

LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO MINERO: ¿SON LOS CONTRATOS MINEROS NUMERUS CLAUSUS?

JORGE E. BENAVIDES KOLIND-HANSEN⁽¹⁾

Alumno del Duodécimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Ex miembro del Consejo Directivo de **ADVOCATUS**

SUMARIO:

I. Introducción - II. Duranta estatal de los recursos minerales y el régimen de concesiones - III. Contratos mineros: 1. Regulación; 2. Fomalidades; 3. Contratos mineros típicos; 4. Delimitación de los contratos mineros; 5. ¿Son los contratos mineros *numerus clausus* o *status aperti*?; 6. Proyecto de Ley No. 5569 - V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos son los vehículos jurídicos que permiten el desarrollo de una sociedad. Sobre la base de la cooperación mutua, las personas pueden satisfacer sus necesidades intercambiando bienes y servicios a través de una regulación privada eficiente.

En el caso particular de la minería, los contratos mineros son esenciales puesto que hacen posible el tráfico jurídico de derechos mineros. De esta manera, se puede transferir la propiedad sobre minerales extraídos (contrato de compraventa de minerales), la titularidad sobre concesiones (contrato de transferencia), y la titularidad de actividad minera (contrato de cesión).

Asimismo, los contratos mineros permiten organizar el desarrollo de un proyecto minero de manera que se compartan las inversiones, los riesgos y los beneficios (contratos *Joint Venture*). También es posible garantizar financiamiento mediante el otorgamiento de garantías como la prenda e hipoteca minera.

Como subgénero del contrato general o civil, los contratos mineros modernos, propios de las economías liberales, se apoyan en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene dos manifestaciones: la libertad de configuración interna (libertad contractual), que permite a las partes determinar entre sí el contenido del contrato a celebrarse; y, la libertad de conclusión del contrato (libertad de contratar), según la cual las partes eligen cómo, cuándo y con quién contratan. Al igual que en los contratos generales o civiles, tales libertades no son absolutas o irrestrictas, sino que se encuentran encausadas por las normas imperativas, no pudiendo transgredirlas.

Ahora bien, la falta de claridad y algunas omisiones flagrantes en las normas que regulan la actividad minera han generado confusión en cuanto a los alcances de la libertad contractual en los contratos mineros. Por tal motivo, han surgido interpretaciones restrictivas o rígidas, según las cuales los contratos mineros son únicamente los tipificados por la ley, siendo imposible la creación de nuevas modalidades más eficientes. Si tales interpretaciones fueran ciertas, entonces tendríamos que aceptar que sencillamente las partes no cuentan con la libertad mínima de establecer la regulación contractual más conveniente para sus intereses.

En el presente trabajo intentaremos demostrar que el sistema de contratación minera no es en realidad tan rígido como a veces se percibe, descartando la idea de que los contratos mineros son *numerus clausus*. Sin embargo, antes de abordar este tema, consideramos necesario repasar algunas nociones elementales sobre el régimen de la actividad minera en el Perú.

⁽¹⁾ El autor expresa su agradecimiento a Luis Carlos Rodríguez Prádo por sus comentarios al presente trabajo.

⁽²⁾ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *La Libertad de Contratar*, En: *Temas*, Revista de Derecho, No. 33, Lima, 1996. Vid. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Tomo I, Palazoa Editores, Lima, 2001, pp. 197-219.

II. DOMINIO ESTATAL DE LOS RECURSOS MINERALES Y EL RÉGIMEN DE CONCESIONES

De acuerdo con el artículo 66 de la Constitución de 1993, los recursos naturales son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento. Asimismo, dispone que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares son fijadas por ley orgánica.

Como consecuencia de este mandato constitucional, se dictó la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que constituye el marco general de regulación aplicable a todos estos recursos. Sin embargo, conforme establece esta norma, el otorgamiento de cada tipo de recurso natural a los particulares es regulado por leyes especiales.¹

Como sabemos, el aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo, se encuentra regulado por el Decreto Supremo No. 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante TUO), y sus diversas normas reglamentarias.

Según el TUO, todos los recursos minerales pertenecen al Estado –cuya propiedad es inalienable e imprescriptible– lo cual no impide, sin embargo, que los particulares, al igual que el Estado (a través de su actividad empresarial), puedan aprovechar estos recursos mediante el régimen de concesiones.² El régimen de concesiones previsto en el TUO es de Derecho Público, en cuanto a su otorgamiento, fiscalización y procedimientos administrativos.

