Concesiones sobre Recursos Naturales:
una oportunidad para la gestión privada

Carlos Chirinos
Manuel Ruiz

CONCESIONES SOBRE RECURSOS NATURALES: UNA OPORTUNIDAD PARA LA GESTIÓN PRIVADA

Carlos Chirinos
Manuel Ruiz

Sociedad Peruana
de Derecho Ambiental

PREVIOUS PAGE BLANK

Concesiones sobre Recursos Naturales:
una oportunidad para la gestión privada
por: Carlos Chirinos y Manuel Ruiz

© Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
Prolongación Arenales 437, Miraflores
Teléfonos: 421-1394 / 422-2720
Fax: 442-4365
E-mail: biblioteca@spda.org.pe
Web: http://www.spda.org.pe

Primera edición. Julio de 2002.

Diseño de carátula: PIUCCE www.piucce.com
Ilustración: detalle de óleo de Hernán Pazos
Edición: Sara Mateos
Impreso por Martha Alvarez
Pasaje Belén 135, Barranco. Lima, Perú

Hecho el depósito legal 1501162002-3611 en la Biblioteca Nacional del Perú

ISBN: 9972-792-32-3

Esta publicación ha sido desarrollada por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) en ejecución de las actividades del Programa «Ambiente, Participación y Gestión Privada» (APGEP) en el marco del Proyecto Manejo Sostenible del Ambiente y los Recursos Naturales (SENREM), bajo los términos del Convenio N° 527-0368, suscrito entre la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos de América (USAID) y el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM).

El Programa APGEP tiene como misión fortalecer la participación del sector privado en la concertación, solución de problemas y diálogo sobre políticas ambientales, así como promover la implementación de prácticas y tecnologías para el manejo sostenible del ambiente y los recursos naturales.

Quisiéramos agradecer la colaboración de Alfredo García, Roxana Barrantes, Juan Francisco Rojas, Manuel Glave, Percy Velarde, Antonio Bernales, Gustavo Suárez de Freitas, Enrique Lastres, Leoni Roca y Jorge Licetti a quienes entrevistamos y realizaron importantes aportes a esta investigación.

Muy particularmente agradecemos a Isabel Lapeña, asistente de investigación del Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad, quien colaboró activamente en la investigación. Asimismo a Rosario Tamashiro quien apoyó infatigablemente en los trabajos de corrección de los diferentes borradores del documento.

Los autores

PREVIOUS PAGE BLANK

PRESENTACIÓN

En el Perú el análisis de los regímenes legales aplicables al aprovechamiento de los recursos naturales se han circunscrito, básicamente, a la revisión de la concesión minera y petrolera como figuras típicas. Recién con la promulgación de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales del 25 de junio de 1997, se abre en el Perú un espacio y una oportunidad para investigar y hacer propuestas encaminadas a consolidar este régimen legal, con especial énfasis en su aplicación para el aprovechamiento de los recursos renovables.

Nadie puede negar que los recursos naturales constituyen bienes estratégicos de primerísima importancia en la economía nacional. El Perú es un país de abundantes y apreciados recursos naturales -renovables y no renovables. Así por ejemplo, dentro del total de US $ 7,000 millones de dólares que implicaron las exportaciones en el Perú durante el año 2001, US $ 4,621 millones provinieron de recursos naturales, lo que implica aproximadamente 2/3 partes de las exportaciones totales del país. Siendo los recursos naturales una evidente ventaja competitiva del Perú, esta misma circunstancia debe complementarse con políticas destinadas a promover la inversión en procesos que permitan agregar valor a los recursos naturales extraídos para competir eficientemente en un mundo globalizado.

El libro que publica en esta oportunidad la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) responde a nuestra inquietud y la de sus autores, de propiciar un marco legislativo e institucional que haga viable el aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú a nivel de las pesquerías, recursos forestales, diversidad biológica, etc. a partir del manejo sostenible de los mismos y del reco-

PREVIOUS PAGE BLANK

nocimiento del valor existente en su propia diversidad. Se trata de una verdadera oportunidad de desarrollo duradero que depende, en gran medida, de cómo el Estado asigne a los particulares del sector privado el derecho de aprovechamiento de los mismos. De allí el título de la obra: *Concesiones sobre Recursos Naturales: una oportunidad para la gestión privada.*El lector podrá encontrar en ella propuestas de debate respecto del papel y responsabilidad del Estado en materia de asignación de derechos sobre los recursos naturales en un contexto de progresiva globalización y liberalización económica. Asimismo, le permitirá conocer los alcances y límites del derecho del titular de una concesión, especialmente en lo que se refiere al uso exclusivo y excluyente de los recursos naturales, a través del análisis de las distintas formas de concesión y modalidades de otorgamiento, incluyendo el desarrollo de un marco institucional que permita transparencia y eficiencia en la gestión del Estado.

De otro lado, el libro pretende ser, igualmente, una reflexión analítica y propositiva respecto de las diversas modalidades al alcance de los ciudadanos y del sector privado para acceder al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en el contexto de un Estado promotor de la inversión privada y que tiene, en la figura de la ***concesión***, su expresión más acabada. El trabajo subraya la necesidad de que el Estado y los ciudadanos en general, velemos por el uso sostenible de los mismos, no sólo porque tienen un valor material o económico sino también cultural, constituyendo la base sobre la cual nuestra generación habrá de ofrecer un porvenir a los peruanos de hoy y de mañana. No en vano la Constitución Política del Perú señala, en sus artículos 66 y 67, que los recursos naturales, renovables y no renovables, son Patrimonio de la Nación y que el Estado promueve su uso sostenible.

Quien quiera conocer las oportunidades que tiene el sector privado para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, sus condiciones, posibilidades y limitaciones, debería considerar el libro como de lectura obligatoria. Lo es también para quienes, de una manera u otra, deseen comprender sus propios derechos y obligaciones frente al titular de una concesión.

Lima, julio del 2002

Jorge Caillaux Zazzali

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente en el Perú el análisis de los regímenes legales aplicables al aprovechamiento y explotación de los recursos naturales se ha circunscrito básicamente a la revisión de la concesión minera y petrolera como figuras típicas. Si bien pueden encontrarse textos que tratan de manera teórica y doctrinaria la figura de la concesión en otros ámbitos, es recién en la década del noventa cuando empiezan a establecerse normas orientadas a promover y consolidar este instrumento en su aplicación a distintos recursos naturales —renovables y no renovables— y, especialmente, en el ámbito de obras de infraestructura y servicios públicos (ver cuadro 1), con el consiguiente aumento de discusión conceptual y tratamiento jurídico del tema.

La Constitución Política de 1979 no contenía una referencia explícita a la figura de la concesión aplicada a los recursos naturales, salvo en el caso minero. Básicamente, aquella Constitución precisaba que por ley se establecerían las condiciones para el otorgamiento y utilización de recursos naturales por particulares. La Constitución de 1993 por su parte, dispuso en su artículo 66° que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación y que por ley orgánica se fijarían estas condiciones de uso, siendo la concesión la que otorgaría al titular un derecho real sujeto a dicha ley. La concesión aparece en este contexto como una de las formas, la más importante y reconocida pero no la única, a través de la cual podrían aprovecharse los recursos naturales.

Las concesiones sobre recursos naturales se encuentran reguladas de manera general en la Ley 26821, *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, del 25 de junio de 1997. En el marco de esta norma, las concesiones otorgan a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, adicionalmente, la propiedad de los frutos y productos derivados de él. Se entiende, además, que las concesiones son irrevocables en tanto su titular cumpla las obligaciones que la legislación especial exija para mantener

su vigencia. Las concesiones tienen, además, la característica general de ser bienes incorporales registrables, que pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación.

El tema de las concesiones y del aprovechamiento de los recursos naturales en general, adquiere particular relevancia en un contexto como el vigente, que tiene un indiscutible origen en la década pasada, en la cual se desreguló y liberalizó dramáticamente el mercado y la actividad económica en general. Así, el establecimiento de reglas e instrumentos claros que fijen inequívocamente quiénes y bajo qué condiciones se pueden aprovechar y explotar la riqueza natural del país, constituye una premisa fundamental para garantizar el éxito y la viabilidad de este modelo de desarrollo económico. Obviamente, el diseño e implementación de un régimen de concesiones sobre recursos naturales tiene necesarias implicancias en el marco institucional del Estado que lo haga posible, así como en las exigencias ambientales para propiciar un desarrollo sostenible en general.

Fue a nivel de algunos servicios públicos y obras de infraestructura en el que la concesión emergió como la figura jurídica destinada a regular las diferentes formas y modalidades bajo las cuales estos servicios podían ser prestados (energía eléctrica y telecomunicaciones, por ejemplo) y las obras podían ser ejecutadas por particulares (y no por empresas públicas, como tradicionalmente se hacía).

Esta investigación tiene por objetivo principal analizar el régimen de la concesión para el aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú y plantea algunas reflexiones a partir de las experiencias de los últimos años en la materia y, en particular, a partir de diversas lecciones surgidas de la aplicación de dicho régimen a los servicios públicos y obras de infraestructura. La política económica y de desarrollo del nuevo gobierno enfocada en la promoción de las inversiones, tanto a nivel de la provisión de servicios públicos como del aprovechamiento de los recursos forestales, mineros, energéticos, hidrobiológicos, agrícolas, entre otros, nos confirma la necesidad y urgencia de evaluar el marco jurídico existente —sus fortalezas y debilidades— y las tendencias en las políticas públicas en la materia.

Inevitablemente, será necesario repasar parte de la teoría y doctrina referente a las concesiones y evaluar cómo funcionan éstas aplicadas a ciertos recursos naturales. Más allá de esto, se espera con esta investigación contribuir en el

diseño de un sistema integral y coherente de concesiones para el aprovechamiento de los recursos naturales en el país.

Para ello, esta investigación se ha organizado en tres capítulos y tres anexos. En el capítulo primero se aborda el rol y la responsabilidad del Estado en un contexto de reformas orientadas a enfrentar los desafíos de la globalización y, especialmente, de la liberalización de la economía y el mercado. Este capítulo permitirá contextualizar la realidad peruana, en especial a partir del énfasis puesto en promover la participación privada en la provisión de servicios públicos y en el desarrollo de obras de infraestructura.

En el capítulo segundo se analizan conceptos considerados claves para tener un cabal entendimiento de la naturaleza jurídica de la concesión. Nos referimos a figuras como la soberanía del Estado; dominio público; dominio eminente; Patrimonio de la Nación, entre otros. En este capítulo el lector podrá conocer, además, las diversas modalidades de otorgamiento de los recursos naturales, con especial énfasis en la concesión, así como la orientación del desarrollo normativo en esta materia.

En el tercer capítulo se aborda el desarrollo del marco institucional necesario para garantizar una gestión eficiente y transparente del Estado en estas materias.

De otro lado, se han incluido anexos que, además de complementar las conclusiones y recomendaciones del libro, brindan al lector información útil y relevante para cualquier aproximación futura al tema. Así, en el Anexo 1 se incluyen cuadros en los cuales se precisa en forma ordenada las diversas modalidades sectoriales vigentes para el otorgamiento de los recursos naturales.

El Anexo 2, elaborado por la economista Roxana Barrantes, es un análisis sobre el canon de recursos naturales en el Perú y tiene por objeto que el lector conozca cómo se concibe la retribución por la explotación de los recursos naturales en la teoría económica y cómo es que se practica en el Perú.

El Anexo 3 es el testimonio de un diálogo entre especialistas convocados por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, en el cual se intercambiaron puntos de vista, experiencias y reflexiones respecto del tema de las concesiones sobre recursos naturales. La valiosa contribución de estos especialistas y amigos reunidos en aquella ocasión nos animó a incluir las principales incidencias en el presente libro.

Esperamos que esta obra contribuya a la comprensión de la figura jurídica de la concesión sobre recursos naturales y que el lector pueda advertir de su lectura no sólo la necesidad de un tratamiento legislativo más fino y coherente en términos de técnica legislativa, sino también -y esto es lo más importante- las oportunidades y ventajas que una adecuada regulación de este instrumento nos brinda como peruanos ante el reto de un aprovechamiento sostenible de nuestros valiosos recursos naturales.

Los autores

I

Capítulo Primero: Antecedentes y contexto general

1.1. Rol y responsabilidad del Estado peruano en un contexto de liberalización y globalización

Con relación a los recursos naturales, el Estado peruano está dando pasos significativos para transformarse de un Estado gestor a un Estado contratante.

Durante los últimos treinta años la economía del Perú se caracterizó por el rol eminentemente intervencionista asumido por el Estado, tanto para regular la actividad productiva como para el acceso a los recursos naturales. El intervencionismo estatal se definió en normas dictadas principalmente en la década del sesenta, algunas de las cuales subsisten hasta nuestros días, como por ejemplo, la Ley General de Aguas y la Ley de Reforma Agraria que, muy claramente, reconocen el dominio del Estado sobre los recursos naturales y la obligación de que los particulares los usen en armonía con el interés social[1].

