

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONTRATO DE CESIÓN MINERA EN EL PERU, A PROPÓSITO DEL PLAZO EN ESTE CONTRATO.

Por: Miguel A. Sánchez del Solar Quiñones.

Planteamiento del Problema

A finales del año 2000, una resolución del Tribunal Registral, la N° M011-2000-ORLC/TR, de fecha 6 de noviembre de ese año, en uno de sus considerandos se pronunciaba de la siguiente manera:

“Que la cláusula tercera del contrato de cesión minera -rogatoria- dispone que el plazo del mismo es de 25 (veinticinco) años, a partir de la fecha de suscripción por ambas partes de la escritura pública respectiva; plazo que si bien excede el limite señalado por el artículo 1688 del Código Civil, no invalida el contrato, sino que simplemente se entiende reducido al plazo máximo de ley, de acuerdo con el principio de preservación contractual. (Arias Schreiber Pezet, Max. Exégesis del Código, del Código Civil Peruano de 1,984, Tomo II, San Jerónimo Ediciones, 1ª. Edición, 1,988, pág. 372), situación que por lo demás aclara el último párrafo de la norma acotada;”

El tema de fondo de la apelación, no era el plazo del contrato de cesión, sino la cuestión de si existiendo una hipoteca sobre las concesiones mineras, éstas podían ser cedidas contractualmente, pese a que existía, además, una cláusula expresa en el acuerdo de constitución de ese gravamen, que prohibía la cesión. Sin embargo, el Tribunal considero oportuno pronunciarse sobre el plazo en el contrato de Cesión.

De esa manera el pronunciamiento del Tribunal Registral, aunque de un modo colateral, incorporó una interpretación sobre lo siguiente: que, en ausencia de una referencia en la ley minera sobre el plazo en el contrato de cesión, la forma de llenar el supuesto vacío, consistía en aplicar, supletoriamente, la regla para el plazo del contrato de arrendamiento civil, contenida en el artículo 1688 de dicha norma.

Como sustento de su posición, el Tribunal Registral hizo referencia a varios autores nacionales sobre esta materia que, en su criterio, brindaban el soporte conceptual suficiente a su opción interpretativa.

El tribunal consignó las siguientes referencias:

- 1) Del Dr. Guillermo García Montufar, aludiendo al contrato de cesión minera: *“Es similar al contrato de arrendamiento del derecho común, pero se ha variado la denominación por cuanto se sostiene que la entrega de una concesión de exploración-explotación para que la trabaje otro da lugar a que se consuma el bien y el arrendatario no podrá cumplir con la obligación (art.1681, inc. 10 del Código Civil) de devolver el bien arrendado (al vencerse el plazo del contrato) en el estado que lo recibió sin más deterioro que el de uso ordinario...”¹*
- 2) Del Dr. Jorge Basadre Ayulo, refiriéndose también al contrato de cesión: *“La doctrina ha debatido con ardor la admisibilidad del arrendamiento minero. Si una*

¹ El Tribunal hace la siguiente referencia bibliográfica: García Montufar, Guillermo; Franciskovic Ingunza, Militza. Derecho Minero Común. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación. Grafica Horizonte S.A, Edición 1999, pág., 138.

mina o concesión se “arrienda” por el concesionario a un tercero para que la explore a cambio de un canon o regalía, este bien inmueble está sujeto a su agotamiento por los trabajos que realizará el arrendatario y, en consecuencia, la cosa arrendada no podrá ser devuelta en el mismo estado en que se recibió. A fin de evitar esta disquisición, y manteniéndose la figura contractual en el ordenamiento peruano, este negocio jurídico recibió la denominación de contrato de cesión...’²

En estas referencias, quiero resaltar un mismo criterio compartido por ambos autores: la concesión (el bien) que se entrega en cesión (arrendamiento) se consume o agota, razón por la que no puede ser devuelta en las mismas condiciones que se recibió y este es el motivo por el que, *para evitar la disquisición*, se le cambió la denominación a este acto jurídico y en vez de denominarlo arrendamiento, se le denominó cesión minera.

Es para ese razonamiento para el que deseo abrir *esta disquisición*, pues sobre ese entendimiento se soporta la idea que la única diferencia entre un contrato de arrendamiento de inmuebles civil y el contrato de cesión minera, es esta incómoda circunstancia de que el bien dado en cesión se consume o agota, lo cual, lamentablemente, impide denominarlo arrendamiento.

Pero aun ocurrió algo adicional con esa forma de enfocar el tema de la cesión minera, pues de esta aplicación supletoria de la regla del plazo en el arrendamiento civil a los contratos de cesión, supletoriedad circunscrita exclusivamente al extremo sobre el límite del plazo en el contrato, el Tribunal Registral procedió, en una resolución posterior, a irradiar esa aplicación supletoria, limitada, a todos los demás aspectos que pudieran no estar suficientemente previstos en la normativa minera.

Así, en la Resolución N° M008-2001-ORLC/TR, de fecha 17 de abril de 2001, y también de manera colateral, el Tribunal Registral expresó:

“...cabe precisar que si bien el contrato de cesión minera se rige supletoriamente por las disposiciones de los artículos 1666 al 1712 del Código Civil (arrendamiento)....”

Y con esa expresión, se dio por sentado que todas las normas sobre el arrendamiento civil, *per se*, son supletorias a las disposiciones de la ley minera sobre el contrato de cesión.

Desde entonces no ha sido poca la inquietud sobre esta opción interpretativa, en particular porque se sustentaba además en opiniones de autores nacionales que asimilan el contrato de cesión minera al contrato de arrendamiento civil³, pero, la cuestión está en que este tipo de resultados interpretativos –particularmente sobre el tema del plazo-, a partir de esa asimilación, aparece como un resultado no deseado y peor aún, contraproducente en las circunstancias actuales, poniendo en peligro, incluso, una importante cantidad de contratos ya registrados y limitando muy seriamente la posibilidad de contratación futura.

² El Tribunal hace la siguiente referencia bibliográfica: Basadre Ayulo, Jorge. Derecho Minero Peruano. Editora Grijley E.I.R.L., Sexta Edición, 1966, pág. 322.

³ Como los mencionados anteriormente por el propio Tribunal Registral.

En efecto, la actividad minera ha llegado a un punto en el que cada vez se requieren mayores inversiones para sacar adelante los proyectos y, consecuentemente, plazos mucho mayores, tanto para la exploración como para la explotación y la recuperación de las inversiones; y un plazo límite de diez años, en consecuencia, resulta absolutamente insuficiente para desarrollar todo el espectro de acciones que la actividad minera requiere.

Perspectiva General del enfoque

Estas reflexiones pretenden cuestionar dos aspectos: (i) la aplicación supletoria del plazo del arrendamiento civil a los contratos de cesión minera que realiza el Tribunal Registral, porque la considero incorrecta; y, como consecuencia de lo anterior, (ii) cuestionar la opinión del Tribunal Registral, que ***en general*** las normas del arrendamiento civil son supletorias a la normativa sobre la cesión minera.

Para ello, cabe expresar que el fundamento central de todo el desarrollo que se hará a continuación, parte del hecho de considerar que las categorías conceptuales fundamentales del derecho minero vigente, son diferentes a las categorías conceptuales del derecho civil, y por lo tanto cualquier aplicación supletoria del derecho civil a las normas de derecho minero, tiene que pasar por un escrutinio particular del tema en cuestión, especialmente porque la propia normativa minera, en la parte correspondiente a los contratos, dispone la aplicación del derecho común, siempre que, o condicionado a, que esas disposiciones del derecho común, no sean opuestas a la normativa minera⁴, disposición que obliga, primero, a discernir lo que la norma minera pueda estar estableciendo, bien que esto fuera algo explícito o implícito; segundo, a establecer si entre la disposición en positivo de la norma minera y la normativa civil existe o no una oposición; y solo después, si no existiera oposición, se verá si es posible la aplicación supletoria, aunque esto deberá hacerse sin perder de vista los fundamentos conceptuales de las categorías mineras y la compatibilidad que deberá tener con ellas la regla del derecho civil que se pretenda aplicar supletoriamente.