Martin Belaunde Moreyra define la concesión como “(...) un acto jurídico administrativo dictado por la autoridad competente, previo petición del interesado y sujeto a normas sustantivas y procesales de ineludible cumplimiento. La concesión está sujeta a un régimen legal y no contractual”.³

Existen únicamente existen cuatro tipos de concesiones reguladas en el TUO:

- **Concesión minera** (también denominada de exploración y explotación): Otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos.
- **Concesión de beneficio**: Otorga a su titular el derecho de extraer o concentrar la parte valiosa de minerales, fundirlos o refinarlos.
- **Concesión de labor general**: Otorga a su titular el derecho a prestar servicios auxiliares (ventilación, desagüe, etc.) a otras concesiones.
- **Concesión de transporte minero**: Otorga a su titular el derecho de instalar y operar un sistema de transporte masivo continuo de productos minerales.

III. CONTRATOS MINEROS

El Derecho minero es de naturaleza mixta.⁴ Y es que, a diferencia del régimen de concesiones, en el cual prima el Derecho Público, en el ámbito de los contratos mineros el Derecho Privado cobra mayor importancia.⁵

¹ Véase BAILETTI PRAYSSINER, Gabriel, *El Derecho del Concesionario Minero*. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa Industrial Explotadora*, Minevía, No. 59, Lima, 2005, pp. 318-319.

² Artículo 8 del Título Preliminar del TUO.

³ BELAUNDE MOREYRA, Martín, *Derecho Minero y Concesión*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 217.

⁴ RODRIGO PRADO, Luis Carlos y DEFAGO BOERO, Pierre, *Algunas Concesiones Mineras en el Perú*. En: *Foro Minero*, No. 4, Santiago de Chile, 1999, p. 12.

⁵ Véase BELAUNDE MOREYRA, Martín, *Op. Cit.*, p. 185.

1. Regulación

Los contratos mineros, según establece el artículo 162 del TUO, se rigen por las reglas generales del derecho común en todo lo que no se oponga a lo señalado por esta norma. En este sentido, el artículo 128 del Decreto Supremo No. 03-94-EM, Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, precisa que son aplicables supletoriamente los principios contenidos en el Código Civil⁷ y en la Ley General de Sociedades.

De esta manera, el legislador excluye la contratación minera del Derecho Público y la circunscribe en el marco del Derecho Privado, imponiendo algunas restricciones específicas de orden imperativo.

2. Formalidades

Con relación a las formalidades aplicables a los contratos mineros, el artículo 163 del TUO dispone que “[l]os contratos mineros constarán en escritura pública y deberán inscribirse en el Registro Público de Minería, para que surtan efecto frente al Estado y terceros”.

Al respecto, la doctrina es pacífica al considerar que esta formalidad no es *ad solennitatem* sino simplemente *ad probationem*. Por lo tanto, la inobservancia de tal formalidad únicamente genera la inoponibilidad o ineficacia del contrato frente al Estado y terceras personas, mas no determina su invalidez. En consecuencia, y al margen de la formalidad empleada, los contratos mineros siempre surten plenos efectos entre las partes que los suscriben.

No obstante ello, las partes pueden compelirse recíprocamente, incluso por vía judicial en virtud del artículo 1412 del Código Civil para formalizar la escritura pública requerida para inscribir el contrato en el Registro Público.

3. Contratos Mineros Típicos

Los contratos mineros típicos son aquellos previstos expresamente en el TUO y en el Decreto Supremo No. 03-94-EM, Reglamento de Diversos Títulos del TUO. No analizaremos a detalle cada uno de estos contratos debido a que existen numerosos trabajos al respecto. En cambio, simplemente señalaremos brevemente sus características principales:

- **Contrato de Transferencia**

A través del contrato de transferencia se transfiere el dominio sobre el total de concesiones o partes alicuotas de estas. No es aplicable el retracto y tampoco la rescisión por lesión.

- **Contrato de Opción Minera**

Mediante el contrato de opción minera, el titular de una concesión minera se obliga de manera incondicional e irrevocable a celebrar en el futuro un contrato definitivo, siempre que el oponente ejercite su derecho de exigir la conclusión del contrato dentro del plazo estipulado, que no podrá exceder de cinco años contados a partir de la fecha de suscripción.

