

SISTEMAS DE DOMINIO ORIGINARIO DE LOS YACIMIENTOS

DOMAIN SYSTEMS ORIGINATING IN THE FIELDS

*Millitza Franciskovic Ingunza*¹

mfranciskovici@usmp.pe

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, Perú.

Recibido: 10 de agosto de 2015

Aceptado: 15 de setiembre de 2015

SUMARIO

¿A quién pertenecen originariamente los yacimientos o recursos minerales?

Sistema de dominio originario

Sistemas dominialista y socialista

Nacionalización

Legislación peruana

El Estado empresario minero

Bibliografía

RESUMEN

Es variopinto el número de obras que abordan este tema y generalmente se producen confusiones por la cantidad de sistemas y el uso arbitrario de los nombres con que son identificados, lo que ha originado que se describan bajo la misma denominación sistemas distintos o el mismo sistema con etiquetas diversas. Por esta razón, en el presente trabajo reduciremos el tema del dominio originario de los yacimientos a la siguiente interrogante: ¿a quién pertenecen originariamente los yacimientos minerales? Sin que pretendamos esclarecer el panorama explicando cada uno de los sistemas porque ello nos conduciría a una investigación de carácter histórico que no es nuestro objetivo.

PALABRAS CLAVE

Yacimiento; sistemas de dominio; recursos minerales; accesión; ocupación; superficie; Estado empresarial.

ABSTRACT

It varied the number of works dealing with this topic and generally confusion is caused by the number of systems and the arbitrary use of the names that are identified, which has caused describing under the same name different systems or the same system various labels. Therefore in this paper we reduce the theme of the original domain to the next question: Who originally owned mineral deposits? Without pretend clarify the picture explaining each of the systems because it would lead to an investigation of historical character that is not our goal.

KEYWORDS

Site; Domain systems; mineral resources; accession; occupation; surface; entrepreneurial state.

Es imprescindible iniciar el desarrollo de este artículo definiendo las figuras jurídicas de dominio originario y dominio derivado. Catalano (1960) define el dominio originario como aquel que pertenece desde su origen a una persona (Estado o particulares) y no reconoce la existencia de titular anterior, a diferencia del dominio derivado que reconoce la preexistencia de otro titular.

Para comprender el contenido y el objeto de estudio de los sistemas de dominio originario de los yacimientos desarrollado ampliamente por la doctrina, plantearemos la siguiente interrogante en forma de título, a saber:

1. Doctora en Derecho por la Universidad Alas Peruanas y Magister en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Ha seguido estudios de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina y en Derecho Ambiental en la Universidad Castilla - La Mancha, Toledo, España. Ha obtenido el título de abogada por la Universidad de San Martín de Porres y es presidenta de la Comisión Consultiva de Derecho Ambiental del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

¿A QUIÉN PERTENECEN ORIGINARIAMENTE LOS YACIMIENTOS O RECURSOS MINERALES?

Con respeto al dominio originario, se han planteado en la doctrina tres soluciones:

- A) Atribuye el dominio originario al propietario del terreno superficial.
- B) Declara que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie ni al Estado.
- C) Atribuye el dominio originario a la colectividad representada por el Estado.

Cada una de estas soluciones se expresa en distintos sistemas.

La lectura de las obras que tratan este tema confunde debido a la cantidad de sistemas y al uso arbitrario de los nombres con que son identificados, lo que ocasiona que se describan bajo la misma denominación sistemas distintos o el mismo sistema con etiquetas diversas. Además, los sistemas exhiben reglas similares y los legisladores acostumbran a tomar reglas de varios sistemas en razón del interés nacional. Por ello, reduciremos el tema del dominio originario a la siguiente interrogante: ¿a quién pertenecen originariamente los yacimientos minerales? Sin que pretendamos esclarecer el panorama explicando cada uno de los sistemas porque ello nos conduciría a una investigación de carácter histórico que no es nuestro objetivo.

SISTEMAS DE DOMINIO ORIGINARIO

Sistema de accesión o fundiario (*fundus- heredad*)

Conforme a este sistema el propietario de un terreno superficial en virtud de su título de propiedad y en aplicación del principio de accesión, se convierte automáticamente en propietario del yacimiento o yacimientos dentro de los límites de su propiedad. Los elementos superficie y yacimiento constituyen una unidad, partes de un todo, sujetos al mismo régimen legal y el yacimiento resulta un elemento accesorio que sigue la suerte del bien principal, la superficie.

