

ASIGNACIÓN Y TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EXCLUSIVO DE LOS RECURSOS MINERALES

LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA

Abogado, Profesor de Derecho Civil
Universidad de Lima
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Consejo Consultivo de
ADVOCATUS Nueva Época

I) A manera de Introducción: la atribución o asignación de los bienes económicos

Luis Díez-Picazo y Ponce de León ha definido el Derecho Civil Patrimonial como "aquella parte del Derecho Civil, que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre"¹.

El primer tema que enfrenta el Derecho Civil Patrimonial es el relativo a la atribución de los bienes económicos entre los miembros de una sociedad; es decir, el primer problema que debe ser resuelto es la atribución de bienes económicamente valiosos, los cuales por su propia naturaleza son escasos.

Como bien lo señala Díez-Picazo: "En toda sociedad hay que decidir, con arreglo a las directrices del sistema político y cultural vigente, un problema de dominación sobre los bienes económicos. Este problema de dominación sobre los bienes económicos consiste ante todo en una cuestión de atribución o de asignación. Hay que decidir si van a ser unas personas, si van a ser particulares, agrupaciones, organizaciones colectivas o si va a ser, en fin, la colectividad entera, quienes deban ejercer tal dominación y por qué medios. Hay que decidir la extensión cuantitativa (qué cantidad de bienes se pueden poseer y explotar); extensión cualitativa (qué tipos de poderes se pueden ejercer sobre los bienes y con qué límites); extensión temporal (cuál es la duración de las formas de dominación). Hay que decidir una cuestión de utilización y de explotación de los bienes: de qué forma los bienes se utilizan y se explotan; cuál es el destino que se les debe dar, si éste debe dejarse al libre arbitrio individual o si deben establecerse unos criterios o módulos colectivos o sociales que lo regulen"².

El segundo tema que enfrenta el Derecho Civil Patrimonial es el del intercambio de los bienes económicos entre los miembros de esa comunidad o sociedad, "de esta suerte puede decirse

1 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. 2ª. Edición, Madrid, 1986, p. 41.

2 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. 2ª. Edición, Madrid, 1990, p. 31-32.

que el Derecho Patrimonial regula las diferentes operaciones que las personas realizan en relación con los bienes económicos³.

Como señalan Calabresi y Malamed: "El Estado no sólo debe decidir a quién otorga la titularidad, sino también, y al mismo tiempo, realizar una serie de decisiones de segundo orden pero igualmente difíciles. Estas decisiones van desde la forma en que las titularidades son protegidas, hasta si se permite o no a un individuo vender o negociar dicha titularidad"⁴.

El Derecho Minero enfrenta también los mismos temas. Primero enfrenta el tema relativo a la asignación de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales y luego enfrenta el tema del intercambio de esos derechos. La asignación se realiza a través de actos administrativos: el intercambio a través de contratos que se rigen, fundamentalmente, por el Derecho Civil Patrimonial.

La asignación de derechos exclusivos es una condición necesaria para el uso eficiente de los recursos. El acceso abierto ("open access") a los recursos supone una situación en la cual los recursos pueden ser explotados sin restricciones por cualquiera. La no existencia de derechos exclusivos ("open access") lleva a una sobreexplotación de los recursos: "everybody's access is nobody's property"⁵.

Para entender esto imaginemos con Posner una sociedad en que se han abolido todos los derechos exclusivos⁶. Un minero invierte tiempo y dinero para el desarrollo de una mina; pero cuando está lista sus vecinos extraen el mineral para su propio uso. Si no pueden tomarse medidas defensivas, después de algunos incidentes se abandonará la minería y la sociedad se dedicará a otro tipo de actividades que involucren una inversión preparatoria menor, puesto que no existirá ningún incentivo para invertir en minería. Si, en cambio, el minero goza de un derecho que le permita excluir a los demás del aprovechamiento de los recursos minerales dentro de un área establecida, el minero maximizará el valor de la mina.

II) El aprovechamiento de los recursos naturales: la asignación por el Estado del derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales

De acuerdo con Devlin y Grafton: "Natural resources include all aspects of the environment – the forest, the oceans, the air we breathe, mineral deposits, soil and freshwater – virtually anything that is not human-made and is of value to us. Natural resources can be renewable, having the potential to be self-perpetuating, or nonrenewable, which can only be depleted"⁷.

El artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que:

3 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos...*, volumen I. Ob. Cit., p. 41.

4 CALABRESI, Guido y Douglas Malamed, "Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad. Un vistazo a la Catedral". En *Themis, Revista de Derecho. Segunda Época*, No. 21, 1992, p. 85.

5 DEVLIN, Rose Anne y R. Quentin Grafton, *Economic Rights and Environmental Wrongs. Property Rights for the Common Good*. Cornell MPG Books Ltd., 1990, p. 68.

6 Ver POSNER, Richard *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988, p.37. Ver también FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *Microeconomía. Teoría y Aplicaciones*. Tomo I. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2000, p. 87 y siguientes.

7 DEVLIN, Rose Anne y R. Quentin Grafton. Ob. Cit., p. 68.

"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".

La Ley No. 26821, en adelante la Ley, regula el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares.

El artículo 3º de la Ley considera recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, entre ellas, menciona, a los minerales.

Los recursos naturales son escasos, ello exige entonces que sean utilizados de una manera que no se desperdicien, en otras palabras, es necesario que sean utilizados de una manera eficiente. Es el análisis económico el que debe proveer las herramientas para establecer cuál es la manera más eficiente de utilizar los recursos naturales.

Una parte de los recursos naturales se regeneran en plazos relevantes para las decisiones de las seres humanas⁹, en tal sentido, se habla de recursos renovables, los que se distinguen de los recursos no renovables o agotables, que son aquellos "cuya oferta aumenta solamente por nuevos descubrimientos mas no por procesos de reproducción"¹⁰.

La distinción entre recursos renovables y no renovables no depende sólo de la capacidad de reproducción sino del plazo en el cual los recursos se regeneran, así, por ejemplo, los árboles son recursos naturales que se regeneran, sin embargo, algunos tipos como el cedro y la caoba, toman casi un siglo para crecer y alcanzar volúmenes que hagan económico su aprovechamiento, en tal sentido, se consideran recursos no renovables¹¹. Asimismo, la capacidad de regenerarse de los recursos renovables no evita la posibilidad que dichos recursos puedan agotarse hasta su extinción.

El carácter renovable o no renovable de un recurso tiene poco que ver con la escasez, "Some (renewable resources) can be very scarce like the huatara lizard in New Zealand or the giant panda in China, while some nonrenewable resources can be abundant. For example, silicon is nonrenewable but is hardly scarce since it accounts for 28 per cent of the earth's crust! Mineral deposits, like most nonrenewable resources, are also stationary in that their location is fixed, and are storable. By contrast, fisheries are fugitive resources which, can and do move, often making their management difficult"¹¹.

Conforme a lo señalado los recursos minerales califican como recursos naturales no renovables.

9 BARRANTES, Roxana. En: *Hacia un Nuevo Dorado. Economía de los recursos naturales*. Lima. Consorcio de Investigación Económica, 1997, p. 10.

10 *Las CIL*.

10 BARRANTES, Roxana. Ob. Cit., p. 14-15. En el mismo sentido, DEVLIN, Rose Anne y otro. Ob. Cit., p. 68.

11 DEVLIN, Rose Anne y otro. Ob. Cit., p. 69-69.

El artículo 4º de la Ley señala que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida por la Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

De conformidad con el artículo 18º de la Ley, los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. Respecto de los minerales, será de aplicación la Ley General de Minería¹².

Ello permite afirmar que en el Perú existe, en principio, un régimen de propiedad estatal respecto a los recursos minerales mantenidos en su fuente ("State Rights") y el Estado se reserva el derecho de asignar a particulares derechos de aprovechamiento de los recursos minerales ("Private Rights") mediante los mecanismos establecidos legalmente.

¿Cuál es el criterio de asignación de la legislación peruana?

La legislación peruana adoptó el criterio del "primer solicitante o peticionario". Mediante este criterio el derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales situados en un determinado lugar será asignado al primer solicitante o peticionario. Este sistema no permite asegurar que el primer solicitante o peticionario sea quien más valore los recursos minerales concedidos, pero incentiva las actividades de prospección y cateo. Dicho procedimiento se inicia mediante la presentación de un petitorio por el interesado ante la autoridad administrativa concluyendo, de ser el caso, con la resolución de la autoridad administrativa competente mediante la cual se asigna el derecho.

La resolución de la autoridad administrativa competente constituye, precisamente, el título, en virtud del cual, su titular podrá ejercer el derecho otorgado. Dicha resolución es un acto administrativo el cual es el resultado de un procedimiento administrativo¹³.

El acto administrativo puede definirse como un acto jurídico realizado por la Administración con arreglo al Derecho Administrativo. Perteneció genéricamente a la categoría de los actos jurídicos y se especifica por ser realizado por la administración y por estar sometido al Derecho Administrativo.

Podemos concluir diciendo que el régimen que adopta el ordenamiento jurídico peruano es el de la propiedad estatal de los recursos minerales mantenidos en su fuente ("State Rights"), pero que el Estado asigna a los particulares derechos de aprovechamiento exclusivo de esos recursos ("Private Rights") a través del sistema del "primer peticionario".

12 La Ley General de Minería fue aprobada mediante el Decreto Legislativo No. 198, siendo su modificación más importante la que se realizó en virtud del Decreto Legislativo No. 706. Mediante el Decreto Supremo No. 016-82-EM, se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. Los artículos citados en este trabajo referentes a la Ley General de Minería corresponden al Texto Único Ordenado.

13 Al respecto Rafael Enrique Cuesta señala: "La elaboración del acto administrativo está, pues, sujeta a una forma, prescribe por el ordenamiento jurídico y que se designa con la expresión de procedimiento administrativo. En consecuencia, puede éste definirse como el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin" (ENTREÑA CUESTA, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, 5ª. Edición, Madrid: Tecnos, 1976, p. 548).

III) ¿Cómo se asignan los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales? La concesión minera como acto

Hemos dicho que, en el ordenamiento jurídico peruano, la asignación de los derechos exclusivos para el aprovechamiento de los recursos minerales se realiza por un acto de la administración. En tal sentido, en el caso de los recursos naturales el artículo 66º de la Constitución Política establece que mediante concesión se otorga el derecho a su aprovechamiento exclusivo.