Dicho lo anterior pasare a exponer las categorías “Concesión Minera” y “Propiedad Privada Predial”, en sus aspectos fundamentales.

I) La Propiedad Predial privada y la Concesión Minera como categorías. Diferencias de sustancia.

La Propiedad, según la define el C.C es “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”⁵.

Cuando el propietario es un sujeto del derecho privado, no hay duda, el concepto y alcances de la Propiedad son esos.

Pero si el propietario es el Estado, ¿los atributos y características de la Propiedad son iguales?

⁴ En la ley de Minería se dispone: “Artículo 162.- 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.” (Art. 280, Dec. Leg. N° 109).

⁵ Artículo 923 del C.C

En principio sí, el Estado en tanto propietario, como los particulares, puede usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, pero, a diferencia de los particulares, que para ejercitar los atributos de la propiedad les basta su voluntad y ejercitan tales facultades a través de actos jurídicos, el Estado, para ejercer cualquier atributo sobre la propiedad, requiere la concurrencia de dos circunstancias: **(i) El Estado debe estar expresamente autorizado por la ley para ejercitar los atributos sobre sus bienes y (ii) para hacerlo deberá emitir el acto administrativo que corresponda, previo trámite establecido también en la ley.**

Por otro lado y para los efectos de estas reflexiones nos basta con precisar además que la propiedad privada predial, es adquirible por otro sujeto del derecho privado a través de la prescripción⁶, mientras que las propiedades del Estado no son adquiribles por un sujeto del derecho privado a través de la prescripción⁷.

El Estado, en consecuencia, puede ser y de hecho es propietario. Una vez declarado como tal, respecto de los recursos naturales mineros, que es el caso que nos ocupa, puede desprenderse de todos o alguno de los atributos que como propietario tiene sobre su bien (los recursos naturales mineros). Pero, ¿está autorizado para hacerlo?

La opción legislativa peruana vigente sobre este bien (recursos naturales mineros) es que el Estado **no puede renunciar al dominio sobre el bien**, así, además del texto constitucional ya aludido, el artículo II del Título Preliminar de la Ley General de Minería establece en su primer párrafo que “Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.”

El Estado, en consecuencia, no puede renunciar a todos los atributos de la propiedad, pero si puede desprenderse de alguno de ellos o, mas precisamente, de una parte de uno de ellos: el atributo “aprovechar”.

En efecto, el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Minería (Decreto Legislativo 109) establece que...”La presente ley comprende todo lo relativo al **aprovechamiento** de las sustancias minerales del suelo y el sub-suelo...” y el artículo II en su párrafo tercero expresa que “El **aprovechamiento** de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.”

El Estado, entonces, está facultado por la ley para desprenderse sólo de una parte de los atributos que tiene como propietario, específicamente del atributo “aprovechar”, al otorgar una concesión, lo cual se produce a través de un acto administrativo, categoría fundamental del derecho publico.

En tal sentido, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General de Minería establece que...” El **ejercicio de las actividades mineras**, excepto el cateo, la prospección y la comercialización, **se realiza exclusivamente bajo el sistema de Concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son de orden público**” y sólo finalizado el procedimiento administrativo se extiende la Resolución que crea a la Concesión Minera. La Concesión Minera entonces, **nace** con un acto administrativo.

⁶ Artículo 950 del C.C

⁷ Artículo 73 de la Constitución del Estado

El titular de una Concesión Minera, en consecuencia, por mérito del título de la concesión, queda “empoderado” del atributo “aprovechar”, que recae sobre los recursos minerales (que siguen siendo propiedad del Estado) y que le autoriza a realizar actividades propiamente mineras.

Así, el artículo 7 del TUO de la Ley General de Minería establece que *“Las actividades de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero son ejecutadas por personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones”*, constituyendo esas actividades los atributos derivados del atributo “aprovechar” que recae sobre los recursos minerales.

La Concesión Minera, así, es un Poder Jurídico, como la propiedad, pero trae consigo solo un atributo básico y principal que consiste en “aprovechar” (y comprende los atributos de explorar y explotar, etc.), que recae sobre los recursos naturales mineros. Por eso el artículo 10º del TUO de la Ley General de Minería establece que:

“La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario”

Y en razón a esta disposición, debe inferirse que el derecho real que implica la Concesión es un derecho real nuevo, diferente, especial y taxativo, respecto de los derechos reales ya existentes, como la propiedad, la posesión, el usufructo, etc.

La Concesión Minera trae consigo además una serie de otros atributos, que la misma ley minera otorga, como también trae una serie de obligaciones frente al Estado, algunas de las cuales, si se incumplen, provocan la pérdida del derecho que otorga la Concesión Minera, como se infiere del texto del ya referido artículo 10º en su segundo párrafo, que dice: ***“Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia”***.

El propietario de un bien inmueble predial, así como el Estado, tiene todos los atributos sobre su propiedad, pero el particular sí puede desprenderse de todos sus atributos sobre el predio, mientras que el Estado, como vimos, no puede hacerlo respecto de los recursos naturales mineros.

Naturalmente el particular también puede desprenderse sólo de alguno de los atributos sobre su propiedad y así, desprendiéndose del atributo “uso”, puede otorgar en arrendamiento su predio y lo hará a través de un acto jurídico, categoría fundamental del Derecho Privado.

La Propiedad, entonces, como Poder Jurídico (que incluye a los atributos de usar, disfrutar, disponer y reivindicar), es adscribible tanto a particulares como al Estado, pero es un Poder Jurídico que se ejerce de distinta manera si se trata de uno u otro sujeto del derecho: será a través de acto jurídico o a través de acto administrativo, según se trate de uno u otro.

Por otro lado, el desprendimiento de los atributos de la propiedad sobre predios de los particulares, sólo está limitado por su voluntad, y los particulares pueden disponer de uno, varios o todos los atributos de la propiedad, según fuera su voluntad. En cambio,

respecto de los recursos minerales El Estado, de manera limitada, sólo puede desprenderse del atributo “aprovechar”.

Es la Concesión Minera, entonces, un poder jurídico, que contiene un solo atributo principal: “aprovechar”, el cual recae sobre un bien en particular (los recursos naturales minerales) y nace como la desmembración única del derecho de propiedad del Estado, permitida por la ley, de tal suerte que el derecho de propiedad del Estado, ya sin el atributo “aprovechar”, cedido al concesionario, se mantiene aun, continua siendo propiedad pública y lo seguirá siendo mientras viva la Concesión Minera, según la categorización de nuestro ordenamiento.

Por otro lado, la propiedad privada predial, es un vínculo directo y originario entre el bien sobre el que recaen los atributos y su titular pues, entre el bien y su propietario no hay una tercera persona y los atributos que tiene el propietario sobre el bien son todos los que da el ordenamiento legal y no se derivan de algún atributo anterior.

La Concesión minera, en cambio, es un vínculo indirecto y derivado: **entre el bien sobre el cual recaen los atributos (los recursos minerales) y su propietario (el Estado) hay un intermediario que es el concesionario; y la concesión (en tanto poder jurídico) sólo** contiene un atributo (“aprovechar”), el cual es un atributo **derivado** a su vez de uno de los atributos que el Estado tiene (“disfrutar”) en tanto propietario del recurso mineral.

Más aun, a nivel del contrato de Cesión Minera y del Arrendamiento Civil, auscultando las titularidades en paralelo, se nos revela que los sujetos que se relacionan en esos contratos, constituyen dos cadenas cuyos eslabones desde la propiedad privada de un predio hasta su arrendamiento, de un lado, y desde la propiedad pública de los recursos minerales hasta la Cesión Minera, de otro, son absolutamente diferentes en cantidad de sujetos y en calidad de vínculos jurídicos. Veamos.

El arrendatario de un predio, recibió su derecho del propietario (evidenciándose una cadena de dos eslabones) quien se desprendió voluntariamente en favor de aquél, de uno de los atributos de los que le inviste su derecho de Propiedad, a saber, del “uso”.