Para sus defensores el sistema de accesión deriva del derecho natural y, como anota

Catalano (1960) «Por derecho natural los yacimientos que existen en un terreno forman parte de este y pertenecen al propietario, como la hierba y los cultivos» (p 37). Este sistema fue acogido por el primitivo derecho romano, que ejerció notable influencia en la Edad Media, posteriormente fue defendido por los fisiócratas como Quesnay y Mercier de la Riviere; también por Smith, Say, Lefebvre de la Planche, Desnoyer, Jovellanos, Sánchez Román, Hugo Bunge Guerrico y otros.

El sistema de accesión no satisface las necesidades de la industria minera. En realidad sus partidarios no explican las razones por las cuales el propietario de la superficie tiene que convertirse en propietario del yacimiento y por qué hay que aplicar el principio de accesión. La realidad que vivimos, la naturaleza de las cosas, nos muestra que suelo y yacimiento son cosas distintas.

No existe argumento de carácter científico que permita concluir que el yacimiento es un elemento accesorio de la superficie como tampoco lo hay para afirmar que la superficie es accesorio del yacimiento. La razón es simple, son bienes distintos sujetos a regímenes legales propios que originan actividades económicas diversas cuyo ejercicio significará el sacrificio de uno de ellos en beneficio del otro.

Si aplicamos el criterio económico, resultaría que en la mayor parte de los casos el yacimiento tiene un mayor valor económico.

En relación con el pretendido fundamento del sistema, no descubrimos en el derecho natural la norma que consagre el derecho del propietario de la superficie al yacimiento.

El propio derecho natural podría servir para defender la tesis opuesta, basta con afirmar que por derecho natural le corresponde a la colectividad el dominio originario. El sistema de accesión es solo una de las manifestaciones de la propiedad como derecho absoluto, concretada en el aforismo: *Qui dominus soli, dominus est coeli et inferorum*.

En conclusión, el sistema de accesión no ofrece una solución apropiada para el debido aprovechamiento de los minerales desde que une elementos disímiles: yacimiento y superficie, y perjudica el desenvolvimiento de la industria minera que requiere gran libertad de acción.

En el sistema de accesión corresponde a los particulares aprovechar los yacimientos, aquellos que se encuentren en su propiedad o aquellos que sean de propiedad ajena previo acuerdo con el propietario o aquellos que se encuentran en tierras públicas, previa concesión. Si bien no hay impedimento legal para que el Estado actúe como empresario minero, por lo general no ejerce actividades mineras pues la concepción teórica del sistema es opuesta a la intervención estatal. Este sistema se aplica, con diferentes modalidades y excepciones en Sudáfrica, EE. UU., Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Sri Lanka y Canadá.

Otras legislaciones aplican la accesión a ciertos minerales, ejemplo, los materiales de construcción que yacen en la superficie a fin de evitar conflictos entre mineros y agricultores, solución que favorece al superficiario, cuyo interés predomina. La Ley le asigna la propiedad de los materiales de construcción, pero el Estado intervendrá en caso el superficiario no explote la superficie ni el yacimiento.

De acuerdo con las reglas del sistema de accesión, como hemos dicho, no hay impedimento legal para que el Estado, a título de empresario, explote yacimientos especialmente en las tierras públicas, pero comúnmente no lo hace porque la concepción política que inspira el sistema rechaza al Estado empresario.

Sistemas de ocupación, *res nullius*,
regalista y libertad de minas

Los autores emplean distintos nombres para referirse a esta respuesta y nos ofrecen, entre otros, los sistemas de ocupación, *res nullius*, regalista y libertad de minas. Las características comunes a estos sistemas son las siguientes:

- Separan como elementos diferentes con regímenes legales propios el yacimiento de la superficie.
- Declaran que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie ni al Estado.

Estos sistemas varían en cuanto a la forma de adquirir el derecho sobre los yacimientos; puede ser el primer ocupante, el descubridor, el primer solicitante o aquel que ofrezca mejores condiciones para su explotación.

Cano. J Guillermo (1962) Código de Minería de la República Argentina, anota que el sistema de «ocupación» se apoya en dos principios fundamentales: la separación de suelo y yacimiento como elementos distintos que pueden pertenecer a dos personas diferentes y, que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, ni al Estado. Turgot (1844) Memorias sobre Minas y Canteras, propuso este sistema : las reglas eran 1. Todo individuo tiene derecho a excavar la tierra en su propio campo. 2. Nadie tiene derecho a excavar en campo ajeno sin el consentimiento del dueño.