- **Contrato de Cesión**

En virtud de la cesión, el titular entrega una o más concesiones a un tercero a cambio de una compensación, siendo un contrato necesariamente oneroso. Como consecuencia de la cesión,

⁷ Novese que el artículo 1253 del Código Civil dispone que: “Todos los contratos de derecho privado [como los los contratos mineros], inclusive los interesados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección [Sección Primera] – Contratos en General, salvo en cuanto resulte incompatible con las reglas particulares de cada contrato”.

el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente. No es posible la "sub-cesión" en el sentido que el cesionario está impedido de celebrar con terceros contratos de cesión minera respecto de la misma concesión.

Vale la pena tomar en cuenta que "doctrinariamente se diferencia del arrendamiento en cuanto el bien arrendado debe ser devuelto a su propietario en el mismo estado de conservación en que se recibió, lo que no ocurre con la concesión cedida que es transformada y eventualmente agotada como consecuencia de la explotación".⁸

- **Contrato de Hipoteca**

Es el contrato a través del cual se constituye una hipoteca sobre concesiones inscritas en el Registro Público. Salvo estipulación en contrario, la hipoteca sobre una concesión afecta también a las construcciones, instalaciones y demás objetos destinados permanentemente a la actividad minera, sin perjuicio del derecho de prenda que puede ser establecido sobre ellos.

"Con respecto a los minerales cabe formular la siguiente aclaración: mientras no han sido extraídos o arrancados del yacimiento, constituyen la esencia material de la concesión y le dan su valor intrínseco. Constituyen, por lo tanto, el verdadero contenido de la hipoteca, porque una concesión sin minerales es un cascarón vacío desprovisto de valor. Pero una vez arrancados y extraídos (...) constituyen un producto y, como tal, son un bien mueble susceptible de ser prendado".⁹

- **Contrato de Prenda Minera**

Constituye prenda minera sobre los bienes muebles destinados a la actividad minera y los minerales extraídos y/o beneficiados de propiedad del obligado. Es el deudor quien mantiene la posesión del bien prendado, teniendo derecho a usarlo, asumiendo las responsabilidades de depositario y los gastos de conservación.

No procede la prenda de bienes comprendidos por una hipoteca inscrita, salvo que se pacte la diferenciación.

- **Contrato de Riesgo Compartido (Joint Venture)**

Son contratos de carácter asociativo para el desarrollo y ejecución de actividades mineras. A efectos de realizar un negocio en común durante un plazo determinado o no, las partes (personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país) aportan bienes, recursos o servicios y participan en los ingresos, utilidades, producción, entre otros conceptos. Cualquiera de las partes o todas pueden ejercer la gestión del negocio.

Cabe resaltar que los contratos joint venture no constituyen una sociedad ni establecen personería jurídica distinta a la de los contratantes; es decir, no genera el nacimiento de nuevos sujetos de derechos.

"No cabe duda que el Contrato de Riesgo Compartido es una modalidad contractual surgida en los Estados Unidos, pero que ha ido más allá de las fronteras de ese país, fundamentalmente por dos razones: a) Permite que las personas y empresas se asocien para acometer un proyecto a plazo

⁸ BELAUNDE MOREYRA, *Manejo Op. Cit.*, p. 190.

⁹ *Ibid.*, p. 206.

determinado o indeterminado, juntando sus recursos y conocimientos para ese efecto; y b) disminuye el riesgo y lo distribuye entre las partes contratantes, con lo que hace viable el desarrollo de un proyecto, que una sola persona o entidad probablemente no estaría en condiciones de afrontar en forma aislada".¹⁰

• **Contrato de Sociedad y Sucursales¹¹**

Constituye sociedades y sucursales de empresas extranjeras para realizar actividades mineras, y son regulados por el TUO y la Ley General de Sociedades. Se discute el hecho que sea regulado como contrato minero, debido a que las sociedades solo tienen un origen contractual al momento de su constitución, volviéndose luego entes autónomos de la voluntad de los fundadores y los socios. Además, se argumenta que la dedicación a la actividad minera no justifica una legislación especial.¹²

4. Definición de los contratos mineros

Lamentablemente, no existe en nuestra legislación una definición legal que delimite con claridad qué negocios jurídicos constituyen contratos mineros. A pesar de que el TUO dedica numerosas disposiciones a regular los distintos contratos mineros, el legislador no invirtió una sola línea en el contrato minero en general; simplemente se limitó a indicar las reglas y formalidades aplicables.