El Cesionario, en cambio, recibió sus derechos del Concesionario, quien a su vez, los recibió anteriormente del propietario, que es El Estado, evidenciándose una cadena de tres eslabones.

Por otro lado, los derechos que recibió el Concesionario del Estado, con el título de la Concesión, constituyen una desmembración de la propiedad estatal sobre los recursos minerales, que sólo contiene el atributo “aprovechar”, y así, cuando el concesionario celebra una cesión sobre la concesión, solo puede ceder desmembraciones del atributo “aprovechar” y no transfiere “uso” porque no lo tiene, a diferencia del arrendamiento civil de predios, con el cual se transfiere, fundamentalmente, el uso del bien.

Por esas razones, las categorías “Concesión Minera” y “propiedad predial civil” son categorías que están en distinto nivel conceptual y no pueden ser equiparadas porque: (i) **la Concesión Minera esta debajo del concepto propiedad pública y recién se crea como resultado del desprendimiento del atributo “aprovechar”;**(ii) se originan en distinta fuente (**Acto Administrativo la primera y Acto Jurídico la segunda**); (iii) contienen atribuciones distintas (la Propiedad predial incluye todos los atributos que otorga el ordenamiento civil y la Concesión Minera contiene una serie de atributos

especiales y diferentes, pero todos **derivados del atributo originario del Estado para “aprovechar” los recursos minerales**) y por ultimo (iv) la Concesión Minera, aun derivándose de un derecho de propiedad, la Propiedad de la cual deriva es Propiedad Estatal, publica, lo que ubica a la categoría Concesión Minera, incluso, en un **género** diferente al de la Propiedad Privada Predial.

Nada impide que la opción legislativa pueda ser otra, es decir, que El Estado se desprenda de la propiedad con todos sus atributos sobre los yacimientos minerales y con ello, la Concesión pudiera convertirse en un derecho de propiedad privada (de hecho el Código de Minería de 1,901 eso hacía) y así, toda la estructura conceptual que en este trabajo se desarrolla sería diferente. Pero, en nuestra legislación actual esto no ocurre, nuestra legislación opta por impedir al Estado que transfiera la propiedad sobre los recursos minerales, autorizándolo solamente a concederlos para su aprovechamiento.

Hecha esta ubicación de las categorías “Concesión Minera” y “Propiedad Privada Predial”, ahora, desarrollemos otras categorías conceptuales propias del tema que analizamos.

II) Las categorías que existen detrás del bien Arrendado (Propiedad Predial Privada) y detrás del bien Cedido (la Concesión Minera).

Detrás del Arrendamiento Civil, como se puede inferir de lo expresado antes, hay dos categorías: Acto jurídico (el contrato de Arrendamiento) y Propiedad Privada (de la cual deriva el atributo “uso” cedido en el Arrendamiento); mientras que detrás de la Cesión Minera están las siguientes categorías : Acto Jurídico sui-generis (el contrato de Cesión aunque acto jurídico, tiene particularidades que permiten categorizarlo así, como se verá más adelante), Acto Administrativo (la Concesión nace con una Resolución del Estado) y propiedad pública (los recursos minerales continúan siendo Propiedad del Estado).

Por la Concesión Minera, el concesionario adquiere, con el Título de la Concesión, una serie de derechos taxativos (atributos) **y** una serie de obligaciones taxativas, impuestas por el Estado al otorgar el Título, cuyo incumplimiento incluso puede significar la pérdida de la Concesión.

El propietario de un predio arrendado, en cambio, en tanto titular de un derecho de propiedad privada, no tiene obligaciones taxativas exigibles por el Estado cuyo incumplimiento pueda hacerle perder su derecho de propiedad. La propiedad privada no puede ser ni es revocable por el Estado porque el Estado no la otorga, sólo la reconoce.

Como consecuencia de esta sustancial diferencia entre las categorías detrás del bien en el contrato de Arrendamiento de inmuebles Civil y detrás del bien denominado Concesión Minera, en el contrato de Cesión, se van a producir muchas consecuencias, no equiparables entre sí, para uno y otro contrato. Aquí sólo hemos adelantado la posibilidad de pérdida de la concesión que no existe en la propiedad.

III) El bien arrendado (Propiedad Predial) y el bien cedido (Concesión Minera). Tres niveles de análisis.

III.1) Nivel Espacial.- Es cierto que en la Concesión Minera hay un concepto espacial , físico, incluso hoy, en razón del sistema de coordenadas, este espacio físico

esta determinado con apreciable precisión. De otro lado, el inmueble arrendado ocupa espacio físico también y la mayoría de las veces, perfectamente identificable. Sin embargo, son espacios, jurídicamente hablando, altamente diferenciados y sustancialmente distintos.

El inmueble (**predio**), en primer lugar, **importa un derecho sobre la superficie. La Concesión de ninguna manera da derechos sobre la superficie**⁸ y tanto no los da que para ejercer la actividad minera, el titular minero debe procurarse los derechos sobre la superficie separadamente, bien por acto jurídico (cuando la propiedad de la superficie es privada y logra acuerdo con el propietario) o bien por acto administrativo (cuando la superficie pertenece al Estado o cuando logra servidumbre forzosa sobre el predio porque el propietario no decidió voluntariamente ceder el uso)⁹.

El inmueble (predio) **se proyecta al subsuelo y específica y taxativamente sin comprender los recursos naturales (mineros) y se proyecta al sobresuelo, hasta donde sea útil al propietario.**¹⁰

La **Concesión**, en cambio, es el derecho para explotar los recursos mineros que se encuentren en el subsuelo del área identificada, **no genera ningún derecho sobre la superficie y menos aun otorga derecho alguno respecto del sobresuelo.**

La Propiedad Predial y la Concesión Minera, entonces, pueden perfectamente coexistir, delimitadas por un mismo perímetro superficial, según la descripción que ha hecho de cada una de esas categorías nuestro ordenamiento jurídico. Por eso, **porque corresponden a categorías sustancialmente diferentes,** es que pueden coexistir delimitadas por un mismo perímetro superficial.

¿Pueden entonces asimilarse conceptualmente dos categorías que precisamente por distintas coexisten jurídicamente dentro de un mismo espacio perimetral? Obviamente no, hacerlo sería desaparecer precisamente la diferencia jurídico-sustancial con la que las categoriza nuestro ordenamiento e imposibilitaría, en consecuencia, explicar su coexistencia simultánea dentro del mismo perímetro.

¿Cual sería el sustento, entonces, para hacer analogía entre un bien inmueble arrendado (que importa propiedad superficial extendida al sobresuelo y al subsuelo con expresa exclusión de los recursos naturales) y un bien denominado Concesión Minera (que da **derecho** a explotar sólo los recursos naturales del subsuelo sin generar derecho alguno sobre la superficie y el sobresuelo)? Ninguno. Pero ¿el hecho de que ambas categorías tengan en común el ser consideradas bienes inmuebles sería acaso un elemento que permita analogarlas?, en otras palabras, ¿para analogar dos categorías basta con que tengan un elemento común?

Primero quiero exponer a dónde podría llevar este punto de partida, considerando la categoría “inmueble” como elemento común.

Como la Concesión y el predio civil son inmuebles por disposición de las leyes civil y minera, un intento de aplicar reglas para inmuebles civiles a la concesión , sustentándose

⁸ Artículo 15 del D.L 109

⁹ Artículos 246 y siguientes del D.L. 109.

¹⁰ Artículo 954 C.C.

en su analogismo, sería que como los inmuebles pueden adquirirse por prescripción, la Concesión puede adquirirse por esa vía, lo cual, como se expusiera anteriormente es imposible; porque, al margen de que la Concesión sí es efectivamente un inmueble, antes que eso, la Concesión y el bien sobre el cual recaen los atributos de ésta, es decir, los recursos minerales, es una Propiedad del Estado y la ley impide su adquisición por esa vía y así la prescripción es ajena a la Concesión Minera, por mandato legal.