- Es lícito a toda persona abrir galerías bajo el terreno de otro siempre que tome las precauciones necesarias para evitar daños a la propiedad.
- El que en uso de esta libertad hubiese minado debajo de sus tierras o de las ajenas se ha hecho propietario a «título de primer ocupante» de las obras que ha realizado bajo tierra y de las sustancias que ha extraído, pero sin adquirir nada más.

Los enciclopedistas (siglo XVIII) acogieron la propuesta de Turgot, pero consideraron como fundamento el trabajo, fuente de la riqueza y verdadero origen del derecho de propiedad. El sistema de ocupación, tal como lo concibió Turgot, no alcanzó fueros de ciudadanía en la legislación.

Solf y Muro (1927) Programa de Derecho Industrial, hace años explicaba que la aplicación real del sistema es la ocupación, pero resulta inaceptable dentro de la organización de un Estado por los complejos problemas que origina, de ahí que adopte las modalidades del descubrimiento, o del primer petionario, que exige la intervención de la autoridad. El descubrimiento es un acto privado de difícil comprobación. La adjudicación al primer petionario es conveniente y constituye el caso normal, parte de la presunción que este petionario es el descubridor del yacimiento. Ambas modalidades concuerdan en que para tener derecho al yacimiento se requiere la concesión gubernativa.

Ahora bien, cabe resaltar que el error básico del sistema consiste en juzgar que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie. Como consecuencia inmediata de esta afirmación, el Estado, en el mejor de los casos, está colocado

al mismo nivel que los particulares, no goza de derecho especial alguno sobre los minerales y quedan trabadas sus posibilidades de explotarlos directamente. Dada la importancia de la industria minera, resulta imprescindible que el Estado despliegue una amplia actividad en este campo, lo que conduce a la explotación directa, a las concesiones o a los contratos concertados con los particulares. Por su parte Cano (1962) afirma que: «Ni los intereses generales ni la riqueza pública pueden considerarse cosas sin dueño. Riqueza pública e intereses generales quieren decir riqueza e intereses de la Nación» (p.55).

El sistema «res nullius» exhibe los dos principios fundamentales del sistema de «ocupación»: separación legal del suelo y yacimiento y el supuesto que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie. Sistema propugnado por Dalloz, Naudier, Biot, Pagano, Chevalier, Di Stefano, Callegari y otros. Ysay (1930) *Le Droit Minier Des Principaux Etats Civilises*, denomina a este sistema «de la concesión».

La diferencia del sistema «res nullius» con el de «ocupación» estriba en que el Estado se conduce como tutor de la riqueza pública y otorga derechos sobre los yacimientos a las personas que reúnen las mejores condiciones para llevar a cabo una explotación conveniente, fijando plazos y condiciones.

El sistema «res nullius» presenta los mismos defectos ya anotados para el de ocupación, criticándose la forma de otorgar la concesión que puede originar abusos y corruptelas ya que los mineros dependerían de la honradez y buen criterio de los funcionarios y asimismo se despoja al descubridor de su legítimo derecho, aunque se le otorgue una compensación. Los defensores del sistema replican que la licitación garantizaría el acierto de la decisión que otorga el yacimiento.

Para Catalano (1960) en el sistema «regalista los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, pero el Estado tiene sobre todas las cosas ubicadas en el territorio una especie de dominio eminente o radical que debe distinguirse cuidadosamente de su dominio patrimonial» (p 64). En virtud de ese dominio eminente el Estado se reserva el derecho de regular el destino de la riqueza minera, la que si bien no le pertenece jurídica y patrimonialmente, cae bajo su control en virtud

de la soberanía. En síntesis, el Estado ejerce sobre los yacimientos un privilegio que por su remoto origen real es llamado “regalismo” y en virtud del cual, como representante del interés público, distribuye o concede los yacimientos, vigila la concesión y puede imponer tributos, cargas y participaciones (en el mismo sentido se pronuncian Molina, Pérez Llana, Jean Personnaz y Jean Russo).