El Estado asumió la gestión de los recursos naturales a través de la actividad empresarial directa, en el entendido de que su responsabilidad no se agotaba en la simple expectativa por alcanzar un crecimiento económico o la modernización económica. El Estado priorizaba en aquel entonces, y con igual énfasis, la orientación del poder político y la redistribución de los ingresos como principios de justicia social, con miras a evitar que el incremento de la producción nacional se lograse a costa de limitar las opciones de bienestar e independencia de los grupos no privilegiados.

---

1 Ley General de Aguas, Decreto Ley 17752 (24/07/69); Código Sanitario. Decreto Ley 17505 (18/03/69); Reforma Agraria, Ley 17715 (24/06/69).

Lamentablemente, el concepto de justicia social rebasó la noción de desarrollo económico que perdió contenido y objetivo. Así, el Perú se quedó sin estructuras idóneas de producción y, sobre todo, sin exigencia de productividad y de sostenibilidad en el uso de los recursos naturales.

Será recién en la Constitución de 1979 donde se reconoció en el país el principio de la economía social de mercado, cuyo contenido teórico se ubica entre las nociones del liberalismo y el estatismo más extremas. Del liberalismo se retoma la propiedad privada, así como las libertades de empresa e iniciativa, mientras que del otro extremo se mantiene al Estado como ente soberano de las relaciones económicas y sociales, asignándole un rol tuitivo y soberano de la economía. Con relación a los recursos naturales, la Constitución de 1979 señalaba explícitamente que el Estado era propietario de los recursos naturales.

La suma de ambos factores trajo consigo un mayor reconocimiento de las libertades individuales y sociales en un contexto de economía social de mercado, pero a su vez se daba paso a una fuerte dosis de intervencionismo en la gestión empresarial por parte del Estado[2], en su afán de mantener un justo equilibrio entre las fuerzas del capital y trabajo. De hecho, en el Perú existían hasta antes de 1992 aproximadamente 200 empresas públicas, las cuales sólo en 1990 tuvieron un déficit operacional de US$ 2,5 millones, equivalente al 10% del PBI.

El Estado peruano se encontraba así en una situación de crisis que se caracterizó por la sobrecarga y déficit de financiación, producto principalmente de la extrema presencia del Estado en el aparato productivo.

---

2 El régimen económico previsto en la Constitución de 1979 y, en general, el marco legal anterior a la década de los noventa, se caracterizó por una intensa actividad empresarial del Estado tanto en la provisión de bienes (por ejemplo. en la minería y pesca) como de servicios (en la generación de electricidad. el transporte urbano, agua y desagüe, comunicaciones, etc.). A ello se sumaba su actuación directa en la economía a través del control de precios, los subsidios, la planificación central, la intervención y restricciones a la actividad privada a través de la normativa laboral, entre otros. El Estado tenía una intervención directa en el mercado y en el manejo del mismo a través de los mecanismos antes referidos.

El Perú sufrió entonces de lo que la doctora Desdentado de la Universidad de Alcalá de Henares califica como una situación en la que predomina la desproporción entre las demandas crecientes de provisiones materiales de la sociedad y la incapacidad del sistema para hacer frente a las mismas, lo que se traduce finalmente en una situación de ingobernabilidad.

En este sentido la intervención directa del Estado, a través del ejercicio de la actividad empresarial, genera normalmente sociedades de expectativas más que de producción, "que esperan que el Estado confiera efectividad a los derechos materiales mediante las correspondientes prestaciones y en las que predomina la idea de que, siguiendo un criterio de igualdad compensatoria, aquel que tiene menos debe obtener más del Estado. Todo ello determina una tendencia al gasto público que las economías sociales tienen severas dificultades para cumplir"[3].

A partir de 1991, con la promulgación de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada-Decreto Legislativo 757 de fecha 13 de noviembre de 1991, se inician una serie de reformas estructurales encaminadas a liberalizar y desregularizar la economía, revalorando el rol del mercado, la competencia y la iniciativa privada como soportes a una eficiente asignación de recursos.

En ese contexto se redefinió el rol del Estado, que pasó a ser más bien un promotor de la iniciativa y la inversión privada en la producción de bienes y servicios[4].

---

3 Desdentado, Eva: La crisis de identidad del Derecho Administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

4 La Constitución Política de 1993 sentó las bases de este nuevo modelo económico donde priman: el libre mercado (Capítulo I del Título III) en función a la libre iniciativa privada (artículo 58); la libre competencia (artículo 61); la libertad de contratación (artículo 62); el pluralismo económico y la subsidariedad en la actividad empresarial del Estado (artículo 60); y la protección del consumidor (artículo 65), entre otros elementos. La propiedad (Capítulo III del Título III) también es un elemento fundamental en este modelo: es inviolable, garantizada por el Estado y ejercida de acuerdo y en armonía con el interés común y dentro de los límites de la ley (artículo 70).

Una de las primeras medidas asumidas en ese entonces fue la privatización de varias empresas estatales[5], así como el otorgamiento de obras y servicios públicos vía concesión[6] en una serie de actividades que venían siendo realizadas por el Estado[7] (ver cuadro 1).

La concesión de obras y servicios a particulares constituyó uno de los mecanismos centrales para la promoción de la inversión y gestión empresarial privada, en la medida en que resolvía problemas y carencias estructurales de la actividad empresarial del Estado —que abarcaban desde la ausencia de transparencia y el manejo político de tarifas hasta un ineficiente manejo administrativo—[8], todo lo cual conllevaba a una deficiente asignación de recursos. La concesión es reconocida entonces como un mecanismo jurídico que permite cumplir con ciertos objetivos del Estado en el campo de las obras y de los servicios públicos, delegando su ejecución y prestación al sector privado.

---

5 El Decreto Legislativo 674, *Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado*, del 14 de marzo del 2001, estableció el marco jurídico para la inversión privada —entendida también como *privatización* — en las empresas del Estado.

6 Según Meilán, un servicio público puede entenderse como una "... aetividad esencial para la comunidad organizada del Estado, de contenido primordialmente económico, cuya titularidad corresponde exclusivamente al Estado y cuya gestión indirecta – por particulares- es siempre posible". Meilán, José. El Servicio Público en el derecho aetual. En: Revista Argentina de Derecho Administrativo No. 15 –17, Buenos Aires, 1994.

7 Este proceso se complementa con lo establecido en el Decreto Legislativo 758, *Normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en la Infraestructura de Servicios Públicos*, del 13 de noviembre de 1991, y con varias otras leyes y normas reglamentarias.

8 La ineficiencia de estas empresas tiene muchas explicaciones que escapan al alcance de este trabajo. Sin embargo, lo que plantea la doctora Desdentado ayuda de alguna manera a entenderla. Ella afirma, recogiendo las posiciones de varios otros autores, que muchas investigaciones " ... han puesto en evidencia que la prestación privada de los servicios públicos permite lograr un importante recorte de costes, una mayor eficiencia en la prestación y, en ocasiones, incluso una mejora significativa en la calidad de los mismos". Es decir, que la administración y gestión privada optimiza la prestaeión de muchos servicios, que históricamente han estado en manos de empresas públicas. Desdentado, Eva. *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huída de la regulación pública y administraciones independientes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Esta tendencia continúa en la actualidad y con ello se permite la gestión por la empresa privada en ámbitos y actividades que han sido tradicionalmente concebidos como propios de la gestión estatal —como la generación y distribución de electricidad; la provisión de servicios de agua y alcantarillado; las telecomunicaciones; la salud; las vías de comunicación; entre otros—, y sobre los cuales el Estado no pierde su capacidad de regulación, control y fiscalización. Se consolida así una economía basada en el libre mercado donde prima la iniciativa privada y la competencia. La gestión privada, sujeta a reglas claras de mercado, debiera generar bienestar y una asignación eficiente de recursos escasos[9].

CUADRO 1. CONCESIONES DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS

Marco general

El régimen de concesiones de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos se inserta dentro del contexto regulatorio más amplio de promoción a la inversión privada. Así, la Ley de Privatización (Decreto Legislativo N° 674, publicado el 27 de septiembre de 1991) contempla el otorgamiento de las concesiones junto con la transferencia de acciones o activos, el incremento de capital o la celebración de *joint ventures*, como mecanismos existentes con el fin de promover la inversión privada en las empresas de propiedad estatal.

La legislación peruana califica la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, como de interés nacional; y determina que la participación de las empresas privadas en la construcción de infraestructura y en la oferta de servicios públicos, se articulará jurídicamente mediante la modalidad de las concesiones.

Las concesiones son los actos administrativos mediante los cuales el Estado otorga, por un plazo determinado, a las personas jurídicas nacionales o extran-

⇨

9 En el campo de las actividades vinculadas a los recursos naturales, este proceso de apertura del mercado y repliegue del Estado en cuanto a su actividad empresarial se refleja de manera muy clara en el artículo 6 del Decreto Legislativo 757 cuando se señala que queda "...derogada toda reserva a favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económica a la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas".

jeras, la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos.

Se incluye dentro del concepto de ejecución de la obra, su construcción, reparación o ampliación. La explotación de la obra o la prestación del servicio, por su parte, comprenden la prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, el mantenimiento de la obra y el pago de tarifas que realizarán los usuarios como compensación por los servicios recibidos.

La COPRI —que recientemente ha sido fusionada dentro de la Agencia de Promoción de la Inversión, también denominada PROINVERSIÓN— comenzó la ejecución de los distintos procesos de concesión a fines de 1997. Entre los realizados hasta la fecha, cabe mencionar los emprendidos en el ámbito vial, aeroportuario, de telecomunicaciones y de líneas eléctricas. En este sentido, son dignos de destacar el proceso de concesión de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A./Compañía Peruana de Teléfonos S.A., la concesión del sistema ferroviario que comprende las rutas del Centro, Sur y Sur Oriente, la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y la de las líneas eléctricas Antamina-Huallanca-Cajamarca-Carhuaquero y Zorritos-Zarumilla. En todos los procesos realizados, se ha destacado una línea aperturista de cara a facilitar la inversión privada extranjera.

Con miras al futuro, se prevé que en el Perú se llevarán a cabo políticas que potencien aún más la ejecución del sistema de concesiones, como un medio que permita, mediante la ejecución de proyectos de naturaleza privada, asegurar la prestación de los servicios públicos de forma más extensiva. Éste será el caso, por ejemplo, de la ejecución de la red vial que unirá el país con Brasil y Bolivia, o de las infraestructuras de puertos y aeropuertos.

Legislación aplicable

El ordenamiento jurídico regulador de las concesiones para la ejecución y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos se encuentra integrado, entre otras, por las siguientes disposiciones normativas:

- Decreto Supremo No. 059-96-PCM, por el que se aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y el Decreto Supremo No.060-96-PCM, por el que se aprueba el Reglamento del Texto Único Ordenado mencionado.

- Decreto Supremo No.132-97-EF, por el que se aprueba el reglamento de los beneficios tributarios para la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y la Ley No. 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos.

Autoridad competente

El Decreto Supremo No. 027-2002-PCM fusiona las distintas entidades relacionadas a la promoción de la inversión privada incorporándolas dentro de la Agencia de Promoción de la Inversión o PROINVERSIÓN. Una de las entidades a las que ha afectado dicha fusión ha sido la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), que actuaba como organismo rector máximo para la gestión de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Actualmente será PROINVERSIÓN el organismo encargado en determinar las obras y los servicios públicos que serán entregados en concesión y todos los aspectos relativos a los mecanismos y procedimientos de entrega en concesión. En concreto, el Reglamento de Organización y Funciones de la Agencia de Promoción de la Inversión aprobado por DS No. 028-2002-PCM establece que el mencionado organismo actuará a través de un consejo directivo integrado por ministros de Estado, designados por resolución suprema refrendada por el presidente del Consejo de Ministros y el Ministerio de Economía y Finanzas y que se hará cargo de todas las competencias que anteriormente correspondían a COPRI.

Régimen jurídico

Con carácter previo al otorgamiento de la concesión, PROINVERSIÓN deberá aprobar el Plan de Promoción de la Inversión Privada, que deberá ser ratificado, además, por resolución suprema refrendada por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro del sector correspondiente. En él se especificará el diseño general del proceso, la modalidad de otorgamiento de la concesión, el esquema financiero, el plazo de la concesión y el cronograma del proceso.

La adjudicación de las concesiones se realizará atendiendo a la propuesta técnica y económica más conveniente que sea seleccionada por los procedimientos de licitación pública especial o de concurso de proyectos integrales.

Una vez otorgada la concesión, los derechos, obligaciones, plazos, garantías y demás condiciones derivados de la misma, vendrán determinados en el contra-

to de concesión. Las concesiones no otorgan un derecho real sobre los bienes públicos, pero sí se constituyen como título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos del contrato frente a terceros —i.e. a efectos de la cobranza de tarifas y recuperación de la inversión. El concesionario podrá asimismo explotar los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, siendo el concesionario el único responsable frente al Estado. También podrá transferir, con la autorización del Estado, la concesión a otra persona jurídica y constituir garantías sobre los ingresos respecto de las obligaciones derivadas de la propia concesión.

