

¿CÓMO HACER MÁS EFICIENTE EL MERCADO DE CONCESIONES MINERAS? LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR LA CONTRATACIÓN MINERA

ALBERTO DELGADO VENEGAS⁽¹⁾

Abogado.

Master en Derecho (LL.M.), Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy, University of Dundee.

SUMARIO

I. El Problema. - II. Los dos mercados: 1. Mercado primario; 2. Mercado secundario. - III. Contratación minera: 1. ¿Qué es un contrato minero? - IV. Restricciones a la contratación minera: 1. Numerus Clausus; 2. Plazo de la opción minera; 3. Cesión minera; 4. Contrato de transferencia; 5. Hipoteca minera. - V. Conclusión: Flexibilizar la contratación minera.

I. EL PROBLEMA

Nuestra legislación minera contiene una serie de normas de orden público que restringen la libertad contractual limitando o complicando innecesariamente tanto los contratos que pueden celebrarse en relación con derechos mineros como los pactos que éstos pueden incluir.²

Las limitaciones a la contratación minera, lejos de fomentar la inversión en el sector, elevan los costos de transacción³ asociados con los contratos relativos a derechos mineros y dificultan el financiamiento de proyectos al restringir tanto el ingreso de nuevos socios como el nivel de seguridad que puede ofrecerse a las entidades financieras involucradas.

Desde nuestro punto de vista, los inversionistas tienen suficientes variables de qué preocuparse, tales como el riesgo geológico,⁴ las consideraciones fiscales, el riesgo país, el acceso a tierras, el cumplimiento de normas ambientales y adecuadas políticas sociales, como para tener que enfrentarse a reglas poco claras y limitaciones de orden público que no les permiten pactar o reflejar libremente las condiciones comerciales negociadas.

El objeto del presente artículo es verificar la falta de claridad legislativa y la existencia de restricciones que complican innecesariamente la contratación minera, restringen la libertad contractual y en efecto desincentivan la redistribución del valor económico contenido en los derechos mineros.⁵ Así, buscamos demostrar la conveniencia de reformar el régimen de contratación minera en el país, para hacerlo más simple, flexible y, a la vez, más seguro.

(1) Agradezco a Cecilia González y Guillermo Cárdenas por sus comentarios al presente artículo.

² Mediante el término "derechos mineros" nos referiremos tanto a derechos formulados y concesiones otorgadas con anterioridad al Decreto Legislativo Nº 738 (es decir, anteriores al 15 de diciembre de 1991) como a peticiones solicitadas y concesiones otorgadas bajo el actual Sistema de Cuadrículas (es decir, posteriores al 15 de diciembre de 1991). Nuestra definición incluye asimismo las concesiones de transporte minero, beneficio y labor general otorgadas al amparo de la legislación minera peruana.

³ Para una clara explicación del concepto "costos de transacción" ver BULLARD, Alfredo, "Ronald Coase y el Sistema Jurídico (Básculo al Nobel de Economía 1991)" en *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, ARA Editores, 1996, págs. 126-137.

⁴ Nos referimos al alto riesgo de invertir considerables sumas de dinero en exploración para, luego de varios años, no encontrar un yacimiento mineral económicamente explotable. Si a eso añadimos la enorme competencia que existe para atraer dicha inversión en exploración entre los diversos países con potencial geológico para la minería en el mundo, no resulta difícil concluir que cualquier desincentivo a la exploración por la vía legislativa carecería, en principio, de lógica.

⁵ Como bienes económicos, los derechos mineros tienen, en sí mismos, un valor distinto a la riqueza minera que pueden o no contener. No obstante, una inequitable distribución de los derechos mineros puede conducir a una ineficiente distribución de la riqueza minera del país.

A tal efecto, a partir de la evidente existencia de un mercado de derechos mineros, analizaremos algunas de las restricciones legislativas que nuestro ordenamiento impone a dicho mercado y demostraremos que tales restricciones no necesariamente responden a la realidad económica de los negocios mineros, sino que, por el contrario, muchas veces desincentivan la celebración de contratos en el Perú.

II. LOS DOS MERCADOS

Partiendo de una sencilla definición de mercado como aquel punto de encuentro entre la oferta y la demanda por un determinado bien, tenemos que en relación con los derechos mineros podemos en teoría hablar de dos mercados.

1. Mercado Primario

Un primer mercado, que denominamos mercado primario, en el cual el Estado tiene el monopolio de la oferta de derechos mineros. Sobre la base de lo dispuesto por el Artículo 66⁶ de la Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales,⁵ los recursos naturales constituyen patrimonio de la Nación y el Estado puede conceder su aprovechamiento a particulares según las modalidades contempladas en las leyes especiales para cada recurso. Con arreglo a los Artículos II y VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería⁶ (en adelante la "Ley General de Minería"), para llevar a cabo actividades por las que se aprovecha yacimientos minerales es necesario obtener una concesión del Estado a través de procedimientos de orden público.

En otras palabras, el Estado tiene el monopolio de los bienes objeto de la demanda. Si un particular desea aprovechar las sustancias minerales que se pudieran encontrar en un determinado punto del territorio nacional, deberá previamente obtener dicho derecho a través de una concesión del Estado. Este mercado primario es, pues, el relativo a las adquisiciones originarias de titularidad sobre derechos mineros.

Es decir, el acceso al valor económico contenido en los derechos mineros no depende en absoluto -en este teórico mercado primario- de la voluntad de los particulares, sino del cumplimiento de requisitos uniformes establecidos por el Estado para todos aquellos que deseen acceder al aprovechamiento de sustancias minerales. Estamos, pues, en la esfera del Derecho Público.

Como hemos visto, en este teórico mercado primario de derechos mineros no se accede a los bienes objeto del mismo a través de mecanismos de mercado,⁷ sino cumpliendo con procedimientos de orden público.

Pensar en el sistema de concesiones mineras en términos de mercado sirve como punto de partida y, sobretudo, para establecer una contraposición con el mercado secundario, al cual nos referimos a continuación.

