



Hernán Torres Álvarez<sup>(\*)</sup> y Sergio Cueva Chauca<sup>(\*\*)</sup>

# Nuevas **tendencias del Derecho civil** en el ámbito minero

## 1. Introducción

Aunque es imposible definir y conceptualizar el Derecho civil, este puede ser entendido como el agregado de normas y principios que regulan las relaciones o vínculos personales y patrimoniales de las personas en el ámbito privado. Ello con el objetivo de evitar conflictos, o establecer los mecanismos de solución de los mismos en caso ocurran; y, ayuda a establecer mecanismos eficientes en la distribución de riqueza, entre otros.

Para no quedar en la abstracción, el Derecho civil, al tener por objeto brindar soluciones en determinada realidad (espacial y temporal), deberá adaptarse y evolucionar con ella, de manera que brinde nuevas soluciones ante nuevos problemas<sup>(1)</sup>. En caso contrario, el Derecho civil entendido y aplicado valiéndose de las instituciones tradicionales o clásicas se verá desbordado o no será suficiente para cumplir sus fines. Estas nuevas y necesarias tendencias del Derecho serán examinadas en situaciones concretas en el Perú, en el ámbito de las industrias extractivas, particularmente en la minería.

En el campo del Derecho civil patrimonial, en particular, por ejemplo para el caso del Derecho de contratos, dichas nuevas tendencias, en términos muy generales, apuntan a flexibilizar algunas instituciones jurídicas con el objeto de adaptarse a la dinámica de las relaciones jurídicas patrimoniales, y a establecer mecanismos que permitan promover dichas relaciones con el menor número de formalismos posibles, lo que hasta hace una década era considerado como imprescindible.

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho Ambiental y Recursos Naturales en Sturm College of Law, University of Denver. Profesor del curso de Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima. Profesor del curso de Derecho ambiental en las Maestrías de Biocomercio y Desarrollo Ambiental y profesor del curso de Garantías Reales de la Maestría de Derecho civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del curso de Derecho minero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio de Estudio Ferrero Abogados.

(\*\*) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS

(1) Aunque no es materia de las presentes líneas, una de las críticas históricas al Derecho civil ha sido que es considerado como un conjunto de normas y principios que responden a los intereses de las minorías con mayor poder, de manera que haga viable la consecución de sus fines.



El objeto de este trabajo es analizar cómo el Derecho civil podría adaptarse a situaciones particulares que se dan en determinados campos del Derecho y de la industria y cuál podría ser el curso de aquellas nuevas tendencias que deben alimentarlo. Tomamos como referencia para nuestro análisis algunas situaciones que se presentan en el mundo de la industria minera, que por su naturaleza, complejidad, e importante componente social, requieren de mecanismos innovadores para solucionar problemas específicos.

Para cumplir con dicho objetivo, hemos dividido este trabajo en dos partes. La primera (sección 2) hace una introducción sobre los aspectos más importantes de la industria minera, partiendo del régimen de aprovechamiento de los recursos naturales adoptado por el Estado de acuerdo a la Constitución, describiendo las características de los principales actores, los ámbitos que abarca el Derecho minero y describiendo las situaciones que se plantean en la industria minera para dar pie al análisis de la aplicación de algunas instituciones del Derecho civil patrimonial que sirva como insumo para dar algunas pautas de la dirección a la que deberían apuntar las

nuevas tendencias de esta rama del Derecho. En la segunda parte (sección 3) se describe brevemente cuatro instituciones del Derecho civil patrimonial y luego se contrasta su aplicación en situaciones puntuales que se presentan con frecuencia en el ámbito de la contratación minera.

### 2. Aspectos de la industria minera

El aprovechamiento de los recursos naturales es considerado por el Estado como de principal importancia para el desarrollo del país. Este desarrollo y aprovechamiento deben ser *sostenibles*, debiendo satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro. Ello se traduce en la protección al medio ambiente y a las personas. En el primer aspecto, se busca que el aprovechamiento garantice el menor impacto posible y la recuperación del medio ambiente. El segundo busca que los derechos de las personas, en particular el de las poblaciones aledañas directamente afectadas, sean respetados.

Conviene tener en consideración ciertos aspectos y situaciones relativas al aprovechamiento de los recursos minerales para entender la delicada relación entre los actores y la dimensión del problema que intentamos abordar:

- a) Importancia económica  
El Perú es un país dotado de una enorme riqueza mineral susceptible de ser aprovechada. En este sentido, la industria minera es la que más *rédito económico*<sup>(2)</sup> le reporta al Estado. Por este motivo, el aprovechamiento de este recurso natural, es considerado, política y jurídicamente, como de principal importancia para el desarrollo del país.
- b) Afectación al medio ambiente  
Si bien en la actualidad la industria minera



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

en su mayoría cumple con la normativa sectorial, esta industria extractiva, debido a su naturaleza, es una de las que *más impactos causa al medio ambiente*.

- c) Espacios en los que suele desarrollarse  
La actividad minera suele llevarse a cabo en espacios rurales recónditos, habitados por comunidades con *bajos índices de desarrollo* en los que el Estado suele tener poca o nula presencia. En dichos espacios, las comunidades tradicionalmente han subsistido con sus *usos y costumbres tradicionales*, de manera paralela e independiente al Estado.

Como lógica consecuencia, las actividades mineras implican la ineludible relación e interacción entre las *comunidades aledañas* a los proyectos y las *compañías mineras* que tienen proyectado operar en la zona. En tal sentido, ambos se verán obligados a regular sus relaciones patrimoniales de cambio y organización en los ámbitos en los que el Estado no imponga procedimientos y soluciones preestablecidos, ámbitos en los que se aplicará el *Derecho civil*.

El objeto de las presentes líneas es exponer algunas de las dificultades que presenta la aplicación del Derecho civil en el ámbito de la contratación entre compañías mineras y comunidades campesinas con fines mineros, así como posibles soluciones. Por ello, es evidente la relación entre Derecho civil y Derecho minero.

El Derecho minero es de naturaleza particular pues tiene aspectos propios de las esferas del Derecho público y privado que a continuación una brevemente describimos:

### 2.1. Derecho minero en su esfera pública

El Derecho Público versa sobre las relaciones entre los privados y el Estado, así como las relaciones internas del mismo, representado a través de los órganos que ostentan poder público que actúan en interés de la nación. El Derecho minero es parte de esta esfera al regular una industria que aprovecha los recursos naturales de patrimonio de la nación.