La concesión se otorgará por un plazo que en ningún caso podrá superar los sesenta años, y podrá ser a título gratuito, oneroso —imponiéndose una participación en los beneficios a favor del Estado—, cofinanciada por el Estado o con carácter mixto —cuando concurran varias de las modalidades antes señaladas.

Con carácter general, se constituyen en causas de caducidad de la concesión, el vencimiento del plazo, el incumplimiento de las obligaciones de la concesión, el acuerdo entre el Estado y el concesionario y la destrucción total de la obra.

1.2. Una aproximación al régimen de otorgamiento de recursos naturales en el Perú

El otorgamiento a particulares de los recursos naturales en el Perú —tales como las aguas, las tierras forestales, los recursos genéticos, los recursos hidrocarburíferos, los minerales, el espectro radio eléctrico, entre otros—[10], se realiza a través de diversas modalidades, respondiendo a las especificidades de cada re-

[10] El artículo 3 de la ley orgánica establece que son recursos naturales: "... todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como: a) las aguas: superficiales y subterráneas; b) el suelo, el subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; c) la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos y los ecosistemas que dan soporte a la vida; d) los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; e) la atmósfera y el espectro radioeléctrico; f) los minerales; g) los demás considerados como tales."

curso y a los procedimientos administrativos impuestos por cada sector que tiene competencia sobre ellos (ver capítulo tercero). La Constitución Política de 1993 y la Ley 26821, *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales,* establecen el marco general que regula las distintas modalidades y figuras por las cuales los particulares pueden acceder y utilizar los recursos naturales.

Habiéndose desarrollado el rol del Estado en la promoción de la actividad privada en la infraestructura de obras públicas y en la prestación de servicios públicos, cabe preguntarse entonces: ¿cuál es el papel que cumple el Estado en el otorgamiento de los recursos naturales?, ¿pueden entregarse los recursos naturales a particulares para su explotación?, ¿bajo qué modalidades se haría? Estas preguntas son relevantes en la medida que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ciertos servicios u obras en las cuales el Estado cumple el rol de " ... promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación" (artículo 44 de la Constitución de 1993) y, más específicamente, de satisfacer las demandas de servicios y obras públicas de la sociedad; en el caso de los recursos naturales el Estado se encuentra decidiendo respecto de bienes que son Patrimonio de la Nación y sobre los cuales ejerce derechos en representación de todos y cada uno de los peruanos.

Sobre esto último, vale la pena plantear algunas reflexiones iniciales. La Constitución, la ley orgánica, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, e incluso normas sectoriales específicas como la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, reconocen explícitamente que los recursos naturales, renovables y no renovables, constituyen Patrimonio de la Nación. Si bien puede discutirse la validez teórica de asignarle un patrimonio a la Nación *per se* —un concepto de tipo sociológico más que jurídico—, la idea es que la nación en su conjunto tiene derechos sobre estos recursos. Pero la nación como tal no puede ejercer efectivamente derechos. Para ello se organiza un aparato institucional que la representa que es el Estado. El Estado es el *representante* de la nación y quien, en la práctica, asume una *responsabilidad* sobre este patrimonio. En consecuencia, el Estado es quien materializa los derechos sobre los recursos naturales y puede decidir sobre ellos[11].

[11] La discusión se acentúa en la medida que en el artículo 118 de la Constitución Política de 1979, si bien se repetía la idea de que los recursos naturales son Patrimonio de la

Los recursos naturales tienen una doble naturaleza: constitucionalmente son Patrimonio de la Nación pero, al mismo tiempo, son bienes que corresponden al dominio *eminente* del Estado. Es decir, son bienes sobre los que aún no se han establecido necesariamente derechos específicos pero que naturalmente le pertenecen al Estado por estar en su territorio.

Ciertamente, en la medida que el Estado representa a la nación —que somos todos— y vela por su interés y bienestar, su accionar a través del gobierno debe estar circunscrito y limitado por ciertos intereses mayores[12]. El Estado no solamente ejerce un dominio sobre los recursos naturales sino que, como parte de sus funciones y responsabilidades, *administra* estos recursos de manera ade-

Nación, se pasaba de inmediato a señalar que los minerales, tierras, bosques y, en general todos los recursos naturales, *pertenecen al Estado.* Esta pertenencia no es otra cosa que una propiedad o dominio del Estado. Esta referencia se eliminó de la Constitución de 1993, con lo cual algunos se preguntan si la noción de Patrimonio de la Nación puede, efectivamente, entenderse como propiedad del Estado y, necesariamente, como dominio público. Algunos autores conocidos, como Bernales y Rubio, consideran que a) dado que los derechos sobre los recursos naturales son de la nación, estos recursos tienen que ser dispuestos (regulados) en atención a sus intereses y no a los de un determinado gobierno o grupo y b) que el Estado en el proceso de determinar cómo se aprovechan, debe tomar en cuenta y responder a estos intereses. Parecería plantearse aquí la idea de que los recursos naturales deben ser administrados por el Estado, de manera que se cautelen los intereses de la nación a quien representa y quien tiene, en última instancia. derechos sobre estos recursos. Bernales. Enrique y Marcial Rubio. *Estudio de la Constitución Política de* 1993, Tomo 3. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

12 En la obra de Bernales y Rubio anteriormente citada, y como ya se adelantó, estos autores llegan a considerar que los derechos sobre los recursos naturales "son de la Nación entendida como el conjunto de peruanos no sólo que existen actualmente sino que existirán en el futuro. El concepto de Nación es una continuidad histórica que reúne al presente, pasado y futuro. Por consiguiente, los recursos naturales tienen que ser dispuestos con atención a los intereses de largo plazo de la misma y no en función a criterios de corto plazo que puedan beneficiar a un determinado gobierno o grupo". Ambos autores sostienen luego que el Estado "... y por tanto el Gobierno que ejerza el poder, son soberanos en su aprovechamiento pero dentro del concepto establecido en el párrafo anterior (es decir los intereses de la nación como tal). La responsabilidad política del gobierno de proteger los intereses de la Nación presente y futura en sus decisiones sobre los recursos naturales es decisiva". Ver: Bernales y Rubio. Ob.cit p. 331.

cuada. Esta administración implica la potestad de determinar la manera más eficiente por la cual pueden aprovecharse los recursos naturales en beneficio de la sociedad en su conjunto. Ello puede obviamente —con el respaldo constitucional— implicar que sean particulares quienes realizan las actividades de aprovechamiento y explotación de estos recursos. En realidad, el término aprovechamiento o aprovechar ayuda poco a delimitar el rol del Estado. Aprovechar, en el sentido de emplear útilmente alguna cosa o sacar provecho de ella, puede significar para algunos que el Estado debe *gestionar* o manejar dichos recursos. Para otros, puede decir que el Estado debe *velar* por su buen aprovechamiento, es decir, su aprovechamiento sostenible. Aunque aún se pretende debatir el rol del Estado —sobre todo en un contexto de liberalización y globalización del mercado—, el propio texto constitucional nos da las pautas de interpretación en el sentido que le asigna una *responsabilidad* antes que una *función* en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, con independencia de quien lo haga. Se trata entonces de que el Estado sea responsable de velar por el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en beneficio de la nación.

Más aún, ya el artículo 8 de la ley orgánica, al referirse a los *Límites al Otorgamiento y Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, se determina que al otorgarse derechos de aprovechamiento, éstos deben: a) realizarse de manera sostenible y b) realizarse en armonía con el interés de la nación y el bien común[13] y dentro de los límites que impongan las normas. Si bien estos artículos tratan sobre limitaciones al ejercicio de derechos propiamente, es claro que el Estado debe también regir su actuación administrativa para hacer valer estos mismos principios de sostenibilidad, el interés de la nación y el bien común.

[13] ¿Qué es el interés de la nación o el bien común? En la actualidad se tiende en algunos círculos a cuestionar estos principios pues se consideran extremadamente difíciles de precisar y, eventualmente, podría la discrecionalidad del Estado invocarlos para afectar actividades de privados. En realidad es cierto que es muy difícil determinar sus límites exactos. Sin embargo, puede llegar a precisarse que en la medida que se cumpla a cabalidad con la legislación de aprovechamiento y uso correspondiente, se podría estar satisfaciendo estos principios. Las leyes y normas complementarias deben estar regidas por la búsqueda de la equidad, la salvaguarda de los intereses generales de la sociedad y orientarse a que no se afecten los pilares esenciales de la estructura social (por ejemplo mediante actos de corrupción, preferencias y tratos discriminatorios, vulneración de derechos fundamentales, entre otros).

La segunda parte del artículo 66 de la Constitución señala que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales y que mediante ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares.

La soberanía es un atributo del poder que se manifiesta en la propia organización y actuación del Estado. En realidad, es justamente este atributo el que le permite y lo faculta ordenar qué y cómo quiere organizar, entre otras muchas cuestiones, el uso y el aprovechamiento de los recursos naturales que son Patrimonio de la Nación y dominio eminencial del propio Estado. En primer lugar, y tal como lo reconoce el artículo 6 de esta norma, el Estado "... es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales". Esta soberanía se traduce a su vez "...en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos". Sobre los recursos respecto de los cuales tiene dominio eminencial[14], el Estado básicamente *define* las reglas para su uso, *decide* sobre su destino y *ejerce la tutela administrativa y judicial* sobre los mismos.

La propia ley orgánica define claramente los roles y responsabilidades del Estado en relación a los recursos naturales. Éstos pueden entenderse a partir de las funciones que le corresponden al Estado:

a) la *función promotora* (artículo 7 de la ley orgánica), que alude a la promoción y establecimiento de medidas que actúen como incentivos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, mediante la generación de infraestructura de apoyo y el fomento a la investigación, a la libre iniciativa y a la innovación productiva,

[14] El doctor Pulgar Vidal, de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, como parte de su presentación ante la Comisión de Ambiente, Amazonía y Ecología del Congreso en la sesión del día 11 de noviembre de 1996, en las discusiones sobre el proyecto de ley orgánica, hace una distinción interesante en cuanto al tema del dominio. Señala que el "...dominio del Estado se expresa de cuatro maneras: el dominio soberano sobre el territorio o mar territorial; el dominio eminencial del Estado que faculta delegar ciertos derechos a particulares, pero no el desprendimiento del dominio; el dominio que tiene el Estado sobre los recursos naturales que es un dominio eminencial. Por otro lado, las otras dos formas de dominio son: las zonas de uso público, como los parques y las plazas, y los servicios públicos. Esas son las cuatro formas de dominio del Estado y en contraposición está el dominio privado recogido en el Código Civil".

b) la *función de apoyo a la ciencia y tecnología* (artículo 9 de la ley orgánica), que se refiere al impulso mediante distintas medidas y mecanismos a la actividad de investigación y desarrollo sobre los recursos naturales,

c) la *función de valoración* de los recursos naturales (artículo 10 de la ley orgánica), que trata sobre la necesidad de valorizar los recursos naturales y, en particular, apreciar y considerar los diversos servicios ambientales que prestan y que, por lo general, pasan absolutamente desapercibidos,

d) la *función ordenadora* de los recursos naturales (artículo 11 de la ley orgánica), que implica la responsabilidad del Estado de formalizar la zonificación ecológica y económica —a través de la Presidencia del Consejo de Ministros— para ordenar el territorio y el uso de los recursos naturales del país, evitando de esa manera superposiciones de títulos y usos inapropiados[15],

e) la *función de conservación* (artículo 12 de la ley orgánica), que obliga al Estado a velar por la protección de ciertos componentes de la riqueza y el patrimonio natural del país (en razón a su belleza escénica, riqueza de diversidad biológica, etc); las áreas naturales protegidas son una de las herramientas a través de las cuales el Estado ejerce esta función,

f) la *función de gestión y manejo* (artículo 13 de la ley orgánica), que se manifiesta en que la administración y el manejo de los recursos naturales —incluso cuando se los otorga a particulares para fines de uso y

[15] En materia de los roles y responsabilidades del Estado, ésta es probablemente la más importante pues implica desarrollar políticas de Estado claras e inequívocas en el largo plazo que se basen a su vez en conocer en detalle el potencial de los recursos naturales y las prioridades que se van a definir para su explotación. Esta tarea ha quedado trunca y nunca han habido compromisos serios para enfrentar este mandato. Solamente si se conoce qué se tiene, cuáles son sus usos potenciales, cómo se va a priorizar estos usos cuando existen superposiciones e intereses en conflicto, es posible aspirar a un desarrollo sostenible y al aprovechamiento racional de los recursos naturales. De cualquier otra manera en la que no asuma el reto del ordenamiento, los conflictos sociales y la incertidumbre en los agentes económicos retrasarán indefectiblemente las posibilidades de generar desarrollo, recursos y progreso en general.

aprovechamiento—, debe realizarse de manera coordinada entre los diversos organismos e instancias que tradicionalmente tienen competencia sobre ellos, especialmente en los casos donde más de una instancia la tiene,

g) la *función de resolución de conflictos* (artículo 15 de la ley orgánica), que implica la potestad del Estado de resolver a través de las instancias competentes y en los niveles correspondientes los conflictos que se susciten en materia de uso y aprovechamiento de recursos naturales y, finalmente,

h) la *función de supervisión* (artículo 16 de la ley orgánica), que se refiere a la facultad que tiene el Estado de supervisar y monitorear las actividades de aprovechamiento y uso de los recursos naturales en el territorio nacional.