Dicho acto jurídico administrativo que da lugar al nacimiento de una situación jurídica individual y subjetiva es denominado concesión.

La expresión "concesión" no es unívoca puesto que se le emplea con distintas acepciones, así: dicho vocablo no sólo se utiliza para designar un modo de organización y funcionamiento de servicios públicos, sino también para designar un procedimiento de realización de trabajos públicos, como asimismo para distinguir ciertas ocupaciones privativas del dominio público. Además, en el Derecho Minero el vocablo "concesión" se emplea con un triple significado, así, se refiere al acto administrativo que concede u otorga el derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales, al derecho que se concede y a la "unidad inmobiliaria" objeto del derecho. Del mismo modo, en el campo del derecho privado también se habla de contrato de concesión,

De acuerdo con García Montúfar y Franciskovic: "La concesión minera es un acto estatal que emana de la autoridad competente con la finalidad de autorizar el ejercicio de las actividades de exploración - explotación"¹⁴.

El otorgamiento de la concesión se articula en torno al principio de rogación; es decir, que requiere la previa sumisión del particular para justificar la intervención administrativa. La resolución que otorga la concesión sería así un acto administrativo necesitado de coadyuvante en términos de Forsthoff¹⁵. En tal sentido el otorgamiento de la concesión minera requiere un acto del administrado llamado "petitorio".

Como venimos viendo el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de los recursos minerales, en el ordenamiento jurídico peruano, supone un acto de administración que requiere la petición de un particular.

IV) Asignación eficiente de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales

¿Es eficiente la asignación de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales a través del criterio del primer peticionario?

En 1960, Ronald Coase, premio Nobel de Economía en 1991, en su artículo "The Problem of Social Costs"¹⁶, argumentó que si los costos de transacción son bajos la asignación eficiente de la titularidad ocurrirá sin tomar en cuenta la titularidad inicial; es decir, que la titularidad se acomodará a través del mercado.

En tal sentido, siempre que los costos de transacción sean bajos, lo que significa la ausencia de cualquier impedimento para la libre transferencia de la titularidad o de costos de

14. GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo y Milica Franciskovic Ingusa. *Derecho Minero Común*. Lima: Gráfica Horizonte, 1999, p. 58.

15. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otros. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1969, p. 55.

16. Hay versión castellana en COASE, Ronald. *La Empresa, el Mercado y la Ley*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

negociación, no importa la titularidad inicial, pues a través del mercado las titularidades serán transferidas a quienes más las valoricen.

Sin embargo, Coase reconoce que la suposición que no existan costos derivados de realizar transacciones en el mercado es completamente alejada de la realidad. En efecto, intercambiar bienes y servicios en el mercado implica descubrir con quién se quiere tratar, informar a las personas que uno quiere intercambiar y en qué términos, negociar para alcanzar acuerdos, elaborar los contratos, hacer un seguimiento de la ejecución del contrato para verificar si se cumplen los términos del contrato, etc. Todas estas actividades suponen un costo los cuales, muchas veces, son tan altos que impiden la realización del intercambio. En este sentido, Calabresi y Malamed señalan: "en la práctica, nadie asume que los costos de transacción son iguales a cero. Como el supuesto de ausencia de fricción de los físicos o la Ley de Say en macroeconomía, el supuesto de costos de transacción iguales a cero puede ser un útil punto de partida, un artificio que nos ayuda a ver cómo, a medida que los diferentes elementos que pueden ser llamados costos de transacción devienen relevantes, el objetivo de la eficiencia económica empieza a preferir una distribución de titularidades sobre otra"¹⁷.

Shäfer y Ott explican el Teorema de Coase de la siguiente manera: "En una sociedad en la que:

- 1) los property rights están claramente especificados y las posibilidades de actuación derivadas de ellos son libremente transmisibles y,
- 2) los costes de transacción, es decir, los costes de información, de coordinación en la transmisión de derechos y de ejercicios de éstos son iguales a cero, la asignación de los recursos tiene que ser máximamente eficiente, en el sentido de Pareto, fuera cual fuera la asignación originaria de los property rights"¹⁸.

Seguindo a Coase, entonces, para poder determinar cuál es el criterio de asignación de los derechos para el aprovechamiento de los recursos minerales más eficiente, es necesario que éstos puedan ser transferidos libremente. Si los derechos para el aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales no fueran transferibles, entonces los recursos no podrían ser transferidos, a través de intercambios voluntarios, de usos menos valiosos a los más eficientes. Como veremos más adelante, de acuerdo con la legislación minera los derechos para el aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales son transferibles.

Si los costos de intercambiar los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales son bajos, entonces, no nos debe preocupar si la asignación originaria es eficiente o no. En tal sentido, es imprescindible que el sistema jurídico reduzca los costos de intercambiar los derechos de aprovechamiento exclusivo.

Si bien, es económicamente eficiente que el bien vaya a manos de quien más los valore, debemos tener en cuenta el Teorema de Coase: "si los derechos están bien definidos y los costos de transacción son cero (o pequeños), no importa a quién asigne el sistema jurídico las titularidades de esos derechos porque el resultado eficiente se conseguirá en todo caso

¹⁷ CALABRESI, Guido y Douglas Melamed. *Op. Cit.*, p. 69.

¹⁸ SHAFER, Hans-Bertold y Glas Oti. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Temos, 1991, p. 85. Ver respecto a las condiciones del óptimo de Pareto FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *Op. Cit.*, tomo II, p. 347 y siguientes.

mediante el acuerdo voluntario". Vale decir, que si los costes de transacción no son disuasorios del intercambio, mediante este intercambio los bienes irán a parar en cualquier caso a quien más los valore; es decir, se reasignarán eficientemente.

En este sentido Schäfer y Otto señalan: "Para responder a la cuestión de si el sistema jurídico promueve la eficiencia de Pareto o el despilfarró, no es determinante la imputación originaria, sino la distribución fáctica de los derechos de actuación como consecuencia de la celebración de transacciones. Sólo ella determina qué recursos pueden utilizarse, cuándo, cómo y con qué objeto. El problema decisivo consiste en averiguar cómo influye, si es que lo hace, la atribución original de los property rights en su distribución fáctica determinante para la aplicación de los recursos. Esta cuestión fue tratada por el inglés Ronald Coase en su ya citado «The Problem of Social Costs»¹⁹.

V) Naturaleza de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales: la concesión minera como situación jurídica subjetiva

El primer párrafo del artículo 23º de la Ley señala que la concesión otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible sobre el recurso natural concedido.

La concesión minera, de acuerdo al artículo 9º de la Ley General de Minería, otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentran dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o polígono cerrado, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). En tal sentido, el término concesión puede referirse a la situación jurídica subjetiva y al sólido de profundidad indefinida sobre el cual recae ("unidad inmobiliaria").

Asimismo, el artículo 127º de la Ley General de Minería señala: "Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente, dentro de una superficie debidamente determinada, las actividades inherentes a la concesión..." (el subrayado es nuestro).

En síntesis, la concesión minera otorga a su titular el derecho para el aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales concedidos (recursos valiosos) dentro de una área debidamente delimitada.

La situación jurídica subjetiva²⁰

Schäfer y Ott afirman que los bienes deben ser concebidos como "un haz de derechos y, consecuentemente, su intercambio como intercambio de un haz de derechos"²¹. En el mismo sentido Alchian y Demsetz señalan: "Lo que se posee no es el recurso en sí, sino un bloque o una porción de derechos a usar un recurso"²².

19. SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus Ott, *Op. Cit.*, p. 85. Cabe advertir que la expresión "Property Rights" no debe ser identificado con nuestro "Derecho de Propiedad" pues la primera tiene un sentido más amplio respecto a las titulaciones, así, por ejemplo, el derecho a utilizar un bien, el derecho de apropiarse de la renta obtenida con la explotación de un bien, el derecho a modificar la forma de un bien.

20. Ver al respecto ESCOBAR ROZAS, Freddy, "Constitucional Estado de la Relación Jurídica - Intersubjetiva". En: *Thémis, Revista de Derecho*, No. 38, p. 15 y siguientes.

21. SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus Ott, *Op. Cit.*, p. 83.

22. ALCHIAN, Armen y Harold Demsetz, "El Paralelismo de los Derechos de Apropiación". En: *Revista Pública Española*, p. 310.

Podríamos definir a la situación jurídica subjetiva como un conjunto de derechos y deberes, la cual describe lo que sus titulares pueden o no hacer con los recursos; la medida en que pueden poseer, usar, transformar, transferir o excluir a otros sujetos. En tal sentido el valor de un bien se determina por la atribución de derechos sobre él. "un terreno que sólo se puede utilizar para labores agrícolas tiene, en la mayoría de los casos, menos valor que un terreno vecino que sea edificable"²³.

En efecto, la expresión "situación jurídica subjetiva" permite representar una particular posición de un sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico, posición o situación que trae como correlato el otorgamiento de un complejo de derechos y deberes²⁴.

El nexo entre la situación jurídica subjetiva y el sujeto de derecho es la "titularidad", la cual se presenta de distintas formas que permiten distinguirla "titularidad actual" de la "titularidad virtual o potencial". Al respecto Perlingieri señala: "La titularidad actual se puede definir en términos de pertenencia: la situación que es inmediatamente relacionable a un sujeto le pertenece"²⁵, más adelante el profesor de la Universidad de Salerno añade, que la titularidad virtual o potencial "se expresa con la noción de expectativa. Mientras pertenencia se refiere a la actualidad de la situación final, es decir a la existencia de un título idóneo a la adquisición de la titularidad definitiva. El sujeto no tiene la titularidad actual del derecho o de la situación jurídica, pero tiene ya un título para adquirirla"²⁶.

El artículo 923º del Código civil describe a la situación jurídica subjetiva llamada propiedad como "el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien...". En tal sentido, podemos decir que el ordenamiento jurídico tipifica ciertas situaciones jurídicas subjetivas sobre la base de su contenidos; es decir, haciendo un elenco de los derechos y deberes que la componen; la propiedad es obviamente la situación jurídica subjetiva más completa, respecto a la cual las otras situaciones jurídicas subjetivas se califican como limitadas.