Con esa línea de inferencia sólo pretendo evidenciar que la traslación de una regla de una categoría (prescripción de **inmuebles**) a otra categoría (Concesión, en tanto bien **inmueble**), aún si fueran de un mismo género (y la Concesión con la Propiedad Privada Predial pertenecen a géneros diferentes, como ya se expuso anteriormente), no puede fundamentarse en que ambas categorías tienen un elemento común (su calidad de inmueble) pues como se evidenció en el ejemplo expuesto, ello puede llevar a conclusiones erróneas.

Otro ejemplo de lo dicho sería los contratos que tienen en común obligación de transferir propiedad como compraventa o donación.

La compraventa y la donación tienen en común que ambas son contratos y que ambas generen la obligación de transferir propiedad, pero, el hecho de que en la donación no exista contraprestación por parte del donatario, hace una diferencia sustancial que, con ser sólo ese elemento (la ausencia de contraprestación), sin embargo origina todo un tratamiento legal distinto; y de ningún modo podrían aplicarse normas de compraventa a la donación, basándose en su calidad común de contratos o en que ambas sean contratos que generen la obligación de transferir propiedad, sin considerar su diferencia específica (la ausencia de contraprestación) como el elemento clave para filtrar cualquier extrapolación, por vía de analogía, de la normatividad de un contrato al otro.

Y es que las categorías jurídicas se construyen sobre diferencias próximas y no sobre caracteres comunes. Se construyen sobre diferencias de género a especie y cada diferencia entre las especies y los géneros, se origina por adición o exclusión de caracteres específicos que, una vez presentes o ausentes, desencadenan tratamientos legales diferenciados, incluso si se trata del mismo género y especialmente si se trata de géneros diferentes.

Nuevamente entonces, debe hacerse evidente que comparando la propiedad predial privada predial con la Concesión Minera, estamos frente a dos especies diferentes y dos géneros diferentes, (i) por el tipo de categorías que están detrás de cada una de ellas y (ii) por su definición normativa diferenciada, en la ley minera y la ley civil, y la aplicación analógica de reglas que correspondan a bienes inmuebles arrendados, a las Concesiones cedidas, a este nivel de la exposición, se presenta como una cuestión de suma cautela.

III.2) La finalidad y el tipo de bien en la propiedad predial y la Concesión Minera.

Como una necesaria cuestión previa, me parece útil referir algunos conceptos que permitirán comprender mejor el tema que se desarrollará.

El contrato de **mutuo**, para ser tal, requiere que los bienes mutuados sean **bienes consumibles**¹¹. Con arreglo a este criterio y como consecuencia de él, se **“desplaza”** (esa es la expresión del código civil) la **propiedad** del bien al mutuuario¹², precisamente porque dada la característica consumible del bien, este desaparecerá, y entonces, también en armonía con estas definiciones, el mutuuario devolverá, no los mismos bienes (que desaparecieron, dada su condición de consumibles) sino otros de la misma especie y en la misma cantidad.

Para que haya **Comodato**, en cambio, el bien que usará el comodatario debe ser un **bien no consumible**¹³ y, por esa misma razón, el comodatario debe devolver el mismo bien y por supuesto el contrato **no tiene porqué implicar transferencia de Propiedad**, como sí lo implica el Mutuo.

Hasta aquí debe quedar claro que estaremos frente a uno u otro contrato, según se trate de un bien consumible o no, al punto que no es posible dar en Mutuo un bien no consumible, como no es posible dar en Comodato un bien consumible¹⁴. **Es la calidad de consumible o no, entonces, lo que marca el paso de un contrato a otro y la aplicación de unas reglas u otras.** Nuevamente aparece el hecho de que una diferencia específica, desencadena un tratamiento legal diferenciado.

La definición del arrendamiento Civil no precisa si el bien objeto del contrato es consumible o no en su texto, sólo refiere que el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien¹⁵.

Sin embargo la falta de precisión es sólo aparente, pues exista norma específica dentro de las propias reglas del arrendamiento que, con absoluta claridad, disipa cualquier duda.

El inciso 10 del art.1681 del C.C, establece como obligación del arrendatario devolver el bien arrendado (el mismo bien), sin más deterioro que el de su uso ordinario. ¿Se trata de un bien consumible si es que hay que devolverlo (el mismo bien) en las condiciones que precisa el inciso referido? Obviamente no, **los bienes en arrendamiento**, por los alcances de las reglas del contrato de Arrendamiento deben ser bienes **no consumibles**.

Tratándose del Arrendamiento de Predios (figura específica con la que se ha pretendido asimilar al contrato de Cesión Minera), en este tipo de bienes no puede ser más obvia su condición de no consumibles pues resulta inimaginable consumir (desaparecer) una edificación o un terreno como consecuencia natural de su arrendamiento.

Hasta aquí entonces debe quedar claro que el bien cuando consumible, sustenta un cierto tipo de contrato (Mutuo) y cuando no consumible, sustenta otro tipo de contratos (Comodato, Arrendamiento).

En el contrato de Cesión Minera ¿hay un bien consumible o no consumible?, porque de la respuesta podremos concluir, utilizando este criterio de vinculación, si el contrato de arrendamiento Civil sobre inmuebles pudiera asimilarse al contrato de Cesión Minera o no

¹¹ Artículo 1648 del C.C.

¹² Artículo 1654 del C.C.

¹³ Artículo 1728 del C.C.

¹⁴ Con excepción única de lo dispuesto por el artículo 1729 del C.C.

¹⁵ Artículo 1666 del C.C.

(claro que forzosamente, pues como venimos sosteniendo, tal analogía debería estar excluida por las definiciones básicas ya expuestas).

Pero para desarrollar ese aspecto, quizás este sea el momento oportuno de profundizar algo más sobre qué es la Concesión Minera, especialmente para determinar si ésta incluye el atributo “usar”, porque, como ya dijimos anteriormente, el uso (concepto que además se vincula con los bienes no consumibles) es una facultad del derecho de propiedad privada susceptible de desmembración.

No es tarea difícil explorar ese alcance particular, sin embargo, porque el artículo 232 de la Ley General de Minería (D.L. 109) es preciso en definir que:

Artículo 232.- Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho de 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.”

Así, no puede quedar duda sobre el hecho que la concesión minera, por ser un poder jurídico y además un bien inmueble, por voluntad legislativa expresa, es un bien de naturaleza particular que, por eso, tiene ***inherentes*** ciertas actividades, que la propia ley de minería define y categoriza, ninguna de las cuales es referida como “usar” o simplemente “uso”.

La primera facultad (atributo), que otorga la Concesión, es “aprovechar” los recursos naturales mineros del suelo y subsuelo, facultad que, a su vez, tiene dos atributos primordiales más: poder “explorar” y “explotar” los yacimientos minerales, son las facultades matrices en toda Concesión Minera.

Otras facultades o atributos aparecen en el artículo 37 del TUO de la Ley general de Minería, son taxativamente 11, muchos de los cuales, para ejercitarse, requieren aprobación, previo trámite, del Estado. Y otras facultades específicas aparecen según el tipo de Concesión y también requieren, para su ejercicio, un acto administrativo.

En ninguna parte de los derechos o atributos que se otorgan a la Concesión, en la Ley, existe mención alguna al atributo “usar” y esto no sólo es un tema semántico, pues precisamente al ser La Concesión Minera un resultado del desmembramiento por El Estado de su derecho de Propiedad, que sólo puede darse en las condiciones expresas de la ley, debe necesariamente buscarse y encontrarse sólo en la ley qué atributos son los que se otorgan con la Concesión, y si la ley no le faculta al Estado expresamente a desprenderse de algún atributo de la propiedad pública, nadie puede interpretar que tal atributo está implícito; y resulta que el atributo “usar” no está consignado o referido en el título “Concesión Minera”. Y esto también obedece a razones conceptuales. Veamos.