2. Mercado Secundario

Por mercado secundario de concesiones mineras nos referimos al mercado en

⁵ Ley N° 26821 publicada en el diario oficial "El Peruano" el 26 de junio de 1992.

⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 014-92 EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 4 de junio de 1992, cuya vigencia fue ratificada por la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

⁷ Oferta, aceptación y precios. En suma, a través de contratos.

el que la oferta de bienes está constituida por los derechos mineros que pertenecen a particulares, habiendo sido obtenidos a través de los mecanismos de orden público del mercado primario.

La demanda en este mercado proviene de otros agentes que desean obtener, a su vez, derechos en relación con dichos bienes. Las transacciones que se llevan a cabo en este mercado se forman sobre la base de mecanismos de mercado, es decir, sobre la base del valor que los ofertantes y demandantes asignan a los derechos mineros o, en otras palabras, a través de contratos. De ahí que la voluntad de los agentes que intervienen en este mercado secundario debería determinar si se llevan o no a cabo transacciones y en qué términos se producen las mismas.⁸ En principio, estamos en la esfera del Derecho Privado⁹ y la intervención del Estado debe ser mínima, pero ¿es así?

Como veremos más adelante, el Estado interviene en este mercado secundario a través de restricciones de orden público aplicables a los contratos mineros que afectan la registrabilidad de los mismos.

Pero antes de analizar la contratación minera en sí y las restricciones que nuestra legislación contiene, las cuales afectan lo que hemos denominado el mercado secundario de derechos mineros, cabe detenernos brevemente en cuál es la razón de ser de muchas transacciones que se llevan a cabo en este mercado secundario.

En todo proyecto minero existe un gran número de variables que generan un alto riesgo para quien desea llevar a cabo el proyecto (el inversionista). En la parte introductoria de este trabajo hemos ya mencionado el riesgo geológico, los aspectos fiscales, el acceso a terrenos superficiales, las contingencias medio ambientales, etc. Estos factores tienen impacto significativo en el desarrollo de un proyecto minero; de ellos puede depender el éxito o fracaso del mismo.

De ahí que las transacciones que se llevan a cabo en este mercado secundario no estén circunscritas a la simple enajenación de derechos mineros de un titular a otro sino que, por el contrario, en ciertos casos se trata de operaciones complejas por las cuales se busca distribuir riesgos y que éstos sean menos onerosos para las partes involucradas. Es decir, los contratos cumplen también el objetivo de balancear el riesgo del proyecto, permitiendo que éste sea asumido por más de un agente o, de ser el caso, por quien esté en mejores condiciones para asumir un tipo de riesgo particular.¹⁰

III. CONTRATACIÓN MINERA

La contratación minera tiene un régimen especial contenido en el Título Décimo Tercero, denominado "Contratos Mineros", de la Ley General de Minería; régimen que está a su vez regulado por el Reglamento de Diversos Títulos de la Ley General de Minería (en adelante el "Reglamento de Diversos Títulos").¹¹

De conformidad con el Artículo 162º de la Ley General de Minería,¹² el régimen

⁸ Es decir, lo que en Derecho se denomina libertad de contratación y libertad contractual.

⁹ Al respecto, ver BELAUNDE MOREYRA, Martín, "Derecho Minero y Concesión", Editorial San Marcos, 1998, págs. 186-188.

¹⁰ Para mayor claridad sobre la teoría de administración de riesgos ver DOOLE, Zvi y MERTON, Robert C., *Risknet*, Prentice-Hall, 1987, págs. 215 y siguientes.

¹¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15 de enero de 1994.

¹² Artículo 162 de la Ley General de Minería: "Los contratos mineros se rigen por las reglas generales del derecho común, en todo lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley".

general de contratación contenido en el Código Civil y las normas de la Ley General de Sociedades (en lo relativo al contrato de sociedad y los contratos asociativos), sólo aplican supletoriamente a los contratos mineros, siempre que no se opongan a lo establecido por la Ley General de Minería.¹³

1. ¿Qué es un contrato minero?

La Ley General de Minería hace clara referencia a una aparente clase de contratos que denomina "contratos mineros". Como señala Lastres,¹⁴ los especialistas en el tema dan por descontada la necesidad de que exista un régimen especial para la contratación minera. A nosotros no nos parece tan obvia la necesidad de aplicar reglas especiales a los contratos mineros; sobretodo si estas reglas son poco claras o excesivamente restrictivas.

Como hemos visto, nuestra Ley General de Minería contiene un título completo, que consta de cuarentitrés artículos, dedicado exclusivamente a tratar este tema. A saber, los contratos mineros nominados contenidos en la Ley General de Minería¹⁵ son:

- a) Contrato de Transferencia (Artículo 164^º).
- b) Contrato de Opción (Artículo 165^º).
- c) Contrato de Cesión Minera (Artículos 166^º a 171^º).
- d) Contrato de Hipoteca (Artículos 172^º al 177^º).¹⁶
- e) Prenda Minera (Artículos 178^º al 183^º).
- f) Sociedades Contractuales y Sucursales (Artículos 184^º y 185^º).
- g) Sociedades Legales (Artículos 186^º al 203^º).
- h) Contratos de Riesgo Compartido (Artículos 204^º y 205^º).

Paradójicamente, la Ley General de Minería no define qué se entiende por contrato minero.

El Artículo 163^º de la Ley General de Minería establece dos requisitos de formalidad que son aplicables a los contratos mineros: escritura pública e inscripción.¹⁷ Es decir, si partimos del supuesto de que dichos requisitos formales son configurativos del "contrato minero" tendríamos que éste sólo existirá en tanto sea celebrado por escritura pública e inscrito en el registro público.

Consideramos que utilizar una definición tan restrictiva nos llevaría al absurdo. Las formalidades de escritura pública y registro no son formalidades *ad solemnitatem* puesto que la norma citada no sanciona con nulidad con no cumplir con las mismas. La norma se limita a sancionar con la ineficacia frente al Estado y terceros. Son, por el

¹³ En la misma línea está el Artículo 128 del Reglamento de Diversos Títulos.