Ruiz Burgeois (1949) define el sistema de «libertad de minas» como aquel en que el Estado ejerce el dominio originario de los yacimientos con el fin de justificar la facultad de otorgarlos a los particulares que cumplen con los requisitos que fija la ley en interés de la colectividad. El Estado tiene una propiedad eminente o virtual que solo lo autoriza para conceder los más amplios derechos a aquellos que han cumplido requisitos legales especiales. Aclara Uribe Herrera, Armando (1962) *Manual de Derecho de Minería*, que el yacimiento antes de ser descubierto no pertenece a nadie.

Estas soluciones en realidad carecen de importancia práctica. En la actualidad no existe legislación alguna que declare que los yacimientos son cosas de nadie. Habrá legislaciones que no se pronuncien sobre este problema, pero en ellas el Estado actúa como propietario originario.

No obstante, es preciso puntualizar que en ciertas legislaciones, la ocupación (apropiación) es un modo de adquirir minerales, así por ejemplo encontramos en nuestra legislación el artículo 929° del Código Civil que declara: «Las cosas que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas se adquieren por la persona que las aprehenda, salvo las previsiones de las leyes y reglamentos».

Este dispositivo permite, pues, adquirir por apropiación ciertos minerales, aun cuando formula una declaración opuesta a la Constitución. En efecto, el artículo 66° de la Constitución, de modo explícito, atribuye el dominio originario de todos los minerales, sin excepción alguna al Estado, es decir, no procede declarar que hay minerales que son cosas de nadie.

El hecho de que todos los minerales pertenezcan al Estado no impide autorizar la apropiación

de algunos de ellos en la situación descrita en el artículo 929°. Pero hay que entender que la apropiación funciona en pequeñas cantidades, no se trata por tanto de explotaciones formales que exigirán solicitar y obtener una concesión o derecho minero.

SISTEMAS DOMINIALISTA Y SOCIALISTA

Sistema dominialista

También llamado regalista o regalista dominialista. Atribuye el dominio originario de los yacimientos al Estado. Este sistema distingue o separa con regímenes legales propios la superficie del yacimiento.

La denominación *regalista* deriva de *regalía* (*regalis-regio*) derecho propio del soberano: preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que, en virtud de suprema autoridad o potestad ejerce un soberano. Couchepin Lois (1922) *Le droit Minier en Suisse Dans Ses rapports Avec Le Code Civil*, afirma que los derechos regalistas serían el resultado de un error, de un contrasentido histórico, el hábito de imponer impuestos a los yacimientos, que no eran otros que impuestos especiales de carácter administrativo derivados del derecho romano, que dejan poco a poco implantada la idea de un impuesto al propietario y derechos privados del soberano sobre los yacimientos.

Ruiz Burgeois (1949), a diferencia de Catalano (1960), afirma que en el sistema «regalista» el Estado es dueño absoluto de todos los yacimientos y podrá enajenarlos, arrendarlos, trabajarlos o ejecutar cualquier acto de dominio sobre ellos. Coinciden en este pensamiento Couchepin, Antonio Lancis y Sánchez, Uribe, F. Sa Filho.

Nos planteamos al respecto una interrogante: ¿por qué se ofrecen dos versiones del sistema «regalista»? Quizá la respuesta sea: con ocasión de la Revolución francesa se desplaza el sujeto de la soberanía del rey a la nación, lo cual trae consigo un resurgimiento de los derechos al yacimiento del propietario del terreno superficial. Ante esta situación los teóricos y legisladores tratan de respetar estos derechos y cautelar el interés de la colectividad y se crean los sistemas de transacción: ocupación y *res nullius*.

Vivacqua Attilio (1942) *A Nova Política de Subsolo E O Regime Legal Das Minas*, explica que la reacción contra el pasado no permitía la consagración del dominio estatal sobre los yacimientos porque subsistía la intolerable reminiscencia de la monarquía. De ahí, que los juristas y economistas imaginaran los yacimientos como cosas sin dueño, cuyo goce y propiedad otorgaría a los particulares el poder público. Por esta vía se procuró atender la libertad económica, sin violación aparente o formal del derecho individual derivado de la accesión (derecho a una indemnización) y asimismo sin reconocer ostensiblemente el derecho dominial del Estado.