En el caso peruano, el Estado ha tomado una opción jurídica y política en cuanto a este aprovechamiento: debe realizarse de manera que sea sustrato para el desarrollo de la nación y de manera sostenible. La esfera pública del Derecho minero se materializa principalmente en tres ámbitos:

- a) Regulación del aprovechamiento de los recursos naturales  
El Estado regula el aprovechamiento sobre la base de la Constitución<sup>(3)</sup> (fundamentalmente en los artículos del 66 al 70); la Ley 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, en la que regula las condiciones de otorgamiento de los derechos de aprovechamiento a los particulares; y la normativa sectorial, que incluye principalmente el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM (en adelante, LGM) y sus reglamentos, aprobados por Decretos Supremos 03-94-EM y 018-92-EM.
- b) Protección al medio ambiente  
Este mandato de protección tiene, nuevamente, base constitucional (artículo 2, numeral 22, y 67); la Ley 28611 - Ley General del Ambiente, y las diversas normas sectoriales que tienen por objeto que la actividad ocasione el menor riesgo y daño al medio ambiente y garantizar su adecuada restauración.
- c) Protección a las comunidades<sup>(4)</sup>  
La protección a las comunidades parte de la Constitución (artículos 2 numeral 19, y 87), contando entre otros mecanismos de protección con el Derecho a la Consulta

(2) A manera de ejemplo, en los últimos años la minería recaudó el 50% del total del Impuesto a la Renta a nivel nacional y tiene un nivel de participación de alrededor del 60% del valor total de las exportaciones del país.

(3) Debe considerarse que el Derecho constitucional también está conformado también por los tratados que ésta reconoce.

(4) De manera adicional a las tradicionales normas civiles para la protección a la persona, existen normas que tienen como fundamento el reforzar la protección brindada a los grupos de personas que considera como la *parte débil* en determinados contextos.

## Nuevas tendencias del Derecho civil en el ámbito minero

Previa, regulado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), parte del ordenamiento jurídico peruano, y sus normas de aplicación interna (Ley 29785 y su Reglamento, Decreto Supremo 001-2012-EM); la Ley 26505 - Ley de Tierras y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 097-11-AG; y, las normas de participación ciudadana en minería (Decreto Supremo 028-2008-EM y Resolución Ministerial 304-2008-MEM-DM, entre otras).

### 2.2. Derecho minero en su esfera privada

El Derecho privado regula las relaciones entre los particulares. En el ámbito del Derecho minero, este promueve la realización de actividades mineras generalmente a cargo de particulares quienes tienen libertad de ejercer sus actividades dentro de ciertos parámetros. Una de sus manifestaciones es la contratación, cuyas partes en determinados aspectos de la industria minera serán las compañías mineras y las poblaciones del ámbito geográfico.

Si bien los conflictos sociales tienen un sinnúmero de fuentes (ideológicas, políticas, sociales, culturales), son un fenómeno del cual el Derecho *debe* ocuparse (y todo parece indicar que) con nuevas herramientas. Por ejemplo, existen problemas *derivados de la contratación civil* aun cuando se celebran contratos *civilmente perfectos*. Con ello, es menester analizar las causas por las que la contratación civil no prescribe las soluciones esperadas.

### 2.3. El sistema de administración de los recursos naturales

Conviene referirnos al sistema de administración de los recursos naturales para entender el escenario jurídico en el que se lleva a cabo la contratación minera entre las partes antes mencionadas.

La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales desarrolla los artículos 66 y 67 de la Constitución, determinando, entre otros aspectos, las condiciones y modalidades de otorgamiento de derechos de

aprovechamiento a particulares y señalando que cada sector de la industria extractiva será regulado por sus leyes especiales.

El título habilitante para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, entre otros, es la *concesión*. En este sentido, el artículo 23 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, establece que “la concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo (...)”.

En el caso de la minería, el título habilitante es la concesión minera, en virtud de la cual el titular asume determinados derechos y obligaciones. La LGM establece que son características de la concesión minera las siguientes:

- a) Tiene como fuente un acto administrativo que otorga un derecho real al concesionario, consistente en los atributos que le brinda la LGM (entre los que se encuentra el explorar y explotar los recursos minerales concedidos)<sup>(5)</sup>.
- b) Es irrevocable en tanto se cumpla con los requisitos para mantenerla vigente.
- c) Es un derecho inmaterial libremente transferible y registrable.
- d) Es un inmueble distinto del predio bajo el que se encuentra ubicada. En este sentido, *no otorga derechos sobre los terrenos superficiales* sobre los que se encuentra ubicada, siendo que dichos derechos deben obtenerse antes de poder ingresar al terreno<sup>(6)</sup>.

(5) Debe considerarse que el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo 018-92-EM, establece que el título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, debiendo previamente obtener las certificaciones del Ministerio de Cultura, certificaciones ambientales, permiso para la utilización de tierras, y demás requisitos aplicables.

(6) Los terrenos superficiales pueden ser de propiedad de: i) El Estado (regulado por las normas del Sistema Nacional de Bienes



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

De esta manera, el aprovechamiento de los recursos minerales requiere, entre otros, de (i) concesión minera (título habilitante); (ii) La obtención de licencias y permisos ambientales; y, (iii) el acceso a los terrenos superficiales, con el *contrato* como vehículo jurídico.

### 2.4. Las partes en la contratación minera

Dado que una concesión minera no otorga derechos de acceso a los terrenos superficiales donde se encuentra, para la adquisición de tales derechos entra en juego un campo de la contratación minera en la que interactúan principalmente las siguientes partes:

#### 2.4.1. Compañías mineras

Se trata de sociedades de capitales nacionales o extranjeros de un poder económico considerable que invierten sus recursos en proyectos mineros de mediana o gran envergadura. En la actualidad, el Perú es uno de los principales destinos de dicha inversión, en parte gracias a la estabilidad que otorga el Estado a las inversiones. En buena parte de los casos, estas compañías cuentan con una cultura internacional de negocios y se regulan por estándares internacionales<sup>(7)</sup>.

#### 2.4.2. Comunidades

Nos referimos a las comunidades campesinas o nativas ubicadas en las zonas de influencia de los proyectos mineros de mediana o gran envergadura. Estos grupos (sea bajo el status jurídico de “comunidades campesinas” o como grupos o individuos sin dicha calificación) preservan sus usos y costumbres tradicionales y no suelen regirse del todo por las costumbres occidentales.

Las comunidades evidencian una vinculación especial con la tierra. Si bien son propietarias de los terrenos superficiales en los que habitan, en algunos casos no comparten el concepto de “propiedad” conforme al ordenamiento jurídico peruano<sup>(8)</sup>.

Como puede apreciarse, se trata de dos actores *a priori* diametralmente distintos. Ello va a repercutir en sus procesos de contratación minera.

## 3. Análisis de algunas instituciones del Derecho civil patrimonial en el marco de la contratación para actividades mineras

### 3.1. Responsabilidad precontractual: el deber de revelar información

El Código Civil peruano establece una pauta general que regula la conducta de las partes durante la negociación, celebración y ejecución de un contrato. De este modo, el artículo 1362 establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes. Es decir, la pauta de conducta, el parámetro normativo que adopta el Código es la buena fe, que se manifiesta en un estándar de comportamiento. Señala en

Estatales - SBN); ii) de particulares; y, iii) de *comunidades campesinas*, reguladas por La Ley 24656 que prevé el régimen de disposición de sus tierras.

Asimismo, es aplicable la Ley de Tierras que dispone que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere *acuerdo previo* con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre precisado en el Reglamento.

(7) A manera de ejemplo, la política *Health, Security, Environment, Community* (HSEC); Salud, Seguridad, Medio Ambiente y Comunidades, en español) rige las actividades de diversas compañías transnacionales, que se suman a los requerimientos de la legislación de la plaza.