Sin pecar de excesivamente legalistas o formalistas, consideramos que una definición normativa sí resulta necesaria, puesto que la experiencia ha demostrado que su omisión en el TUO genera incertidumbre en torno a la posibilidad de crear nuevas figuras contractuales distintas a las reguladas en esta norma.

En efecto, toda la discusión sobre qué contratos califican como mineros podría haber sido evitada desde un inicio si es que se hubiese incluido en el TUO el concepto mismo de lo que constituye un contrato minero.

Ahora bien, la doctrina ha intentado lograr una aproximación conceptual al término "contrato minero" mediante la adaptación de la definición del contrato general civil tipificado en el artículo 1351 del Código Civil¹³ (qué, como hemos señalado, resulta de aplicación supletoria).

Así, Alberto Delgado Venegas señala correctamente que "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".¹⁴

¹⁰ *Ibid.*, pp. 225-226.

¹¹ No fueron incluido a las Sociedades Mineras (o Legales) por cuanto estas no surgen de la voluntad de las partes sino por disposición expresa de la ley cuando, por cualquier motivo, dos o más personas realizan actos similares de una misma naturaleza. En este supuesto, la constitución es obligatoria salvo que las partes decidan contraria un sociedad contractual.

¹² *Véase* LASTRES B., Enrique, *La Nueva Reforma de los Contratos Mineros*. En: *Revista de Derecho Minero y Petrolero*, No. 57, Lima, 1999, p. 90.

¹³ *Nótese que* "... con anterioridad las transacciones, como *Asarelli* y *Huámpo*, que además le otorgan contractual en el momento del acta fundacional de la sociedad, pero que rescindieron con este presente, durante su vida social, caracteres esenciales diferentes a lo de un contrato". ELIAS, Enrique, *Derecho Societario Privado*, Edición Normas Legales, Trujillo, 2001, p. 8.

¹⁴ Artículo 1351 del Código Civil: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación patrimonial".

¹⁵ DELGADO VENEGAS, Alberto, *¿Cómo hacer más eficiente el mercado de concesiones mineras? La necesidad de fortalecer la concesión minera*. En: *ADVOCATUS NUEVA ÉPOCA*, No. 4, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, 2007, p. 226.

5. ¿Son los contratos mineros *numerus clausus* o *numerus apertus*?

Sin perjuicio que siempre cabe la posibilidad de ensayar definiciones doctrinarias sobre lo que debe entenderse por contrato minero, la falta de claridad del TUO no permite alcanzar consenso sobre los alcances de estas.

Si bien es cierto que el TUO enumera una serie de contratos mineros (transferencia, cesión, opción, prenda, hipoteca, entre otros), no precisa si estos son los únicos contratos mineros o, por el contrario, es posible recurrir a otras figuras contractuales atípicas. Es decir, no indica si estamos ante un sistema *numerus clausus* o, por el contrario, *numerus apertus*, lo cual inevitablemente conlleva el problema de delimitar el radio de acción que posee la autonomía de la voluntad para crear figuras contractuales (libertad contractual).

En este contexto, un sector de la doctrina se inclina por considerar que los contratos mineros son *numerus clausus*, es decir, solo los tipificados en el TUO. Desde este punto de vista, la posición de Jorge Basadre Ayulo es tajante al afirmar que "(...) los contratos mineros son únicamente los contemplados en la ley a que se refiere el TUO y capaces de ser registrados".¹⁴ Incluso, dicho autor considera que "(...) el abogado que redacte contratos mineros cabalga sobre suela árido y seco ya que el Derecho minero encierra pocas figuras y modalidades contractuales de rico interés jurídico (...)".¹⁵

No estamos de acuerdo con tal posición; nos adherimos más bien al sector de la doctrina que concibe a los contratos mineros como *numerus apertus*. Es momento de desterrar la idea de que los contratos mineros son *numerus clausus*, a efectos de promover la libertad contractual, la inversión en el sector y consecuentemente el bienestar del país.

Fundamentamos nuestra posición en los siguientes argumentos:

5.1. No existe disposición legal alguna que limite directa o indirectamente los contratos a celebrarse sobre derechos mineros o actividades mineras a los tipificados por el TUO.