¹⁴ LASTRES B., Enrique. "La necesaria revisión de los contratos mineros" en *Revista de Derecho Minero y Petrolero*, Año XLIX, 1995, N° 57, pág. 74.

¹⁵ El presente trabajo no abarca los contratos de estabilidad que pueden celebrarse al amparo de la Ley General de Minería.

¹⁶ Los Artículos 175, 176 y 177 fueron derogados por el Decreto Legislativo 668, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 1 de noviembre de 1995.

¹⁷ 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."

contrario, formalidades *ad probationem* que sirven justamente para probar o demostrar al Estado y terceros la existencia de un contrato.¹⁸

Pese a que en nuestra opinión la formalidad no es el elemento que determina si estamos frente a un contrato minero o no, cumplir con las formalidades establecidas tiene gran importancia práctica. Los contratos mineros tienen "vocación de inscripción" puesto que el registro da seguridad jurídica al interesado. Le da oponibilidad a su derecho frente a terceros, incluyendo al propio Estado.¹⁹ Este aspecto es de singular importancia para los inversionistas. Tener un título seguro, libre de cuestionamientos de terceros, es indispensable para invertir, puesto que la falta de un título firme conlleva el riesgo de perder cada centavo invertido.

¿Cómo podemos, entonces, definir un contrato minero?²⁰ Ante la inexistencia de una definición legislativa y las evidentes falencias que conlleva el tratar de definir al contrato minero partiendo de las formalidades aplicables, debemos intentar una definición propia que incluya los tipos contractuales conocidos y aquellos que puedan crearse en el futuro.

Tomando como base la definición de contrato contenida en el Código Civil, nos animamos a proponer la siguiente definición de contrato minero:

*"Un contrato minero es el acuerdo de voluntades por el cual las partes crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales relativas a derechos mineros, a la actividad minera que puede realizarse en los derechos mineros o al producto de dicha actividad minera."*²¹

En ese sentido, un contrato por el cual se transfiere la titularidad de una o más concesiones será un contrato relativo a los derechos mineros propiamente dichos. De otro lado, los contratos de cesión minera y de riesgo compartido estarán referidos a la actividad minera²² que puede realizarse en los derechos mineros. Finalmente, un contrato de prenda minera será un contrato relacionado con el producto proveniente de la actividad minera. Utilizando esta definición podríamos, por ejemplo, señalar que un contrato de suministro de minerales es un contrato minero, pese a no estar regulado por la Ley General de Minería.

Si nuestra Ley General de Minería partiera de una definición amplia del contrato minero y los protegiera, a todos, con la oponibilidad que da la inscripción,²³ nuestro sistema de contratación minera no sólo sería mucho más flexible sino que daría mayores protecciones a los inversionistas y entidades financieras, como pretendemos

¹⁸ La Doctrina nacional es aparentemente pacífica en considerar que los contratos mineros celebrados en privado tienen plena validez y eficacia entre las partes contratantes y, asimismo, se reconoce el derecho de demandar a la compañía el otorgamiento de la escritura pública. Ver BELLAUNDE MOREYRA, Martín, "Derecho Minero y Concesión", Editorial San Marcos, 1998, pág. 187; y GARCÍA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVIC INQUENZA, Milos, "Derecho Minero Continuo", 1999, págs. 133-134.

¹⁹ Ver GARCÍA MONTUFAR, Guillermo y MARTÍNEZ COCO, Eivira, "El acceso a la propiedad y su protección registral: el caso peruano", *Advocatus Nueva Época*, N° 5, pág. 417.

²⁰ Para una descripción de los elementos que configuran los contratos mineros, ver LASTRES B., Enrique, op. cit., págs. 76 a 78.

²¹ Utilizando "derechos mineros" con el mismo significado que hemos dado al término en la primera nota al pie de página de este trabajo.

²² Para mayor claridad, cabe referir que el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley General de Minería establece que son actividades mineras las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero. De ellas, el cateo, la prospección y la comercialización pueden realizarse libremente sin requerir del otorgamiento de una concesión. Las demás actividades mineras requieren de concesión o, como hemos visto, del acceso a las mismas a través de un contrato.

²³ Al respecto concordamos con Bullard en que la publicidad del registro confiere, como señala el autor, una "posibilidad de exclusión más valiosa" que da más seguridad y por lo tanto mayor valor al contrato y a los derechos que provienen del mismo. BULLARD, Alfredo, "Un Mundo sin Propiedad (Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)" en *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, APA Editora, 1996, págs. 80-81.

demostrar a continuación.

IV. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN MINERA

Corresponde ahora revisar algunas de las restricciones a la contratación minera contenidas en nuestro ordenamiento, analizando sus implicancias desde la perspectiva de la libertad contractual y los mayores costos de transacción que generan.

1. Numerus Clausus

La primera gran restricción, que es quizás la más importante, es aquella por la cual se considera que hay un número cerrado de contratos mineros permitidos por la ley. Como veremos, dicha restricción no proviene propiamente de nuestro régimen de contratación minera, sino de la interpretación que se da al mismo, debido a su falta de claridad.

La mayor parte de la doctrina nacional evita discutir el tema de si los contratos contenidos en la Ley General de Minería constituyen un *numerus clausus* o si, por el contrario, se trata de un *numerus apertus*.²⁴ Es decir, se evita el debate sobre si pueden o no celebrarse -y, sobretodo, inscribirse en registros públicos- contratos distintos a los contenidos en la Ley General de Minería.

Este es un tema poco tratado por la doctrina. Dentro de los pocos que se refieren al mismo está Lastres,²⁵ quien, al desarrollar los elementos comunes a los contratos mineros, señala:

"e. Los contratos mineros son nominados, es decir, aquellos específicamente regulados por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería."