(8) En este sentido, se establece que “La propiedad es entendida en el Derecho contemporáneo como el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia del derecho. Si bien la manera como estos poderes específicos de la propiedad son ejercitados varía de ámbito en ámbito (...) los principios generales son los mismos: la propiedad está a disposición del titular y puede (y debe) circular”.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999.

## Nuevas tendencias del Derecho civil en el ámbito minero

ese sentido Pérez Gallardo que, según la doctrina española que ha estudiado el tema partir de la regulación de la buena fe en su función integradora del contrato, con sede en el artículo 1258 de su Código Civil, se ha expresado que la buena fe en este orden tiene una proyección normativa, tratándose de un parámetro normativo de la conducta debida en una relación contractual<sup>(9)</sup>.

En general, la buena fé puede ser vista como “la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola en la buena fe civil”<sup>(10)</sup>. Señala el maestro Manuel De la Puente y Lavalle que la mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo. En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con la que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama buena fe-creencia; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación del sujeto, lo que determina que se le denomine buena fe-lealtad<sup>(11)</sup>.

Afirma el maestro que la buena fe exigida en la fase de las tratativas o de negociación de un contrato es la buena fe objetiva, es decir, la buena fe-lealtad por cuanto la conducta exigible a los tratantes para llevar a cabo las tratativas, según las reglas de la buena fe, debe juzgarse según el estándar jurídico del hombre correcto y razonable, que actúa con diligencia ordinaria que corresponda a las circunstancias del tiempo y del lugar<sup>(12)</sup>.

Uno de los deberes exigibles en la fase de las tratativas de acuerdo a la buena fe es el de revelar información, que impone a los tratantes el deber de revelar la información vinculada con el negocio objeto de las tratativas con el objeto de contar con los mayores elementos de juicio para decidir si continuar o no con la negociación y culminar en la celebración del contrato. Existe

debate sobre la extensión de este deber, es decir, en relación hasta qué punto los tratantes están en la obligación de revelar la información que conozcan sobre el negocio, incluso al punto de sacrificar con ello su propio beneficio económico. Esclarece mucho el panorama lo sostenido por De la Puente al sostener que: “(...) el deber de información no llega al extremo que uno de los tratantes debe necesariamente poner en conocimiento del otro datos relativos a su propia condición económica, que lo pueden hacer perder o debilitar su poder de negociación”<sup>(13)</sup>.

Consideramos útil emplear también los criterios del Análisis Económico del Derecho para establecer cuáles son los límites del deber de revelar información. Esta disciplina jurídica parte de la premisa de considerar la información como patrimonio de uno de los tratantes y ampararla bajo la protección del derecho de propiedad.

Según Anthony Kronman, los individuos que suministran información la han obtenido mediante una búsqueda deliberada, y en otros casos, ha sido adquirida casualmente<sup>(14)</sup>. Con ello dicho autor explica que en el primer caso la información a la que se tiene acceso ha tenido un costo, mientras que en el segundo caso no. En base a dicha premisa, el autor sostiene que si la información ha sido adquirida deliberadamente y se niega a su poseedor los beneficios de poder usarla, éste tendrá un incentivo para reducir su producción de información en el futuro<sup>(15)</sup>. Continúa dicho autor sosteniendo:

(9) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*. Tomo VII. Contratos en General. 1era. edición. Lima, Noviembre de 2004. p. 131.

(10) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Lima: Palestra. p. 331.

(11) *Ídem.*; p. 332.

(12) *Ídem.*; p. 356.

(13) *Ídem.*; p. 358.

(14) KRONMAN, Anthony T. *Error, deber de revelar información y derecho de contratos*. En: *Themis*, 2da. época. No. 49. p. 168.

(15) *Ídem.*; p. 169.



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

“Una forma efectiva de asegurar que un individuo se pueda beneficiar mediante la posesión de información (o de cualquier cosa) es asignándole un derecho de propiedad sobre la información misma (...). Una manera en la que el sistema legal puede establecer derechos de propiedad sobre la información es permitiendo a la parte que la posee celebrar y exigir el cumplimiento de contratos cuya información le sugiere ser rentables, sin tener el deber de revelar información a la otra parte”<sup>(16)</sup>.

De acuerdo a lo sostenido por Kronman, podemos concluir que un estándar para determinar los alcances del deber de revelar la información es si para la obtención de la misma se ha incurrido en costos, ello en aras de la protección del derecho de propiedad que el titular de dicha información tiene sobre la misma. En ese sentido, no se exigirá revelar la información que una persona tenga cuando hubiese incurrido en gastos para su obtención. Por el contrario, en caso que para la obtención de información no se hubiese incurrido en costos, se exigirá a su poseedor revelarla, ello en aplicación de una buena fe-lealtad, sin cuya exigencia no se requeriría al poseedor revelar la información que tuviera sobre el negocio, aun cuando no le hubiese costado.

En el ámbito del Derecho minero, uno de los escenarios en los que cobra importancia el deber de revelar información es al momento de adquirir derechos de acceso a los terrenos superficiales de comunidades campesinas. En este caso, ¿estaría una compañía minera en la obligación de revelar a la comunidad campesina que tiene pensado desarrollar un proyecto minero millonario? Es evidente que si la comunidad contase con dicha información, sus pretensiones respecto al monto de la contraprestación serán mucho mayores.

Generalmente las compañías mineras invierten importantes sumas de dinero para obtener información preliminar sobre la potencial riqueza mineral de un área determinada, mediante sofisticados sistemas que les permiten hacerlo incluso sin necesidad de estar físicamente en el área (sistemas satelitales, por ejemplo). Es en base a dicha información que se procede a una siguiente etapa de exploración, ya *in situ*, para lo cual se requiere el permiso de acceso al terreno. De acuerdo a los criterios antes mencionados, en esta situación la compañía minera no tendría el deber de revelar la información por cuanto ha incurrido en un costo para obtenerla, no estando

obligada entonces a informar a la comunidad sobre la potencial riqueza mineral, siendo poco probable que haya obtenido dicha información sin costo alguno.

Consideramos que para este escenario el criterio mencionado para determinar si se debe o no revelar información no es aplicable por las siguientes razones. En primer lugar, parte de la premisa que ambas partes están en igual posibilidad de conocer la información, en este caso referida al potencial minero del terreno, aunque sea de manera casual y sin costo. Ello no tendría cómo ocurrir en el caso de las comunidades campesinas, y más aún para los *green fields*, es decir, aquellos lugares donde no se haya realizado nunca actividad minera. Las comunidades de estas áreas están íntimamente vinculadas con actividades agrícolas y ganaderas muy básicas y de subsistencia, no teniendo cómo obtener información sobre el potencial minero de estos terrenos.

Por otro lado, existe un claro desequilibrio contractual por cuanto las compañías mineras cuentan con una amplia experiencia sobre la negociación de este tipo de contratos para lograr acceso a terrenos superficiales, habiendo desarrollado un amplio conocimiento al respecto. Por el contrario, las comunidades campesinas desconocen de técnicas de negociación y conocimiento para negociar con compañías mineras, no tienen las herramientas necesarias para poder cuantificar adecuadamente el valor de sus tierras en función de su utilidad y de cómo van a sustituir dicho bien capital por otro que les permita mantener una economía sostenible. Entonces, informar, de acuerdo a lo señalado, ayuda a corregir esta situación de desigualdad.