1.3. Consideraciones generales sobre los aspectos económicos de la concesión[16]

La discusión sobre los aspectos económicos de la concesión de recursos naturales tiene que partir de la constatación de que son Patrimonio de la Nación, es decir, bienes de dominio público o bienes que son de todos los ciudadanos peruanos. ¿Cómo se asignan los recursos de una manera eficiente en presencia de este tipo de propiedad?

La utilización eficiente de los bienes que son de *todos* plantea un problema interesante en la teoría económica. Cuando *todos* tenemos derecho a la utilización de bienes, *ninguno* asume el costo de dicha utilización. Los ejemplos que se puede citar son innumerables, pero solamente consideraremos uno que puede ser útil para nuestros fines, cual es el de la explotación pesquera, sea en ríos o en el mar. Puede entrar a pescar prácticamente todo el que desee hacerlo. Cada pescador optimizará su esfuerzo de pesca, pero por cada pescador que entra se impone un costo de congestión a quienes ya están pescando y a todos quienes deseen entrar, porque por cada pez extraído, menos peces quedan disponibles para el resto.

16 Esta sección fue preparada por la economista Roxana Barrantes.

Lo que en el lenguaje común es el principio de que *lo que es de todos, no es de nadie*, se traduce en el llamado *acceso libre*, donde no se establece reglas de utilización de los recursos. El acceso libre trae consigo un uso ineficiente por los costos que los usuarios no asumen y que se imponen a los demás. Frente al *acceso libre*, se encuentra la propiedad en común, que es una forma de uso exclusivo y excluyente, pero no de un individuo sino de un grupo. Para que la propiedad en común nos lleve a una utilización eficiente de los recursos naturales, las reglas de acceso deben ser plenamente conocidas y compartidas y los mecanismos de cumplimiento y castigo deben ser efectivos. Un ejemplo interesante de propiedad en común es de las comunidades nativas, que comparten un territorio donde los recursos son utilizados de acuerdo a reglas compartidas y hechas cumplir de manera efectiva por el grupo[17].

La propiedad en común es una forma de propiedad privada. La propiedad privada individual establece que los individuos se apropian de los beneficios y asumen los costos de sus acciones. Los derechos son exclusivos y transferibles de manera voluntaria. La principal característica que hace deseable la propiedad exclusiva es que provee los incentivos para la utilización eficiente de los recursos, asignándolos a sus usos más valiosos.

Las formas que puede adoptar la propiedad exclusiva son diversas. Para nuestros fines, será importante llamar la atención sobre dos de ellas: la propiedad privada, tal como la entiende el derecho (plenos derechos reales), y lo que será denominado concesión. La concesión delimita por un periodo determinado los derechos exclusivos de uso, sin transferir la propiedad plena —es decir, los atributos del uso, disfrute, disposición y reivindicación. Al no hacerlo, permite que el propietario establezca las condiciones de utilización del bien que entrega en concesión.

Esta característica de la concesión, que como dijimos otorga los atributos del uso y disfrute, permite alcanzar dos objetivos importantes para un uso eficiente de los recursos naturales. De un lado, el objetivo de hacer exclusivo el uso, otorga incentivos para asumir los beneficios y costos asociados. De otro lado, permitir que el propietario ("todos los peruanos") conserve determinados dere-

[17] Un ejemplo más común es el de la membresía a un club.

chos para condicionar el usufructo, obligando, por ejemplo, al concesionario a asumir otros costos que, de otro modo, no tendría obligación ni incentivos para asumir. Uno de esos costos es el que corresponde a la externalidad intertemporal asociada a la explotación de recursos naturales.

En el caso de los recursos naturales, hay un costo económico[18] que la propiedad privada debe asumir para lograr una eficiente utilización de ellos y que constituye la externalidad intertemporal mencionada. Éste es el llamado costo del usuario, o renta de escasez, que se origina porque las unidades explotadas hoy no estarán disponibles en el futuro. La renta de escasez es el precio del recurso antes de ser extraído y constituye, por tanto, la retribución que le corresponde al dueño del recurso. Así entendida, la renta de escasez es un concepto que retribuye las unidades de recurso que son extraídas y no a los resultados económicos o contables de la firma responsable de la extracción. Es un concepto vinculado a la cantidad de recursos extraídos, al volumen producido, y no a la existencia de "utilidades contables" en una explotación. En nuestro ordenamiento legal, la retribución al dueño del recurso es equivalente al derecho de aprovechamiento.

El enfoque económico de los recursos naturales los concibe como parte del acervo de capital de una sociedad, es decir, son parte de su riqueza. Constituyen una forma de capital que no es *creado* en el sentido del tradicionalmente llamado capital (o activos fijos) o el capital humano (acumulación de conocimiento y experiencia). Así, los recursos naturales componen el capital natural de una sociedad y generan valor en la medida que se utilizan[19].

Entendidos como un activo de capital natural, al explotar los recursos naturales (o extraerlos) estamos afectando nuestra capacidad de generar ingresos en el futuro, porque lo extraído hoy ya no estará disponible en el futuro. Cuanto se afecte esta capacidad generadora de ingresos, es decir, cuanto se la enriquezca

18 Es conocida la diferencia entre un costo económico y un costo contable. Mientras que este último solamente considera los desembolsos, el primero refleja cualquier sacrificio de recursos, sean o no monetarios.

19 Esta percepción de los recursos naturales como bienes de capital acerca a la economía neoclásica, predominante en la profesión, con la llamada economía ecológica, que postula una visión de escasez absoluta de recursos naturales. Al respecto ver Constanza (1991) y Martínez Allier (1985).

(aumentándola) o empobrezca (disminuyéndola), dependerá de la cantidad de ingresos por explotación de recursos naturales que se invierta en otras formas de capital. Si los ingresos no se invierten en otros tipos de capital (como infraestructura, educación o máquinas), es razonable afirmar que esa sociedad se está empobreciendo, es decir, que se está minando literalmente su capacidad de generación de riqueza en el futuro.

En el Perú el debate económico respecto del aprovechamiento de los recursos naturales se centra actualmente en la figura del canon y su capacidad redistributiva. En este sentido, el canon es entendido como un instrumento para la redistribución de los ingresos que genera para el Estado la explotación de recursos naturales.

Como se analiza detalladamente en el Anexo 2, las bases del cálculo del canon son diferentes según el recurso natural considerado. Como criterio redistributivo y teniendo presente como objetivo que las regiones no se empobrezcan, cualquier participación local tendría que calcularse sobre la base del valor de la producción fiscalizada, mientras que el canon minero se calcula a nuestro criterio incorrectamente, como una participación del impuesto a la renta que pagan las empresas mineras (Ver Anexo 2).

II

CAPITULO SEGUNDO: ELEMENTOS CENTRALES DEL DEBATE DE LA CONCESIÓN Y OTRAS FIGURAS RELEVANTES

2.1 Soberanía, dominio público, dominio eminente y uso público: ¿cómo entender estos conceptos en relación a los recursos naturales?

La soberanía está muy asociada a la idea del Estado moderno[20] y, en términos generales, puede entenderse como el poder máximo que tiene este Estado para organizarse como tal. Se trata de un poder que no admite otro poder por encima, ni en concurrencia o paralelismo con él. Es esta característica de la soberanía la que le permite al Estado ejercer sus funciones y organizar a la sociedad, relacionarse con otros Estados y defender sus fronteras, entre otras actividades.

En relación al tema de los recursos naturales, la soberanía está en la base de la facultad que tiene el Estado para decidir cómo, quién y bajo que condiciones pueden aprovecharse los recursos naturales y, ciertamente, legislar y regular dicho uso y aprovechamiento (ver 1.2). Esta soberanía le permite al Estado decidir cómo aprovechar y utilizar de la mejor manera aquellos bienes que se encuentran en su dominio. Sin embargo, el poder soberano se encuentra limitado por el marco constitucional y legal.

---

20 En realidad ya en la Edad Media los monarcas y señores feudales contaban con un poder soberano que expresaba que la autoridad dotada de él ejercía el mayor poder e influencia dentro de su ámbito y dominios territoriales. Esta soberanía estaba adscrita al poder del monarca y era una cualidad de este poder. Para mayores detalles de tipo histórico sobre la evolución del concepto ver: Blancas Bustamante, Carlos y Marcial Rubio. *Derecho constitucional general.* Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987.

PREVIOUS PAGE BLANK

La doctrina no es uniforme en cuanto al concepto de dominio público. Dentro del mismo se comprende aquellos bienes que son esencial e incondicionalmente dominiales por cuanto pertenecen al dominio soberano del Estado. Entre estos hay que señalar, en primer término, el territorio y el mar territorial y en segunda instancia las playas, costas, puertos; los ríos, lagos y las obras destinadas a la defensa militar. Tratándose de estos bienes, su carácter de cosa pública y su pertenencia al Estado son características inseparablemente unidas.[21]

Por otro lado, están aquellos bienes cuya dominialidad no es genérica sino que está condicionada a la utilidad pública que presta a la colectividad. Nos referimos por ejemplo a las carreteras, plazas, parques, vías férreas, aeropuertos, acueductos y todos aquellos sometidos por ley al régimen propio del dominio. Estos bienes se subdividen en bienes de uso público que son, por ejemplo, los parques y las plazas y los de servicios públicos como los aeropuertos, acueductos, vías férreas.

Jorge Avendaño reconoce una cuarta categoría denominada del dominio eminencial que faculta al Estado a delegar ciertos derechos a particulares pero no a desprenderse del dominio. En estos casos el Estado concede algunas facultades similares al usufructuo que permitiría asignarlos para su explotación a particulares, manteniendo siempre dicho dominio, es decir, el dominio latente. Este es el caso de los recursos naturales.

Los bienes de dominio público de acuerdo con el Art. 73 de la Constitución, son inalienables e imprescriptibles. Esto significa que son bienes indispensables para la utilidad pública. Se trata de bienes que tienen la característica de no poder pertenecer a particulares, siendo el Estado el que ejerce las potestades reales sobre ellos. No son stricto sensu de propiedad del Estado porque en la propiedad está la potestad de disponer (...). Por ello, se habla de bienes de dominio público y no de bienes de propiedad privada.[22]

Tratándose de los recursos naturales no habría contradicción alguna en señalar que en su consideración de bienes del Patrimonio de la Nación estos deben ser

---

21 Avendaño, Jorge: El derecho de propiedad en la Constitución: en Themis N° 38. Asociación Civil Themis – Revista de Derecho, Lima 1994, pág. 121.

22 Bernales y Rubio, ob. Cit. pág. 387.

administrados en beneficio de todos y que, en relación al dominio público, es el Estado quien detenta la afectación de los mismos al fin público que están llamados a cumplir.

Sobre la noción de *bienes de dominio público* hay muchas teorías. Duguit y Barthelemy, por ejemplo, critican la idea de asociar el dominio público a la propiedad, en este caso del Estado. Según estos autores, el derecho de propiedad implica la reunión del *usus, fructus* y *abusus*, atributos que no reúne el Estado sobre las dependencias de dominio eminencial. La naturaleza de estos bienes no tiene calidad de propiedad, ni siquiera para el Estado que simplemente tiene un deber, obligación de guarda y vigilancia, con el fin de conservarlos para beneficio de las generaciones futuras. Hariou, por su parte, sostiene que el problema en relación a la naturaleza de estos bienes se reduce a uno de *afectación*: mientras estos bienes están afectados, son imprescriptibles e inalienables, pero cuando se les desafecta son perfectamente susceptibles de gestión privada. Durante el tiempo que dura la afectación existiría una propiedad pública y administrativa. En esencia, una propiedad del Estado[23].

No hay contradicción en señalar que en función al Patrimonio de la Nación, el Estado administra los recursos naturales en beneficio de todos y que, en relación al dominio público, es este mismo Estado quien detenta la afectación de los mismos al fin público que están llamados a cumplir. El concepto de dominio público ha evolucionado desde Proudhon, quien asumía que el dominio público proviene de la soberanía y como tal no podía ser objeto de propiedad, ni siquiera del Estado que sólo ostentaría un poder de administración, siendo más bien el público en general su único titular. Esta elaboración dogmática se fundamentó en la necesidad de proteger el servicio público de determinados bienes, es decir, su uso por la comunidad, incorporándose aquí la regla de inalienalidad, en unos casos para garantizar su uso común y, en otros, para evitar la disposición que de ellos pudieran hacer los monarcas y los Estados.