Hasta aquí parecería que el autor suscribe la tesis del *numerus clausus*. No obstante, continúa:

"En este aspecto, cabe preguntarse si en adición a ellos pueden existir otros contratos cuyo contenido quede librado a la voluntad de las partes en tanto no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, conforme al principio general contenido en el artículo 1354º del Código Civil."

Este ponente se inclina por la segunda tesis, es decir, la autonomía de la voluntad para contratar sobre derechos mineros con mayor amplitud a la de las instituciones contractuales reconocidas en la Ley."

Refuerza la tesis extensiva, el hecho que, por ejemplo, puede celebrarse contratos que otorguen derechos reales siempre sobre el bien que constituye el objeto de los contratos mineros, principalmente la concesión."

Concordamos con la conclusión del citado autor en cuanto consideramos que deben primar la autonomía de la voluntad y libertad contractual, permitiéndose a los particulares celebrar contratos distintos a los contenidos en la Ley General de Minería y determinar su contenido, siempre que no se contravenga normas de orden público, las buenas costumbres o se configuren abusos de derecho.

²⁴ Este clase de discusiones no son exclusivas de nuestro ordenamiento jurídico, ver DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Editorial Tecnos, 1997, págs. 56-58.

²⁵ LASTRES B., Enrique, op. cit., pág. 78.

No obstante, nos parece que el tema merece un tratamiento más amplio y contundente por parte de la doctrina, en atención a su importancia.

Esta situación y la ausencia de pronunciamiento legislativo sobre el tema, han llevado a muchos a interpretar que solamente caben en relación con derechos mineros los contratos contenidos en la Ley General de Minería. De mayor importancia es que los registradores tienden a considerar que solamente son susceptibles de inscripción los contratos enmarcados dentro de un tipo contractual nominado y contemplado en la Ley General de Minería.²⁶

A nuestro entender, el origen de esta tesis es un rezago de la visión estatista o controlista que, respecto a la actividad minera, predominaba en nuestro país a partir de legislación ya derogada.²⁷ La lógica, suponemos, es que el Estado retiene la propiedad de los recursos mineros, habiendo permitido su aprovechamiento a los particulares y, por lo tanto, el concesionario solamente puede celebrar aquellos contratos que el Estado le tiene permitido celebrar. Dichos contratos serían únicamente los contenidos en la legislación de la materia.

Desde nuestro punto de vista, dicha tesis no tiene sustento legal y, es más, atenta contra el actual estado de las cosas.

El ejemplo más claro de una regla *numerus clausus* en nuestra legislación es evidentemente la contenida en el Artículo 861^o del Código Civil, según la cual: "Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes." Así, cabe primero referirnos a que no existe norma alguna en nuestra legislación que indique que los contratos mineros son únicamente los contemplados en la Ley General de Minería.

La tendencia actual a nivel mundial es otorgar la mayor seguridad posible al titular de un derecho minero, caracterizando los derechos que el Estado otorga de la forma más parecida posible al derecho de propiedad.²⁸ En tal sentido, legislaciones como la chilena o argentina,²⁹ reconocen la posibilidad de celebrar toda clase de contratos sobre derechos mineros o, incluso, equiparan los derechos mineros con la propiedad.³⁰

Asimismo, el impacto que un sistema *numerus clausus* tiene sobre los costos de transacción es importante.³¹ El problema no radica en que los abogados no puedan convencer a los registradores de inscribir un contrato, subsanando las observaciones que pudieran plantearse, o en que éstos no sepan proponer esquemas contractuales alternativos que logren el mismo efecto. Por el contrario, el tema es justamente que tanto las observaciones de los registradores como el tiempo invertido para desarrollar esquemas alternativos que reflejen la intención de las partes, generan costos de transacción importantes que encarecen la contratación minera.

²⁶ Pese a ello, en la práctica encontramos -aunque en ajetada minería- contratos de arrendamiento financiero, de fideicomiso y otros distintos a los contemplados en la Ley General de Minería, inscritos en las partidas registrales de derechos mineros.

²⁷ Al respecto, LASTRES B., Enrique (op. cit., pág. 78) acertadamente apunta la falta de evolución del ordenamiento contractual para la actividad minera (que se mantiene prácticamente inalterable desde el Código de Minería de 1896) pese a las sucesivas reformas que ha experimentado la legislación minera.

²⁸ Esto es el esquema que el Banco Mundial recomendó como base para la reforma de la legislación minera en diversos países. Ver World Bank, "A Mining Strategy for Latin America and the Caribbean, Technical Paper No. 345", Washington D.C., 1996.

²⁹ Nuestros derechos comparados en el ámbito sudamericano en lo que respecta a atracción inversión en exploración minera.

³⁰ El Artículo 2 del Código de Minería de Chile reconoce expresamente que pueden celebrarse toda clase de actos o contratos sobre concesiones mineras. De otro lado, el Artículo 11 del Código de Minería de Argentina establece que existe derecho de propiedad sobre las minas y que a ellas se aplican los mismos principios que a la propiedad común.

³¹ Para una clara explicación del impacto de los costos de transacción en la contratación, sobre la base de la teoría desarrollada por el premio Nobel de Economía, Ronald Coase, ver BULLARD, Alfredo, "No quiero, ni me quiere" (Desarrollando "Incertidumbres Ideológicas" en torno a la protección al consumidor) en sus *En Ventas*, Año VII, N° 61, págs. 113-119.