Finalmente, existe otra consideración para no aplicar dicho estándar que no es jurídica, sino social. Es trascendental para un proyecto

(16) *Ibidem*.

## Nuevas tendencias del Derecho civil en el ámbito minero

minero contar con la licencia social que permita a una compañía minera lograr la aceptación de las comunidades aledañas. Se ha visto en los últimos meses como los conflictos sociales han paralizado proyectos mineros importantes en el país. Por ello consideramos que si una compañía minera no revela la información razonable que permita a la comunidad con la que negocia establecer una pretensión razonable, a mediano o largo plazo ello puede contribuir a generar conflictos que podrían paralizar un proyecto minero en marcha. También es necesario tomar en cuenta que las compañías mineras desarrollan su conducta en base a un estándar de conducta llamado Responsabilidad Social Empresarial, que es una autorregulación que les impone un deber de transparencia al relacionarse con las comunidades que rodean un proyecto<sup>(17)</sup>.

Si tratáramos de explicar en términos jurídicos el componente social que determina que sea necesario revelar información en el caso planteado, diríamos que no debería tomarse en cuenta el estándar del costo de la información ni el de la buena fe subjetiva-creencia, sino que en este tipo de situaciones debería objetivarse el estándar de conducta empleando de esta manera la buena fe objetiva-lealtad, teniendo las siguientes características según expone De la Puente<sup>(18)</sup>:

- a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
- b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
- c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.
- d) Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede excusarse en la buena fe objetiva.
- e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.

- f) El estándar jurídico aplicable debe buscarse *teniendo en cuenta el contexto social* en el que actúa en el que actúa el sujeto.

Por las razones expuestas, consideramos que el estándar de revelar información antes mencionado no debería ser aplicado en el escenario de negociación con una comunidad campesina para obtener derechos de acceso a terrenos superficiales. En este tipo de situaciones, o en aquellas de naturaleza similar, en las que exista una clara asimetría de información y un componente social importante, la parte tratante que negocia debería revelar la información que tenga, aun cuando haya incurrido en un costo para obtenerla, para que razonablemente su contraparte tenga la posibilidad de contar con elementos de juicio necesarios para continuar con la negociación y decidir la celebración o no del contrato.

### 3.2. Responsabilidad pre contractual: ruptura injustificada de las tratativas

Otra de las manifestaciones de la buena fe en la fase de negociación es el de no romper injustificadamente las tratativas, ello también en aplicación del artículo 1362 del Código Civil. En este sentido, sin normativa expresa sobre la responsabilidad por romper injustificadamente las tratativas, el debate gira en torno a si la buena fe a la que se refiere el Código Civil puede servir como fundamento para este tipo de responsabilidad, entendida esta como aquella derivada del apartamiento injustificado de las tratativas y negociaciones previas a un contrato, causando con ello daño a la otra

(17) La Responsabilidad Social Empresarial es una filosofía, un modo de actuación, una actitud que conduce al reconocimiento por parte del entorno en el cual se desenvuelve la actividad empresarial. Parte de la premisa reconocer que la compañía actividad empresarial es un engrane dentro de una maquinaria social en la cual debe existir una preocupación y proacción en el bienestar de los demás componentes de la maquinaria. Existe un debate sobre la viabilidad de regular en normas positivas la responsabilidad social empresarial. Consideramos que ello no es correcto, pues desnaturalizaría la esencia de este estándar de conducta, cual es ser voluntaria.

(18) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Óp. cit.*; p. 338.



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

parte. Ello al ser el artículo mencionado una norma imperativa, con lo que su inobservancia implica que el agente que causa un daño estaría obligado a la correspondiente reparación del daño causado.

En general, existe consenso en que las tratativas no son ni deben ser vinculantes, pues se busca que las partes puedan desenvolverse con la mayor libertad en esta etapa para contar con todos los elementos para decidir, de acuerdo a la información y demás aspectos que se conozcan, si se celebra el contrato o no, siendo el momento de la celebración del contrato aquel en el que se crean las obligaciones que vinculan a las partes. Por ello, la etapa de negociación de los contratos está inherentemente sujeta a riesgos, entendidos estos como la posibilidad de que las negociaciones no conduzcan finalmente a la celebración del contrato.

Quedando claro que las tratativas no son vinculantes, sería lógico preguntarse para qué sirven las tratativas. ¿Para qué tomarles importancia? Son varias las razones. En primer lugar, sirven para determinar la existencia de obligaciones y su alcance, en caso existan vacíos contractuales o términos contractuales que no sean claros. Por otro lado, son importantes porque representan costos que pueden ser muy altos (gastos en honorarios de abogados, realización de estudios, gastos de representación, gastos en eventuales viajes, así como todos aquellos gastos en se incurra durante esta etapa). Es por ello que una ruptura injustificada de las tratativas puede hacer incurrir a uno de los tratantes en un grave perjuicio económico.

Las siguientes preguntas serían: ¿cuándo se entiende que ha habido una ruptura injustificada? ¿Es por cualquier ruptura que la parte tratante perjudicada estaría facultada a emplear algún remedio legal? Consideramos que una ruptura será injustificada en la medida que el tratante que se aparte de las tratativas lo haga después de haber brindado indicios razonables de que no actuaría de dicha manera. Sostiene Miccio, citado por Manuel De la Puente, que la responsabilidad por la ruptura de las tratativas solo puede dar lugar a

responsabilidad cuando el comportamiento del tratante es claramente reprobable y ha causado daño al otro, entendiendo que lo reprobable no radica en la ruptura de la tratativa, sino en el modo en el que ésta ha sido conducida, despertando la confianza en la víctima del daño<sup>(19)</sup>.

Es entonces que ante la no celebración del contrato por apartamiento injustificado de uno de los tratantes, es decir, cuando éste hubiese dado indicios razonables que celebraría el contrato generando la confianza a la otra parte en que ello ocurriría, y con dicho apartamiento se generen daños por los recursos invertidos en la negociación y lo perdido por la no celebración, cabría que el tratante perjudicado pueda ejercitar determinados remedios legales. El remedio legal para este tipo de supuestos es la indemnización, en aplicación del artículo 1969<sup>(20)</sup> del Código Civil. En ese sentido sostiene José Juan Haro que: “En la doctrina romano-germánica se acepta pacíficamente que el remedio adecuado en supuestos de responsabilidad precontractual es el otorgamiento de una indemnización”<sup>(21)</sup>.

Son dos las formas que puede revestir la indemnización por la ruptura injustificada de las tratativas: la indemnización del interés positivo y del interés negativo. El primer sistema busca situar al tratante perjudicado con la ruptura en la misma situación que existiría en el caso que se hubiese celebrado el contrato. Por el contrario, la indemnización del interés negativo busca situar al tratante perjudicado en la misma situación que estuvo antes de iniciar las tratativas. Es decir, mientras que la indemnización del interés positivo busca indemnizar los daños causados

(19) *Ibidem*.