El sistema «regalista» no escapó a esta corriente, transformándose de un sistema que reclamaba el dominio originario para el soberano, en otro que declara los yacimientos cosas de nadie. Vivacqua (1942) opina que las necesidades de la construcción teórica llevaron a los preconizadores del sistema «regalista» a desnaturalizarlo y darle como fundamento la concepción del sistema «*res nullius*», pudiendo el Estado como entidad política soberana y representante de la colectividad y no como propietario conceder el yacimiento y fiscalizar su manejo. Sin embargo, como hemos visto, algunos autores no han aceptado la conversión indicada y sostienen que el sistema «regalista» atribuye el dominio originario de los yacimientos al Estado.

En síntesis el término *dominialista* reemplaza por tanto al término *regalista* en su primitiva acepción puesto que los yacimientos originariamente pertenecen al Estado, conforman parte de su patrimonio y quedan desvinculados como bienes diferentes: suelo y yacimiento. El Estado está capacitado para vender, arrendar, hipotecar, permutar, conceder o explotar los yacimientos él mismo.

Sistema socialista

En el sistema socialista el dominio originario de los yacimientos pertenece al Estado y se separa la superficie del recurso mineral, son bienes distintos con un régimen legal propio cada uno.

La diferencia entre los sistemas dominialista y socialista radica en que el sistema dominialista acepta la participación de la empresa privada en la industria minera, esto es, permite que

los particulares ejerzan todas las actividades mineras, al lado del Estado empresario; en tanto que el socialista rechaza esa posibilidad encargando exclusivamente al Estado ejercer las actividades mineras, salvo casos de excepción, generalmente de la gran minería en que el Estado comúnmente celebra contratos con empresas extranjeras.

NACIONALIZACIÓN

No confundamos al sistema socialista con la «nacionalización» que se define como el acto estatal, derivado de la competencia del legislador, que sustrae a la iniciativa o propiedad privada, bienes, empresas o una actividad, medios de producción o de cambio para asignarlos al Estado u organismos creados por él apoyado en razones de utilidad pública o de interés social.

La nacionalización se distingue de la socialización porque se concreta a un bien o a un conjunto de bienes determinados, de modo que puede darse en un Estado de organización capitalista.

En el sector minero mencionamos como ejemplos, la nacionalización de Marcona, de Cerro Pasco, de Cerro Verde, Brea y Pariñas etc., o el monopolio del Estado respecto a la comercialización de los minerales.

LEGISLACIÓN PERUANA

Sistema de dominio originario

¿Cuál de los sistemas de dominio originario de los yacimientos mineros adopta la legislación peruana?

La legislación peruana adopta el sistema dominialista. La Constitución en su artículo 66° declara que los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. El Texto Único Ordenado (art. II TPTUO) reitera la declaración constitucional: Todos los recursos minerales pertenecen al Estado cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.

Separación legal de superficie y yacimiento

La Ley peruana distingue entre superficie y yacimiento. En efecto, el artículo 954° del Código Civil dice: «La propiedad del predio se extiende al subsuelo y sobresuelo comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos ni otros bienes regidos por leyes especiales». El artículo 9° del TUO de la LG. se refiere a esta situación: «La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada».

Es necesario advertir que esta situación es aplicable únicamente a las concesiones mineras, no así a las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero por la sencilla razón de que el artículo 9° forma parte del Título II Capítulo I Concesiones Mineras, que trata de la exploración y explotación, en tanto que las otras concesiones se encuentran en los Capítulos II, III y IV del mismo título. Al respecto algunos autores manifiestan que cuando la LGM dice concesión minera se refiere al género, es decir, comprende las actividades mineras de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero, lo cual no es exacto. Queremos aclarar que «concesión minera» designa los derechos mineros de exploración y explotación, en tanto que «concesión» denota a los derechos mineros de beneficio, labor general y transporte minero.

En síntesis yacimiento y superficie son dos bienes distintos sujetos a dos regímenes legales diferentes, así la superficie regulada por la legislación común y el yacimiento normado por el TUO de la LGM.

De otro lado, el cisma superficie y yacimiento no siempre es físicamente perceptible, en particular cuando los recursos minerales (materiales de construcción o explotación a tajo abierto) se encuentran en la misma superficie. La diferencia debe ser entendida en un sentido ideal, una ficción del derecho, teniendo presente los fines a que se dedican. La superficie a la agricultura, vivienda, fábricas, etc., y el yacimiento a la explotación minera.

No hay límites precisos que marquen la división. En realidad, lo que llamamos «superficie» está compuesto de minerales y por ello puede utilizarse para propósitos mineros, o sea, que en unos casos es propiamente «superficie» y en otros «yacimiento».