Al respecto, concordamos con lo señalado por Murillo quien, al tratar el tema de los derechos reales, señala que el sistema *numerus clausus* atenta contra la autonomía de la voluntad, mientras que el *numerus apertus* reduce los costos de transacción generando una más eficiente asignación de recursos en la sociedad.³²

Para ilustrar mejor el tema imaginemos el siguiente supuesto. Pedro celebra un contrato de comercialización de minerales con Juan, el titular de una concesión minera. Con el fin de que cualquier tercero conozca que los minerales provenientes de la concesión están ya comprometidos con él, Pedro busca inscribir el contrato en la partida registral de la concesión. No obstante, el registrador señala que dicho contrato no es inscribible puesto que no versa sobre la concesión misma sino sobre los minerales. Como alternativa, el abogado propone a Pedro constituir una carga sobre la concesión de Juan e inscribir una prenda minera sobre los minerales, obteniendo un resultado similar. Pese a que el registrador inicialmente observa la constitución de la carga, luego de un escrito subsanatorio, el registrador inscribe. Como resulta evidente, los costos de transacción involucrados resultan mayores a los que resultarían si se permitiese inscribir directamente el contrato de comercialización.³³

Desde nuestro punto de vista, si como resultado de interpretar que los contratos mineros son un número cerrado se crea incertidumbre sobre la registrabilidad de determinados contratos, negociados de buena fe y válidamente celebrados, entonces es necesario apartarnos de dicha interpretación, puesto que eleva los costos de transacción y puede conducir a una asignación ineficiente de recursos.

Por lo tanto, al no haber norma alguna en nuestro ordenamiento que establezca que los contratos mineros son un número cerrado y ante las evidentes desventajas de dicho sistema, consideramos que debe dejarse de lado la interpretación de que no caben contratos mineros distintos a los contenidos en la Ley General de Minería, permitiendo así no sólo la celebración de los mismos, sino su inscripción en los registros públicos. Consideramos que la forma más clara de hacerlo sería incluir en la Ley General de Minería una disposición expresa que declare que están permitidos toda clase de contratos en relación con derechos mineros y que los mismos son inscribibles.

Habiendo analizado lo relativo a la tesis del *numerus clausus* en la contratación minera, pasamos a desarrollar restricciones puntuales relacionadas con tipos contractuales específicos.

2. Plazo de la Opción Minera

El Artículo 165º de la Ley General de Minería trata el contrato de opción minera:

"Artículo 165º.- Por el contrato de opción, el titular de una concesión se obliga, incondicional e irrevocablemente, a celebrar en el futuro un contrato definitivo, siempre que el opcionista ejercite su derecho a exigir la conclusión de este contrato, dentro del plazo estipulado.

El contrato de opción deberá contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo, pudiendo pactarse que la opción puede ser ejercida indistintamente

³² MURILLO, María, "Numerus Clausus vs. Numerus Apertus: ¿Cuál es el Sistema que conduce a la Eficiencia?" en *Materia de Lectura del Curso de Análisis Económico de los Derechos Reales*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

³³ Este es un ejemplo bastante simple, pero las dudas sobre la registrabilidad del contrato aparecen en todos los casos en que un cliente desea celebrar un contrato que no esté encuadrado dentro de un tipo reconocido en la Ley General de Minería.

por cualquiera de las partes.

El contrato de opción minera se celebrará por un plazo no mayor de cinco años, contado a partir de su suscripción.²⁴

Como podrá apreciarse, los primeros dos párrafos del artículo citado tratan a este contrato preparatorio, que supuestamente es especial para la minería, en términos prácticamente equivalentes a las normas generales del Código Civil.²⁴ Cabe preguntarnos entonces, ¿es necesario regular el contrato minero de opción de manera particular?

Así, tenemos que la única diferencia entre el contrato minero de opción y el contrato de opción contemplado en el Código Civil es el plazo, pues el primero está sujeto a un plazo máximo de cinco años.²⁵

¿Hay alguna justificación para dicho plazo máximo que provenga de la realidad de los negocios mineros? La respuesta es no.

Los contratos de opción minera son utilizados normalmente como preparatorios para un contrato de transferencia o de cesión minera. Es imposible determinar el valor real de los recursos mineros que podrían estar contenidos en un derecho minero hasta que se lleven a cabo costosos estudios y, sobretudo, perforaciones que permitan delimitar el recurso. De ahí que en minería se celebren contratos de opción, pues permiten un plazo durante el cual se lleva a cabo la evaluación, para que luego, de ser un proyecto interesante, se ejerza la opción y efectúe la transferencia o cesión.

La práctica, no obstante, demuestra que en muchos casos el plazo necesario para completar la exploración, llevar a cabo el estudio de factibilidad, obtener compromisos preliminares de financiamiento, etc. es mayor al plazo de cinco años que contempla la Ley General de Minería. ¿A quién beneficia este plazo entonces?

La lógica podría ser -desde una perspectiva en cierto grado controlista- que los recursos mineros deben ser necesariamente explotados pues pertenecen a la Nación y el plazo de cinco años en cierta forma fuerza a los inversionistas a adoptar decisiones y no dejar los recursos desaprovechados. No obstante, de ser ésta la intención, el resultado no es conseguido.

Primero, lo que en la práctica sucede es que se encuentran mecanismos contractuales para evitar la restricción del plazo; no obstante, dichos mecanismos contractuales complican el negocio y elevan los costos de transacción.

Segundo, el sistema peruano actual ya contempla desincentivos para aquellos inversionistas que -en contra de la lógica natural de todo negocio que es ganar dinero y mientras más pronto mejor- no realicen actividades conducentes a aprovechar los recursos mineros. Como es sabido, los concesionarios deben pagar todos los años el derecho de vigencia por sus concesiones, que actualmente es de tres dólares americanos por hectárea. Asimismo, los concesionarios deben alcanzar una determinada producción mínima antes de seis años contados a partir de la fecha del título de concesión.²⁶ De no alcanzarse la producción, el concesionario deberá pagar

²⁴ El Artículo 1413º del Código Civil define, con mejor técnica legislativa, el contrato de opción. De otro lado, el Artículo 1421º del mismo cuerpo legal señala que el contrato de opción debe contener los elementos y condiciones del contrato definitivo. Se entiende que dichos elementos y condiciones son los esenciales.

²⁵ El Reglamento de Diversos Títulos (Artículo 133º), incluso, señala que si en el contrato minero de opción no se estableciera plazo, este será de cinco (5) años.