En el derecho civil el “uso” importa distintos tipos de actividades por parte de los propietarios, y según las características de los bienes, éstos tienen un destino natural de “uso”: se usa un carro para confort en el transporte, una silla para el descanso, etc., pero además el propietario puede, si fuera su voluntad, usar el bien para fin distinto del natural, o no usarlo en absoluto e incluso deshacerse de él, si esa fuera su voluntad.

Todo tipo de “usos”, así como el no uso y hasta la destrucción de un bien, se producen siempre bajo la voluntad del titular: él es quien decide cómo, para qué y cuánto usar un bien específico o no.

En cambio, con la Concesión Minera, ocurre algo absolutamente diferente. La Concesión, es un bien que por mandato de la ley tiene un propósito explícito y único, mucho más allá de la voluntad del titular, la concesión se otorga específicamente para producir, para extraer minerales, para “aprovecharlos”, y no para ser “usada”, con la libérrima discrecionalidad entre un abanico múltiple de usos alternativos, como se usan los bienes que son propiedad privada, según se expuso más arriba. Por eso la concesión no se “usa” y la ley no consigna al uso como un atributo de la concesión. O, si se quiere ver desde otra perspectiva: lo que en el derecho civil se denomina uso, en el derecho minero, y sin tener equivalencia conceptual, se denomina “aprovechamiento”.

En consecuencia la Concesión Minera no es susceptible de ser “usada” porque la Ley que crea este nuevo tipo de Derecho Real denominado Concesión, no le otorga ese atributo, como sí le otorga la ley Civil al derecho de propiedad el atributo denominado “uso”.

El “uso”, como uno de los atributos de la propiedad privada es separable de ésta y transferible por acto jurídico, de allí nacen el comodato y el arrendamiento, por ejemplo.

La Concesión, en cambio, no se “usa”. La categoría “uso”, como se ha mostrado, es ajena al derecho real denominado Concesión y por eso, cuando se cede la Concesión (que es cierto, se cede por Acto Jurídico sui-generis) no se produce un desprendimiento del Titular Concesionario de la facultad (que no tiene) de “usar” la Concesión, sólo se trasladan (a falta de otro término más apropiado) los derechos y obligaciones que la misma ley precisa, con excepción de la facultad de gravar la Concesión (que es gravable porque es un derecho real susceptible de gravamen, por disposición de la Ley) y la facultad de Transferir (que así se denomina en la Ley Minera a la facultad de desprenderse de la titularidad de la Concesión y todos sus atributos) .

Si la Concesión no se “usa” y el contrato de Cesión Minera, por eso, no implica ceder el “uso” de la Concesión, mientras que en el contrato de arrendamiento Civil de inmuebles éste sí implica ceder el uso del predio (bien no consumible) y se trata entonces de dos tipos de atributos diferenciados entre sí, ¿importa determinar si en el contrato de cesión hay un bien consumible o no consumible, para descartar la asimilación que se hace de estos dos tipos de contrato, puesto que la ausencia de “uso” en la concesión de por sí ya está marcando esencial diferencia entre arrendar un predio y ceder una concesión?.

Parecería que a la luz de lo expuesto, ya no sería necesario hacer ningún distingo de ese tipo. La Cesión Minera y el Contrato de Arrendamiento Civil de Inmuebles se han evidenciado hasta aquí tan diferentes en sustancia, que parecería inocuo un desarrollo en esa orientación. Sin embargo, no es así. Veamos.

Los atributos de la propiedad privada se ejercen sobre una “cosa” (para clarificar la exposición utilizaré esta palabra), ¿cuál es la “cosa” (bien) sobre la que se ejercen los atributos de la Concesión Minera? No puede ser la Concesión misma, puesto que siendo ella una suma de atributos, obviamente no es una “cosa” tangible y resultaría una redundancia afirmar que la Concesión es un conjunto de atributos que se ejercen sobre tales atributos.

La única “cosa” (bien) sobre la que se ejercitarían los atributos de la concesión serían los recursos minerales mismos. Y, usando categorías del Derecho civil, estos recursos minerales son “productos” o como textualmente dice el Art.894 del C.C, provechos no renovables que se extraen de un “bien”, que, para el fin del razonamiento que estamos desarrollando, serían los depósitos minerales.

En tal sentido entonces, la Concesión Minera otorga un atributo (aprovechar), que al ejercerse, recae sobre un bien (el recurso mineral mismo, el yacimiento) y, al hacerlo, la “cosa”, no puede haber duda en esto, se va agotando, consumiendo, sin dejar duda de que estamos frente a un bien (cosa) consumible, en principio¹⁶.

De aquí resultaría entonces que en el contrato de **arrendamiento Civil** de inmuebles el atributo “uso” recae sobre un bien **no consumible** y tanto en la Concesión Minera como en el contrato de **Cesión** el atributo “aprovechar” recae sobre un **bien consumible**. Y ya hemos visto que el sólo hecho de contratar sobre el uso de un bien consumible o no consumible hace una diferencia de tal magnitud en el propio Derecho Civil, que éste los trata como contratos diferentes y con reglas diferentes (comodato y mutuo, por ejemplo), ¡cuánta más diferencia habrá entre dos contratos ubicados en dos Ramas distintas del Derecho (Civil y Minero)!

Por lo tanto, no debe haber duda de que estamos, aún mirando a través de este criterio, frente a dos contratos muy distintos, lo que nos autoriza a concluir que la asimilación de tales contratos y como consecuencia, el traslado de una norma de uno (el plazo en el arrendamiento) para el otro (La Cesión), resulta inapropiado.

III.3) El concepto “bien”, dentro de la categoría Concesión y sus dos niveles simultáneos de aplicación..

Así como los atributos de la Propiedad recaen sobre un bien, cualquier bien, el atributo de la Concesión (aprovechar) también recae sobre un bien, sólo que este es uno en particular: el recurso natural mineral.

Sin embargo, la Concesión misma, ese **Poder jurídico** para aprovechar el recurso natural mineral, por disposición expresa de nuestra legislación **es también y simultáneamente, un bien inmueble**, distinto del recurso natural mineral, y así la Concesión Minera es entonces un **Poder Jurídico al que la legislación también considera, simultáneamente, como un bien, pero, bien inmueble.**

De modo que cuando se habla del “bien”, en el contrato de Cesión Minera, debe tenerse presente esta dualidad simultánea de una misma palabra, para que tengamos claro cuál bien es el que está en cuestión en el contrato de Cesión Minera: ¿se trata de la Concesión –Poder Jurídico-**bien** Inmueble? ¿O se trata del recurso mineral-**bien** consumible?, porque es esta diferencia conceptual, sutil pero profunda, real pero aparentemente escondida, la que ha generado las confusiones más difundidas y las consecuencias más aceptadas.

¹⁶ Esto es así, porque nada impide que como consecuencia de la actividad minera y a un tiempo determinado, el nivel de reservas de una concesión no sólo no se reduzca sino que haya aumentado; aunque, es preciso tenerlo presente, las reservas consumidas previamente y ya explotadas, en efecto han constituido un agotamiento definitivo de esos volúmenes mineralizados.

Como el contrato de Cesión Minera no está definido descriptivamente, pues sólo se consigna que el concesionario podrá “entregar” su Concesión, responder a la pregunta que nos hemos planteado exige interpretar la norma.

No es camino difícil, sin embargo, pues el concepto Concesión, que es lo que la ley dice que se “entrega” en Cesión, sí está definido y es el Poder Jurídico-bien inmueble¹⁷.

Así, entonces, **el “bien”** que se cede en el contrato de Cesión Minera no **es** el bien consumible-recurso mineral, sino el otro: **El Poder Jurídico-Bien inmueble.**

Es la ausencia de percepción de esta dualidad simultánea del concepto “bien”, en el contrato de Cesión Minera, la causa por la que el Tribunal Registral orientó su interpretación como lo hizo en la resolución en la que se pronuncia sobre el plazo del contrato de cesión minera.