De forma progresiva se ha producido un proceso por el cual estos bienes que "son de todos y de nadie", y que en definitiva estaban destinados al uso común

23 Para mayores detalles de este debate ver: Gareía Pérez, Marta. *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.

o general, se atribuyen al rey o al Estado "bajo títulos reconocibles como verdaderos derechos de propiedad"[24] . Esto es lo que algunos autores han denominado el proceso de patrimonialización del dominio público, lo cual implica la facultad por parte del Estado o del soberano de delegar ciertos derechos a particulares sin desprenderse del dominio en sí.

Aquí se produjo el origen de las utilizaciones privativas del dominio público, por el cual se reconoció que la prohibición de disposición de estos bienes no se reñía con la cesión en uso, y la consideración del dominio como objeto de regalía que le dio connotaciones de rentabilidad o productividad que derivaron en la idea de que junto al uso común o general era preciso garantizar su uso óptimo.

La economización del mundo ha llegado también a la doctrina jurídica y, en ese sentido, aunque se reconoce aún que el Estado tiene dominio —en la tradición del derecho romano, al menos— sobre los recursos naturales, en atención a la intervención del sector privado en la economía, sería posible concebir que estos recursos pasen a ser explotados por los particulares y que éstos hagan suyos los frutos y productos de esta explotación. La situación se percibe con mayor claridad en relación a los bienes de uso público, donde incluso a nivel constitucional se reconoce que los privados pueden participar en la ejecución de obras de infraestructura referidas a pistas, carreteras, iluminación, agua y desagüe, entre otras. Incluso a nivel de servicios, como la salud pública y la seguridad social, el sector privado puede tener una participación directa.

Esta interpretación guarda así coherencia con lo que establece el artículo 4 de la ley orgánica donde se indica que los recursos naturales, renovables o no renovables, en tanto sean mantenidos en su fuente[25], son Patrimonio de la Nación.

---

24 García Pérez, Marta. Ob. cit., p. 11.

25 La noción de "mantenidos en su fuente" alude al hecho de que los minerales, los hidrocarburos, los recursos forestales, el suelo, las pesquerías, entre otros, en tanto no sean explotados y aprovechados por particulares, en virtud de algún título y de conformidad con las normas legales aplicables al caso y se les asigne derechos una vez explotados, son parte del dominio eminencial del Estado. Esto es enteramente lógico pues en el momento de la explotación misma de los recursos naturales podría cambiar su status jurídico, particularmente cuando se lleva a cabo un proceso de transformación y se generan frutos y productos (por ejemplo, gasolina, madera para exportar o harina de pescado).

Es decir, dentro de la interpretación lógica que se intenta dar al *status* jurídico de los recursos naturales, son Patrimonio de la Nación y, a la vez, aunque no lo diga expresamente la Constitución, forman parte del dominio eminencial del Estado. En cierto modo, en tanto se encuentran dentro del territorio sobre el que se ejerce derechos soberanos, los recursos naturales son Patrimonio de la Nación en su conjunto, pero en la medida que el Estado los representa son, a su vez, parte del dominio eminencial de este Estado.

La pregunta central en este debate es la siguiente: ¿son los recursos naturales bienes de dominio público? Aunque coloquialmente pueda afirmarse que sí lo son, en rigor, y como ya se adelantó, se eneuentran bajo el dominio eminencial del Estado, lo cual constituye una categoría de dominio distinta a la del dominio público clásico. Esta idea del dominio eminencial del Estado sí le permitiría asignarlos para su explotación a particulares, manteniendo siempre dicho dominio hasta el momento en que se generan frutos y productos, en cuyo caso el dominio de éstos pasa a manos de quien se encuentra explotando y usando los recursos.[26].

Por su parte, los bienes de uso público son en realidad también bienes del dominio público, es decir, pertenecen al Estado pero pueden ser entregados a particulares para que se mejore y optimice su utilización, recibiendo éstos una compensación económica a cambio. Por lo general, este tipo de bienes se asocian a la prestación de servicios públicos y a la construcción o mantenimiento de obras de infraestructura pública, que resultan indispensables para el buen funcionamiento de la sociedad tanto rural como urbana. En este sentido, el artículo 73 de la Constitución permite que estos bienes puedan ser aprovechados por particulares a través de una concesión para su explotación económica. En relación a los bienes de uso público, es relativamente sencillo precisar cuáles son: calles, parques, veredas, carreteras, entre otros. Son aquellos bienes que todos los ciudadanos podemos utilizar libremente y a través de los cuales se satisfacen exigencias sociales básicas[27].

---

26 Bernales y Rubio. Ob. cit., p. 389.

27 En el caso de que estos bienes pasen a ser administrados por privados, ya no serán las tarifas públicas a través de los que se eobren directamente a los ciudadanos las empresas concesionarias por su uso.

2.2. Usos privativos, exclusivos y excluyentes a partir del otorgamiento de los recursos naturales

Como ya se ha indicado, los recursos naturales son Patrimonio de la Nación y en esa condición el Estado es el soberano para determinar su aprovechamiento. Esa soberanía se traduce, de conformidad con la *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, en la responsabilidad de promover su aprovechamiento sostenible y de velar porque ese aprovechamiento se realice en armonía con el interés de la nación, el bien común y en el marco del principio de legalidad.

La ley orgánica admite dos posibilidades en el aprovechamiento de los recursos naturales al distinguir entre: 1) el derecho al libre acceso o al uso común de los mismos y 2) el uso privativo, exclusivo y excluyente de estos recursos.

Sobre la primera, el artículo 17 reconoce la existencia de recursos naturales de libre acceso y precisa que los habitantes de ciertas zonas, especialmente en el caso de comunidades campesinas o nativas "... pueden beneficiarse gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado". Esta norma fue planteada para salvaguardar los derechos de las comunidades a beneficiarse —sin necesidad de contar con autorizaciones formales del Estado— de los recursos naturales que ancestralmente han utilizado para mantener sus formas de vida tradicionales y sus culturas, y que se encuentren en el ámbito del espacio geográfico que ocupan y habitan[28]. Sin embargo, este derecho, de acuerdo al propio artículo 17, está condicionado a que no se contravengan normas de protección del ambiente, no se opongan a terceros, no pudiendo ser inscrito o reivindicado, y a que termine cuando el Estado otorgue los recursos naturales materia del beneficio.

[28] Estos espacios, en el caso de las comunidades amazónicas, por lo general son mayores a los que les corresponde como titulares de derechos sobre ciertas tierras. El artículo 18 de la ley orgánica aborda el tema de los recursos naturales *en* sus tierras y establece que las comunidades campesinas y nativas "... tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros".

En contraposición a esta posibilidad, en la que ciertos recursos naturales son concebidos como de libre acceso, también pueden generarse situaciones en las que los recursos naturales son concedidos bajo algún título jurídico a particulares para su uso, explotación y aprovechamiento, creándose una situación de uso privativo, exclusivo y excluyente que entrañaría, por lo general, una utilización más intensiva del recurso natural, orientada a fines comerciales o industriales. En este último caso, ningún particular puede realizar un aprovechamiento intensivo de los recursos con fines de explotación económica, sin la aquiescencia previa de la Administración pública, es decir, del Estado.

La responsabilidad y las funciones que el Estado tiene respecto al aprovechamiento de los recursos naturales se traduce en la obligación de asegurar la disponibilidad de los mismos y de velar por su conservación y manejo en función a políticas de Estado. La conservación debe estar orientada, en principio, por planes de manejo sostenibles y por un ordenamiento territorial, entre otros aspectos, con la finalidad última de que ésta redunde en beneficio del interés colectivo mediante la generación de riqueza para el país, todo lo cual se traduce en una forma específica de intervención administrativa que implica la potestad de elegir a los particulares que demuestren una mayor capacidad tecnológica y administrativa o que ofrezcan un mayor número de garantías para que el mencionado aprovechamiento se lleve a efecto de la forma que más convenga al interés público o colectivo. Esta potestad del Estado también se traduce en la facultad de delimitar claramente el contenido de los derechos que se transfieren a los particulares —de forma que se cumpla el objetivo que con dicha transferencia se pretende— o, incluso, llegado el caso, de imponer el ejercicio de la misma de manera forzosa, de modo que se elimine la posibilidad de un no-ejercicio que pueda ser contrario al interés general. Finalmente, se traduce en la posibilidad de fijar las causales de caducidad de los derechos otorgados, entre otros aspectos.

Desde la perspectiva de los ciudadanos beneficiarios del uso privativo, exclusivo y excluyente, la ampliación o modificación de su patrimonio jurídico dependerá de las distintas modalidades de otorgamiento para el aprovechamiento de los recursos naturales que sean empleadas por la Administración pública. Así, se deberá distinguir entre las distintas modalidades de otorgamiento a los particulares —como la concesión, la autorización, el permiso y la licencia—, las cuales no solo inciden de manera diversa en las situaciones patrimoniales de los ciudadanos, sino que condicionan con distinta intensidad el ejercicio de sus derechos sobre los recursos otorgados, en función de la necesidad de coordinar

los derechos del beneficiario con los derechos e intereses de otros sujetos, de la colectividad en general o del propio Estado.

Sin embargo, como eje común a las diferentes modalidades de otorgamiento, encontramos que la actividad de un particular es consentida por el Estado mediante un acto explícito que se constituye como requisito necesario para el ejercicio de la misma, ya que, de otro modo, o bien no podría realizarse válidamente o bien carecería de legitimidad.

2.3. Conceptos generales sobre las modalidades de otorgamiento de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales

La incidencia de la acción administrativa sobre la esfera jurídica de los particulares se ha consolidado y se produce de múltiples maneras mediante: 1) la atribución de derechos *ex novo* (nuevos o no existentes con anterioridad) a los particulares; 2) la ampliación de derechos de los que ya el particular era titular; 3) la reducción o limitación de esos derechos previos, o bien la creación de nuevas cargas y obligaciones o deberes que hasta ese momento no gravaban al administrado.

Cuando se hace referencia a las modalidades de otorgamiento, se alude a las actuaciones de la Administración pública que tienen implicancias directas sobre el patrimonio jurídico de los particulares al permitirles el uso excluyente de los recursos naturales. En el ordenamiento jurídico del Perú el problema radica en una falta de identificación de las figuras de la concesión, la autorización, licencia o permiso en función a una finalidad, causa y objeto diferenciado. Esto ha generado una gran confusión al momento de establecer criterios delimitativos en la definición de las mismas.

CUADRO 2. ACCESO Y USO DE RECURSOS GENÉTICOS: EL RÉGIMEN LEGAL EN EL PERÚ Y UN BREVE RECUENTO DEL PROYECTO ICBG

La recolección de material biológico (semillas, partes de plantas, microorganismos, extractos bioquímicos, recursos genéticos) para fines de investigación y desarrollo en el sector biotecnológico, farmacéutico, agro-industrial, cosmetológico, para la biorremediación, para la perfumería, y otros, constituye en la

actualidad una actividad muy importante y lucrativa a nivel global. Se estima que el mercado mundial en estos sectores oscila anualmente entre los US$ 500 y US$ 800 billones.

Es recientemente, con la entrada en vigor del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) en 1993, que se reconoció la soberanía estatal sobre los recursos genéticos y la facultad de regular su uso y explotación. A partir de ello, muchos países, entre ellos el Perú y los de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), han empezado a regular cómo y bajo qué eondiciones puede accederse a los recursos biológicos y genéticos que resultan la base para los desarrollos anteriormente referidos. Usualmente se le denomina a esta actividad "bioprospección".

En el Perú, la bioprospección se encuentra regulada por distintas normas. Entre ellas la *Decisión 391 de la CAN sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos* (1996), la *Decisión 486 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial* (2001) y la normativa reciente del INRENA sobre materia forestal y para la recolección de especimenes biológicos. Un reglamento específieo a la Decisión 391 se encuentra en discusión a nivel de la *Comisión Nacional de Diversidad Biológica* presidida por el *Consejo Nacional del Ambiente.*

En términos sencillos, para acceder a recursos genéticos en los países miembros de la CAN, es necesario que el solicitante celebre un contrato de acceso con la autoridad competente de cada Estado. Dado que los recursos genéticos son, por definieión de la propia Decisión 391, Patrimonio de la Nación o propiedad del Estado (según el país del que se trate), es solamente el Estado quien tiene derechos sobre ellos y puede de los mismos. En este contrato, la autoridad especificará las condiciones específicas en las cuales el solicitante podrá acceder y utilizar estos recursos. La Decisión 391 establece un listado no exhaustivo de estas condiciones.

En este cuadro se analizará la situación del Proyecto International Cooperative Biodiversity Group (ICBM)-Perú, mediante el cual la Universidad de Washington, Monsanto, el Museo de Historia Natural, la Universidad Cayetano Heredia y las comunidades aguarunas de la selva peruana establecieron relaciones convencionales para recolectar muestras biológicas con el fin de investigarlas y desarrollarlas a nivel del sector farmacéutico.