²⁶ Para ser más precisos, el plazo comienza el 1 de enero del año siguiente a la fecha de entrega del título de concesión.

anualmente, además del derecho de vigencia, seis dólares americanos por hectárea como penalidad. La penalidad aumenta a veinte dólares por hectárea por año si se alcanza el año doce sin lograr la producción mínima.³⁷ Si se toma en cuenta que las concesiones mineras tienen, salvo las excepciones que la ley contempla, un área de entre cien y mil hectáreas, una simple operación matemática demostrará que los montos involucrados son significativos. Por tanto, tenemos que nuestro ordenamiento ya incluye mecanismos, sin duda más eficientes, que tienen por fin evitar que los recursos mineros pudieran ser desaprovechados.

De otro lado, si observamos el tratamiento que recientemente se ha dado al contrato de opción en el Código Civil, tenemos que éste ya no está sujeto a un plazo máximo. El plazo máximo de seis meses que estuvo vigente para la opción civil³⁸ fue, primero, convertido en inaplicable para las sociedades con la entrada en vigencia de la actual Ley General de Sociedades³⁹ y, luego, dejado sin efecto mediante una modificatoria expresa por la Ley N° 27420.⁴⁰

Entre los fundamentos que contiene la Exposición de Motivos de la Ley N° 27420⁴¹ para dejar sin efecto tanto el plazo máximo de la opción como el plazo máximo de un año que se aplicaba al compromiso de contratar, se invoca preceptos constitucionales tales como la libertad de contratar, señalándose que:

"Esta condición de antijuricidad motiva una razonable protesta de los abogados, quienes conocen la realidad por su ejercicio profesional, y han puesto en claro su posición al respecto. Un importante sector del gremio se encuentra en contra de los citados plazos. Es evidente que se han visto frustrados por la comprensible indecisión de sus clientes (o de la otra parte) que termina muchas veces en que un negocio potencial queda trunco por una inconveniente norma jurídica. Estos plazos arbitrarios que impone la ley desalientan la inversión."

Al tratar el efecto de la vigencia de la norma que deroga dichos plazos máximos sobre la legislación nacional, la Exposición de Motivos refiere:

"La norma busca alentar los negocios, fortaleciendo la libertad de contratar en las condiciones que establece el Código Civil para los contratos de opción y para los compromisos de contratar."

Consideramos, pues, que no tiene lógica tratar el contrato minero de opción de forma diferente. El plazo máximo de cinco años, limita los negocios mineros o, en todo caso, los complica pues es necesario recurrir a figuras distintas que lleven a resultados equivalentes. Esto, obviamente, eleva los costos de transacción relativos a dichos contratos.

Eliminando el plazo máximo se libera a los inversionistas de una restricción impuesta por la ley que no responde a la forma de los negocios mineros. La libertad contractual y la realidad de cada negocio particular son los llamados a determinar el plazo aplicable a una opción contenida en un contrato minero.

³⁷ Las penalidades pueden evitarse si se invierte diez veces su monto en el año anterior.

³⁸ Dicho plazo máximo fue muy criticado. Para una ilustrativa y breve reseña de cuál era el problema ver, por ejemplo, BILLARD, Alheda, "Código Civil, reforma e inversión" en *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, APA Editores, 1995, pag. 329.

³⁹ Artículo 41 de la Ley General de Sociedades, vigente desde el 9 de diciembre de 1997.

⁴⁰ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 7 de febrero de 2001.

⁴¹ Proyecto de Ley N° 0394 del 14 de noviembre de 2000.

3. Cesión Minera

El contrato de cesión minera está definido en el Artículo 166² de la Ley General de Minería:

"Artículo 166.- El concesionario podrá entregar su concesión minera, de beneficio, labor general o transporte minero a tercero, percibiendo una compensación.

El cesionario se sustituye por este contrato en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente."

Esta definición contiene ciertas restricciones a la libertad contractual, algunas más explícitas que otras.

En primer lugar, la cesión minera debe ser onerosa. Nos preguntamos a qué se debe este requisito. ¿Se trata acaso de una protección paternalista para lograr que quien cede su derecho minero no deje de percibir un ingreso? Si fuera así, ¿por qué no establecer que todas las transferencias de derechos mineros deben ser onerosas? ¿y las opciones?

No encontramos fundamento por el cual sea necesario establecer que toda cesión minera debe ser onerosa. Podemos imaginarnos, por el contrario, el caso de un concesionario que hubiese obtenido el financiamiento de un banco y, luego de un tiempo, incumpliese el contrato de préstamo. Ante dicho incumplimiento, el contrato de préstamo podría establecer que el banco se sustituirá en sus derechos como concesionario, lo que, en puridad, constituiría una cesión minera. Pese al incumplimiento del deudor, ¿debe el banco pagarle por dicha cesión?

En segundo lugar, el Artículo 169³ de la Ley General de Minería contiene una supuesta prohibición en relación con la posibilidad de que un cesionario traspase, a su vez, los derechos y obligaciones inherentes al concesionario a un tercero.

"Artículo 169.- El cesionario que esté operando una concesión, no podrá a su vez celebrar con terceras contratos de cesión minera sobre dicha concesión."

Nótese que la referida norma no admite la subsecuente cesión que efectúe el cesionario incluso de contar con autorización del concesionario. En ese sentido, consideramos que la norma no tiene razón de ser, máxime si -como veremos- se admite que haya más de un cesionario en una concesión simultáneamente y si, de conformidad con el Artículo 170⁴ de la Ley General de Minería, se admite que el cesionario ceda su posición contractual. Si el contrato de cesión minera es comparado por la doctrina, salvando sus diferencias, con el contrato de arrendamiento, ¿por qué no permitir el subarrendamiento si estuviere autorizado por el concesionario?⁴²

En tercer lugar, cabe preguntarnos si pueden realizarse cesiones parciales. En principio, la norma señala que como consecuencia de una cesión minera el cesionario adquiere todos los derechos y obligaciones, no algunos. Es decir, ¿puede cederse sólo el derecho a explorar en una concesión, pero no el derecho a explotar? Evidentemente, puede ser de interés del concesionario el que un tercero lleve a cabo exploraciones que determinen la existencia de un recurso en su concesión, mas no la explotación del mismo hasta que primero le pague la cantidad que hubieren pactado.