Al tratar el mismo tema, Alfonso Rubio Feijóo nos recuerda que el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución establece que nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe: "No existiendo norma que expresamente limite los contratos a celebrarse respecto de derechos mineros o de la actividad minera a los indicados en la Ley General de Minería, pareciera pues que la conclusión correcta es que los contratos enumerados en la Ley General de Minería no son los únicos que se pueden celebrar".¹⁶

Un claro ejemplo de lo que constituye un sistema cerrado de creación es el artículo 881 del Código Civil al establecer que "son derechos reales los regalados en este Libro y otras leyes". Quada entonces claro que no existen otros derechos reales distintos a los previstos en la ley, es decir, son *numerus clausus*.

El TUO no contiene una disposición en este sentido; por lo tanto, se debe entender que se trata de un sistema abierto de creación.

¹⁴ BASADRE AYULO, Jorge, *Derecho de Minería y del Petróleo*, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 362.

¹⁵ *Ibid.*, p. 357.

¹⁶ RUBIO FEIJÓO, Alfonso, *Contratos Mineros*. En: *Revista de Derecho Minería y Petróleo*, No. 55, Lima, 1997, p. 5.

5.2. La contratación minera se encuentra enmarcada dentro del Derecho Privado. Los contratos mineros, como indicamos anteriormente, se rigen por las reglas generales del derecho común; en particular, por el Código Civil y la Ley General de Sociedades.

Por ello, es posible adaptar al contrato minero la definición amplia del contrato general civil contenida en el artículo 1351 del Código Civil. Asimismo, es igualmente aplicable el artículo 1354 del Código Civil que consagra la libertad contractual al señalar que "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". Esta libertad también ha sido contemplada por el artículo 62 de la Constitución de 1993, que indica que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, los agentes económicos pueden interactuar dentro de un marco legal flexible al momento de contratar, rigiéndose por las normas de derecho común en tanto no se opongan a las pautas especiales señaladas por el TUO para ciertas modalidades específicas de contratos. En este sentido, las partes pueden optar libremente por cualquier modalidad de contratación del derecho común en la medida que no se contrapongan a las normas de orden público minero.¹⁸

5.3. El hecho de que el TUO imponga ciertas reglas específicas para cubrir ciertas particularidades de la contratación minera a través de normas imperativas no impide que los contratantes autorregulen sus relaciones comerciales mineras.

Como hemos mencionado, ambas partes de un contrato gozan de la libertad de configuración interna. No obstante ello, al igual que en el campo civil o societario, la autonomía de la voluntad no es absoluta, siendo encausada por ciertas normas respecto de las cuales no cabe pacto en contrario:

En este orden de ideas, se afirma que: "Siendo la libertad de configuración interna una manifestación de la autonomía privada y, por ello, un poder reconocido por el ordenamiento jurídico, tal libertad sólo puede ejercitarse dentro de los límites que el propio ordenamiento impone. Como dice *Morbelli*, la noción de autonomía lleva insito el concepto de límite".¹⁹

De esta forma, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución de 1993, establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Siendo ello así, por ejemplo, en el ámbito civil no se admite celebrar un contrato de compraventa de órganos humanos; en el ámbito societario no se acepta que una sociedad tenga acciones con distintos valores nominales; y en el ámbito minero no existe la rescisión por lesión en los contratos de transferencia. No vale pacto en contrario.

5.4. Existen disposiciones en el TUO, así como en normas relacionadas, que refuerzan la idea que los contratos son en realidad *numerus apertus*:

- El artículo 104 del TUO señala que "(...) son inscribibles en el Registro Público de Minería, a solicitud de parte, los contratos de cualquier naturaleza que se relacionen con concesiones y con personas que ejerzan actividades mineras, o, relacionadas con ellas, siempre que consten de escritura pública, salvo que la ley permita expresamente una formalidad distinta" (el subrayado es nuestro).

¹⁸ RODRIGO PRADO, LUIS CARLOS y DEFAGO BOERO, *Pierre*, Op. Cit., pp. 12-13.

¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Op. Cit., p. 209.

Como se puede apreciar, la norma no restringe los contratos mineros a los tipificados por ley. Todo lo contrario, el artículo citado es bastante amplio al indicar que estos contratos (sobre concesiones, actividad minera o relacionados con ellas) pueden ser de cualquier naturaleza.