Cuando se inició este proyecto, no se encontraba vigente la Decisión 391 y no existía en realidad una legislación específica sobre la materia. Lo que se obtu-

vo del Estado (el INRENA) fueron *permisos* para la recolección científica de especimenes y su *screening* inicial en las instituciones peruanas. También fue autorizada la remisión de extractos para las pruebas correspondientes en los EE.UU. de Norteamérica. Entre las diferentes instituciones participantes se celebraron contratos o convenios en los cuales de manera privada se establecieron condiciones para la realización de las diferentes actividades del proyecto. Fueron incluidas consideraciones del propio CDB en relación al consentimiento fundamentado previo, el logro de términos mutuamente convenidos, la distribución equitativa de beneficios, la consulta con las comunidades, entre otras. La autoridad en su momento manifestó su conformidad con la realización de este proyecto.

Para este caso muy particular de aprovechamiento de recursos naturales (a nivel de recursos genéticos), se utilizaron *permisos* como la base para las actividades iniciales de recolección de las muestras biológicas. Ciertamente, y dado que el proyecto se inició en 1994, no era posible aplicar los mandatos de la Decisión 391 (que data de 1996) que en la actualidad adopta a los contratos de acceso (entre el Estado y los particulares) como el mecanismo y la figura principal para regular las condiciones de acceso a los recursos genéticos .

Estos contratos de acceso no son en estricto concesiones *per se*, aunque sus características —un procedimiento de acceso que se inicia con una solicitud, la sujeción de un contrato de acceso a recursos genéticos a condiciones de acceso establecidas por el Estado y una resolución final— hacen que en su esencia y naturaleza estén muy próximas a la figura de la concesión en general.

El tratamiento inadecuado e indiscriminado de estas figuras determina que en ocasiones se llame autorización a lo que sería propiamente una concesión, o se denomine permiso a lo que podría ser identificado como una concesión o una autorización. A veces se le otorgan los mismos efectos jurídicos a distintas modalidades de acceso. Una explicación para que esto ocurra sería el tratamiento *sectorial* y descoordinado de las distintas figuras. En estos casos, normalmente, los sectores le otorgan diversos contenidos y efectos jurídicos dependiendo de la finalidad y de las necesidades y aspiraciones de cada sector.

Por ello, vale la pena detenerse por unos momentos en el tratamiento que las distintas figuras han recibido en el seno de la doctrina administrativa y del derecho administrativo en general, para posteriormente analizar su aplicación concreta en el marco jurídico peruano. García de Enterría y Tomás Ramón

Fernández[29] inician el análisis de este tema distinguiendo entre la *delimitación* y la *limitación* de un derecho: la delimitación de un derecho, según estos autores, consistiría en fijar su contenido normal y señalar límites o fronteras a su extensión, que no puede ser nunca ilimitada. Por el contrario, la limitación de un derecho opera sobre ese contenido normal para restringir sus condiciones y posibilidades de ejercicio.

En este orden de ideas, la *autorización* implica un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo, un impedimento o una prohibición que la norma ha establecido para el ejercicio del derecho de un particular. En ese supuesto, se partiría de un derecho preexistente, pero cuyo ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar la tranquilidad, seguridad, salubridad pública o economía del país. Sólo cuando se satisfagan determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses, la Administración pública permitirá el ejercicio de aquel derecho previo. Son actos que condicionan el ejercicio de algunos de los derechos del particular. De esta forma, el derecho del propietario a edificar se encontraría inherente en el derecho de propiedad y sólo condicionado a la remoción de los obstáculos existentes, una vez constatado que el proyecto de edificación se ajusta al ordenamiento jurídico. La figura aparece ligada a la *facultad de policía* de la Administración y encuentra su origen en el hipotético conflicto de intereses entre el derecho del particular y el interés público amenazado y presumiblemente lesionado por un uso incontrolado del citado derecho. En el ámbito del dominio público, se fundamenta, entre otros factores, en la necesidad de evitar los perjuicios materiales que pudiera sufrir el recurso natural con la consiguiente depreciación, agotamiento o degradación.

La autorización se configura realmente como un acto declarativo que no genera entre la Administración y el administrado ninguna relación jurídica de tipo negocial, no pudiendo otorgar por sí misma otros poderes que los previstos en la norma. Así, por ejemplo, podrían ser objeto de autorización la implementación de industrias importadoras de residuos tóxicos o peligrosos; la ejecución de obras en monumentos declarados bienes culturales; la actividad de desbosque; y la introducción de especies exóticas, entre otras.

---

29 García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Editorial Cívitas, Madrid, 2000.

La *concesión,* por el contrario, se concibe como un acto administrativo creador de derechos *ex novo*, de los que antes carecía el titular. En este supuesto no existe un derecho previo del particular a la materia que es objeto de la concesión. Se refiere a una situación en la que al particular no le corresponde ninguna facultad y en la que no puede realizar ninguna actividad si no es por virtud de la propia concesión que crea directamente tales derechos o facultades. Así, la concesión otorga derechos nuevos, amplia el patrimonio jurídico del particular y configura las facultades que le corresponden.

CUADRO 3. CONCESIONES PARA CONSERVACIÓN

Las concesiones para conservación son aquellas por las que el Estado, a través del INRENA, otorga a un particular el derecho de exclusividad en una área especifica, preferentemente en bosques de tierras de protección, para realizar actividades de protección, investigación, educación y gestión sostenible de los recursos naturales, conducentes a mantener y proteger la diversidad biológica por un plazo de hasta cuarenta años renovables. Estas concesiones son gratuitas.

Dentro del marco de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre y de su reglamento, se aprobaron mediante Resolución Ministerial No 0566-2001-AG, las disposiciones complementarias para el otorgamiento de concesiones para conservación. Estas disposiciones constituyen la herramienta legal necesaria para viabilizar el otorgamiento de concesiones para conservación, ya que regula los procedimientos para acceder a las mismas, los derechos y obligaciones de las partes, la evaluación, el seguimiento y la caducidad, entre otros temas.

Con fecha 6 de julio del 2001, el Estado a través del INRENA, otorgó a la Asociación para la Conservación de la Cuenca Amazónica (ACCA) la primera concesión para conservación en el país. ACCA es una asociaeión sin fines de lucro, fundada en 1999 en Lima, cuya misión consiste en "promover la conservación de la biodiversidad en armonía con el bienestar social en el sur oriente peruano".

La concesión para conservación otorgada se encuentra ubicada en la cuenca hidrográfica del río Los Amigos, en los distritos de Colorado, provincia de Manu, y de Laberinto, provincia de Tambopata, en el departamento de Madre de Dios, con un área que tiene un perímetro de 450 km y una extensión de

135,832 ha. El plazo de otorgamiento de la concesión ha sido de cuarenta años renovables.

La concesión para conservación otorgada constituye el reconocimiento a una iniciativa del sector privado para lograr la conservación de la diversidad biológica y el manejo sostenible de los recursos naturales, basada en la investigación y desarrollo de la cuenca del río Los Amigos y su área de influencia. Cabe mencionar que el compromiso de inversión asumido por ACCA para el desarrollo de estas actividades es de US$ 5 000 000.00 (cinco millones de dólares americanos).

A esta ampliación de los derechos del particular, se añade el deber de ejercerlos en un determinado sentido, con la extensión y en las condiciones que la Administración pública determine. La situación jurídica creada es además resoluble en un plazo determinado o caducable o rescatable por la propia Administración. Siguiendo el precepto anterior, nos encontraríamos ante una situación en la que la administración pública *delimitaría* derechos que surgen como tales de la propia actuación administrativa.

Las concesiones han sido utilizadas fundamentalmente por el Estado para el desempeño de su potestad de servicio público, permitiendo a los particulares la facultad de explotar y prestar un servicio público que en principio le correspondería prestar al propio Estado. De esta forma, entre las distintas atribuciones que corresponderían a la Administración pública para la consecución del interés general, siguiendo las teorías de la doctrina administrativa tradicional, como son las facultades de fomento, policía y la prestación de servicios públicos, la concesión se configuraría como un instrumento jurídico destinado a facilitar esta última.

La diferencia entre las autorizaciones y las concesiones, en el ámbito de la actuación administrativa en general, se ha hecho cada vez más difusa al ejercerse la figura de la autorización no sólo en el marco de una actuación de policía de la Administración, en virtud del cual su función principal sería controlar la actividad autorizada y acotarla negativamente dentro de unos límites determinados, sino también en la cobertura de otras necesidades de interés público.

La ampliación del concepto de servicio público y de la intervención pública en casi todos los sectores económicos, ha llevado a utilizar el instrumento de

la autorización como una herramienta más de gestión de la Administración con la cual orientar el ejercicio de una actividad en un sentido determinado, en razón del interés público. En este sentido, la autorización serviría como una técnica tutelar del interés general que sirve para obligar a la actividad económica y social a seguir derroteros convenientes a las necesidades públicas[30]. Éste sería el caso de lo que algunos autores, como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, han venido en denominar autorizaciones operativas. Dichas autorizaciones obedecerían al propósito de la Administración de encauzar la actividad autorizada a la consecución de determinados objetivos previamente definidos en programas sectoriales o decididos en las normas aplicables a una cierta actividad.

A este nuevo propósito correspondería el cambio que el acto de autorización ha sufrido en su propio contenido, incorporando un carácter menos reglado y más negocial. Estas circunstancias han determinado que se matice el punto de partida por el que se diferenciaban ambas figuras.

Ante esta identidad de fines, la doctrina y el derecho administrativo han empezado a revisar la teoría general de ambos títulos de intervención y han ido avanzando hacia otro tipo de líneas argumentales con miras a precisar las cualidades propias de la autorización frente a la concesión: la mayor precariedad del derecho; las mayores posibilidades de revocación del mismo; el "menor valor económico" del título al implicar una menor indemnización por daños y perjuicios al interesado en el supuesto de la revocación; la menor intensidad del uso; la menor permanencia y estabilidad del uso, entre otras. Consecuentemente, es factible centrar las diferencias no en criterios materiales, sino en el régimen jurídico específico que, en el caso de la concesión, implica una mayor permanencia en el uso permitido, lo que conllevaría al establecimiento de relaciones más estrechas entre el administrado y la Administración y a un mayor control por parte de ésta.

30 García Pérez, Marta. *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial.* Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

2.4. Permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano

Dentro del género de las autorizaciones a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, la normativa peruana distingue entre los permisos y las autorizaciones propiamente dichas. Los permisos, siguiendo la teoría general del derecho administrativo, son exigidos como medios de restricción o reglamentación de la propiedad o de la libertad de los individuos.

A dicha finalidad parece obedecer la regulación contenida en la normativa forestal, cuando requiere permisos para ordenar el aprovechamiento de los recursos forestales realizado en tierras de propiedad de terceros distintos del Estado. Éste es el caso del aprovechamiento en bosques de tierras de comunidades o de propiedad privada, en plantaciones forestales y en otras formaciones vegetales en tierras de propiedad privada.

Por otra parte, las características sustanciales de los bosques secundarios y la finalidad de preservar los bosques de producción en reserva para su explotación futura, hace que se contemple también la necesidad de un permiso a los particulares para desarrollar actividades de aprovechamiento de recursos forestales en los mismos, que será otorgado de conformidad con un plan de manejo en el primer caso, o siempre que no afecten al potencial maderero del área y de conformidad con unos lineamientos específicos en la segunda categoría. Ante estos supuestos, no obstante, la distinción entre autorización y permiso se hace prácticamente inexistente.

Los permisos obedecerían, en los supuestos expresados, a la facultad que tiene la administración pública de ejercitar sus facultades de policía en relación con todos los recursos naturales de la nación, con independencia de la titularidad del terreno en el que se encuentren. Esta circunstancia implica la posibilidad de afectar los derechos de los particulares a fin de asegurar la preservación del recurso y el orden en su manejo. Mención aparte merece el permiso de pesca al que se hará referencia más adelante al analizar la figura concesional.

En estos mismos casos de reglamentación de la propiedad privada, algunos criterios especiales de salubridad, de protección ambiental, de conservación de especies amenazadas o en riesgo de extinción, pueden ser el motivo de la exigencia de un instrumento de *mayor intensidad* como es la autorización. Así sucede, por ejemplo, en el caso del aprovechamiento en bosques secos de la

costa para fines comerciales, en donde se requiere de autorización aunque éstos se encuentren en tierras privadas o comunales, en el caso de las actividades de acuicultura realizadas en predios de propiedad privada, o en el de la investigación pesquera cuando se opere en plantas de procesamiento.