(20) Artículo 1969 del Código Civil.- Aquel que por dolo o culpa causa a otro un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

(21) HARO SEIJAS, José Juan. *¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe*. En: *Advocatus*. No. 7.; p. 141.

## Nuevas tendencias del Derecho civil en el ámbito minero

por no gozar de los beneficios del contrato, la indemnización del interés negativo busca indemnizar por los daños sufridos correspondientes a los gastos incurridos durante las tratativas frustradas.

Consideramos que el criterio correcto es el de la indemnización del interés negativo. En ese sentido opina Haro al sostener que admitir el sistema de la indemnización del interés positivo implicaría dar los efectos del contrato a una situación de hecho que no ha configurado tal figura jurídica, otorgando a uno de los tratantes los beneficios de un contrato que aún no se ha celebrado. Adicionalmente, ello podría traer serias dificultades por cuanto sería posible que las tratativas no estuviesen lo suficientemente avanzadas con lo cual un juez al que se le solicite determinar la indemnización según el criterio del interés positivo tendría que cubrir los aspectos no abordados durante la negociación, lo cual sería muy complicado y no es tarea que corresponda a un juzgador, sin mencionar el incremento de los costos administrativos por tener que reforzar la etapa probatoria a fin de determinar los posibles alcances que el contrato tendría<sup>(22)</sup>.

En conclusión, en principio las tratativas no son vinculantes salvo el caso en el cual los tratantes den indicios razonables que se llevará a cabo el negocio, siendo en dicho supuesto que el tratante que rompa las tratativas injustificadamente deberá indemnizar al otro de tal manera que lo sitúe en la misma situación en que se encontraba antes de iniciar las tratativas, ello es, indemnizándolo por todos los gastos en que hubiese incurrido.

En el ámbito del Derecho minero, nuevamente en el caso de la adquisición de derechos de acceso a terrenos superficiales, puede ocurrir una situación en la cual se inicie un proceso de diálogo para que una compañía minera obtenga tales derechos. Generalmente los procesos de diálogo con comunidades son largos. Existen al interior de las comunidades intereses contrapuestos que generan conflictos internos que retardan la toma de decisiones, sin tomar en cuenta que las decisiones respecto de disposición de terrenos comunales están sujetas a la aprobación de la Asamblea General de una comunidad con mayorías calificadas (de acuerdo a la Ley General de Comunidades Campesinas). Adicionalmente, los comuneros son personas vinculadas a la tierra de una manera especial,

de modo que pueden cambiar de opinión rápidamente por diversos factores, lo que hace que una negociación pueda de un momento a otro concluir sin mayor causa justificada.

Es entonces posible que las negociaciones entabladas entre una compañía minera y una comunidad para adquirir derechos de acceso a terrenos superficiales sean abruptamente interrumpidas por la segunda. En este tipo de casos generalmente la compañía otorga determinados beneficios en muestra de una voluntad concertadora e invierte tiempo y recursos en desplazar a su personal para negociar. ¿Podríamos hablar de una ruptura injustificada de las tratativas en el supuesto de interrupción de las negociaciones por parte de la comunidad? Y, de ser así, ¿cabría una indemnización empleando el criterio del interés positivo o negativo?

Consideramos que la respuesta es negativa. En primer lugar, como hemos mencionado, las compañías mineras tienen amplia experiencia y manejo de relaciones con comunidades, por ello conocen su idiosincrasia, la valoración no patrimonial que tienen por la tierra, y su volatilidad, siendo conscientes que la negociación es aleatoria, con lo cual asumen el riesgo de un rompimiento de tratativas, por lo cual no cabría lugar a una indemnización.

Consideramos que en este caso deben manejarse otros estándares para determinar si se configura una ruptura injustificada. Ello porque este hecho no sería inesperado ni imprevisible, ya que la compañía minera conoce de manera previa el escenario descrito en los párrafos anteriores. Es decir, la compañía no podría alegar durante esta etapa precontractual que se le brindaron indicios que la lleven razonablemente a confiar en que el contrato se celebrará, aun cuando sus representantes puedan mostrar buena voluntad

(22) *Ídem.*; p. 143.



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

y deseo de celebrar el contrato. En este sentido, no solo conoce a los sujetos con los que deberá tratar (representantes y Asamblea General), sino que también conoce sobre la existencia de agentes y situaciones externas que podrían cambiar la voluntad de la comunidad, entre otros. No obstante, a salvo quedaría el caso de la mala fe y el enriquecimiento sin causa de las comunidades en caso decidan premeditadamente negociar, dar confianza a la contraparte sobre la celebración del contrato, y apartarse deliberadamente y sin justificación con el fin de obtener la mayor cantidad de beneficios derivados de la negociación (dádivas, contribuciones en dinero, entre otros) y corresponderá a la empresa probarlo y al juez decidir sobre la controversia.

Sin embargo, asumamos que sí cabría una indemnización. En este caso ¿cuál sería el criterio a emplearse para determinarla? Habiendo descartado líneas arriba el criterio de indemnización del interés positivo, quedaría el del interés negativo. En aplicación de dicho criterio, la comunidad debería reembolsar a la compañía todos los beneficios que hubiese recibido en muestra de su voluntad para negociar, así como los gastos que asumió para trasladar a su personal para negociar. Ello terminaría en un proceso judicial de obligación de dar suma de dinero para que se obligue a la comunidad a efectuar el reembolso. Si bien es cierto que ello es procedente desde un punto de vista civil, no lo es desde un punto de vista social.

Efectivamente, consideramos que el alto componente social existente en el marco de un proyecto minero hace que no sea posible hablar de ruptura injustificada de tratativas (salvo en el caso de mala fe) en el escenario descrito, ni de una indemnización del interés negativo. Debe reconocerse que es un caso muy distinto a aquel en el que dos compañías llevan a cabo negociaciones invirtiendo con ello recursos y una decide, sin fundamento, apartarse de ellas. Por otro lado, en los hechos, aun cuando el ordenamiento deja a salvo la posibilidad de acudir a la jurisdicción para hacer valer una pretensión indemnizatoria, ello llevaría a dicha compañía a ser marcada en el mundo

de relaciones comunitarias, dificultando los procesos de relaciones futuras con la misma comunidad o con otras, en otros proyectos mineros, lo que representa un desincentivo.

### 3.3. Contrato con prestaciones recíprocas: remedios contractuales

En el ámbito del derecho contractual una de las instituciones jurídicas de mayor relevancia es el de los contratos con prestaciones recíprocas. Celebrado un contrato, éste puede crear una obligación o una pluralidad de obligaciones independientes unas de otras, o vinculadas en una relación de reciprocidad, éstas últimas son llamadas obligaciones con prestaciones recíprocas<sup>(23)</sup>. Menciona el maestro De la Puente que: "En el campo de la reciprocidad, las obligaciones son recíprocas cuando nace coligadas entre sí en razón de la celebración del contrato"<sup>(24)</sup>. Precisa el maestro:

"(...) conviene recordar que la obligación, que constituye el objeto del contrato, es una relación jurídica en virtud de la cual una persona -el deudor- tiene el deber de ejecutar una determinada prestación a favor de otra persona -el acreedor- quien tiene la facultad de exigirla. La obligación nace directamente de la celebración del contrato. En cambio la prestación es un comportamiento o conducta del deudor, consistente en un dar, hacer o no hacer, tendente a satisfacer el interés del acreedor. La prestación constituye el contenido de la obligación, su ejecución obedece no a la celebración del contrato, sino a la existencia de la relación jurídica obligacional creada por él"<sup>(25)</sup>.