La concesión minera como situación jurídica subjetiva

La concesión minera supone la titularidad actual, mientras el petitorio supone una titularidad virtual o potencial en términos de Perlingieri. El petitorio no confiere al sujeto de derecho la titularidad actual de la situación jurídica subjetiva, pero tiene ya un título para adquirirla.

El artículo 9º de la Ley General de Minería señala que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos naturales concedidos, que se encuentran dentro de un sólido de profundidad indefinida... (el subrayado es nuestro). A este tipo de concesión Ossa Bulnes la llama "concesión única" por cuanto comprende tanto la actividad de exploración como la de explotación y la considera como un "concepto revolucionario" con relación a la legislación minera en América Latina²⁷.

Pero la concesión minera, como situación jurídica subjetiva, no se limita al derecho de explorar y explotar los recursos minerales concedidos, que se encuentran dentro de un sólido de

23 SCHÄFER, Hans-Bernd y otros. *Op. Cit.*, p. 83.

24 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de Derecho de las Personas*, Lima, p. 21.

25 PERLINGIERI, Piero. *Op. Cit.*, p. 254.

26. *Loc. Cit.*

27 OSSA BULNES, Juan Luis. "Avances de la Legislación Minera en América Latina". *En: Revista de Derecho Minero y Petrolero*, Año 30, IX, No. 57, 1999, p. 22.

profundidad indefinida, sino que supone un complejo haz de derechos y deberes (cargos).

En este sentido, el artículo 10º de la Ley General de Minería señala: "La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta ley reconoce al concesionario..." [el subrayado es nuestro]. En el mismo sentido, el artículo 127º de la Ley General de Minería dispone:

"Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho a ejercer exclusivamente, dentro de una superficie debidamente delimitada, las actividades inherentes a la concesión, así como los demás derechos que le reconoce esta ley, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan" [el subrayado es nuestro].

La Ley General de Minería llama concesión minera a la situación jurídica subjetiva que, como elemento nuclear, comprende dos actividades: la exploración y la explotación. Dicha denominación, sin embargo, podría no ser la más adecuada, pues parecería que otras actividades como la de labor general, beneficio y transporte, no son mineras²⁸.

La exploración se define en el primer párrafo del artículo 8º de la Ley General de Minería:

"La exploración es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales".

La concesión minera otorga entonces el derecho a su titular de explorar; es decir, de realizar una serie de actividades con el fin de obtener información para identificar depósitos minerales con valor económico y a establecer su tamaño, composición, forma y ley de la mina que los contiene. Los métodos de exploración incluyen estudios geológicos, geoquímicos y geofísicos, perforaciones con taladros, trincheras y taladros superficiales y subterráneos²⁹.

La explotación se define en el segundo párrafo del artículo 8º de la Ley General de Minería:

"La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento.
Desarrollo es la operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en el yacimiento".

La concesión minera comprende, además, el derecho de explotar; es decir, de extraer los recursos minerales concedidos.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 23º de la Ley, "la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la

28 Por ello Javier Barco sugiere denominarla «concesión de exploración y explotación» al señalar: "...cuando se dice concesiones mineras yo entiendo que es el género, vale decir, comprende las concesiones que abarcan las actividades exploratorias y de explotación y, seguidamente, la de labor general, la de beneficio y la de transporte. Empero, muchas veces, por un defecto de interpretación —cuando se refiere concretamente a las concesiones mineras— se entiende con un criterio restringido y que única y exclusivamente comprenden las actividades de exploración y explotación". BARCO SARAVIA, Javier, "Concesiones Mineras". En: *Revista de Derecho Mineo y Petrolero*, Año XLVI, No. 55, Lima, 1997, p. 29.

29 Guía para la elaboración de informes de exploración, recursos y reservas minerales, p. 2. "En la etapa de exploración no sólo se ubica y determina la cantidad aproximada de los cuerpos minerales, sino que también se establecen los valores promedio de mineralización y las características físicas del recurso. Además se establece la viabilidad de la recuperación metalúrgica, es decir, el porcentaje del mineral de la ley de cabeza que se recuperará en el concentrado" SEINFELD, Janice y otros, *Introducción a la Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente*, Lima, Universidad del Pacífico, p. 124.

propiedad de los frutos y productos a extraerse”.

Estructura de la concesión minera

Definir la concesión minera como “el derecho a la exploración y explotación de los recursos naturales concedidos” es reducir y simplificar el problema. La concesión minera es toda la situación de poder que el ordenamiento jurídico concede al titular para el aprovechamiento de los recursos minerales. El derecho de explorar y explotar los recursos minerales concedidos aparece como un centro de unificación de facultades jurídicas. En la concesión minera su núcleo central está constituido por la facultad de explorar y explotar los recursos minerales concedidos pero no se agota aquí. Existen además, como hemos visto, una porción de facultades que permiten al titular un aprovechamiento eficiente de los recursos minerales.

La visión sería sólo parcial si nos limitamos a concebir la concesión minera como un conjunto de facultades, puesto que el ordenamiento jurídico impone a su titular determinados deberes.

Por ello, definir a la concesión minera como un “derecho subjetivo” no permite describir claramente la realidad³¹, es más adecuado utilizar la expresión “situación jurídica subjetiva”.

En efecto, la expresión “situación jurídica subjetiva” permite representar una particular posición de un sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico, posición o situación que trae como correlato el otorgamiento de un complejo de derechos y deberes. El valor de un bien se determina por la atribución originaria de derechos de actuación sobre él³².

Del mismo modo, la concesión minera no sólo comprende derechos sino también los cargos señalados entre el artículo 38º y 43º de la Ley General de Minería, así como los que se indican entre el artículo 48º al 56º de la misma Ley. Cabe advertir que, si bien la Ley General de Minería habla de “obligaciones”, técnicamente son cargos³³.

El derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales como derecho real

De acuerdo con el artículo 22º de la Ley:

“Las leyes especiales, al normar el alcance del derecho de aprovechamiento sostenible sobre los recursos naturales, deberán contemplar en forma precisa los atributos que se conceden, sean éstos de carácter real o de otra naturaleza”.

Así, el artículo 10º de la Ley General de Minería señala:

“La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al Concesionario. Las concesiones son

31. Ello también ocurre, por ejemplo, con el crédito, ver al respecto: DIEZ-PICAZO, Luis, “Contenido de la relación obligatoria”. En: *Estudios de Derecho Privado*, Madrid: Civitas, p. 125-140.

32. SHAFER, Hans-Bernd y Claus Oll, *Ob. Cit.*, p. 83.

33. Tanto la obligación como la carga suponen la necesidad de realizar una conducta, pero se diferencian en el interés a favor de quién debe realizarse dicha conducta. En la obligación la conducta del deudor se realiza en interés ajeno (del acreedor), por tanto éste puede exigir la realización (pretensión de cumplimiento). En la carga la conducta se realiza en interés propio, por tanto, la no realización de la conducta lesiona un propio interés por lo que no procede exigir la conducta (ver al respecto CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Los Cargos del Arrendador en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1988). El no pago del derecho de vigencia no puede ser exigido por el Estado, en todo caso, puede dar lugar a la extinción del derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales.

irrevocables, en tanto, el titular cumpla las obligaciones que esta Ley exige para mantener su vigencia" (el subrayado es nuestro)³³

Sin duda alguna el artículo citado reconoce a la concesión minera como una situación jurídica subjetiva y, adicionalmente, le concede el carácter de derecho real. ¿Qué es un derecho real?

El nexo entre la situación jurídica subjetiva y el sujeto de derecho es la "titularidad". La titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas sólo resultan oponibles a quienes conocen de éstas: en otras palabras, el titular de una situación jurídica subjetiva, en principio, sólo puede oponer su titularidad a los terceros, que son los sujetos que no han intervenido en la creación o transmisión de la titularidad de la situación jurídica subjetiva, que conocen de ella. Ese conocimiento se logra por diferentes medios. Algunos de tales medios, como ejemplo la notificación, no permiten brindar información "generalizada" salvo a un costo muy alto (ejemplo, notificar a todas las personas). El Derecho establece mecanismos de publicidad que pretenden brindar información "generalizada" a un menor costo, así el Registro o la posesión, se habia entonces de situaciones jurídicas oponibles "erga omnes" cuando se han utilizado estos mecanismos³⁴.

No obstante, nuestro legislador ha considerado que existen ciertas situaciones jurídicas subjetivas que por sí mismas deben considerarse conocidas por todos: es decir, que desde su constitución son "oponibles erga omnes" sin necesidad de publicidad, ellas son las situaciones jurídicas subjetivas reales o simplemente: derechos reales.

Nuestro Código Civil considera que los derechos reales son oponibles "erga omnes" "ab-initio" sin requerir un mecanismo de publicidad. Así, por ejemplo, si un predio al cual se le ha impuesto una servidumbre la cual no ha sido inscrita es vendido, el adquirente no puede desconocer la servidumbre invocando su falta de publicidad (su no oponibilidad). De acuerdo con el artículo 1509° del Código civil: "Hay lugar al saneamiento cuando existan cargas, imitaciones o gravámenes ocultos y de los que no se dio noticia al celebrarse el contrato, si éstos son de tanta importancia que disminuyen el valor del bien, lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto". En tal sentido, el adquirente podrá solicitar la resolución del contrato ("acción redhibitoria" según el artículo 1511° del Código civil) o podrá pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón del vicio ("acción estimatoria" según el artículo 1513° del Código Civil) pero en ningún caso, reiteramos, podrá desconocer el derecho real de servidumbre alegando su no oponibilidad por falta de publicidad. Reconocemos que tal posibilidad implica una gran inseguridad en el tráfico jurídico aunque el mismo ordenamiento jurídico brinde mecanismos de protección como las obligaciones de saneamiento.

Por otro lado, en el caso de la propiedad transferida en virtud del artículo 949° del Código Civil y no inscrita, el titular podrá oponerla a cualquier tercero salvo a uno; al tercero que haya adquirido el bien de buena fe y haya inscrito tal adquisición conforme se desprende del artículo 1135° del Código civil³⁵.

33 Del mismo modo el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de Chile establece que las concesiones mineras son derechos reales.