Además, la autorización se reserva en la legislación peruana fundamentalmente para el otorgamiento de derechos sobre recursos naturales que se encuentran en terrenos o zonas de dominio público. La lógica de esto obedece, en algunas ocasiones y como se ha hecho mención anteriormente, a la facultad de policía de la Administración y se ajusta a un procedimiento reglado de otorgamiento. Ello significa que la autoridad competente se limita a constatar la inexistencia de trabas u obstáculos al ejercicio del derecho por el particular, que el uso del recurso se ajusta a la naturaleza del dominio, a su conservación, a los actos de su afectación, a su apertura al público y al orden público, entre otros aspectos. A este supuesto podría obedecer la actividad de cateo en minería que requerirá autorización cuando se realice en zonas urbanas y de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público. También entrarían dentro de este concepto las autorizaciones para la realización de actividades exploratorias y experimentales en el aprovechamiento de recursos hidrobiológicos; y la investigación pesquera, cuando se utilicen embarcaciones, se extraigan recursos hidrobiológicos, se usen espacios acuáticos públicos o se operen plantas de procesamiento.

En otras ocasiones, la autorización obedece a un carácter más *operativo*, de mayor discrecionalidad por parte de la autoridad competente. En este supuesto tiene un carácter limitativo, implicando la exclusión o la limitación del uso por parte de terceros interesados, y pretende una orientación específica con la que la Administración quiere encauzar el ejercicio de una actividad en un sentido determinado. Esta parece ser la concepción a la que responde la reciente normativa forestal, en donde se parte del establecimiento de un ordenamiento forestal y la planificación de su manejo sostenible y se pretende encauzar y orientar el aprovechamiento por parte de los particulares conforme a dicho sistema. En este sentido, la autorización serviría, como se ha mencionado anteriormente, como una técnica tutelar del interés general que sirve para obligar a la actividad económica y social a seguir determinados cauces de interés público. Nos hallaríamos así ante la autorización requerida para el aprovechamiento en bosques secos de la costa (en cuyo caso se incorporan al contenido de la autorización términos temporales y de superficie referidos a diez años y a 500 ha en tierras de dominio público); en asociaciones vegetales que se encuentren en los álveos o

cauces naturales, o de especies arbustivas y plantas medicinales en formaciones no boscosas.

No obstante lo anterior, conviene advertir que la exigencia de los planes de manejo y de una contraprestación por parte del concesionario —consistente en el pago de derechos a la autoridad administrativa— tanto en los supuestos de permisos como de autorizaciones, hace que la diferencia entre dichos instrumentos jurídicos y entre ellos y la figura de las concesiones, sea difícil de establecer y esté impregnada de una gran confusión dentro del ordenamiento forestal referido.

Por otro lado, no consideramos adecuada la inclusión de la creación y el aprovechamiento de bosques locales dentro de la figura de la autorización. En este caso, se trataría más bien de un supuesto de delegación de funciones, más que de autorización, en virtud del cual la administración competente delega la administración de los mismos en los gobiernos locales o en las organizaciones locales reconocidas por éstos. En virtud de la mencionada delegación, se les transfiere durante un tiempo determinado las facultades de otorgar las autorizaciones y permisos y los mecanismos de supervisión.

La licencia hace referencia a un acto de la Administración que permite ejercer a un particular un derecho personal y subjetivo en atención a las características o condiciones subjetivas del beneficiario. Por ejemplo, la licencia de conducir, la de construcción o la de caza, entre otras. La legislación forestal exige que para la realización de la caza comercial se porte la respectiva licencia de cazador comercial otorgado por el INRENA o por quien quede facultado por delegación expresa de ésta[31]. Por otro lado la propia norma establece como requisitos para la caza deportiva la licencia para portar armas de fuego de uso deportivo otorgado por la DISCAMEC y la licencia de cazador deportivo[32]. Complementado lo dicho, el ejercicio de la caza con fines científicos no requiere adicionalmente de licencia de caza[33].

31 Art. 239 inc. a del Decreto Supremo No. 014-2001-AG. Reglamento de la Ley Forestal y d e Fauna Silvestre, publicado el 09/04/2001.

32 Art. 243.

33 Art. 326 segundo párrafo.

2.5. Elementos diferenciadores en las concesiones sobre recursos naturales en el Perú (hacia un concepto de concesión sobre recursos naturales)

Con independencia del análisis que se realizará en el punto 2.6.1 sobre la naturaleza jurídica y los elementos de la concesión, que permitirá evaluar la idoneidad de la figura para regular el aprovechamiento de los recursos naturales, conviene realizar un primer acercamiento a la caracterización que le otorga la legislación peruana a esta figura y a los rasgos que la hacen distinguible de otras afines, como la autorización.

2.5.1 *Otorgamiento de derechos reales sobre los atributos del título*

Si bien la figura de la concesión coincide con la autorización al constituir ambas una relación en la que participa la Administración; estar reguladas por el derecho público administrativo; y ser ambas consecuencia del ejercicio de potestades de la Administración, de la normativa nacional en materia de recursos naturales se deducen distintos elementos que contribuyen a calificar una relación jurídica como de concesión y a diferenciarla de las otras modalidades de otorgamiento.

Así, el artículo 23 de la ley orgánica ayuda a entender los dos niveles en los que opera la concesión sobre recursos naturales. Por un lado, como ya se adelantó en el punto 1.2., el artículo 23 establece que la concesión "... otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse....". Como titular de la concesión puede entonces usar y disfrutar de los recursos naturales que son objeto del título. No se tienen derechos de propiedad sobre ellos sino simplemente de uso y disfrute. Mediante el título se *constituyen* derechos de uso y disfrute.

Pero en otro nivel, el propio artículo 23 establece que las concesiones "...son bienes incorporables registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercer adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, podrán inscribirse en el registro respectivo." Es decir, el título de la concesión puede ser objeto de tráfico jurídico por parte del titular del mismo.

La concesión como instrumento jurídico que otorga a los particulares derechos de carácter real —en cuanto al título mismo— parece ser la circunstancia delimitadora principal del ordenamiento jurídico peruano en la definición de las concesiones sobre recursos naturales. La posibilidad que el titular de las mismas tiene para someterlas al tráfico jurídico es una característica común a las concesiones más estrechamente ligadas al aprovechamiento de los recursos naturales, como pueden ser las de exploración y explotación minera, las de beneficio, las de explotación forestal con fines maderables, las forestales para ecoturismo, las de forestación y reforestación, y las de acuicultura.

No obstante, el contenido de los atributos del título sobre los que se pueden ejercer los derechos reales varía en cantidad y cualidad en las distintas concesiones mencionadas. La concesión minera se caracteriza por otorgar los mayores derechos de carácter real al titular de la misma —hasta el punto de que podrían llegar a identificarse los atributos que otorga el título de la concesión con los que otorgaría un derecho de propiedad plena[34]—, al constituirse como un bien inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicado, susceptible de tráfico jurídico y no sujeto en su disfrute a limitaciones de carácter temporal. Las concesiones forestales con fines maderables y las concesiones forestales de ecoturismo, por su parte, admiten con carácter general el derecho a constituir hipotecas sobre el derecho de concesión y a ceder la posición contractual del titular de la concesión, pero se exige en este último caso la previa autorización de la autoridad, es decir del INRENA. La concesión de acuicultura

[34] Algunos autores, como Garrido Falla, F. mencionan que la naturaleza del derecho al uso privativo del dominio público no debe llevar a una forzada asimilación del titular del dominio público, que cede facultades de uso y aprovechamiento, con el propietario de una cosa en el sentido civil. El carácter real del derecho se predica desde un punto de vista procesal, a efectos de afirmar el carácter *erga omnes* del derecho en cuestión. Garrido Falla. *Tratado de derecho administrativo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1992. p.583.

En este mismo sentido, Guillermo García Montufar y Militza Franciskovic Ingunza manifiestan, refiriéndose a las concesiones mineras, que el propietario no adquiere la propiedad del yacimiento, aun cuando sea propietario del terreno superficial, y que el derecho que obtiene radica en la facultad de extraer minerales. En consecuencia, señalan los mencionados autores, el derecho real de exploración-explotación es un derecho *sui generis* sujeto al tráfico jurídico, con posibilidad de ser vendido, transmitido por herencia, etc, pero de ninguna manera implica el derecho a transferir la propiedad del yacimiento.

contempla asimismo la posibilidad de ser transferida a particulares, previa autorización del Ministerio de Pesquería y suscripción de un nuevo convenio de conservación, inversión y producción acuícola.

La circunstancia de otorgamiento de derechos reales no ayuda sin embargo a la hora de explicar por qué la extracción de recursos hidrobiológicos no ha encontrado amparo bajo la modalidad de la concesión y ha sido reconducida hacia otros instrumentos jurídicos como son los permisos de pesca. De esta forma, el *Reglamento de la Ley General de Pesca*, aprobado mediante Decreto Supremo No. 012-2001-PE de fecha 14 de marzo del 2001, establece que el permiso de pesca es indesligable de la embarcación a que corresponde y, en concreto, la transferencia de la propiedad o la posesión de las embarcaciones de bandera nacional conlleva la del permiso en los mismos términos y referencias en que se otorgó.

Por otra parte, el carácter real de los derechos que otorgan las concesiones no se cumple en el caso de las concesiones forestales para conservación, en donde por la sustantividad de las mismas, las características de su objeto y finalidad, la atención parece centrarse en la persona del concesionario al declarar expresamente su condición de intransferible a terceros y la imposibilidad de ser sujeta a gravámenes, hipotecas o cargas similares. La ley guarda silencio respecto a las concesiones forestales para otros productos del bosque.

2.5.2 *La exclusividad de aprovechamiento de un recurso natural determinado*

El elemento que ayuda a delimitar con mayor claridad la figura de la concesión sobre recursos naturales, otorgándole una identidad propia entre los distintos instrumentos a disposición de la Administración para regular la conducta de los particulares en dicho ámbito, es el de la exclusividad de aprovechamiento que la concesión otorga a los particulares en relación con un recurso natural determinado. El uso excluyente hace referencia a que el aprovechamiento o uso del recurso natural por parte del beneficiario, impide o limita severamente su utilización por otros interesados. De acuerdo con García Pérez[35] la idea de la *exclusión* puede entenderse desde un punto de vista físico, en el entendido que origi-

[35] García Pérez, Marta. Ob. cit., p. 127.

na una ocupación del bien o recurso en el sentido de "toma de posesión" o "aprehensión", de forma que impide su libre uso y aprovechamiento por otras personas. La protección de esta facultad de exclusión es de tal dimensión, que bien podría oponer a terceros o al propio Estado una acción penal por delito de usurpación en caso su derecho posesorio se vea afectado por terceros o por el propio Estado, por acciones molestas, abuso de confianza o engaños.

Desde un punto de vista jurídico, la exclusión hace referencia a que el derecho de aprovechamiento de los recursos naturales se limita o está restringido a determinado número de beneficiarios, de modo tal que sólo ellos pueden verse beneficiados de la obtención de los frutos propios de dicho aprovechamiento.

Como ya se indicó, la exclusividad recae en un recurso natural específico y se manifiesta en directa vinculación con él. Es el derecho exclusivo que se otorga en el título de la concesión a explorar, desarrollar y explotar la concesión minera; a extraer o concentrar la parte valiosa del agregado de minerales en la concesión de beneficio; a la explotación forestal con fines maderables en la concesión forestal, entre otros ejemplos, lo que se constituye como el elemento definitorio y común de todas ellas, y, en última instancia, les dota de contenido económico.

Con el fin de garantizar dicha exclusividad, el ordenamiento forestal la hace extensiva al área sobre la que se proyecta el aprovechamiento del recurso. Así, los artículos 83 y 108 del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2001-AG de fecha 9 de abril del 2001, establecen que tanto las concesiones forestales con fines maderables como no maderables se otorgan a exclusividad, no pudiendo la autoridad otorgar otras concesiones, permisos o autorizaciones sobre la misma área a terceros.

El mencionado principio de exclusividad todavía adquiere, en nuestra opinión, una sustantividad mayor en la concesión forestal para ecoturismo, al afectar a la esencia misma del recurso natural sobre el que dicha concesión recae. La exclusividad, en este caso, dota de la entidad de "recurso natural" a un entorno de la naturaleza que de otra forma no lo sería: es la posibilidad de disfrutar en exclusividad de un determinado paisaje natural[36], de ejercer un *uso privativo* sobre el mismo, consistente en una actividad de ocio, lo que le otorga valor *económico* y

[36] El aprovechamiento de los recursos naturales no debe entenderse reducido a su aprehensión o toma de posesión únicamente, sino también a la efectiva disponibilidad del recurso.

ayuda a incluir al paisaje en el concepto que de recurso natural se contiene en la ley orgánica —permitiendo con ello servir de soporte físico sobre el que delimitar el contenido de los derechos y obligaciones que conllevan las concesiones forestales para ecoturismo.

En este sentido, conviene recordar que de conformidad con el artículo 3 de la mencionada ley, serán considerados recursos naturales "... todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado" Como consecuencia de esto, la mencionada ley continua refiriéndose al paisaje natural y establece que el "... paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley".

A su vez, dicha circunstancia permite diferenciar las concesiones de ecoturismo de las de servicios turísticos y recreacionales en áreas naturales protegidas, que en esencia se asemejan a las concesiones sobre obras y servicios públicos y con respecto a las cuales el elemento de la exclusividad es intrascendente, a diferencia de lo que sucede con las primeras[37].