(23) El típico caso de este tipo de obligaciones se da en el contrato de compraventa, en el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien, y el comprador a pagar su precio en dinero. Ambas obligaciones se encuentran vinculadas en una relación de reciprocidad, es decir, una es la causa de la otra. De no existir la transferencia de propiedad, o el pago del precio en dinero, no nos encontraríamos ante un contrato de compraventa, sino ante otro tipo de contrato.

(24) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II. Lima: Palestra.; p. 288.

(25) *Idem.*; p. 288.

## Nuevas tendencias del Derecho civil en el ámbito minero

Finalmente continúa el citado autor expresando que: “(e)n el caso de la prestación, la reciprocidad se manifiesta mediante no sólo la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino en la vinculación existente entre ellas, de tal manera que tiene así la calidad de prestación y de contraprestación”<sup>(26)</sup>.

Cabe mencionar que la reciprocidad no está dada en función de la equivalencia en el valor de las prestaciones, sino en la condición de causa que tiene una respecto de la otra, no siendo necesario que los valores de los objetos de las prestaciones sean equivalentes, pudiendo ser incluso de valores completamente diferentes. Lo que sí se requiere, al igual que en cualquier relación contractual, es el equilibrio contractual y de intereses en el que las partes deben encontrarse, no siendo necesario que los últimos tengan un contenido patrimonial.

Existe una serie de remedios contractuales para cautelar el interés de las partes en este tipo de obligaciones. Entre ellos tenemos la excepción de incumplimiento<sup>(27)</sup>, la cual tiene como escenario aquellas obligaciones que deben ejecutarse simultáneamente, teniendo como objeto el proteger los intereses de aquella parte que está dispuesta a cumplir cuando existe riesgo razonable que su contraparte no cumpla con la prestación a su cargo. Otro de dichos remedios es la excepción de caducidad de término<sup>(28)</sup> que tiene como escenario aquellas obligaciones recíprocas que deben cumplirse una después de la otra teniendo

por objeto proteger a la parte que debe cumplir primero cuando existe un riesgo razonable que la parte que debe cumplir en segundo lugar no lo haga. Finalmente, tenemos los mecanismos de resolución por autoridad del acreedor<sup>(29)</sup> y la resolución por condición resolutoria expresa<sup>(30)</sup>.

En el ámbito del Derecho minero, es común la celebración de acuerdos en virtud de los cuales una compañía minera se comprometa a realizar aportes para la ejecución de obras en beneficio de la comunidad. Generalmente se trata de proyectos para la mejora de la educación, salud, infraestructura de la comunidad. Por el lado de la comunidad, en estos convenios se plasma la voluntad de otorgar la licencia social al proyecto, evidenciando de este modo su aceptación al mismo, obligación implícitamente a no realizar actos que obstaculicen el proyecto, lo que constituye una obligación de no hacer. ¿Este convenio puede ser considerado como un contrato con prestaciones recíprocas en el cual la compañía minera se obliga a determinado aporte para que a su vez la comunidad otorgue la licencia social? De ser afirmativa la respuesta, en caso de incumplimiento,

(26) *Ídem.*; p. 288 y 289.

(27) Artículo 1426 del Código Civil.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento

(28) Artículo 1427 del Código Civil.- Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

(29) Artículo 1428 del Código Civil.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Artículo 1429 del Código Civil.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

(30) Artículo 1430 del Código Civil.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

¿podrían emplearse los remedios contractuales para este tipo de contratos? Consideramos que la respuesta a estas preguntas es negativa.

Si bien es cierto este tipo de convenios son un contrato en el que para su formación hay manifestaciones de voluntad concurrentes y genera ciertas obligaciones con contenido patrimonial, su finalidad en conjunto no es cubrir una expectativa patrimonial, aun cuando el interés mediato de la compañía sea que dicho convenio le permita realizar una actividad que le genere réditos económicos. Jurídica y técnicamente sí sería posible sostener que estamos frente a un contrato con prestaciones recíprocas y que ante su incumplimiento sería posible emplearse los remedios contractuales. Sin embargo, considerando nuevamente el alto contenido social involucrado, no es posible sostener ello.

Consideramos que jurídicamente no existe una relación de reciprocidad entre la obligación de una compañía minera de efectuar un aporte y la de la comunidad campesina consistente en otorgar la licencia social. Ello debido a que en este tipo de contratos el obtener una aceptación por parte de la comunidad, marca el inicio de una relación que está regulada más allá de los criterios patrimoniales. En la misma línea, consideramos que si una comunidad revoca su licencia social a una compañía minera, ésta no podría emplear una excepción de incumplimiento, o iniciar la ejecución forzada. Tal vez ello procedería desde un punto de vista legal, pero no desde uno social. Si una compañía emplea dichas medidas, a la larga no obtendrá mayores resultados, siendo que por el contrario, tendrá un rechazo radical por parte de la comunidad directamente en cuestión y las demás comunidades del entorno.

Para este tipo de situaciones consideramos más conveniente emplear mecanismos sociales de solución, que terminen plasmados en conductos legales. Es decir, los aspectos legales en estos casos deben estar al servicio de los sociales.

### **3.4. Derecho de propiedad, transferencia de propiedad y publicidad registral**

No es pacífica la discusión doctrinaria sobre quién es el

propietario de un bien inmueble y cuál es el mecanismo, de acuerdo a nuestro ordenamiento, para transferir su propiedad. Llegar a la conclusión de un mecanismo adecuado requiere de una interpretación sistemática de las diversas normas relacionadas con este tema y adicionalmente de una interpretación teleológica y funcional, pues es necesario tomar en cuenta el objetivo que perseguimos al dar respuesta a dichas interrogantes.

Empecemos con los últimos criterios de interpretación mencionados. El objetivo y función del sistema de propiedad de los bienes inmuebles es poder determinar con la mayor precisión posible quién es el propietario de un inmueble y cuál es la mejor manera de excluir a los terceros del goce de dicho derecho de propiedad sobre tal inmueble. Efectivamente, el sistema tiene por objetivo que el derecho de propiedad permita a su titular el goce sobre dicho derecho, pero al mismo tiempo ser un sistema de publicidad de dicho derecho que permita excluir a los terceros de su ejercicio.