Participación de la empresa privada en la industria minera

Los particulares están autorizados para ejercer todas las actividades mineras conforme lo establece el artículo 66° de la Constitución que enuncia que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares. El artículo 885°, inciso 8 del Código Civil consigna: son inmuebles las concesiones mineras obtenidas por particulares y el artículo II TP del TUO declara 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 EMPRESARIO MINERO

El Estado tiene derecho a ejercer, sin excepción, todas las actividades en la industria minera a través de la actividad empresarial de conformidad con los artículos 60° y 66° de la Constitución, art. II del TP y el artículo 24° del TUO de la LGM.

El año de 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado. Esta norma declaraba de interés nacional la promoción de la inversión privada de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado y en el artículo 10° establecía que con la finalidad de facilitar este proceso, las empresas del estado deberían fusionarse, dividirse y reorganizarse cuando así lo decida la COPRI. La Ley citada creó la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) como un organismo encargado del diseño del proceso de promoción de la inversión privada de las empresas del Estado y de la conducción del proceso de privatización, analizando, evaluando y aprobando las propuestas que le sometan los Comités Especiales (CEPRI), quienes a su vez se encargaban de administrar los procesos individuales de privatización de cada empresa.

Mediante Decreto Legislativo 1012 del 2008 se dicta la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta las normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

El Congreso de la República le delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre la promoción de la inversión privada, la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado siendo indispensable contar con un marco legal que regule la participación del sector privado en la operación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, con el fin de determinar los principios y procedimientos aplicables a dicha participación mediante la modalidad de asociación público-privada, con la finalidad de viabilizar su implementación, generar empleo productivo y mejorar la competitividad del país.

Mediante Ley 30167 del 2014 se modificaron artículos del Decreto Legislativo 1012 citado y se precisa que se establecerán las normas generales que regulan las asociaciones público-privadas siendo de aplicación para todas las entidades del sector público no financiero, en todos los niveles de gobierno.

Las asociaciones público-privadas (APP) son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos o prestar los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada o innovación tecnológica, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Reglamento de la citada Ley (Decreto Supremo 127-2014 EF de mayo 2014, Nuevo Reglamento del Decreto Legislativo 1012). Participan en una APP: el Estado a través de alguna de las entidades públicas y uno o más inversionistas privados.

En el caso del gobierno nacional, los organismos promotores de la inversión privada serán la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) para los proyectos que se le asignen en función a su relevancia nacional y los ministerios a través de los comités de inversión que conformen.

En ambos casos, los proyectos serán asignados o incorporados mediante resolución suprema. En el caso de las entidades públicas correspondientes a los niveles de gobierno regional y local, las facultades del organismo promotor de la inversión privada se ejercen en forma directa a través del órgano del gobierno regional o local designado para tales efectos. El órgano máximo de estos organismos promotores de la inversión privada es el respectivo Consejo Regional o Concejo Municipal.

Las entidades públicas identificarán los niveles de servicio que se busca alcanzar, a partir de un diagnóstico sobre la situación actual, que señale su importancia en las prioridades nacionales, sectoriales, regionales y locales, según corresponda, en el marco de las cuales desarrollan los proyectos de inversión. Una asociación público-privada podrá desarrollarse sobre la base de más de un proyecto de inversión pública, siempre que estos hayan sido declarados viables en el marco del SNIP. PROINVERSION y el Ministerio de Economía y Finanzas podrán brindar apoyo y asistencia a las entidades públicas para la identificación de proyectos a desarrollarse mediante una asociación público-privada (APP).

Es de responsabilidad de las entidades públicas realizar un análisis comparativo respecto de si la participación privada en la provisión de la infraestructura pública o del servicio público o la prestación de los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada o innovación tecnológica, resultan más beneficiosos para la sociedad respecto de si estos fuesen provistos por el Estado a través de una obra pública, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

Para determinar la incorporación de un proyecto al proceso de promoción de la inversión privada, la entidad pública proponente deberá remitir como mínimo un análisis de los aspectos relevantes del mismo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Reglamento del presente Decreto Legislativo. Una vez determinado que un proyecto de inversión debe ejecutarse bajo la modalidad de APP, el proyecto deberá ser clasificado según lo establecido en el artículo 4° del presente Decreto Legislativo. Esta clasificación será efectuada

por la entidad pública, de conformidad con lo establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo, para lo cual podrá requerir el apoyo del organismo promotor de la inversión privada.