- Los incisos c) y d) del artículo 6 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros²⁹, establecen que constituyen actos inscribibles los contratos que se celebren sobre concesiones, así como otros actos que declaren, transmitan, modifiquen, limiten o extingan obligaciones, derechos y atributos establecidos en el TUO, Código del Medio Ambiente y disposiciones complementarias, que correspondan a las concesiones.

Igualmente amplia resulta esta disposición al precisar que no solo son inscribibles los contratos sobre concesiones sino también los actos que se celebren sobre obligaciones, derechos y atributos relacionados a éstas.

- El artículo 42 del mismo reglamento titulado "Requisitos para la inscripción de contratos *(inominados)*" señala que "los contratos a que se refiere el inciso d) del artículo 6 del presente reglamento, para su inscripción, deberán contener la información señalada en el presente capítulo en la que le corresponda".

La referencia a contratos *inominados* se encuentra en el título del artículo, el cual, según regula la Segunda Disposición Complementaria y Final del dicho reglamento, es meramente indicativo y no debe ser considerado para la interpretación de su texto.

No obstante ello, además del título, el artículo se refiere a la generalidad de actos contenidos en el inciso d) del artículo 6 ("Otros actos que declaren, transmitan, modifiquen, limiten o extingan obligaciones, derechos y atributos establecidos en la Ley General de Minería (...)"). Adicionalmente, el artículo 42 se ubica en el reglamento luego de los artículos aplicables a los contratos típicos. Todos estos factores en conjunto nos llevan necesariamente a concluir que el artículo 42 se refiere a los contratos *inominados* o, en todo caso, a los atípicos.

En consecuencia, se desprende de la norma que es posible inscribir contratos *inominados* (los cuales siempre son atípicos), en cuyo caso se tendrá que evaluar la información que el contrato debe contener, atendiendo a su naturaleza.

- El Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2004-JUS, contempla como procedimiento No. 23 del Registro de Derechos Mineros: "Otros actos inscribibles (Constitución de Fideicomiso, Leasing o Lease Back, etc.)"

5.5. Las prácticas contractuales mineras actuales han demostrado que los contratos mineros no son *numerus clausus*. A manera de ejemplo, cabe mencionar el caso de los contratos sobre *petitorios* mineros.

Un *petitorio* minero (solicitud de concesión) no es aún una concesión minera sino tan solo un derecho *espectacioso*. El TUO no regula expresamente los contratos sobre *petitorios*; no obstante ello, actualmente es perfectamente posible celebrarlos. En ese sentido, es posible transferir un *petitorio* minero o otorgar una *opción* sobre éste o entregarlo en *cesión*.

Nada impide que se ceda la posición en un trámite administrativo, como lo es el otorgamiento de una concesión. Ahora bien, es claro que el ejercicio de los derechos que una concesión confiere

²⁹ Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos No. 051-2004-SUNARP/SN, publicada el 12 de febrero de 2004.

de acuerdo con el TUO queda sujeto a la condición suspensiva que el petitorio sea titulado como concesión por la autoridad competente.

Sobre el particular, cabe citar a Alfonso Rubio Feijoo:

"(...) Se ha discutido durante largo tiempo si puede transferirse petitorios al ser únicamente solicitudes que no otorgan más derecho que el de eventualmente obtener una concesión, asumiendo por supuesto que hayan sido correctamente formuladas. Pensamos que no existe razón para pensar que no se puedan transferir pero no creemos que se pueda tratar como la transferencia de una derecha minera ya que no lo es. Se trataría en consecuencia de la cesión o transferencia de un derecho expectatio o ser beneficiado con el otorgamiento de una concesión. (...) Este sería por ejemplo un caso de contrato no específicamente considerado como contrato minero por la Ley ya que no caería en el ámbito del artículo 164".²¹

Ahora bien, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros²², publicado el 12 de febrero de 2004, eliminó cualquier duda sobre la posibilidad de celebrar este tipo de contratos indicando que son inscribibles. En efecto, el artículo 43 del referido reglamento dispone que "los contratos que originalmente involucren petitorios mineros, son objeto de inscripción aún cuando obren inscritos como concesión minera".

En este sentido, los contratos sobre petitorios mineros constituyen contratos mineros atípicos –no previstos en el TUO– que, sin embargo, son inscribibles en los Registros Públicos, surtiendo así efectos incluso frente al Estado y terceros.