Con dicha premisa interpretativa, consideramos que la manera óptima de determinar quién es el propietario de un bien inmueble es la inscripción de tal derecho en el Registro Público. Sería entonces el propietario que tenga su derecho inscrito en los Registros Públicos el propietario del inmueble inscrito a su favor. Somos de la opinión que el registro se constituye como una herramienta efectiva de publicidad que simplifica los costos de transacción ya que para determinar quién es el propietario de un bien inmueble únicamente será necesario verificar ello en su partida registral<sup>(31)</sup>. En la misma línea, el mecanismo que consideramos más adecuado para transferir la propiedad un bien inmueble

(31) Por supuesto, este sistema no es perfecto (por ejemplo, parte de la premisa que todos los bienes inmuebles estén inscritos, o que los registradores no cometan errores en el momento de inscribir las transferencias o inmatriculaciones de inmuebles, o que todas las personas tienen fácilmente acceso al registro, lo cual no ocurre en la realidad). Sin embargo, es un sistema que ofrece los menores inconvenientes, y que puede ser mejorado.

## Nuevas tendencias del Derecho civil en el ámbito minero

debería ser la inscripción de dicha transferencia en el registro de propiedad inmueble.

Empleando una interpretación sistemática, tenemos que el artículo 949 del Código Civil establece que la sola obligación de enajenar un bien inmueble transfiere su propiedad. Dicho mecanismo parte de la premisa que el registro no tendría una función de publicidad, y que adicionalmente el contrato tiene efectos reales, pues es la obligación que crea dicho contrato la que tiene dichos efectos traslativos. Ello no debería ser así como sostendremos más adelante.

Por su parte, el artículo 2014 del Código Civil establece lo siguiente:

“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

Según el citado artículo quien tiene su derecho inscrito puede transferirlo a un tercero, teniendo la legitimación para ello, es decir, siendo propietario de tal derecho. Tan es así que el tercero que adquiera de dicho propietario inscrito, tendrá protegida su adquisición, aun cuando después se anule o rescinda el derecho del transferente. En otras palabras, el artículo parte de la premisa de que el propietario es aquel que tiene el derecho inscrito. Se emplea al registro como mecanismo de publicidad registral, protegiendo al tercero que haya adquirido de dicho propietario inscrito<sup>(32)</sup>.

En línea con lo antes mencionado, afirma Pizarro lo siguiente:

- (32) Si, por ejemplo, X tuviera la propiedad inscrita respecto de un inmueble y transfiriera la propiedad a Y; y a su vez, A tuviera una Escritura Pública en la que conste su propiedad respecto del mismo inmueble, y éste transfiriese la propiedad a B, de acuerdo al artículo antes citado, sería A el nuevo propietario del inmueble, pues adquirió derecho de una persona que apareció con facultades para otorgarlo. Es decir, se emplea el Registro como mecanismo para determinar la propiedad de un inmueble y de publicidad registral.
- (33) PIZARRO ARANGUREN, Luis. *Reflexiones sobre el Libro de Registros Públicos del Código Civil*. En: *Thémis*, 2da. época. No. 30.; p. 223.
- (34) Artículo 1402 del Código Civil: El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.
- (35) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El contrato y los efectos reales*. En: *Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano*. 1era. Edición. Lima: ARA Editores, 2003.; p. 272.

“(…) tenemos que dirigir nuestra atención, nada menos, que a la función central del Derecho en una sociedad como la nuestra, basada económicamente en el intercambio de bienes y servicios: otorgar seguridad al tráfico. En este contexto, la seguridad en el mercado se logra a través de mecanismos, entre los cuales el registro es el más perfecto, que permitan a los contratantes contar con una información objetiva, imparcial y absoluta que permita tomar decisiones al menor costo posible (“costos de transacción”). Por lo tanto, en base a la necesidad primaria de satisfacer la seguridad del tráfico, se sacrifica una necesidad, que se considera secundaria: la seguridad de los derechos que no cuentan con mecanismos de publicidad que les permitan oponerse a los demás. La consecuencia de lo expuesto (...) es que “la seguridad del tráfico, es decir, la satisfacción del adquirente, solo puede conseguirse a costa de la seguridad del propietario”, por lo tanto, “seguridad jurídica y seguridad del tráfico son, hasta un cierto grado, conceptos contrapuestos”<sup>(33)</sup>.

En relación con los efectos reales del contrato, el artículo 1402<sup>(34)</sup> establece claramente que el contrato no tiene efectos reales sino solamente obligacionales. Es por ello que para el caso de la transferencia de propiedad de bienes muebles, es claro que el Código Civil adopta el sistema del título y el modo tal como menciona Escobar<sup>(35)</sup>. Consideramos que actualmente el Código Civil establece una excepción a



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

la regla que establece que los contratos tienen solo efectos obligacionales para el caso de la transferencia de propiedad de bienes inmuebles otorgando al contrato efectos reales solamente para este caso.

Sin embargo, consideramos que ello no debería ser así, debiendo ser coherente el sistema de propiedad conjuntamente con el objeto del contrato que es crear, modificar o extinguir obligaciones. Por lo tanto, debería adoptarse el sistema del título y el modo para la transferencia de bienes inmuebles, debiendo ser el modo el registro, ya que como antes hemos mencionado, constituye el mecanismo más adecuado de publicidad y oponibilidad.

En el ámbito del Derecho minero, como hemos mencionado, el titular de una concesión minera obtiene el derecho a explotación del recurso mineral que se encuentre dentro de los límites de la misma, pero no adquiere el derecho de acceso a los terrenos superficiales donde se encuentre ubicada dicha concesión, teniendo que adquirir tal derecho de su propietario o poseedor<sup>(36)</sup>.

Tales derechos de acceso a terrenos superficiales pueden ser adquiridos: (i) del Estado; (ii) de los particulares a título individual o colectivo no organizado bajo una forma distinta a una comunidad campesina; o, (iii) de comunidades campesinas reconocidas como tales. La distinción se realiza dado que, si bien las normas civiles de transferencia de propiedad son

las mismas, la ley impone un procedimiento y requisitos distintos en cada caso.

Nos concentraremos en el tercer caso expuesto. La adquisición de derechos de acceso a terrenos superficiales de comunidades campesinas presenta dificultades básicamente por el componente social que involucra el negociar con una comunidad campesina. Lograr acuerdos de acceso a terrenos superficiales implica procesos de larga duración, siendo elevados los costos de transacción<sup>(37)</sup>.

Nos preguntamos si para el caso de las comunidades campesinas el mecanismo de transferencia de propiedad de bienes inmuebles y el sistema de publicidad registral podrían funcionar tal cual han sido diseñados. Consideramos que la respuesta es negativa.

En primer lugar se debe tomar en cuenta el vínculo especial que las comunidades tienen con la tierra sobre la que habitan, no siendo un vínculo del todo patrimonial como en el caso de las sociedades occidentales. Por el contrario, las comunidades campesinas tienen vínculos tradicionales, culturales y sociales con sus tierras lo que hace que el

(36) El derecho de acceso puede ser obtenido mediante la adquisición de la propiedad, posesión, derecho de superficie, servidumbre, o cualquier otro derecho real de acuerdo a las necesidades de las partes.

