oportuna a los daños ambientales, permitiendo bienestar para todos los peruanos.

CONCLUSIONES

El paradigma contractual en la gran minería ha relegado al sistema concesional, la suscripción de contratos de privatización ha cobrados auge durante la nueva minería desde el año 1990 hasta la actualidad, en paralelo en contratos mineros recientes se ha incorporado cláusulas sociales y ambientales, el estado aumenta mayor cantidad de reglas creyéndose planificador de todo, aumenta la permisología que afecta la competitividad.

En el caso investigado se comprueba que en base al derecho comparado se pueden plantear alternativas para mejorar la situación de los proyectos mineros para el aprovechamiento de los recursos naturales. El estado al incorporar crear obligaciones sociales y ambientales en los contratos debe reconocer que no sabe todo del proyecto, sino que otros saben más y tienen mayor información sobre el problema, debemos pensar en una forma diferente de negociar destinando los fondos a proyectos sostenibles promoviendo un mejor relacionamiento con las comunidades o poblaciones en zonas de influencia directa.

Una alternativa sería crear convenios aparte de los contratos mineros que garanticen el desarrollo sostenible de las zonas de influencia directa, a través de la creación de un “Fondo nacional intangible” que permitan la creación de un sistema de seguros con cobertura de pensiones y socio ambiental similar al SOAT en el sistema de transporte, que permita una atención rápida y preventiva ante daños al ambiente y al ecosistema de las comunidades y pobladores de la zona de influencia directa del proyecto.

BIBLIOGRAFÍA

- Basadre, J., (2001) *Derecho de Minería y del Petróleo*. Editorial San Marcos.
- Basadre, J., (1985) *Derecho Minero Peruano*. Cuarta Edición, Editorial Studium. Lima. Perú.
- Cáceres, J., (2012). *Comentarios sobre Minería Artesanal Aurífera en el Perú, su futuro en el nuevo marco legal: dudas e incertidumbres*. En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, Tomo N° 46, Abril 2012, p. 45-51.
- De Arcenegui, I., (2002). *Derecho Minero*. Madrid. Editorial Civitas. p. 389.
- Belaunde, M., (2009) *Derecho minero y concesión (tercera edición)*. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Bullard, A., (2003) *La Parábola del Mal Samaritano. La lesión en el derecho de los contratos*. En: *Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- García, G., (1965). *Derecho de Minería*. Primera Parte. Lima-Perú. p.145
- García, G., (1989). *Apuntes sobre Derecho Minero*. Editorial Cuzco. Lima-Perú.
- García-Sayán., D., (1975) *Análisis histórico-jurídico de los contratos. El caso Marcona*.
- Kunz, F., y Rodríguez, K., (2012). *Derecho Minero. Centro de Investigación e Informática Jurídica*. Editorial Porrúa México.
- Galtung, J., (2003) *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Gernika Gogoratuz.
- Lastres, E., (2000) *La necesaria revisión de los contratos mineros*. En: Revista de Derecho Minero y Petrolero, Año XLIX, 1999, N° 57. p. 72-91
- Leguía, J (2000) *La participación en las utilidades*. En: Revista de Derecho Minero y Petrolero, Año XLIX, 1999, N° 57, p. 110-114.
- Martínez, V., (1982) *Derechos Reales en Minería*. Ediciones de Palma. Buenos Aires.

- Ossa, J., (2012) *Tratado de Derecho Minero. II tomos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile.
- Ormachea, I. (2016). *Memoria Del Xi Congreso Mundial de Mediación y I Congreso Nacional de Construcción Para La Paz 2015. En congreso mundial de mediación y I congreso nacional de construcción para la paz 2015* (pp. 6-134). Lima: prodialogo.
- Ormachea, I. (2015). *De Conga a Tía María: lecciones aprendidas y por aprender en Revista electrónica*. Revista Ideele, 54.
- Pinilla, S., *Instrumentos para el Desarrollo del Liderazgo. Conceptos Básicos Para La Formulación De Proyectos. Módulo II Corporación Andina De Fomento*.
- Pinilla, A., *Los Contratos Ley en la Legislación Peruana*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Año 1999.
- Lastres, E., *Artículo sobre Los contratos mineros. Circulo de Derecho Administrativo*. PUCP. Año 2009.
- Remy, M., (2013) *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos IEP.
- Rodríguez, C., (1994) *Texto Único de la Ley General de Minería*, Lima, pág. 310.
- Stiglitz, J., *El malestar en la globalización*, Editorial Taurus, Madrid, 2002. Pág. 10