⁴² Nótese que la deficiencia de la norma bajo comentario es tal que tampoco se establece una sanción en caso de faltar a cabo un contrato en contra de la prohibición. La sanción, en todo caso, será la imposibilidad de reiniciar el contrato.

Si se cede solamente el derecho a explorar, ¿estamos ante una cesión minera? Imaginémoslo que el registrador al que se presenta el caso suscribe la tesis del *numerus clausus* que hemos descrito, ¿debería éste negar la protección que da la inscripción?

Continuando con el tema de las cesiones parciales, el Artículo 135⁹ del Reglamento de Diversos Títulos dispone:

"Artículo 135.- En el caso de que se dé en cesión uno (1) o más derechos dineros a dos (2) o más personas, éstas quedarán obligadas a designar un apoderado común."

Es decir, queda claro que el concesionario puede celebrar cesiones con más de un tercero sobre la misma concesión, estableciéndose el requisito de que se designe un apoderado común. Este requisito nos parece atendible por cuestiones de orden toda vez que el Estado, a través del Ministerio de Energía y Minas, supervisa el cumplimiento de las obligaciones del concesionario (tales como la seguridad en las operaciones, cumplimiento de normas de medio ambiente, etc.) y, por lo tanto, debe cuando menos conocer quien representa a los cesionarios de dicho concesionario. Es más, la norma debería regular mejor el tema, estableciendo que debería comunicarse al Estado quien se hace responsable del cumplimiento de las obligaciones.

Sin embargo, ¿puede dividirse contractualmente la concesión, ya sea por cotas (profundidades) o áreas en las que un cesionario podrá operar y el otro no? ¿puede establecerse que una empresa explotará oro y la otra zinc dentro de la misma concesión? La interpretación predominante es que estos pactos son nulos por contravenir una norma de orden público.⁴³ Dicha interpretación hace, por lo tanto, que no sean inscribibles (es decir, que no tienen derecho a la protección que otorga el registro). Dicha interpretación se basa en que la concesión es considerada un bien indivisible, que sólo puede ser dividido mediante un procedimiento de fraccionamiento o división llevado a cabo con arreglo a las disposiciones de orden público contenidas en la Ley General de Minería y normas reglamentarias.

No consideramos que la referida tesis aiente la contratación minera en el país. Como hemos visto al referirnos al que hemos denominado mercado secundario de concesiones mineras, los contratos muchas veces tienen el propósito de distribuir el riesgo del proyecto entre los participantes. En la actualidad son frecuentes los casos en que dos empresas desean realizar exploración conjunta en una concesión sin tener interés en dividir su área a través de un fraccionamiento. En estos casos, una constante preocupación es como se diferenciarán las responsabilidades de cada empresa (sobre todo respecto a pasivos ambientales). En tal sentido, permitir que contractual y registralmente se establezca una clara delimitación entre el área que es de responsabilidad de una parte y aquella que corresponde a la otra, facilitaría la celebración de tales contratos. Es más, en nuestra experiencia, la tesis restrictiva predominante fomenta la celebración de contratos fuera de registro e incluso en el extranjero, debido a la mayor sensación de seguridad que un inversionista extranjero percibe al contratar con sujeción a la legislación de su país.

⁴³ Tal interpretación fue determinante en el resultado del juicio arbitral de fecha 8 de setiembre de 1996 entre CENTROMIN PERU y Compañía Minera Casapalca.

4. Contrato de Transferencia

El contrato de transferencia está regulado por el Artículo 164^o de la Ley General de Minería:

"Artículo 164.- *En los contratos en los que se transfiera la totalidad o alícuotas de concesiones mineras no hay rescisión por causa de lesión."*

El citado artículo tiene el acierto de reflejar la incertidumbre que existe respecto al valor de un derecho minero. De ahí que no deban proceder aquellas demandas que estén destinadas a rescindir el contrato por falta de balance entre las prestaciones; como es el caso de una demanda por lesión.

No obstante, la regulación del contrato de transferencia es poco clara en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho que se transfiere. La pregunta es, ¿se transfiere propiedad sobre la concesión?

El primer párrafo del Artículo 130^o del Reglamento de Diversos Títulos, refiriéndose a los contratos de transferencia establece:

"Artículo 130.- *Los contratos a que se refiere el Artículo 164^o de la Ley, son aquellos que implican transferencia de dominio. (...)*

Por lo general, "dominio" es entendido como sinónimo de propiedad. Es decir, tales contratos incluirían la compraventa, donación, permuta, etc., todos ellos regulados en el Código Civil y por los cuales se transfiere propiedad.⁴⁴ No obstante, es también generalmente aceptado que el concesionario no ejerce propiedad sobre la concesión⁴⁵ y, por lo tanto, al transferir su titularidad no transfiere propiedad. De ahí que la celebración de contratos tales como el usufructo y el uso, que derivan del derecho de propiedad no sean -por lo general- admitidos respecto de una concesión minera.⁴⁶ En ese sentido, se debate si el uso del término "dominio" es un exceso reglamentario. En atención a ello cabe preguntarnos, ¿puede celebrarse un fideicomiso respecto de una concesión minera? Como es sabido, mediante un fideicomiso se transfiere un bien bajo dominio fiduciario. Si se aplica la norma reglamentaria, el fideicomiso debería estar permitido y ser inscribible. Pero que sucede si el registrador de turno considera que el término "dominio" es un exceso del Reglamento de Diversos Títulos y que, por lo tanto, no cabe inscribir tal contrato. El resultado es que la entidad fiduciaria no gozará de la protección del registro y habrá invertido tiempo y dinero en celebrar un contrato de fideicomiso que no le ofrece el más alto grado de protección legal al cual, por supuesto, aspiraba.

Un segundo tema que vale la pena comentar -puesto que constituye una restricción importante a la libertad de contratar- es el referido a las transferencias de alícuotas de derechos mineros. Como podrá apreciarse del texto del citado Artículo 164^o de la Ley General de Minería, está permitida expresamente la transferencia de alícuotas de derechos mineros.