Todas las entidades de la administración pública del Estado, en todos sus niveles de gobierno, bajo responsabilidad, quedan obligadas a no realizar actos o dictar disposiciones que constituyan barreras burocráticas para la obtención de los permisos, licencias, o autorizaciones que resulten necesarias para la ejecución del proyecto, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano contenidas en los contratos de asociación público-privada.

En los últimos quince años las asociaciones público-privadas han sido el principal soporte para el sector minero energético gracias a la inversión privada en empresas del Estado que han convertido al Perú en un país atractivo para las inversiones, tanto nacionales como extranjeras.

El sector minero entonces procedió a privatizar el aprovechamiento de los recursos minerales y como consecuencia de ello las entidades estatales vendieron sus concesiones mineras al mejor postor y se desprendió de la facultad de explotar por sí mismo, como empresario minero, los yacimientos minerales.

Belaúnde Moreyra (1998) Derecho Minero y Concesión Minera, anota que, sin embargo, el Estado mantiene la condición de accionista minoritario en algunas de las empresas privatizadas. Y que conserva por lo menos teóricamente una función fiscalizadora y reguladora de esas inversiones en aspectos fundamentales, tales como el cumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos de privatización y de las obligaciones generales señaladas en la ley minera.

Ubicación de los yacimientos en el dominio del Estado peruano

Expuestos los sistemas de dominio originario, así como el sistema que adopta el ordenamiento legal peruano, queda aún por desarrollar cuál es la ubicación de los yacimientos en el dominio estatal. Las características de la relación jurídica entre el Estado y sus bienes no son las mismas en todos los casos.

Tradicionalmente el dominio del Estado sobre sus bienes se ha dividido en dos categorías:

- Bienes de dominio público.
- Bienes de dominio privado o patrimonial.

No es posible formular una regla general que determine los bienes que pertenecen al dominio público y al privado del Estado porque las legislaciones, según su orientación, difieren en cuanto a la ubicación de los bienes. Por ejemplo, en relación con los yacimientos algunas legislaciones los ubican en el dominio público y otras en el dominio privado del Estado.

Villegas (1949) confirma lo expuesto: «El concepto de los bienes que integran el dominio público o el dominio privado, como concepto jurídico no puede ser determinado en abstracto. La condición jurídica de los bienes depende de la voluntad del legislador y es por esta razón que tal concepto no es susceptible de una definición absoluta. Puede pues observarse que la noción de la dominialidad pública como la de la dominialidad privada es una noción concreta y por consiguiente las soluciones deben referirse a un determinado ordenamiento jurídico» (p. 132).

En consecuencia, para determinar la ubicación de los yacimientos minerales en el Perú, la respuesta obviamente se circunscribe a la legislación peruana.

El artículo 822° del Código Civil derogado simplemente enumeraba los bienes del Estado. En la Exposición de Motivos los codificadores arguyeron que no adoptaron la clásica división porque de la frase «propiedad privada» debía descartarse la anfibología y carecía de finalidad práctica en relación con el Estado que es la institución pública por excelencia y por lo mismo extiende este carácter a todas sus relaciones de derecho. Razonamiento que evidenciaba el rechazo de una realidad que ellos mismos admitieron al redactar el artículo 823°, en razón de que declararon inalienables e imprescriptibles los bienes de uso público, es decir, que otros bienes del Estado son enajenables y prescriptibles.

El Código Civil vigente no se pronuncia acerca del tema porque se consideró que no pertenecía al área del derecho común sino al área del derecho administrativo, lo que es cierto.

Lo que encontramos es la Ley 29151, promulgada en diciembre de 2007 - Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, que en su artículo 3° señala que son bienes estatales aquellos bienes muebles e inmuebles de dominio público y privado del Estado que tienen como titular al Estado o a cualquier otra entidad que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales. En el artículo 5° crea el Sistema Nacional de Bienes Estatales como el conjunto de organismos, normas y garantías que regulan de manera integral y coherente los bienes estatales en sus niveles de gobierno nacional, regional y local a fin de lograr una administración ordenada, simplificada y eficiente teniendo a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales como ente rector. El reglamento de la Ley 29151- Decreto Supremo 007-2008 Vivienda establece:

- Bienes de dominio público. Aquellos bienes estatales destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal o cuya concesión compete al Estado.
- Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley.
- Bienes de dominio privado del Estado. Aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.
- Bienes de alcance nacional. Constituyen bienes de alcance nacional los siguientes:

- Los bienes muebles e inmuebles del Estado no registrados como activos de los gobiernos regionales ni de los gobiernos locales, que fueran transferidos por los consejos transitorios de administración regional en el marco del proceso de descentralización pendientes de saneamiento.
- La infraestructura pública a cargo de la administración de entidades conformantes del gobierno nacional, excepto de las empresas estatales.
- La infraestructura y equipos de la defensa y seguridad nacional, orden interno, Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
- Los bienes muebles e inmuebles reservados para la administración de una entidad, conforme a norma legal expresa.
- Los bienes muebles e inmuebles del gobierno nacional ubicados en el extranjero, en calidad de sedes diplomáticas, militares, policiales, incluyendo aquellos reconocidos como tales por las leyes y tratados internacionales.
- Los bienes destinados al fomento de la riqueza nacional. En esta categoría, se incluyen los yacimientos minerales si la legislación así lo ordena.

De otro lado, el dominio privado lo forman todos aquellos bienes que el Estado utiliza como un particular cualquiera por sus frutos o rentas y en relación con esta finalidad; o desde el punto de vista de García y Martínez (1968) por todos los bienes que no reúnen las condiciones necesarias para integrar el dominio público. La relación jurídica del Estado con sus bienes del dominio privado no presenta diferencias sustantivas con la de los particulares y sus bienes son enajenables y prescriptibles.

En relación con los yacimientos en la minería común, la Constitución de 1933 estableció que pertenecía al dominio privado del Estado porque en su artículo 33° decía que los yacimientos podían otorgarse en propiedad o en usufructo, de tal manera que el legislador minero tenía la atribución de decidir si entregaba los yacimientos en propiedad, lo cual significaba que eran bienes enajenables. Interpretación que coincidía con el sentido subyacente en el artículo 822°, inc. 4 del Código Civil derogado que calificaba a las minas como bienes del Estado antes de su concesión.

La Constitución vigente en su artículo 66° se limita a decir que la ley fijará las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a los particulares. Ahora bien el artículo citado se refiere a la concesión, que no transfiere la propiedad. Además hay que agregar lo dispuesto por el artículo II TP del Texto Único Ordenado que muy claramente dispone que todos los recursos minerales pertenecen al Estado cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. Habría que puntualizar que, en consecuencia, el titular de exploración o explotación solo adquiere el derecho a explorar y explotar pero no adquiere la propiedad del yacimiento, se convierte en propietario de los minerales una vez que los ha extraído.

En conclusión los yacimientos pertenecen al dominio público del Estado, porque son bienes destinados al fomento de la riqueza nacional e incluso la industria minera es de utilidad pública.

Debe observarse asimismo que el artículo 73° de la Constitución declara que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.

La situación planteada obliga a adoptar un criterio que, en principio, califique como bienes del dominio privado del Estado a aquellos que la regla no atribuye la condición de inalienables e imprescriptibles y bienes del dominio público los que declara inalienables e imprescriptibles.

García y Martínez (1968) explican que el dominio público surge del destino de la cosa a un fin de utilidad social, es inalienable e imprescriptible, pero susceptible de otorgarse sobre ella derechos a favor de terceros, siempre que sean compatibles con el cumplimiento del fin público, características que desaparecen si se desafecta el bien.

En doctrina el dominio público tiene tres categorías:

- Los bienes de uso público, ejemplo: avenidas, parques, playas, etc.
- Los servicios públicos, ejemplos: luz, agua, teléfono, que se pueden privatizar siempre que se conserve la finalidad de utilidad social.

BIBLIOGRAFÍA

CATALANO, Edmundo (1960). *Curso de derecho minero*. Buenos Aires.

FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza (2009). *Manual de derecho minero*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

GARCÍA OVIEDO, Carlos y MARTÍNEZ USEROS, Enrique (1968). *Derecho administrativo*. Madrid: E.I.S.A.

GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo y FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza (2000). *Derecho minero*. Lima: Ed. Gráfica Horizonte.

RUIZ BURGEOIS, Julio (1949). *Instituciones de derecho de minería chileno*. Chile: Jurídica de Chile.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1949). *Derecho administrativo*. Buenos Aires.