No es que el bien que se da en cesión se agota con el uso, porque, el bien que se cede no es el recurso mineral, sino la Concesión-**Poder Jurídico-bien inmueble**. Y como consecuencia de eso, precisamente porque lo que se cede no es tangible -no es el recurso mineral-bien consumible, y por lo tanto, no susceptible de ser “usado”-, al terminarse la Cesión, la Concesión (ese Poder Jurídico-bien inmueble) se regresa tal cual se recibió, sigue siendo tan Poder jurídico-bien inmueble, como cuando fue recibida.

Que el bien consumible-recurso mineral sobre el que se ha ejercido el atributo “aprovechamiento”, se haya agotado, o no, o enriquecido, por tener más reservas, en absoluto le añade o resta al Poder Jurídico-bien inmueble (La Concesión), que se cedió.

Repito, el bien que se recibió en Cesión, por el Contrato de Cesión Minera, fue el bien Concesión-Poder Jurídico-bien inmueble, bien inmaterial y por eso, al terminarse la Cesión, como no podría ser de otro modo, ese bien inmaterial se regresa exactamente igual, con su misma inmaterialidad, no susceptible de uso o consumo. Sigue siendo tan Poder Jurídico-bien inmueble como cuando se recibió, porque los derechos y obligaciones que implica la Concesión, siguen siendo exactamente los mismos derechos y obligaciones que se recibieron, pues fueron, son y serán un conjunto de sólo eso: derechos y obligaciones, que son intangibles e inmatrimales y ni la voluntad de los contratantes, ni la magnitud del yacimiento, podrán ampliar, reducir o modificarlos.

Como el atributo esencial de la Concesión es el “aprovechar” los recursos minerales, el Cesionario, ya con la Concesión cedida en su favor, es decir, revestido ya con todos los derechos y las obligaciones que le otorga la Concesión, recién está en capacidad de materializar el atributo “aprovechar” (sobre los recursos minerales) y al materializar el atributo, su acción recae, se materializa, sobre otro “bien”, esta vez sí tangible y agotable, que es el yacimiento mineral, distinto del bien Concesión-Poder Jurídico-bien inmueble, recibido en Cesión. El yacimiento mineral no es la Concesión, ni es el yacimiento mineral el bien que se cede en el contrato de Cesión Minera.

Entonces, si el bien objeto del Arrendamiento Civil de Inmuebles es un bien físico, tangible, no consumible, y, el bien objeto del contrato de Cesión Minera es un bien-inmueble, intangible, inmaterial, no susceptible de uso o consumo, un Poder Jurídico-bien inmueble; en suma, si se trata de bienes tan sustancialmente diferentes, no puede

¹⁷ Véase el artículo 232 del D.L. 109, referido anteriormente, que define la concesión.

asimilarse el Contrato de Cesión Minera con el de Arrendamiento civil de predios, como se implica en la resolución que analizamos.

III) El Contrato de Cesión Minera y el Contrato de arrendamiento de predios.

Parece innecesario, por obvio, afirmar que el contrato de Arrendamiento es un acuerdo de dos partes para crear una relación jurídica de derechos y obligaciones (acto jurídico) sólo entre ellas, a propósito del bien arrendado; obvio también decir que en la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato, con toda probabilidad los contratantes realizaran declaraciones de voluntad con efectos jurídicos, y que para el ejercicio de las facultades (atributos) de los que están investidos en virtud del contrato, les basta la voluntad, pero es imprescindible consignarlo, para que se haga transparente su diferencia con el contrato de Cesión Minera.

No hay duda que el contrato de Cesión Minera es un contrato. Sin embargo si bien el acuerdo de voluntades que hace nacer al contrato proviene de dos voluntades, con ofertas y aceptaciones o contraofertas previas sólo entre ellas, perfeccionado el contrato, la relación Jurídica creada es una Relación no sólo entre ellas, sino que es una relación jurídica entre tres sujetos activos en esa relación: los dos contratantes y el Estado, precisamente porque el Estado aun a pesar de no ser "parte" del contrato de Cesión, sigue siendo el propietario (propiedad pública) del recurso natural mineral, "bien" sobre el cual se ejercitará el atributo "aprovechar", en el contrato de Cesión.

El Estado, recuérdese además, es el viabilizador de los atributos de la Concesión, pues muchos de los atributos (derechos) de la Concesión sólo los ejercerá el Cesionario solicitando del Estado un acto administrativo y la mayoría de las obligaciones del Cesionario las cumplirá no frente al contratante que cedió la Concesión, sino frente al Estado, sin perjuicio de que el cumplimiento de esas mismas obligaciones, al mismo tiempo, sea su cumplimiento de obligaciones frente al Concesionario.

Todo ello, además, sin perjuicio de cumplir frente al propio concesionario, con exclusión del Estado, con las obligaciones pecuniarias o de otra índole que pudiera haber acordado con aquel. Y sin perjuicio, por otro lado, de que el Concesionario, por cuenta propia, también mantenga relación con el Estado a propósito de la Concesión, en tanto Titular. Existirá activa pues, sin duda alguna, una relación jurídica entre tres sujetos, uno de los cuales expresará voluntad a través de actos administrativos y los otros dos sujetos a través de actos jurídicos.

La relación jurídica trilateral que genera el Contrato de Cesión Minera no puede, entonces, ser comparada con la Relación jurídica bilateral que genera un Contrato de arrendamiento civil. Por eso es un contrato sui-generis.

Por otro lado, las obligaciones respecto de las cuales se negocia, se celebra y se ejecuta el contrato de Cesión Minera, como se puede inferir por lo ya dicho, son de dos clases: obligaciones entre los contratantes directos, susceptibles de negociación entre ellos y obligaciones taxativas, muchas obligaciones, de cada contratante frente al Estado, no susceptibles de negociación a propósito del contrato, como norma natural.

En el contrato de arrendamiento de inmuebles civil, en cambio, las obligaciones respecto de las cuales se negocia, se celebra y se ejecuta el contrato son , como norma natural, de una sola clase, obligaciones entre los contratantes directos, susceptibles de negociación

entre ellos en su mayoría y sólo por excepción no susceptibles de negociación, tratándose de las disposiciones que no admiten pacto en contrario; y, por otro lado además, el Estado no es “acreedor” de ninguna prestación particular de ninguno de los contratantes.

Sería excesivo listar el conjunto de obligaciones taxativas que trae consigo la Concesión y que las adquiere el cesionario como consecuencia del contrato, pero sí será clarificador considerar que el abanico de tales obligaciones, exigibles y sancionables administrativamente, cubren aspectos tan diversos como Medio Ambiente, Seguridad e Higiene, Técnicas de Explotación, Responsabilidad Social, etc., y son tales y tantas obligaciones, porque se trata de un contrato en el que detrás, hay un acto administrativo creador del derecho denominado Concesión, susceptible de revocación, porque hay propiedad pública, mientras que en el contrato de arrendamiento de Inmuebles Civil, no hay una sola obligación de ese tipo, porque es un contrato en el que detrás hay propiedad privada, no susceptible de revocarse por el Estado, pues él no la otorga.

Incluso existe una obligación peculiar que acaso valga la pena exponer. Se trata del Derecho de Vigencia y la Penalidad que creó el Derecho Minero.

La propiedad predial esta sujeta a un tributo, el Impuesto Predial. Por ser propietario (capacidad contributiva supuesta) se paga al Estado. La Concesión esta también sujeta a una obligación pecuniaria, cuasi tributaria, el Derecho de Vigencia: por ser concesionario (capacidad contributiva supuesta) también se paga.

Para ese efecto, la propiedad predial y la titularidad de Concesión se asemejan: ser titular es tener obligación de pago frente al Estado por el sólo hecho de la titularidad, en ambos casos.

Pero, el no ejercicio de los atributos de la propiedad privada, no usar, no disfrutar, no disponer y no reivindicar, no genera ninguna obligación pecuniaria frente al Estado, no existe tributo por no usar, no disfrutar etc., precisamente porque es propiedad privada.