34 Ver al respecto BULLARD, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*. Lima: Lluvia Editores, 1995; PÉREZ LAZALA, José Luis. *Derechos reales y derechos de crédito. Consideración especial del arrendamiento*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

35 Si la adquisición sólo consta en documento privado no se le podrá oponer al tercero de buena fe que haya adquirido el mismo bien y cuya adquisición conste en documento de fecha cierta.

Dado que, en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos reales son tales por sí mismos, es imprescindible conocer cuáles son. Así, el artículo 881º del Código civil, establece una enumeración limitativa de los derechos reales ("numerus clausus"): "Son derechos reales los regulados en este libro³⁶ y otras leyes". En tal sentido, la concesión minera es un derecho real porque el artículo 10º de la Ley General de Minería así lo establece.

La explicación del por qué el legislador le atribuye a la concesión minera el carácter de derecho real la encontramos con Díez-Picazo cuando dice: "...la consideración de un derecho como derecho real se encuentra en función de exigencias prácticas, que a su vez se relacionan con la protección que a tal derecho se le quiere conceder. No cabe duda que el derecho resulta más vigorosamente protegido articulándolo como derecho real que como simple derecho personal o de crédito"³⁷.

El titular del derecho real tiene la facultad de disposición de su derecho; es decir, la posibilidad de enajenarlo, autolimitarlo, gravarlo o extinguirlo mediante renuncia; con los límites establecidos en la Ley.

Como señala López Jacoiste citado por Díez-Picazo: "la urgencia por conseguir una productividad máxima en cuanto que es factor de un beneficio social ha traído como secuela la idea de explotación, que equivale a extracción del máximo rendimiento posible de las cosas o de la mayor utilidad que pueda proporcionar. Con ello, las ideas de titularidad y de explotación han quedado estrechamente implicadas"³⁸.

La concesión minera permite a su titular la explotación de un bien hacienda suyos los productos de dicho bien. La idea de explotación supone la utilización del bien para la obtención de beneficios no sólo individuales sino, además sociales, por tanto, la sociedad exige que la explotación de los recursos minerales reporte las máximas ventajas a la economía colectiva.

La concesión minera es una situación jurídica subjetiva con contenido propio que la diferencia de otras situaciones jurídicas subjetivas reales tipificadas en el ordenamiento jurídico; es decir, que el contenido de la situación jurídica subjetiva llamada concesión minera no se identifica con el contenido de otras situaciones jurídicas subjetivas tipificadas por el ordenamiento jurídico.

VI) La concesión minera como objeto de la situación jurídica subjetiva

Mediante el otorgamiento de una concesión minera, entendida como situación jurídica subjetiva, el Estado reconoce al titular el derecho de explorar y explotar exclusivamente, dentro de una superficie debidamente delimitada, los recursos minerales concedidos. En otras palabras, ese derecho de explorar y explotar recae sobre un objeto determinado.

Conforme el artículo 11º de la Ley General de Minería, la unidad básica de medida superficial de la concesión minera es una figura geométrica, determinada por coordenadas UTM, con una extensión de 100 hectáreas. Las concesiones se otorgarán en extensiones de 100 hectáreas a 1.000 hectáreas.

36. Se refiere al libro V del Código civil.

37. Díez-Picazo, Luis. Fundamentos..., Ob. Cit., volumen II, p. 65-66.

38. Díez-Picazo, Luis. Fundamentos..., Ob. Cit., volumen II, p. 99.

Llamamos concesión minera en sentido material a un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas UTM. Este espacio delimitado forma una unidad en el tráfico jurídico. La creación de esta unidad, depende del arbitrio del peticionante, dentro de los límites de extensión señalados por la Ley General de Minería.

En tal sentido nuestra legislación minera utiliza la expresión concesión minera para referirse tanto al aspecto subjetivo como al objetivo. La legislación minera mexicana utiliza terminología distinta para referirse a la concesión minera en sentido subjetivo y a la concesión minera en sentido objetivo. En tal sentido, la concesión minera es la situación jurídica subjetiva mientras el "Lote Minero" es el objeto sobre el cual recae tal situación jurídica subjetiva³⁹.

De acuerdo con la Ley General de Minería la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada. No obstante debemos tener presente que tal diferenciación es sólo jurídica pues físicamente se confunden. Por tanto, la titularidad de la concesión minera se conecta con la propiedad del predio, pero como titularidades distintas, que recaen sobre objetos jurídicos que son distintos.

Individualización de la concesión minera como bien jurídico

Para la identificación de una concesión minera en sentido material es necesario individualizarla y describirla de la manera más perfecta posible. Al momento de presentar el pedimento de la concesión minera debe indicarse su situación, sus linderos y su medida superficial. Asimismo, de acuerdo con el artículo 119º de la Ley General de Minería debe dársele un nombre.

La situación o ubicación - la situación se establece mediante la mención del lugar donde se encuentra ubicada la concesión minera; así la indicación del paraje, cerro o quebrada, el distrito, provincia o región donde se encuentra ubicada.

Medida superficial o cabida - se expresa en hectáreas.

Los linderos - los confines o linderos constituyen el medio más importante de individualización de una concesión minera. Como señala Díez-Picazo: "La individualización resulta de la traducción en acto de una división del suelo llevada a cabo mediante el trazado de líneas, que, delimitando la extensión de la zona que se trata de separar o la contigua, la constituyen en unidad autónoma e independiente como objeto de derecho"⁴⁰.

El nombre - los linderos son el medio de individualización de la concesión minera; no obstante, para simplificar la referencia a cada concesión minera entendida como unidad inmobiliaria éstas reciben un nombre.

La publicidad y las concesiones mineras

Como señala Díez-Picazo: "la publicidad no es en rigor otra cosa que la actividad tendente a lograr que algo sea público. Y público es lo que resulta manifiesto, conocido o notorio. Cuando

39 El primer párrafo del artículo 12º de la Ley Minera de México señala: "Toda concesión, asignación o zona que se incorpore a reservas mineras deberá referirse a un lote minero, sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales y cuya cara superior es la superficie del terreno, sobre la cual se determina el perímetro que comprende".

40 DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos..., ob. cit., volumen II, p. 174.

se habla de publicidad en el Derecho privado se alude a una fundamental necesidad de que determinados actos o negocios jurídicos entre partes puedan ser o sean conocidos por la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para que puedan serlo⁴¹.

A través de la publicidad se hacen manifiestas las situaciones jurídicas subjetivas y se dan a conocer a la comunidad los actos jurídicos que pueden modificar tales situaciones jurídicas subjetivas.

La concesión minera es una situación jurídica subjetiva que tiene como núcleo el derecho exclusivo de aprovechamiento de los recursos minerales existentes dentro de un área determinada (concesión minera como objeto). Esa exclusividad supone que el titular del derecho puede excluir a terceros del aprovechamiento de los recursos minerales en dicha área. Para que ello sea posible, es necesario que los terceros conozcan o estén en posibilidad de conocer a quién corresponde la titularidad de las concesiones mineras. De la misma manera es necesario que se conozcan los actos jurídicos que puedan generar una modificación jurídica en aquellas situaciones jurídicas subjetivas o titularidades.

Los instrumentos de publicidad que pueden ser utilizados por el ordenamiento jurídico son de diverso tipo. La creación de signos de reconocibilidad se logra, básicamente, a través de dos mecanismos: la posesión y la inscripción en un registro público.

De acuerdo con Díez-Picazo: "Los registros constituyen archivos donde se almacenan, de una u otra forma organizados, informaciones escritas, documentos, copias de documentos o transcripciones completas o abreviadas de los documentos, trasladadas a libros o a ficheros, respecto de hechos y actos jurídicos de notoria relevancia en relación con las situaciones jurídicas"⁴².

La publicidad registral inmueble funciona sobre la base de cosas inmuebles que son susceptibles de identificación y que hayan sido inmatriculadas, es decir, que hayan ingresado en el registro. En el registro se inscriben los títulos, vale decir los actos jurídicos a través de los cuales se ha producido o debe producirse un efecto jurídico en relación a un bien inmueble inmatriculado. De esta manera el registro proporciona a toda la comunidad información respecto de los derechos derivados de títulos que han sido objeto de inscripción respecto a bienes inmuebles previamente inmatriculados. En tal sentido, Lacruz en España señala que en el Registro de la Propiedad español se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos.

El Registro de Derechos Mineros del Registro Público de Minería parte de los mismos criterios. La unidad básica del sistema registral es la concesión minera entendida en el sentido objetivo (unidad inmobiliaria). El Registro es un registro que se lleva por concesiones mineras y que proporciona a toda la comunidad información respecto de los derechos derivados de títulos que han sido objeto de inscripción respecto a concesiones mineras (unidades inmobiliarias) previamente inmatriculadas. El régimen de publicidad registral tiene su punto de partida en un asiento de inmatriculación.

La "inmatriculación" es la apertura de un folio registral ocasionada por el ingreso al registro

41- Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos...*, ob. cit., volumen II, p. 236.

42- Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos...*, Ob. cit., volumen II, p. 239.

de una concesión minera, entendida como unidad inmobiliaria, en virtud de la inscripción del título constitutivo. Conforme a los artículos antes citados del Reglamento del Registro Público de Minería la inmatriculación opera con el petitorio y el peticionario se convierte en titular de un derecho expectaficio. Una vez que se otorga el título definitivo, éste se inscribe con lo cual el derecho de aprovechar en forma exclusiva los recursos minerales, que se ubican dentro de esa unidad inmobiliaria, se publicita.

El Catastro Minero es el censo de todas las concesiones mineras existentes en el país y comprende básicamente operaciones geométricas que permiten determinar la ubicación, medidas y superficie de la concesión minera entendida como unidad inmobiliaria. En otras palabras, el Catastro se refiere a la conformación física de la concesión minera; ubicación, límites del inmueble y medida lineales, angulares y de superficie de la unidad inmobiliaria; todo ello obtenido de acuerdo con el procedimiento practicado de conformidad con la Ley⁴³.

VII) Características esenciales de un sistema de Asignación

El sistema de asignación de derechos exclusivos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales consiste en la asignación a determinadas personas de derechos para usar una determinada parte de lo que es común y poder excluir de su uso a los demás. Como señala Torres López, un sistema de asignación para adecuarse al criterio de eficiencia es necesario "que disponga de tres características esenciales: la universalidad, la exclusividad y la transferibilidad"⁴⁴.