Es igualmente ilustrativa la reflexión que realiza Enrique Lastres sobre la viabilidad de celebrar otros contratos atípicos:

"(...) cabe preguntarse si en adición a ellos [contratos típicos] 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 1354 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. La servidumbre es un caso típico de contrato real no considerado específicamente como contrato minero en la sección correspondiente de la Ley, aunque si se le reconoce como un medio procesal para que el concesionario acceda a este derecho. Obviamente hay derechos reales que no son compatibles con la concesión tales como el usufructo y el uso".²³

Finalmente, coincidimos con Alberto Delgado Venegas cuando sostiene que el origen de la tesis de los contratos mineros *numerus clausus* "(...) es un rezago de la visión estatista o controlista que, respecto a la actividad minera, predominaba en nuestro país a partir de la legislación ya derogada. 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 estado actual de las cosas".²⁴

²¹ RUBIO FEIJOO, Alfonso, *Op. Cit.*, p. 6.

²² Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos No. 052-2004-SUNARP/SH.

²³ LASTRES B., Enrique, *Op. Cit.*, p. 78.

²⁴ DELGADO VENEGAS, Alberto, *Op. Cit.*, p. 328.

A su vez, la Comisión estimó que de los fundamentos de la iniciativa no se apreciaban con claridad los objetivos propuestos ni la contingencia que esta evitaría. Agregó que dado que la definición repite casi textualmente lo dispuesto por el Código Civil, sería redundante y excesivamente formalista establecer una nueva definición de contrato minero; incluso consideró que de aprobarse se presentaría una duplicidad inapropiada de normas.

Tampoco compartimos tal argumento. Si no encuentran los objetivos o contingencias de la propuesta, es porque no desean hacerlo. Como señalamos anteriormente, la definición del contrato general del Código Civil resulta aplicable; no obstante ello, la incorporación de una definición general del contrato minero hubiera uniformizado las interpretaciones sobre sus alcances, eliminado cualquier duda sobre la posibilidad de configuración de nuevas relaciones contractuales en el sector minero. Asimismo, se reducirían los costos de transacción (tiempo y dinero) derivados de amoldar los contratos a los tipos legales o convencer a los registradores que inscriban un contrato atípico.

En consecuencia, mediante la modificación propuesta, se promocionarían mayores alternativas de inversión a los agentes económicos, quienes a su vez percibirían mayor seguridad en la contratación minera. Y es que los inversionistas contarían con mayores incentivos (como lo es la mayor seguridad en sus relaciones contractuales derivada del acceso al registro) para la celebración de nuevos contratos; como por ejemplo, contratos de suministro minero, contratos de fideicomiso o arrendamiento financiero respecto de concesiones mineras, etc.

Con relación a las contingencias, es previsible que la falta de incorporación de tal definición determine que se mantenga la dualidad de interpretaciones respecto de los alcances de los contratos mineros e inseguridad en los contratantes que optan por crear novedosas relaciones contractuales. Producto de ello, el Perú dejaría de atraer inversiones que, bajo un sistema flexible, serían viables.

Por lo tanto, una definición como la propuesta no sería redundante; más bien resaltaría la discutida flexibilidad del régimen contractual minero estableciendo implícitamente que los contratos mineros no son únicamente los tipificados, sino todos aquellos que se celebren respecto de derechos mineros.

En todo caso, y si el Congreso considera que una definición como la propuesta es redundante, por lo menos debería incluir alguna referencia en el TUO precisando expresamente que los contratos mineros no son *numerus clausus*. No olvidemos que las grandes inversiones, como las del sector minero, requieren de reglas claras y estables.

V. CONCLUSIONES

1. En virtud a lo expuesto, podemos afirmar que es perfectamente posible que las partes –a través de la autonomía de la voluntad– establezcan distintas y novedosas modalidades de contratación privada, respetando siempre las normas de orden imperativo.
2. Sin perjuicio de lo anterior, y en razón de la falta de claridad del TUO en materia contractual, sería conveniente que se modifique el artículo 162 del TUO a efectos de desterrar definitivamente la concepción de los contratos mineros como *numerus clausus*.
3. La flexibilidad del régimen minero es sinónimo de mayores alternativas de inversión y desarrollo del sector. En consecuencia, si el legislador y el gobierno no lo comprenden o no desean hacer algo al respecto, el deber de alcanzar y/o consagrar la ansiada flexibilidad recae en los abogados, obligándolos a diseñar opciones cada vez más creativas y eficientes allí donde las normas lo permiten (o al menos no lo prohíben).