En la Concesión Minera, en cambio, el no ejercicio del atributo “aprovechar”, atributo esencial de la Concesión, genera automáticamente una obligación pecuniaria frente al Estado, la Penalidad, precisamente porque a la Concesión Minera el Estado la otorga con el propósito específico y taxativo de que se ejerza el atributo para el cual se otorga.

Más aún, el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias referidas es causal de pérdida de la Concesión, mientras que el incumplimiento del tributo que grava la propiedad predial no autoriza al estado a revocarla, porque no la entregó.

Las obligaciones pecuniarias señaladas las adquiere el cesionario como consecuencia natural de la Cesión, el arrendatario, no las adquiere ni las podría adquirir porque el propietario no las tiene ni las podría tener (no hay Penalidad por no ejercer los atributos de la propiedad privada).

IV) El plazo como elemento en la Cesión y en el arrendamiento.

Algunas consideraciones previas se harán para comprender mejor la exposición que sigue.

En primer lugar, para los contratos mineros, todos los cuales derivan de la Categoría Concesión, se deben aplicar -como era de lógica elemental pues se crearon nuevas categorías conceptuales, empezando por categorizar la Concesión misma-, las normas de la propia Ley de Minería y sólo después las normas del derecho común.

Pero, esas normas se aplicarán sólo y en tanto no se opongan a lo establecido en la ley de Minería, como expresa la misma ley, posición que naturalmente era también de lógica elemental pues, como se ha visto, la ley de Minería crea nuevas categorías propias, que con toda probabilidad generarían oposiciones conceptuales con las pre-existentes categorías del Derecho Común.

Lo que los legisladores-creadores de las nuevas categorías mineras parece que no visualizaron, es cuánto se distanciaban las categorías mineras nuevas, de las del Derecho Común, como se puede haber visto, y tal vez por eso no se extendieron en los conceptos y sus implicancias, pecando de un laconismo que, bien visto, no debiera ser reprochado, porque pusieron lo suyo y corresponde al devenir el desarrollo de los conceptos, como ha sido siempre.

El plazo, en el contrato de Cesión, no está siquiera nombrado en la norma que crea al contrato.

El plazo en el arrendamiento civil, en cambio, es parte de la definición del contrato.

¿Se olvidó la Ley de Minería de ese elemento? En realidad hay una cuestión previa: ¿es el plazo un elemento esencial del contrato de Cesión? Porque si lo fuera, tal vez la Ley lo “olvidó”. Pero nada de eso es lo que ocurre.

El plazo en el contrato de arrendamiento civil es un elemento que forma parte de la definición del contrato, pero ello es así por necesidad conceptual. Veamos.

Como lo referimos anteriormente, por el arrendamiento, en la definición de la ley civil, se cede **temporalmente** el uso de un bien no consumible y la temporalidad, obviamente, implica plazo. Así, **el contrato de arrendamiento** (puesto que a través de él se cede el “uso” temporalmente) **debe tener al plazo como un elemento sustancial.** Y a tal punto debe ser un elemento sustancial del contrato, que si no está expresamente pactado, la ley lo impone, como era de lógica consecuencia conceptual, y además con límite.

¿Por qué razón los contratos de arrendamiento deben tener un plazo y por qué ese plazo debe tener un límite? Pueden ser múltiples las razones, con toda seguridad, pero, todas ellas obedecerán, estarán alineadas, o se corresponderán, según se las mire, con aquellas categorías sustanciales involucradas en la relación jurídica contractual del arrendamiento, es decir, esas razones estarán determinadas por las categorías derecho privado, propiedad privada, bien no consumible, contrato nominado, acto jurídico y todas las demás que pudiéramos identificar; todas las cuales, sin embargo, son sustancialmente distintas a las categorías derecho público, propiedad pública, poder jurídico-bien inmueble, bien consumible, contrato sui generis, acto administrativo, etc., que están detrás del contrato de cesión minera.

Desde esa perspectiva, entonces, por muchas y muy buenas que fueran las razones por las que la ley civil hubiera establecido un plazo para el arrendamiento y además un plazo con límite temporal, aquellas razones, de ninguna manera pueden ser consideradas, *prima*

facie, como razones valederas *per se* para considerar al plazo como un elemento esencial en un contrato de cesión minera y peor aún con un límite máximo.

Más aun, pensando en la racionalidad del sistema de concesiones vigente, no puede haber duda que el Estado concede solamente para un propósito: el aprovechamiento de los recursos naturales mediante su explotación. Y en ese contexto, un contrato de cesión, derivado del derecho de concesión, no escapa de la misma racionalidad: el cesionario, como el concesionario, tiene sobre sí la obligación central de aprovechar los recursos minerales y el sistema de concesiones está estructurado para ese propósito.

Y el tiempo (plazo) para ese aprovechamiento, es un tema del Estado, de utilidad pública: el aprovechamiento de los recursos tiene que darse dentro de cierto plazo que el Estado fija e impone al concesionario y que este sólo traslada al cesionario.

Así, entonces, para el ejercicio del atributo aprovechar, eje central del derecho de minería, hay un plazo que pesa sobre todas las concesiones, sea que estén cedidas por contrato o no a un tercero; y su falta de cumplimiento genera una penalidad primero y puede acarrear la pérdida de la concesión, después.

Por eso, el plazo que entre los contratantes pudieran pactar para la ejecución de las obligaciones que se impongan (cuándo regresar la concesión, por ejemplo), de ninguna manera puede variar, atenuar o afectar los plazos que el Estado ya ha fijado para el aprovechamiento de los recursos minerales -que es el eje central del sistema de concesiones y que lo sigue siendo en las concesiones cedidas por contrato- y en consecuencia, para los intereses del Estado, que siempre están presentes en la contratación minera, resulta inocua cualquier disposición sobre el plazo en que el cedente retome la concesión.

Desde esa perspectiva, la ausencia de una referencia al plazo en el contrato de cesión minera, puede ser entendida, simplemente, como que el plazo en los contratos de cesión minera, no es un elemento sustancial de tales contratos, y es un tema que la ley ha dejado a total discreción de los contratantes, por voluntad expresa, al no referirlo como un elemento sustancial, y esto es así por razones propias de la racionalidad del sistema de concesiones, incomparable con cualquier consideración o razón que pudiera existir para haber establecido al plazo como elemento sustancial en los contratos de arrendamiento civiles y además haberle puesto un límite.

No es entonces un olvido o un vacío de la Ley, que ésta no se refiera al plazo en los contratos de cesión minera, que autorice a la aplicación analógica del plazo en el arrendamiento civil, sino que el plazo no está expresamente referido en la ley como un elemento sustancial en el contrato de Cesión Minera, mientras que es un supuesto imprescindible en el contrato de Arrendamiento Civil, también por voluntad legislativa.

Así entonces, y a propósito del plazo, la Cesión Minera y el arrendamiento, por definición de sus propias leyes creadoras, son contratos con categorías totalmente distintas: el arrendamiento exige al plazo como elemento sustancial y la Cesión Minera no, lo cual, por supuesto, no significa que el plazo pueda ser un elemento del contrato de Cesión, como lo es cualquier plazo en cualquier contrato, en tanto una modalidad del acto jurídico.

Pero aún si esta diferencia no bastara (diferencia que explica lo que representa el plazo para uno y otro contrato) y como hace el Tribunal Registral, se pretendiera, estar frente a

un vacío de la ley Minera, para aplicar supletoriamente el plazo del arrendamiento Civil, todavía tenemos cosas que decir contra ese criterio. Veamos.

La aplicación supletoria del derecho Común a los Contratos Mineros, dice la Ley, se hará en tanto no se oponga a las disposiciones de la propia Ley. Y este es el meollo del asunto: ¿se opone el plazo máximo que establece la ley civil para el arrendamiento, a la Ley Minera, que no fija plazo para el Contrato de Cesión?

Para responder, primero, **vamos a crear el vacío** que exija la supletoriedad, aún habiendo afirmado que tal vacío, lo repito, no existe, porque el plazo no es un elemento esencial del contrato de Cesión.