La universalidad requiere que todos los recursos que sean escasos deben ser objeto de titularidad; es decir, debe ser apropiada para evitar el uso excesivo.

La exclusividad supone la posibilidad, garantizada jurídicamente, de excluir a los demás del consumo de los recursos minerales. Todos los beneficios y costos de la (propiedad) de un recurso, así como su uso, son asumidos por el titular.

La transferibilidad "si ésta no se diera, los recursos no podrían ser transferidos, por medios de intercambios voluntarios, de los usos menos valiosos a los más eficientes"⁴⁵; es decir, debe ser posible la transmisión de los derechos a quien esté dispuesto a pagar más por ellos. La transferibilidad supone minimizar los costos de transacción.

La exclusividad: cómo se protege el disfrute pacífico del derecho de aprovechamiento exclusivo de recursos minerales

Randall señala: "Existen ciertamente incentivos para violar los derechos que se refieren a la posesión y transferencia de propiedades. Robar es más barato que comprar, si el ladrón tiene la seguridad de que no será aprehendido y castigado. La contaminación es una manera barata de eliminar desperdicios, si quien contamina tiene la seguridad de que los derechos de otros (propietarios y no propietarios) no se pondrán en vigor"⁴⁶.

43 Ver LASTRES BÉRMUDEZ, Enrique. "El catastro minero nacional". En: *Revista de Derecho Minero y Petrolero*. Año XLVI, No. 55, Lima, 1997, p. 45.

44 TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 49. En el mismo sentido PASTOR, Santos. *Sistema Jurídico y Económico. Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 144-145.

45 TORRES LÓPEZ, Juan. *Op. Cit.*, p. 49.

46 RANDALL, Alvin. *Economía de los Recursos Naturales y Política Ambiental*. México: Editorial LIMUSA, 1985, p. 174.

En tal sentido, la vigencia de los derechos implica descubrir las violaciones, aprehender a los infractores y aplicarles el castigo correspondiente, por ello al especificar los derechos de aprovechamiento exclusivos se debe incluir la especificación de las sanciones que corresponden a su violación. "Para ser vigentes las sanciones especificadas deben ser lo suficientemente grandes para exceder los beneficios que cualquiera esperaría obtener de una violación"⁴⁷.

El titular de la concesión minera tiene el derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales concedidos ubicados dentro de un área determinada. En tal sentido, podrá excluir a cualquier persona del aprovechamiento del valor económico de los recursos concedidos en dicha área.

Asimismo, el ordenamiento jurídico debe establecer una serie de medidas de seguridad para proteger el disfrute pacífico del derecho de aprovechamiento exclusivo de recursos minerales sin estar sometido al permanente riesgo de que alguien lo desposee, aproveche los recursos concedidos o la perturbe en su pacífica posesión (seguridad jurídica).

En efecto, si bien es cierto que, de una manera privada, es posible adoptar medidas de seguridad con el fin de impedir cualquier tipo de perturbación en el disfrute de los recursos minerales concedidos (seguridad privada), debe tenerse en cuenta, como señala Paz-Ares que el factor decisivo que ha llevado a todas las sociedades a optar por la seguridad jurídica en lugar de la seguridad privada "reside en el altísimo coste de mantenimiento de un sistema generalizado de seguridad privada. Es decir, el factor decisivo ha sido la eficiencia que, definida *grasso modo*, consiste en la maximización de los beneficios totales y la minimización de los costos totales"⁴⁸.

En tal sentido, el titular cuenta con una serie de medidas represivas para poner fin a una perturbación o lesión que se haya consumada:

- Pretensión de cesación, destinada a hacer que alguien cese en la interferencia de su derecho de aprovechamiento.
- Pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados al invadir el ámbito o esfera de su derecho de aprovechamiento.
- Pretensión de devolución de los minerales o del valor de los minerales extraídos.
- Acción sancionadora penal.

VIII) La transferibilidad

Como señala Posner: "A fin de facilitar la transferencia de recursos, de los usos menos valiosos a los más valiosos, en principio la Ley debería hacer que los derechos de propiedad sean libremente transferibles"⁴⁹. En otras palabras, para conseguir que los recursos sean transferidos

47. *Loc. Cit.*

48. PAZ-ARES, Cándido. "Seguridad jurídica y seguridad de tráfico". En: *Revista de Derecho Mercantil*, No. 175-176. Enero-Junio. Madrid, 1993, p. 11. En efecto, la seguridad podría obtenerse anejando el perímetro, contratando guarderías, colocando circuitos cerrados de televisión, etc. que impidan el acceso de terceros. Sin embargo este tipo de seguridad genera altos costos de transacción que son aquellos que se derivan de la inversión en el enrejado o en la instalación del circuito cerrado de televisión y en el pago de las remuneraciones a los vigilantes. Serían costos tan altos que en muchos casos no sería posible adoptar medidas de seguridad. Como señala Paz-Ares: "El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo, es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar los costos sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el costo social de la gestión excedería de los costos privados. El sistema acabaría deponiéndose en una economía de mala subsistencia. Mas esa misma seguridad o su logro no es económicamente factible a través de los esfuerzos privados, puede lograrse,afortunadamente, por una vía indirecta mucho menos costosa: a través del sistema jurídico" (PAZ-ARES, Cándido. *Op. Cit.*, p. 11-12).

49. POSNER, Richard. *Op. Cit.*, p. 79.

de usos menos valiosos a los más valiosos, el ordenamiento legal debe permitir que la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas sean libremente transferibles.

Respecto a los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales debemos tener en cuenta el tercer párrafo del artículo 23° de la Ley:

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

La transferibilidad de la titularidad de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales puede producirse "mortis causa" o par actus entre vivos⁵⁰. Nos ocuparemos sólo de ésta última.

El sistema de transferencia de titularidades

La adquisición de la titularidad de una situación jurídica subjetiva puede ser originaria o derivada. Esta distinción se funda en la existencia o no de una relación entre transferente y adquirente. En la adquisición originaria no se da dicha relación (ejemplo, la apropiación).

La adquisición derivada supone que la titularidad se adquiere en virtud de la cooperación de otro sujeto; ello supone entonces una relación entre dos agentes. Esta adquisición supone dos posibilidades⁵¹:

- Una de los agentes transfiere al patrimonio del otro la titularidad de una situación jurídica subjetiva ya existente en el propio, lo que se denomina "adquisición derivativa translativa"; así, por ejemplo, cuando Primus transfiere la titularidad de la propiedad sobre su automóvil a Secundus; o.
- Uno de los agentes hace surgir en el patrimonio del otro agente la titularidad de una situación jurídica subjetiva que, como tal, no existía, lo que se llama "adquisición derivativa constitutiva"; así, por ejemplo, la constitución de una hipoteca, donde la situación jurídica subjetiva "hipoteca", que no existía como tal, se crea otorgándosele la titularidad a otro agente.

En este mismo sentido, Albaladejo distingue los negocios de disposición constitutivos y de disposición translativos, los primeros "transferen un derecho existente anteriormente (transmisión, por ejemplo, la propiedad), o que, den vida a un derecho nuevo (como si el pleno propietario gravó su casa creando un derecho de usufructo para ella)"⁵².

La adquisición derivativa translativa supone una actividad propia y frecuente de la sociedad

50 La Legislación minera mexicana sí lo establece de manera expresa. Así el artículo 19° y 23° de la Ley Minera de México señalan que las concesiones de explotación y de explotación confieren derecho a transmitir su titularidad. Del mismo modo el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de Chile establece oportunamente que las concesiones mineras son "transferibles y transmisibles".

51 Ver al respecto FANELLI, *Questioni di diritto privato*, Volume I, Società Editrice Dante Agnelli, centocinquantesima edizione, Città di Castello, 1967, p. 39 y siguientes.

52 ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Barcelona: Llibreria Bosch, 1933, p. 73.

moderna, donde las necesidades se satisfacen a través de la cooperación ajena, que proporciona los bienes y servicios requeridos. A propósito Fernando de Trazegnies señala: "En la sociedad moderna las necesidades individuales se satisfacen a través del mercado y el mercado es inconcebible sin referencia al conjunto, sin referencia a la sociedad toda, porque no consiste en otra cosa que en un intercambio generalizado de bienes y servicios"⁵³.

Esa relación de cooperación, propia de la sociedad moderna, es regulada por un marco jurídico y, como señala Torres López: "El derecho de los contratos, por lo tanto, es el medio que permite el intercambio de derechos y obligaciones y quien garantiza que dicho intercambio se realice con seguridad"⁵⁴.

La transferencia derivativa translativa

En virtud de todo contrato que tiene como función económica transmitir la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas, se busca que el "titular" transfiera la titularidad de una situación jurídica subjetiva a otro sujeto que requiere satisfacer sus necesidades mediante su disfrute.

Un contrato con función translativa, busca satisfacer las necesidades de un sujeto determinado a través de la transmisión de la titularidad de una situación jurídica subjetiva por otro sujeto; lo que en términos jurídicos significa que busca producir un "efecto translativo"; es decir, se procura una sucesión en la titularidad: el titular actual (transferente) deja de serlo y otro ocupa su lugar (adquirente).

Es importante aclarar algunas cuestiones terminológicas. La adquisición derivativa translativa, supone un sujeto que "transfiere" y otro que "adquiere". En tal sentido, los términos "transferencia" y "adquisición" se refieren a un mismo acto pero visto desde dos situaciones diferentes: la del transferente y la del adquirente.

Las expresiones "sucesión" o "cesión" suponen, en cambio, la sustitución de un sujeto en el lugar que otro ocupaba. Mientras que en las expresiones "transferencia" y "adquisición" el acento está en el aspecto objetivo del fenómeno, en las expresiones "sucesión" o "cesión", el acento se encuentra en el aspecto subjetivo⁵⁵.

Cualquiera de dichas expresiones pueden ser utilizados para referirse al mismo fenómeno. La transferencia o adquisición de la titularidad de una situación jurídica subjetiva suponen la sustitución o cesión de la titularidad de dicha situación jurídica subjetiva.

La causa de la transferencia de la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas

Hemos dicho que la transferencia derivativa-translativa supone la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva ya existente o, visto desde otra perspectiva supone una modificación en la titularidad de una situación jurídica subjetiva preexistente.