⁴⁴ Para un análisis en detalle respecto a lo que importa la transferencia de titularidad de una concesión ver BARCHI, Luciano, "Asignación y Transferencia de los Derechos de Aprovechamiento Exclusivo de los Recursos Minerales", *Advocatus Nueva Época*, N° 4, pág. 141.

⁴⁵ El primer párrafo del Artículo 10 de la Ley General de Minería señala que: "La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los alícuotas que esa Ley reconoce al concesionario." Nótese que se evita caracterizar al derecho real que la concesión otorga como un derecho de propiedad.

⁴⁶ Ver LASTRES B., Enrique, op. cit., pág. 78.

No obstante, de conformidad con el Artículo 186^o de la Ley General de Minería, la transferencia de alicuotas conduce a la formación de una sociedad.

"Artículo 186.- Cuando por razón de petitorio, sucesión, transferencia o cualquier otro título, resulten dos o más personas titulares de una concesión, se constituirá de modo obligatorio una sociedad minera de responsabilidad limitada, salvo que las partes decidan constituir una sociedad contractual. (...)"

Es decir, en lugar de aplicar las reglas de la copropiedad⁴⁷ o establecer un tratamiento análogo al que hemos comentado para la cesión minera al referimos al Artículo 135^o del Reglamento de Diversos Títulos, el legislador consideró más conveniente forzar la constitución de una sociedad. En nuestra opinión, el obligar a los co-titulares a asociarse constituye una evidente violación de la libertad de contratar, consagrada tanto a nivel constitucional por el Artículo 2^o inciso 14 de la Constitución como a nivel legal por el Artículo 1354^o del Código Civil.

El efecto del Artículo 186^o en los contratos mineros es sumamente limitativo. Para un inversionista es importante tener seguridad, es decir, tener título sobre la concesión, al menos sobre la parte de ella que ha adquirido (sus alicuotas). No obstante, resulta difícil para un inversionista comprender porqué la adquisición lo convierte en socio automático de la persona que le transfirió dichas alicuotas, obligándolo a discutir un estatuto, cubrir los costos de constitución y aquellos que genere la administración de dicha sociedad.

Como podrá apreciarse, si se llega a celebrar un contrato de compraventa de alicuotas, los costos de transacción asociados son bastante altos, puesto que inevitablemente implican la negociación del estatuto, convenios de accionistas, etc. De otro lado, la regla por la que no se permite la adquisición de alicuotas sin tener que formar una sociedad, genera en sí misma altos costos de transacción toda vez que para evitar la formación de la sociedad se establecerán otros pactos que complican el esquema contractual, contrastando con la simplicidad del negocio.

5. Hipoteca Minera

Las críticas que pueden hacerse a la hipoteca minera son las mismas que se han hecho a la forma en que se regula la hipoteca en el Código Civil, puesto que la forma en que está regulada la hipoteca minera no difiere sustancialmente de la manera en que está legislada la hipoteca común.

En ese sentido, nos limitaremos a señalar que la prohibición del pacto comisorio y la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución extrajudicial de la garantía, son dos limitaciones que privan, tanto a las entidades financieras como a cualquier beneficiario de una hipoteca minera, de obtener un mayor grado de seguridad respecto al pago de su acreencia.⁴⁸ En atención a ello, consideramos que dichos pactos debieran ser permitidos, dentro de ciertos parámetros claramente establecidos y sin dejar de prestar atención a la naturaleza aleatoria de los negocios mineros.

⁴⁷ Cabe aclarar que no consideramos que las reglas de la copropiedad nos llevarían a una solución más eficiente.

⁴⁸ Ver el Documento de Trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas "Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales" publicado mediante Suplemento Especial en el diario oficial "El Peruano" el 16 de julio de 2005.

V. CONCLUSIÓN: FLEXIBILIZAR LA CONTRATACIÓN MINERA

Como resultado de los temas tratados tenemos que las reglas de contratación minera son poco claras y contienen reglas de orden público que restringen la posibilidad de incluir ciertos pactos e inversiones de la oponibilidad que confiere el registro.

Dicha falta de claridad y las limitaciones de orden público descritas, entre otras, elevan los costos de transacción, puesto que hacen necesario invertir más tiempo y dinero en conseguir un nivel de seguridad aceptable para el interesado.⁴⁹ Toda vez que las actuales reglas de contratación minera generan mayores costos de transacción a los que podríamos imaginar de no existir las mismas, podemos concluir que son ineficientes.

El sistema actual puede incluso llegar a desincentivar la contratación en el país en aquellos casos en que, ante la imposibilidad de incluir ciertos pactos en un contrato local y obtener la protección del registro, los inversionistas extranjeros prefieran celebrar contratos bajo la seguridad que perciben recibir de una legislación distinta a la peruana.

De otro lado, del análisis efectuado resulta evidente que a través de reglas más genéricas y flexibles se lograría que el régimen de contratación minera se adapte mejor a la evolución de los negocios que, por cierto, es siempre más rápida que la legislación.

Por lo tanto, creemos que es tiempo de reformar las reglas de contratación minera para hacerlas más flexibles y eficientes. Una adecuada política minera, entendida como el conjunto de normas que crean el marco regulatorio sobre la base del cual se efectúan inversiones y se desarrollan operaciones, es fundamental.⁵⁰ La política minera debe considerar no sólo factores tales como la tributación y las normas de protección al medio ambiente, sino también todas aquellas reglas que de una u otra forma pudieran coadyuvar a maximizar los beneficios provenientes de los derechos mineros.

⁴⁹ Dicho nivel dependerá de su aversión al riesgo.

⁵⁰ Así lo demuestra el "Annual Survey of Mining Companies 2011-2020" elaborado por el Fraser Institute del Canadá, sobre la base de encuestas a 1827 compañías mineras, en el cual los dos indicadores fundamentales para determinar que tan atractivo es un país para la inversión minera son la política minera y el potencial geológico.