Supongamos entonces que la Ley Minera hubiera incluido (lo que no hace) en la descripción de la Cesión al plazo como un elemento del contrato, pero no dijera qué límite tiene.

Resultaría que en el contrato de arrendamiento civil, contrato absolutamente privado, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, la norma que establece un plazo máximo para este contrato, no cabe duda, es una norma que restringe el derecho de los contratantes (restringe la Autonomía de la Voluntad) para fijar otro plazo. Es, que duda cabe, una norma restrictiva.

Por otro lado, existiría este otro contrato, denominado Cesión Minera, que estaría incorporando al plazo como un elemento del contrato, pero no establecería límites. Y, como el arrendamiento civil sería el contrato que más se parecería (¿?) al contrato de Cesión, supletoriamente (análogicamente) podría aplicarse esta disposición, ante la ausencia de límite en el plazo del contrato de Cesión. Ese, más o menos, sería el raciocinio del criterio en cuestión. Veamos.

En primer lugar, este raciocinio está aplicando un criterio de interpretación analógica (“el contrato de Cesión es diferente al Arrendamiento Civil pero son entre sí los más parecidos”) y como resultado de su analogismo afirma que, supletoriamente, se debe aplicar a la Cesión el límite de plazo que se fija en aquél.

Nada más erróneo, incluso a partir de la sola normatividad Civil: el Art. IV del título Preliminar del Código Civil establece taxativamente, que la Ley (norma) que establece restricciones de derechos (y ya hemos visto que el límite para el plazo del Arrendamiento Civil es una norma restrictiva de derechos) **no se puede aplicar por analogía, esta expresamente prohibido.**

En consecuencia, no se puede aplicar por analogía la norma que establece el máximo plazo para el arrendamiento civil de predios, a los contratos de cesión minera, porque simplemente la ley lo prohíbe.

Pero además hay una cuestión previa a la aplicación analógica, que debiera precederla, por disposición de la misma Ley.

Recuérdese que para acudir a las normas del Derecho Común (antes de aplicar la analogía), la norma que se pretenda aplicar a los contratos mineros, no debe **oponerse** a lo que disponga la Ley Minera. Veamos.

¿Cuál es el concepto opuesto al “límite”? Su ausencia, ningún otro: lo opuesto al límite es la ausencia de límite. En nuestro hipotético caso, la Ley Minera no habría fijado límite del plazo para el contrato de Cesión (ausencia de límite) y La Ley (norma) de arrendamiento civil sí fija un límite. ¿Son opuestas?, ¡claro que sí son opuestas! y por tanto no debe aplicarse la ley civil sino sólo la ley minera.

Es decir, en minería el contrato de Cesión no tendría (de hecho no lo tiene por otras razones que ya hemos expuesto) límite en el plazo, a diferencia de la norma civil que si lo establece. En consecuencia, la norma civil es opuesta a la norma minera y por tanto no puede aplicarse.

Como hemos expuesto, entonces, no es correcto aplicar el límite del plazo del arrendamiento civil al Contrato de Cesión aplicando la analogía, porque al ser una norma restrictiva de derechos no puede ser aplicada por esa vía; pero antes de eso, incluso, como existe oposición entre el contenido de la norma civil (que fija un límite) y el de la norma minera (que no lo hace), por mandato de la ley, no puede aplicarse la ley civil a los contratos de cesión minera en cuanto al plazo se refiere.

Resumen del Análisis.

En conclusión, porque la categoría Concesión Minera (categoría detrás del contrato de Cesión) es un concepto de género distinto al de Propiedad Privada Predial (categoría detrás del arrendamiento civil de predios); porque la Concesión es un bien (Poder Jurídico-Bien Inmueble) distinto en sustancia al Inmueble Predial y por ello compatible de coexistir con él dentro de un mismo espacio perimetral, lo que confirma que se trata de dos categorías sustancialmente diferentes; porque, la Concesión no tiene el atributo “uso” que sí tiene la propiedad privada predial y por tanto, no es susceptible de uso ni de consumo; porque el atributo “aprovechar” que otorga la Concesión, recae en un bien consumible (el recurso mineral), a diferencia del arrendamiento en el que el atributo “usar” recae sobre un bien no consumible; porque lo que se cede en el Contrato de Cesión Minera es la Concesión-Poder Jurídico-bien inmueble y no el recurso mineral (que es el bien sobre el cual recae el atributo “aprovechar” que otorga la Concesión), es decir que el objeto-bien del contrato de Cesión es un bien inmaterial formado por un conjunto de derechos y obligaciones, mientras el objeto-bien del arrendamiento siempre será un bien tangible no consumible; porque el Contrato de Cesión es un contrato sui-generis, precisamente porque se integra con el género que crea el concepto Concesión y porque el Estado esta incluido en la relación jurídica trilateral creada, en tanto propietario y como facilitador de los atributos de la Concesión, mientras que en el arrendamiento existe sólo una relación bilateral y el Estado está excluido de la relación contractual; porque el plazo en el Contrato de Cesión no es un elemento sustancial del contrato, por voluntad legislativa que se sustenta en la racionalidad del sistema de concesiones, mientras que el arrendamiento exige al plazo como elemento sustancial del contrato; porque el límite en el plazo fijado por la Ley Civil a los contratos de arrendamiento es una norma restrictiva que, por eso, impide su aplicación analógica a los contratos de Cesión; porque la Ley Civil pone límites al plazo en los contratos de arrendamiento y la ley minera no pone límites al plazo en el contrato de cesión, por lo que la primera se opone a la segunda, oposición que excluye su aplicación al contrato de Cesión, por mandato de la ley; por todo ello, no es posible, jurídicamente, que se considere aplicable al Contrato de Cesión Minera el límite de plazo que fija la Ley Civil a los contratos de arrendamiento.

Epílogo

Como se consignaba al principio de estas reflexiones, su propósito también era cuestionar la perspectiva general del Tribunal Registral, que asumía una suerte de aplicación supletoria automática de las reglas sobre el arrendamiento civil, a la normativa sobre el contrato de cesión minera.

Como creo haber evidenciado, se trata de dos tipos de contratos que soportándose en categorías conceptuales tan distintas como distantes, no puede encontrarse entre ellos similitudes, sino cuando deliberadamente se prescinde de alguno, varios o muchos de sus elementos inherentes, que, por eso mismo, aun lográndose cristalizar una semejanza parcial y descriptiva, ésta será siempre insuficiente para justificar una aplicación supletoria automática de las reglas del arrendamiento para los contratos de cesión minera.

Y no es que nunca en ningún caso podrá recurrirse a esas reglas, no es esa la posición que se plantea. Lo que se postula es la necesidad de diseccionar el problema, encontrando primero lo que de manera esencial estuviera determinando la normativa minera, considerando su especial singularidad conceptual; luego, estableciendo si las eventuales reglas del arrendamiento civil son opuestas o no a esa esencia revelada y sólo si se supera esta valla, entonces se podrá dar el espacio para la aplicación supletoria de la ley civil.

El discurso analítico sobre el tema del plazo, que se ha desarrollado en este trabajo, no hace sino confirmar la necesidad y pertinencia de ese proceder y autoriza a sugerir que se debe extremar el cuidado cuando se trate de aplicar supletoriamente las normas del arrendamiento civil, al contrato de cesión minera.

Como corolario último de lo anterior, de las diferencias sustanciales entre esos dos contratos, llamo la atención sobre el hecho que un contrato minero, con esas características peculiares, bien merecía una denominación propia y distinta; quizás el término “cesión” no haya tenido la suficiente diferenciación que un contrato como ese merecía, pero, cuando menos ha cumplido el rol de tener una designación que lo distanció del “arrendamiento” o la “locación-conducción” civiles.

Por eso, creo que nunca se trató “solamente” de un tema semántico, la cuestión de la designación de este contrato minero. Por el contrario, se trataba de una cuestión de sustancia conceptual que exigía una denominación propia, la que se articularía con la categoría conceptual de la Concesión, fuera de los límites del derecho puramente privado.