Estudiar la causa del efecto translativo, implica determinar cuál es el hecho jurídico (en

53 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Marco Institucional: tarea indispensable de la sociedad civil y el gobierno". En XXXIII Conferencia Anual de Ejecutivos. CADE 85. "Perú: empresa, hacia una sociedad para el crecimiento". Cuaco 1-4, noviembre de 1993. Organizado por IPAE, Lima, Perú, p. 346.

54 TORRES LÓPEZ, Jean. *Ob. Cit.*, p. 96.

55 Una aplicación delimita ver en DÍEZ-PICAZO, Luis y otros. *Sistemas de Derecho Civil*, (volumen I), Madrid: Tecnos, 1990, p. 489 y siguientes.

sentido lato] que origina la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de una situación jurídica subjetiva.

Como ya hemos anticipado, el contrato es el instrumento para hacer efectiva los intercambios, lo que significa, por lo menos en principio, que el acuerdo de voluntades entre las partes (transferente y adquirente) es la causa de cualquier transferencia. Los contratos que tienen como función económica permitir la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva los denominaremos "contratos translativos" o más precisamente "contratos con función translativa".

No obstante el contrato por sí solo no permite a los terceros conocer de la transferencia efectuada; en tal sentido, ello afecta el carácter de exclusividad de las situaciones jurídicas subjetivas.

La exclusividad supone la posibilidad de excluir a los demás del uso y consumo de un recurso, para poder excluir a los demás se requiere que éstos conozcan de la titularidad; a través de los mecanismos de publicidad se logra la oponibilidad absoluta frente a terceros.

La exclusividad requiere de mecanismos que permitan publicitarla a bajos costos; es decir, que los terceros (los excluidos) conozcan al titular de la situación jurídica subjetiva. Así Cantuarias señala: "el Derecho debe buscar aquellos mecanismos que sean seguros, de rápido y fácil acceso por los particulares y sobre todo lo menos onerosos posibles"⁵⁶. En otras palabras, deben buscarse mecanismos que permitan brindar a los terceros información respecto a las variaciones en la titularidad de una situación jurídica a un bajo costo. Ello permite, entonces, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos⁵⁷.

Transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas por actos entre vivos: sistemas de transferencia

Se reconocen dos grandes sistemas para la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetiva por actos entre vivos:

- 1) Sistema de la causa única; y,
- 2) Sistema de la doble causa.

Sistema de la causa única

En este sistema la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva se produce como consecuencia de un solo acto: el contrato con función translativa. Es decir, basta el acuerdo de las partes para considerar que la titularidad que se encuentra dentro del patrimonio de un sujeto se transfiere al patrimonio de otro sujeto.

Sistema de la doble causa

En este sistema la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva se produce

⁵⁶ CANTUARIAS, Fernando. "La Función Económica del Derecho: a propósito de los Derechos de Pronta e Hipoteca". En: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 68.

⁵⁷ En tal sentido refiriéndose a la propiedad ver BULLARD, Alfredo. "Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)". En: *Derecho*. Facultad de Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú, Diciembre, 1991, p. 138.

como consecuencia de dos actos:

- a) un acto de obligación, el contrato con función translativa; en virtud del cual sólo se genera la obligación de transferir la titularidad y
- b) un acto de disposición, que es un mecanismo de publicidad; en virtud del cual se produce el cumplimiento de la obligación de transferir.

La transmisibilidad por actos entre vivos de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales: Los contratos de transferencia

La Ley General de Minería se refiere, en el artículo 164^o, a los contratos de transferencia señalando:

"En los contratos en los que se transfiera la totalidad o parte de concesiones no hay rescisión por causa de lesión".

Resulta claro que dicho artículo no tipifica un determinado contrato sino se refiere a todos aquellos contratos que tienen como función económica la transferencia de titularidades, así, por ejemplo comprendería la compraventa, la donación, la permuta, el contrato de sociedad, entre otros.

Elo parece ser confirmado por el artículo 130 del Reglamento de la Ley General de Minería señala lo siguiente:

"Los contratos a que se refiere el artículo 164^o de la ley, son aquellos que implican transferencia de dominio...".

El paradigma del contrato con función translativa a título oneroso es el contrato de compraventa. El Código civil peruano define el contrato de compraventa en el artículo 1529^o de la siguiente manera:

"Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir **la propiedad** de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero" (el subrayado es nuestro).

Belaúnde Moreyra señala: "...el contrato de transferencia es al Derecho Minero lo que el contrato de compraventa es al Derecho Civil"⁵⁸. El autor citado asume que el artículo 164^o de la Ley General de Minería tipifica un contrato y considera que dicho contrato guarda relación con el contrato de compraventa. Lo cual resulta dudoso, si se tiene en cuenta que el contrato de compraventa es el paradigma del contrato con función translativa onerosa, pero que la función translativa, a título oneroso o gratuito, puede ser cumplida por otros contratos, así, por ejemplo, la permuta, la donación, etc. No obstante más adelante el autor parece corregir su idea inicial: "Cabe también decir que bajo la modalidad genérica del contrato de transferencia se cubren diversas modalidades específicas, tales como la compra-venta antes referida, la permuta, la donación, la dación en pago y el aporte a una sociedad o a un contrato de riesgo compartido. Todas estas modalidades de naturaleza onerosa, excepto la donación, implican la transferencia de la concesión"⁵⁹.

58 BELAÚNDE MOREYRA, NATH. *Derecho Minero y Concesión*. Lima: Editorial San Marcos, p. 187.

59 *Ibid.*, p. 187.

El mismo autor añade: "La diferencia radica en que conforme al contrato de compra-venta se transfiere la propiedad del bien (o más técnicamente una de las partes se obliga a transferir la propiedad de un bien y el otro a pagar su precio en dinero), mientras que en el contrato de transferencia se transfiere el título de una concesión, toda vez que el dominio originario sobre el yacimiento siempre permanece en manos del Estado y la concesión puede extinguirse por las causales previstas en la ley"⁶⁰.

Como veremos más adelante cualquier contrato con función translativa permite la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas; sea la propiedad, un crédito, o un derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales. Como señala Alan Randall: "Para el lego, la idea de comerciar con derechos puede parecerle algo extraño. Se tiende a pensar en el comercio como la transferencia de cosas físicas; es decir, de objetos que se pueden poseer. Sin embargo, la característica fundamental del comercio es la transferencia de derechos, más bien que la transferencia física y el traslado de cosas. Cuando uno «compra» un terreno, no toma ese pedazo de tierra y se lo lleva a casa. Más bien adquiere ciertos derechos específicos para hacer uso de ese terreno"⁶¹.

Sistema de transferencia de la titularidad de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales: la cesión de la titularidad de la situación jurídica subjetiva llamada concesión minera

En el Sistema de transferencia de titularidades adoptado por el Código civil peruano se distinguen dos supuestos:

- 1) La transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva concreta: la propiedad; y,
- 2) La transferencia de la titularidad de cualquier otra situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad.

La transferencia de la titularidad del derecho de propiedad

¿Cuál es el sistema adoptado por nuestro Código civil? De acuerdo con nuestro Código civil el sistema para transferir la titularidad del derecho de propiedad depende de la cosa sobre la que recae el derecho. En tal sentido, para la transferencia de la titularidad del derecho de propiedad el sistema que se aplica dependerá de si la cosa es mueble o inmueble.

En efecto, si la cosa sobre la cual recae el derecho de propiedad es mueble el sistema adoptado por el Código civil es el de la doble causa; en cambio, si la cosa sobre la cual recae el derecho de propiedad es inmueble el sistema adoptado por el Código civil es el de la causa única⁶².

La transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad

Para la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad

60) Loc. Cit.

61) RANDALL, Alan. Ob. Cit., p. 174.

62) Respecto a la transferencia de la titularidad de la propiedad sobre cosa inmueble en el Código civil peruano se han generado dos posiciones: (i) para quienes se habría adoptado el sistema de doble causa; y, (ii) para quienes se habría adoptado el sistema de causa única.

el Código civil ha adoptado el sistema de la doble causa conforme se desprende del artículo 1206° del Código civil:

"La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.
La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor".

Manuel de la Fuente y Lavalle, ponente del articulado respectivo, señala en la exposición de motivos: "Pienso que la cesión de derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo cómo se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, bien sea contractual, como es el caso de la compraventa, la permuta, la donación, etc. De derecho, o bien extracontractual, como en el caso de la herencia o una disposición legal"⁶³.

Se acoge, por lo menos en principio, el sistema germánico de cesión de derechos que puede ser explicado de la siguiente manera: "La cesión convencional (Abtretung) es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición (Verfügungsgeschäft) o contrato real (dinglicher Rechtsgeschäft). Éste consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión..., negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional (obligatorisches Rechtsgeschäft), que sería la causa última de la cesión, y que puede consistir tanto en un contrato (pactum de cedendo) de compraventa, permuta, donación...,"⁶⁴.

Decimos que sólo en principio puesto que para el sistema germánico la cesión, como veremos, es un acto abstracto, lo que no sucede en nuestro sistema donde la cesión es un acto causado.

De esta manera el legislador se aparta de la opción del Código Civil de 1936 que consideró a la cesión como un contrato creador de obligaciones, en tal sentido, el artículo 1456° de dicho cuerpo legal decía:

"El acreedor puede ceder su crédito, si ello no se opone a la naturaleza de la obligación, la ley o la convención con el deudor".

El articulado de la cesión de créditos se encontraba dentro de la sección quinta referida a "los diversos contratos". Jorge Eugenio Castañeda decía: "así como las cosas se venden, se cambian o se donan, los créditos y, en general, los derechos también se venden, se permutan o se donan. Los contratos de compra-venta, de permuta y donación tienen por objeto sólo cosas, no derechos"⁶⁵ (el subrayado es nuestro).

La cesión de créditos era considerada, en el Código derogado, un contrato por el cual el "cedente" se obligaba a transferir al "cesionario" la titularidad de un crédito. Se pretendía así, dar a la cesión, un carácter autónomo con relación a otros contratos con función translativa

63 DE LA FUENTE Y LAVALLE, Manuel, citado por OSTERLING PARODI, Felipe y Mario Castillo Freyre, "Tratado de las obligaciones", En: *Para Leer el Código Civil*, Volumen XVI, Primera Parte, tomo III, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1994, p. 475.