(37) Los costos en los que se debe incurrir de acuerdo a las etapas del contrato son:

**Etapas precontractual**

- Identificar y contactar a las comunidades y verificar que estén reconocidas como tales.
- Determinar si son propietarios de los terrenos (si figuran como tales en los Registros Públicos).
- Contacto con las comunidades.
- Incluye, entre otros, el deber de información. Debe realizarse con talleres, exposiciones, conversatorios, en las que se procure la participación de la mayoría de integrantes posibles, para lograr la mayor legitimidad. Ello incluye negociar beneficios adicionales para la comunidad y demás aspectos tendientes a lograr el consentimiento.
- Revisar los estatutos, en cuanto a la disposición de las tierras.
- **Celebración del contrato**
- Otorgar las facilidades para la celebración de la Asamblea General con quórum calificado, en la que se decida la transferencia.
- Redactar y ejecutar el contrato.
- Asegurar que el acta contenga todos los requisitos de validez.
- Verificar los poderes del o los representantes autorizados para celebrar el contrato.
- Inscribir el contrato (puede incluir regalías).

## Nuevas tendencias del Derecho civil en el ámbito minero

sistema de propiedad sea distinto. La propiedad de las tierras en principio no fue individual sino comunal, asignándose derechos de posesión a unidades familiares, el que fue transfiriéndose a su vez de generación en generación. Ello ha traído como consecuencia en primer lugar que el mecanismo de transferencia de propiedad no sea un contrato con efectos reales, o un mecanismo que adopte una teoría del título y el modo. Tampoco es utilizado el Registro Público como mecanismo de publicidad (tanto por deficiencias en la administración como por falta de costumbre de los comuneros), siendo la posesión el mecanismo empleado<sup>(38)</sup>.

En este escenario, es bastante común que se presente una situación en la cual el terreno X sea poseído por el individuo A, que se encuentre inscrito en propiedad a nombre del individuo B, y el que individuo C alegue tener derecho de propiedad y/o posesión en razón de haber adquirido dicho derecho por tradición ancestral. En este caso, ¿con cuál de estos individuos debería una compañía minera celebrar el contrato para adquirir los derechos de acceso al terreno superficial? La respuesta, según nuestros comentarios anteriores, sería celebrar el contrato con el individuo B. Sin embargo, ello no ocurre en la práctica. Lo usual es que en estos casos una compañía minera celebre con todos estos individuos un contrato de adquisición de derechos de acceso.

La razón de ello no es jurídica, sino social. En caso que se celebre el contrato con el individuo B, llegado el momento de tener acceso al predio se tendrá que desalojar al individuo A, y en algún momento se tendrá que lidiar con el individuo C, lo cual socialmente hablando sería inviable y a la larga obstaculizaría el desarrollo de un proyecto minero. Esta práctica es bastante común en la industria minera, y se asume como el estándar en cuanto a adquisición de derechos de acceso a terrenos superficiales. Esta realidad nos llama nuevamente a la reflexión sobre cómo el Derecho civil podría

adecuarse a fin de reconocer estas situaciones de hecho.

Sin embargo, debemos precisar que esta opción es tomada por las compañías mineras porque prefieren asumir mayores costos con el fin de reducir la probabilidad de tener inconvenientes (litigios o conflictos sociales) con el proyecto en el futuro, para así salvaguardar la inversión realizada, en vez de recurrir al sistema judicial para desalojar al individuo A y vencer el derecho alegado por C. Es decir, toman dicha decisión luego de ponderar las limitaciones (incertidumbres y lentitud) del sistema judicial para hacer efectivo un derecho y los beneficios de la triple contratación aun siendo más onerosa en un principio<sup>(39)</sup>. Esta es, sin duda, una opción económica, ya que las compañías valoran la certeza, así sea más costosa.

Cabe, no obstante, preguntarse si esta costumbre de las compañías mineras en el marco de sus operaciones y en ejercicio de su autonomía (celebrar un contrato por el mismo bien con más de una persona) podría ser *impuesta* por una norma. De ser este el caso, tendría que definirse la consecuencia jurídica acarreada por el incumplimiento de dicha norma y ello sin mencionar la enorme dificultad de determinar en qué situaciones tendría que procederse de acuerdo a esta norma. Asimismo, existiría el peligro de generar incentivos para que cualquiera pueda alegar un derecho sobre un terreno con el fin de que la compañía minera tenga que contratar con

(38) Con el tiempo estas comunidades se han ido *occidentalizando* y han ido cambiando sus esquemas de propiedad, siendo que poco a poco la propiedad comunal se ha ido individualizando, y en varios casos, se ha incorporado el registro, ello porque las compañías mineras buscan tener derechos de acceso inscritos en un Registro Público. Lo que ha traído como consecuencia que en algunos casos sobre una misma propiedad exista una persona titular del derecho de propiedad y otra del derecho de posesión.

(39) Cabe resaltar que una decisión de este tipo, incentivada por las deficiencias e inseguridades del sistema legal, no es del todo inusual. Piénsese en que, en nuestro sistema, el solo consenso transfiere la propiedad de un bien inmueble. No obstante, aun siendo más oneroso, las personas suelen formalizar e inscribir los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles obtenidos.



## Hernán Torres Álvarez y Sergio Cueva Chauca

él. La pregunta fundamental versa entonces sobre qué puede hacer el Derecho con estas realidades.

### 4. Conclusiones

El desarrollo de las relaciones sociales obliga al Derecho a evolucionar y cambiar sus estructuras para adaptarse y ser una herramienta eficiente de prevención y solución de conflictos. Existen escenarios particulares en los que es necesario contar con criterios especiales para dar soluciones a problemas particulares. Uno de dichos escenarios se presenta en la industria minera, particularmente en la contratación entre compañías mineras y comunidades campesinas para adquirir derechos de acceso a terrenos superficiales.

Estas compañías y comunidades tienen características especiales, diferentes y hasta cierto punto opuestas. Por esta razón, las relaciones particulares que entablen estas partes son fácilmente susceptibles de generar conflictos sociales. Por ello es necesario que el Derecho contemple criterios especiales para este tipo particular de relaciones, siendo que las nuevas tendencias del Derecho civil deben abordar esta problemática, ya que las

instituciones “tradicionales” del Derecho civil, suelen, en los marcos descritos, presentar algunas deficiencias prácticas en su aplicación.

Las relaciones entre compañías mineras y comunidades campesinas no solo tienen un componente jurídico, sino también uno social. Ello trae como consecuencia que las soluciones a eventuales conflictos entre dichas partes no sean solamente jurídicas, sino también sociales.

Si bien aceptamos que sería una muy complicada labor el desarrollar normas civiles alternas o jurisprudencia alterna basada en estas consideraciones que muchas veces son meta legales, en minería es menester conocerlas y familiarizarse con ellas. Esta es la labor que desarrollan las compañías mineras en sus relaciones comunitarias. No se puede perder de vista que lo hacen porque funciona desde el punto de vista social: evita futuras contingencias que el sistema de justicia y el ejecutivo no están en capacidad de atender y resolver de manera apropiada.

Es claro entonces que el Derecho tiene algo más por hacer en estos casos particulares. Será un desafío para los operadores del Derecho y magistrados el aplicar adecuadamente los instrumentos legales para solucionar los conflictos entre las partes antes indicadas, y al mismo tiempo respetar y garantizar los derechos y las necesidades sociales que deben cubrirse para viabilizar proyectos mineros que beneficien al país en su conjunto. 