64 GAVIOLA SÁNCHEZ, Julio Vicente, "Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)", En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, fascículo I, Enero-Marzo, MONDRIJ, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 103.

65 CASTAÑEDA, Jorge Espinoza, *La Cesión de Créditos*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, s.f.

como la compraventa, la donación, la permuta. No obstante, así definida la cesión no podía dejar de ser confundida con cualquier otro contrato cuya función consistiera en transferir la titularidad de la propiedad. En efecto, se hablaba de "cesión venta", si la cesión se realizaba a cambio de un precio; "cesión donación", si era gratuita y "cesión permuta", si era por otro crédito.

En el Código civil francés y en el Código civil español, la cesión de créditos no constituye un contrato autónomo, sino una variedad de la compraventa o de la donación según sea el caso. En tal sentido Mengoni señala: "La cesión de créditos, desde el punto de vista del supuesto de hecho, no es una categoría autónoma, pero es una venta o permuta (cesión a título oneroso) o una donación (cesión a título gratuito)"⁶⁶.

El título en la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas distintas a la propiedad

Al adoptarse el sistema del título y modo en la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas distintas a la propiedad, significa que son necesarios dos actos para que dicha transferencia se produzca: un acto de obligación (título) y un acto de disposición (modo).

Ese acto de obligación será todo contrato que tenga como función económica la transmisión de titularidades: así la compraventa, donación o permuta. Pero debemos tener en cuenta el artículo 1529º del Código civil que describe la relación de compraventa:

"Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero" (el subrayado es nuestro).

Del mismo modo el artículo 1621º del Código civil describe la relación de donación:

"Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien" (el subrayado es nuestro).

El artículo 1602º del Código civil describe la relación de permuta:

"Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes" (el subrayado es nuestro).

De tales artículos se desprende que los contratos con función translativa tipificados en el Código civil tienen como función económica la transferencia de la titularidad de la propiedad y no de una situación jurídica subjetiva distinta. Al respecto Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan: "...si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta, se infiere que ellas regulan expresamente sólo la transferencia de propiedad de bienes, pero no la transferencia de otros derechos distintos al derecho de propiedad. Se ha buscado, a través de la reglamentación del tema de la cesión de derechos en el Código vigente, que se utilice esta vía para efectuar la transmisión de dichos otros derechos, para los cuales no existe un conducto taxativamente preestablecido por el propio Código"⁶⁷.

66 MENDONI, Luigi. *Gli Acquisti "A non Domino"*, Terza Edizione, Milano: Giuffrè, 1994, p. 22, nota (5). Comparese esta apreciación NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el derecho civil español*, Granada: Editorial Comares, 1988, p. 28. Así el Código civil español regula la cesión de créditos (y de otros derechos) dentro del Título relativo a la compraventa (artículo 1.526 y siguientes).

67 OSTERLING PARODI, Felipe y otro. *Ob. Cit.*, p. 483.

Los autores citados parecerían ubicar a la Cesión de Derechos del Código Civil de 1984 en el mismo nivel que la Cesión de Créditos del Código Civil de 1936, lo cual obviamente no es correcto. En todo caso cabe preguntarse si, tratándose de la transferencia de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad, el título puede ser alguno de los contratos con función translativa regulados en el Código civil en la medida que éstos se refieren expresamente a la transferencia de la propiedad. Si la respuesta es negativa entonces debería concluirse que el título será un contrato atípico.

No obstante, creemos que no es necesario recurrir a la figuras atípicas, complicando aún más el Derecho. Más bien compartimos la opinión que: "es metodológicamente sano evitar hasta donde sea posible las calificaciones de «atípicas» o «sui generis» u otras similares porque éstas que debilitan en rigor lógico de las instituciones y hacen precario el razonamiento, convalidando muchas veces lo que no resulta admisible dentro de los marcos conceptuales pre-establecidos. En consecuencia, es preciso hacer todos los esfuerzos intelectuales para entender las situaciones dentro de los marcos pre-establecidos de las instituciones del Derecho; y si a pesar de tales esfuerzos una situación se sigue presentando como «atípica» o «sui generis», hay que examinarla muy cuidadosamente..."⁶⁸.

Dentro de esta línea, entendemos que el contrato de compraventa (donación y permuta) tienen como función económica la transmisión de la titularidad de cualquier situación jurídica subjetiva y no sólo la de la titularidad de la propiedad, tal como lo dispone el artículo 1470 del Código civil italiano⁶⁹:

"La venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho a cambio de un precio".

En este mismo sentido Albaladejo señala: "...casi podría decir que la compraventa lo es siempre de derechos, ya que cuando se vende una cosa, se trata -al menos tendencialmente- de transmitir la propiedad de la misma, es decir, un derecho sobre ella razón por la que la compraventa tendería en todo caso - como ya ha puesto de relieve incluso algún Código moderno- al cambio de un derecho (de propiedad o de otra clase) por un precio"⁷⁰.

El modo en la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas distintas a la propiedad

De conformidad con el artículo 1206º del Código civil la cesión es el modo (acto de disposición) por el cual se transfiere la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad.

Seguindo a Lorenz entendemos por negocios de disposición: "...aquellos negocios jurídicos que están dirigidos inmediatamente a actuar en un derecho existente, modificándolo,

68 Considerando del Laudo Arbitral de fecha 6 de setiembre de 1998 en los seguimientos a los CENTROMINERÚ S.A. y Compañía Minera Casapalca S.A. Voto en mayoría de los señores árbitros Fernando de Tranegeles Grandá y Guillermo Velaachaga Miranda.

69 En el mismo sentido el artículo 584 del Código civil italiano, el artículo 674 del portugués, el 2248 del Código del Distrito Federal de México y el artículo 737 del paraguayo.

70 ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tercer tomo, volumen II. Cuarta edición. Barcelona: Librería Bosch, 1977, p. 8. Ver también, BADENES GASSET, Ramón. El Contrato de Compraventa. Tomo I. Barcelona: Librería Bosch, 1979.

transmitiéndolo a produciendo su extinción⁷¹.

En tal sentido, de acuerdo con nuestro Código, el título sólo genera la obligación de transferir la titularidad de la situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad, pero la transferencia efectiva de la titularidad requiere de un modo. En tal sentido, mientras no se realice el modo, el cesionario sólo tiene un derecho a la transferencia; es sólo con el modo que el cesionario se convierte en titular. Al respecto De la Puente y Lavalle señala: "Pienso que la cesión de derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo como se transmiten los derechos..."⁷².

En tal sentido, en nuestro Código, la cesión es a la situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad lo que la tradición es a la propiedad sobre cosas muebles.

Si bien se adopta el sistema del título y del modo, lo que podría llevar a pensar que se adopta el sistema de cesión de créditos germano, debemos recordar que nuestro sistema es causado o diferencia del alemán que es abstracto.

Para comprender mejor el tema de la cesión de derechos debemos distinguir dos aspectos "de neta separación conceptual, pero al mismo tiempo mutuamente enlazados: el acto y el efecto"⁷³.

El efecto implica la sustitución que realiza un sujeto a otro en la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad. El término "cesión", así entendida, es sinónimo de "transferencia", la cual, como todo efecto jurídico, requiere de una causa.

La causa de la transferencia de la titularidad de la situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad es la cesión, entendida como acto jurídico bilateral. En efecto, la cesión es el acuerdo de voluntades en virtud del cual el "titular originario-transferente" (cedente) transfiere la titularidad de la situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad al "nuevo titular-adquirente" (cesionario).

La cesión también implica una alteración subjetiva (en su lado activo) de una relación jurídica preexistente. En efecto, si tenemos en cuenta los llamados derechos reales sobre cosa ajena, éstos suponen una relación jurídica⁷⁴. Como toda relación jurídica implica la correlación entre dos situaciones jurídicas subjetivas, en estas relaciones jurídicas, tendríamos por un lado la situación activa, llamada "derecho real" y del otro lado una situación pasiva, llamada "gravamen real". Así si tenemos en cuenta, por ejemplo, una relación de usufructo, el titular de la situación jurídica activa es el "usufructuario" y el titular de la situación jurídica pasiva el "usufructuario". Si el usufructuario cede su situación jurídica subjetiva se produce una alteración subjetiva puesto que un nuevo sujeto ingresa en el lugar del originario, aunque la relación jurídica permanece inmutada y conservándose la identidad de la relación jurídica.

Lo mismo ocurre tratándose de la cesión de créditos, la cual supone una alteración subjetiva de la situación crediticia de la relación obligatoria. En este sentido Bianca señala: "En el curso de su existencia la relación obligatoria puede sufrir modificaciones subjetivas del lado activo y

71 LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 434.

72 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel citado por OSTERLING PARDO, Felipe y otros. *Ob. Cit.*, p. 476.

73 NAVARRO PÉREZ, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 43.

74 Debemos tener en cuenta que para Díez-Picazo "... en la propiedad no existe una auténtica relación jurídica-real, sino una situación jurídica que puede a su vez dar origen a otras relaciones" (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos...*, volumen I, *Ob. Cit.*, p. 107).

del lado pasivo. El principal evento modificativo de la obligación del lado activo es la transferencia⁷⁵. Más adelante, el profesor italiano añade: "El hecho de la transferencia puede ser identificada como sucesión del crédito. Transferencia y sucesión son términos equivalentes que designan el mismo fenómeno bajo dos diversos perfiles. uno atañe al objeto (el derecho se transfiere del originario al nuevo acreedor), el otro atañe a los sujetos (al acreedor originario sucede el nuevo acreedor)"⁷⁶.

En tal sentido, si tenemos en cuenta el artículo 1315º del Código civil, la cesión es el acuerdo de dos o más partes para "modificar" una relación jurídica patrimonial, por tanto, la cesión es un contrato. Como señala Messineo: "Los contratos modificativos pueden presentarse, también como contratos translativos de derechos reales..."⁷⁷.

En tales casos en el acto de cesión no interviene el titular de la situación jurídica subjetiva pasiva, así, por ejemplo, en la relación jurídica de usufructo el usufructuario o el deudor cedido en la relación obligatoria.

La formalidad de la cesión

La cesión requiere de una forma pre-establecida por el Código civil; en tal sentido el artículo 1207º señala:

"La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.
Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión".

De acuerdo con el sistema del título y del modo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, para la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva activa distinta de la propiedad se requiere de dos acuerdos de voluntades: uno de ellos creador de una obligación de transferir y el otro el acuerdo translativo.

El Código establece una forma "ad solemnitatem" para la cesión; es decir, para el acuerdo translativo. En tal sentido, la cesión, como acto, debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Al respecto Osterling Parodi y Castilla Freyre señalan: "Al tratarse de un acto de importancia no sólo para quienes celebran el contrato de cesión de derechos (acreedor o cedente y tercero o cesionario), sino también para una persona ajena a dicha convención (el deudor o cedido), la ley exige que dicho acto se concierte por escrito, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que en este caso la formalidad es ad solemnitatem y no ad probationem"⁷⁸.

La forma "ad probationem" en los actos jurídicos se justifica plenamente, en aquéllas de naturaleza gratuita: "por la peligrosidad de tales negocios para quien los haga (empobrece su patrimonio sin correlativa compensación económica), para los herederos legítimos y para

75. BANCA, Massimo. *Diritto Civile*, Volume 3 Il Contratto. Milano: Giuffrè, 1998, p. 596.

76. *Loc. Cit.*

77. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1995, p. 43.

78. OSTERLING PARODI, Felipe y otros. *Del. Cit.*, p. 501.

los acreedores"⁷⁹. Ello explica la exigencia de forma, por ejemplo, en la donación (artículo 1624º y 1625º del Código civil).

Parece que la intención es brindar un medio de prueba. No obstante, ello significa confundir la formalidad con la publicidad. Al respecto, Cano Martínez de Velasco señala: "La publicidad, y en esto se distancia, de la forma, no mira, como ésta, a las partes, o celebrante unilateral, de un negocio, o de un acto, que trata de asegurar para ellas, sino a los terceros. Es decir, la publicidad es garantía del tráfico jurídico"⁸⁰.

Excepcionalmente, si el acto o contrato que constituye el título consta por escrito, este instrumento sirve de constancia de la cesión [2º párrafo del artículo 1207º del Código civil]. Esto significa, por ejemplo, que si se vende un crédito y el título (compraventa) consta por escrito, este documento sirve para probar la cesión.

De esta manera, cuando el título consta por escrito, se considera que los dos acuerdos de voluntades coinciden en un mismo momento; es decir, desde otro punto de vista, que la transferencia operará de manera inmediata. Se estaría adoptando, en la práctica, el sistema de la causa única.

La publicidad de la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva

Como hemos visto, de acuerdo al Código civil, para la transferencia de la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad, se requiere de dos actos jurídicos: un contrato en virtud del cual se genera una obligación de transferir y un acto en virtud del cual se ejecuta dicha obligación. En otras palabras, para transferir la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad se requiere de dos contratos.

No obstante, hemos dicho que la cesión supone la alteración subjetiva de una relación jurídica patrimonial pre-existente. Asimismo, dijimos que en el acto jurídico que da lugar a esa variación subjetiva no interviene el sujeto titular de la situación jurídica subjetiva pasiva (cedido). En tal sentido, es necesario que el cedido tome conocimiento de la cesión efectuada.

El cedido toma conocimiento de la cesión a través de la notificación, la cual constituye el medio a través del cual se pone en conocimiento del cedido la transferencia de la situación jurídica subjetiva activa en virtud de dos actos respecto de los cuales ha sido ajeno.

Pero debe tenerse presente que la notificación no constituye una forma de publicidad; es decir, a través de la notificación no se consigue que la cesión resulte manifiesta, conocida o notoria. "cuando se habla de publicidad en el Derecho Privado se alude a una fundamental necesidad de que determinadas actos o negocios jurídicos entre partes puedan ser conocidos por la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para puedan serlo"⁸¹.

La notificación, en cambio, no está dirigida a la comunidad o a la generalidad de las personas, sino a un sujeto determinado: el cedido. Es una declaración de voluntad recepticia

79 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 286.

80 CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *La Exteriorización de los Actos Jurídicos: su Forma y la protección de la apariencia*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 16.

81 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos...* volumen I. Ob. Cit., p. 238.

dirigida al cedido. Como señala Navarro Pérez: "...no puede hablarse de publicidad en la notificación porque la nota caracterizadora de las figuras de publicidad reside en ser manifestaciones o declaraciones no recepticias, dirigidas a la comunidad en general"⁸².

Al respecto el artículo 1215º del Código civil señala:

"La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente".

El artículo transcrito presente una serie de imprecisiones. En primer lugar se refiere concretamente a la cesión de créditos y no a una cesión de derechos al hacer referencia al "deudor cedido". En segundo lugar, debería señalar que "la cesión produce efecto respecto al cedido desde que éste toma conocimiento de ella". Esto último en la medida que la notificación es una de las formas que el cedido tiene de tomar conocimiento pero no es la única. Ello se desprende del artículo 1216º del Código civil:

"El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada" (el subrayado es nuestro).

Si bien la notificación al cedido puede resultar suficiente para el caso de la cesión de créditos, no ocurre lo mismo cuando se ceden situaciones jurídicas subjetivas que suponen el disfrute exclusivo de un bien, puesto que la exclusividad supone necesariamente la publicidad, así, por ejemplo, en el caso del usufructo de un inmueble no bastará con la notificación al usufructuario sino que será necesario la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La cesión como modo de transferencia de la titularidad de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales

Conforme a lo visto, los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales constituyen una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad; por tanto, para su transferencia deberá adoptarse el sistema establecido por el Código civil para tales situaciones jurídicas subjetivas.

En otras palabras, para transferir la titularidad de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales se adopta el sistema de la doble causa; vale decir, se requiere un acto de obligación (título) y un acto de disposición (modo).

El acto de disposición (modo) será la cesión de derechos regulada en el Código civil. El acto de obligación (título) será cualquier contrato que tenga como función económica la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas.

En tal sentido, la transferencia de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales requiere, en principio, dos contratos. No obstante, si el título consta por escrito, en la práctica el sistema que se adopta será el de causa única, pues la celebración del contrato con función translativa por escrito generará el efecto translativo de manera inmediata.

⁸² NAVARRO PÉREZ, José Luis. *Op. Cit.*, p. 113.

Contratos mineros y Registro: el artículo 163° de la Ley General de Minería

El problema se complica cuando se lee el primer párrafo del artículo 163° de la Ley General de Minería:

"Los contratos mineros constarán en escritura pública y deberán inscribirse en el Registro Público de Minería, para que surtan efecto frente al Estado y terceros".

El artículo citado merece unos comentarios. La exigibilidad de la escritura pública, de acuerdo con el artículo 144° del Código Civil "constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto". Por tanto, se trata de una forma "ad probationem" y no "ad solemnitatem".

Como hemos ya señalado la oponibilidad a terceros se sustenta en el conocimiento que el tercero tenga de la realización de un determinado acto o negocio. La inscripción del acto o negocio en el Registro respectivo, permite aplicar el principio de publicidad, esto es que "se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones". No obstante, la redacción del artículo 163° de la Ley General de Minería parecería afirmar que sólo la inscripción en el Registro Público de Minería permite "oponer los contratos mineros", de tal manera, que si un tercero conoce del contrato no inscrito por un medio distinto al Registro, entonces, aquél puede desconocer el contrato. Ello no parece concordar con nuestro Código Civil. En efecto, imaginemos que Primus transfiere a Secundus la concesión minera Refunia y luego transfiere a título oneroso la misma concesión a Tertius quien conociendo la primera transferencia inscribe en el Registro Público de Minería. De acuerdo con el Código Civil [artículo 2014°] Tertius no adquiere la titularidad pues tiene "mala fe"; es decir, porque conocía el contrato celebrado entre Primus y Secundus, lo que en otras palabras significa que no es necesaria la inscripción sino que basta el conocimiento. Si aplicáramos textualmente el artículo 163° de la Ley General de Minería deberíamos sostener que al no estar inscrito no le es oponible a Tertius, por tanto, él es el nuevo titular.

Otra imprecisión del artículo 163° de la Ley General de Minería la encontramos cuando afirma que los contratos mineros deberán inscribirse en el Registro Público de Minería "para que surtan efecto frente al Estado y terceros". Obviamente hay una confusión de conceptos. Debería, en cualquier caso, hablar de "oponibilidad", pues queda perfectamente claro, conforme al artículo 1363° del Código Civil que "Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan...".

Conclusiones

1. Consideramos que el sistema adoptado por el Código Civil para la transferencia de la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas distintas a la propiedad no es adecuado, pues el sistema de la doble causa sólo se justifica cuando el modo constituye un mecanismo de publicidad. Resulta, asimismo, contradictorio, establecer un sistema de doble causa que en la práctica, como consecuencia del segundo párrafo del artículo 1207° del Código Civil, se comportará como un sistema de causa única.
2. El término "cesión" tiene un significado ambiguo, pues se refiere tanto al efecto (transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas) como a la causa (acto jurídico que genera el efecto). Para nosotros la cesión debería ser considerada sólo como efecto, siendo la causa cualquier contrato con función translativa, tal como lo regula el artículo 578° del Código Civil portugués:

"Los requisitos y efectos de la cesión entre las partes se definen en función del tipo de negocio que le sirve de base".

3. Tratándose de la transferencia de las titularidades de situaciones jurídicas subjetivas respecto a cosas inmatriculadas en los Registros Públicos parece adecuado adoptar un sistema de doble causa: donde el título sería cualquier contrato con función translativa y el modo la inscripción en los Registros Públicos correspondientes. Éste sería el caso de la transferencia de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales.

Cabe advertir que respecto a los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales no existen los inconvenientes que se alegan normalmente para mantener el sistema de causa única respecto a los predios. Ello porque a diferencia de lo que ocurre con los predios, las concesiones mineras (en sentido objetivo) sí se encuentran inmatriculadas en el Registro Público de Minería y basadas en la existencia de un catastro confiable.

Ello permitirá reducir los costos de transacción en el intercambio de los derechos de aprovechamiento exclusivo de los recursos minerales permitiendo una asignación más eficiente.