Aplicando dicha interpretación en sentido negativo, la imposibilidad de otorgar el recurso natural en exclusividad, debido a la misma naturaleza del recurso, justificaría la orientación de la extracción de los recursos hidrobiológicos hacia un régimen regulatorio diferente, bajo lo que se ha venido a denominar el permiso de pesca.

Dicha exclusividad sobre el recurso permite, en la mayoría de los casos, distinguir entre concesión y autorización. En los supuestos en los que se contempla la autorización para el aprovechamiento sobre los recursos naturales, no se incluye en ningún caso el derecho a la titularidad exclusiva por único particular en atención al recurso sobre el que se otorga. Las autorizaciones, por su misma esencia, admitirían la concurrencia en el aprovechamiento de un mismo recurso.

---

37 Solano manifiesta que la concesión de servicios turísticos no genera derechos de exclusividad sobre uso del espacio o paisaje, pero sí cabría la posibilidad de exclusividad en relación con la prestación del servicio turístico. Ver: Solano, Pedro. *Concesiones para ecoturismo: Econegocios para el nuevo milenio. Alcances legales y propuestas*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2001, p. 35.

El tratamiento de las circunstancias de permanencia, intensidad y rentabilidad del uso se realizará en el apartado de las características de la concesión . Dichos elementos servirán de soporte no sólo para diferenciar las concesiones de recursos naturales de las autorizaciones, sino también para contrastar su régimen con el de las concesiones de obras y servicios públicos.

2.5.3. *El carácter constitutivo*

Hace referencia a que el otorgamiento de la concesión sobre recursos naturales supone la atribución de derechos nuevos por parte de la Autoridad en beneficio del concesionario. La idea central de este principio radica en que el beneficiario carecía de estos derechos nuevos en su esfera patrimonial[38] hasta antes de su otorgamiento por la Autoridad (ex novo).

Esta atribución constitutiva de la concesión sobre recursos naturales la distingue de las otras modalidades de acceso (autorizaciones, licencias y permisos), en tanto que estas últimas actúan como meros presupuestos de derechos o facultades preexistentes[39].

2.5.4. *El carácter discrecional y la estabilidad de título*

El Tribunal Supremo español ha entendido la discrecionalidad como "la posibilidad o la conveniencia de actuar o no en función del interés público[40] y de elegir entre las distintas alternativas que se le presentan al ser todas ellas igualmente justas". En este sentido, la discrecionalidad surge, en la práctica, cuando el ordenamiento jurídico atribuye a un órgano la competencia para apreciar y discernir lo que concierne al interés público en un supuesto dado.

La estimación del interés público en el ámbito de las concesiones sobre recursos naturales está fundamentalmente vinculada a la necesidad de garantizar la sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos naturales (ver. 2.6.1.). Esto

38 Sobre el particular ver 2.3.

39 Raneletti, O. "Concetto e natura delle autorizzazione e concessione admmistrative", en Giurisproudenmza Italiana, 1984-II.

40 Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1974 y del 1 de marzo de 1975.

supone una decisión que valore no sólo los fines de las normas sectoriales que le dan sustento, sino también los potenciales impactos de la actividad en los recursos naturales y el entorno social, lo cual implica no sólo un esfuerzo de contrastación sino también una limitante a la arbitrariedad.

Por su parte, la estabilidad del título se expresa en los diversos momentos de la vida jurídica del título. Así, García Pérez nos advierte que la estabilidad se da en el nacimiento del propio título, al otorgarse al titular plazos de disfrute lo suficientemente amplios como para hacer rentable su actividad. Durante su vigencia, al permitirse la posibilidad de que las condiciones de la concesión no sean modificadas por normas posteriores que la puedan afectar; y en su extinción, al exigirse que la propia ley o el título especifiquen de modo expreso las causas de la extinción y exigir una indemnización en caso se produzca la extinción anticipada del título por los perjuicios causados.

2.6. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la concesión sobre recursos naturales

El tema de la concesión, como se indicó al inicio de este trabajo, ha sido durante mucho tiempo objeto de numerosos estudios, todos ellos centrados fundamentalmente en el ámbito de la concesión de servicios públicos y en los que, históricamente, se han presentado dos posturas diferentes y en principio irreconciliables.

Por una parte se encuentran los autores partidarios de entender la concesión como un *contrato* del Estado con los particulares, que podría estar sujeto al derecho público o privado y, por otra, los que entienden la concesión como un acto administrativo unilateral de la Administración, que obedece a la potestad discrecional de ésta. Resulta por ello fundamental analizar ambas interpretaciones, para luego pasar a determinar cuáles han sido las adoptadas en la legislación del Perú referentes a las concesiones sobre recursos naturales.

El entendimiento de la concesión como una relación puramente contractual, lleva a definirla como un acuerdo de voluntades que tomaría forma en un contrato y se manifestaría, por parte de la Administración, en su expresión de voluntad de conceder y en la aprobación de las peticiones formuladas. Por el lado del particular o del administrado, la concesión se plasmaría en la solicitud del otorgamiento o bien en la aceptación de las condiciones ofertadas por el Estado.

El fundamento de esta teoría se encuentra en la mayor estabilidad que ofrece la figura contractual al concesionario para realizar el aprovechamiento de los recursos naturales. Su consecuencia inmediata es la intangibilidad del contrato, en virtud de la cual la Administración no podría modificar unilateralmente las condiciones pactadas. La explotación de los recursos naturales lleva consigo la necesaria realización de inversiones, instalaciones y actividades de gran coste para el concesionario que, se entiende, deben ser protegidas frente a la decisión unilateral de la Administración de revocación o modificación unilateral de la concesión.

El carácter contractual de la relación pretendería con ello ceñir al máximo el *ius imperium* del Estado bajo el límite de una relación convencional con miras a una mayor seguridad del concesionario. Este aspecto deviene importante si lo que se quiere es fomentar la explotación económica privada de los recursos naturales[41].

Por su parte, la teoría del acto administrativo califica la concesión como un acto administrativo unilateral y discrecional, en función al origen y a la causa inmediata de la concesión, que son la potestad discrecional de la Administración y el interés público, respectivamente. El fundamento se hallaría en el origen del acto concesional, es decir, en la inexistencia del libre acuerdo de voluntades: el carácter predeterminado de los contenidos de los derechos y obligaciones y de las causales de extinción del contrato, y la presencia de fuertes poderes exorbitantes a favor de la Administración, entre otros factores. En este sentido, se manifiesta que no es identificable la "administración por vía de acuerdos bilaterales" con la "administración por vía contractual". La consecuencia inmediata sería la posibilidad de la Administración de modificar o revocar el acto de concesión ante el surgimiento de circunstancias que amparen la defensa del interés público.

Ante la polaridad de posiciones, muchos han sido los estudios doctrinales que se han dirigido a la búsqueda de soluciones conciliadoras, en las que fundamentalmente se explique el papel del concesionario en la relación concesional. En esta dirección se encuadran, por ejemplo, los partidarios de la calificación de la concesión como un "negocio jurídico complejo" en el que sin faltar los compo-

41 Asimismo se invoca el carácter contractual de la concesión para diferenciarla de la autorización administrativa, que sería una manifestación puramente unilateral por parte de la Administración.

nentes bilaterales propios de un contrato, se integran las potestades de la Administración. La concesión vendría definida, por un lado, por la nota de unilateralidad, al estar su contenido restringido por las prescripciones que originariamente se establezcan con carácter legislativo y reglamentario, y que se plasman de forma especifica en las bases de la convocatoria. A ello se añadiría un carácter sinalagmático, al incluirse dentro de las prescripciones del contrato, entre otros aspectos, las obligaciones y deberes concretos de las partes, el plazo de vigencia y las causales de caducidad —circunstancias que en ningún momento podrán ser alteradas unilateralmente por la Administración.

2.6.1 *Naturaleza jurídica de la concesión sobre recursos naturales en la legislación peruana*

¿Cuál es la visión o interpretación que la legislación peruana ha adoptado a la hora de regular el acceso de los particulares a los recursos naturales mediante la figura de la concesión? A esta pregunta se puede responder admitiendo desde un principio la ausencia de un tratamiento unívoco para todos los recursos naturales[42]. Las circunstancias sociales, económicas y políticas del país han ido modulando a lo largo del tiempo la distinta reglamentación que ha ido surgiendo en relación con los distintos recursos naturales.

De esta forma, si bien podemos constatar una tendencia marcadamente favorable al predominio del *ius imperium* del Estado en las concesiones sobre recursos mineros[43]—en ella estaría el origen primero de la regulación de las concesiones sobre recursos naturales en el Perú—, esta perspectiva se contrapone claramente con la más reciente normativa reguladora de las concesiones forestales con fines maderables, en la que se adopta una clara tendencia contractualista, y con

[42] La Ley Orgánica de Aprovechamiento de los Recursos Naturales en ningún momento se pronuncia al respecto refiriéndose a la concesión únicamente como un título, pero no como un acto administrativo o un contrato.

[43] García Montufar adopta una postura clara a favor de la concesión minera peruana como un acto estatal jurídico administrativo, manifestando que se trata de un acto administrativo puro que consiste en una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa. En este sentido, tanto este autor como Franciskovic Ingunza concluyen que la concesión minera es un acto estatal que emana de la autoridad competente con la finalidad de autorizar el ejercicio de las actividades de exploración-explotación. Ver: García Montufar y Franciskovic Ingunza. *Derecho minero común*. Editorial Gráfica Horizonte, 1999.

las muy recientes regulaciones de las concesiones forestales para ecoturismo y conservación en donde prevalecen las garantías a los particulares a fin de fomentar su entrada en la explotación de dichos recursos. Dicha tendencia vendría incluso ratificada por el *Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas* aprobado por Decreto Supremo No. 038-2001-AG, de fecha 26 de junio del 2001, cuyo subcapítulo IV, dentro del capítulo IV dedicado a las modalidades de manejo y administración, directamente adopta el título "De los contratos para el aprovechamiento de los recursos naturales".

Distinto es el instrumento jurídico que se ha desarrollado para regular el aprovechamiento de los hidrocarburos, en cuyo caso se ha optado por amparar su explotación bajo un contrato de licencia sometido a la jurisdicción privada.

Partiendo de las mencionadas consideraciones, podemos distinguir una triple perspectiva en la legislación peruana a la hora de abordar las concesiones. En virtud de una primera postura, la concesión es un acto unilateral en el que la aceptación del concesionario no es indispensable para la validez del acto. En este sentido, la concesión no se perfecciona por el concurso de la oferta de la Administración y la aceptación del concesionario, sino que existe y es válida desde que la Administración decide otorgarla.

En dicho supuesto estaríamos hablando, como ya se ha hecho mención, de las concesiones mineras: los derechos y obligaciones del concesionario nacerán a partir del momento en que se emita una resolución de la autoridad competente, que no necesitará del complemento posterior de ningún contrato entre ambas partes. De esta forma, nos encontraríamos ante un "procedimiento administrativo más" en el que la solicitud constituiría un mero acto de trámite mediante el cual el particular pone en conocimiento de la Administración su deseo de ser concesionario, y en el que el abandono de dicha solicitud o petitorio —erróneamente incluida, a nuestro juicio, entre las causas de caducidad de la concesión al no estar ésta propiamente constituida[44]— sería un simple desistimiento a con-

[44] Si bien el artículo 58 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (DS 014-92-EM, publicado 04/06/92) establece que "las concesiones se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación", el artículo 62 de la mencionada norma, al regular la causal del abandono, establece que "es causal de abandono de los pedimentos de concesión el incumplimiento por el interesado de las normas de procedimiento minero aplicables al título en formación".

tinuar con el procedimiento por parte del particular. La solicitud implicaría una forma de dar comienzo al procedimiento administrativo que culminará con la denegación o el otorgamiento de la concesión.

Por otra parte, la aceptación por el particular no añade nada al acto de otorgamiento, al perfeccionarse éste por la sola exteriorización de la voluntad de la administración otorgante. Asimismo, la inclusión de la *renuncia* por el concesionario, como una de las causales de extinción de la concesión, se identificaría con la simple renuncia por el administrado de un acto declarativo de derechos.

Otra interpretación que también encuentra su reflejo en la legislación peruana vendría dada por la visión de la concesión no como un acto imperativo, sino como un acto necesitado de colaboración o aceptación por el particular, que se plasmaría en un contrato entre las partes previo a la resolución administrativa de otorgamiento. Esta es posiblemente la interpretación más correcta de la figura de la concesión.

De la misma forma que en el supuesto anterior, la solicitud del particular se constituiría en el acto que inicia el procedimiento para la obtención de la concesión que culminaría con una decisión unilateral y discrecional por parte de la Administración. No obstante, en este caso, se entiende que constituye un requisito esencial la existencia de una aceptación por el particular de las condiciones ofertadas por la Administración: una vez que se ha desarrollado el procedimiento administrativo correspondiente y antes de la resolución, se comunican al peticionario las condiciones del otorgamiento para que manifieste su aquiescencia mediante la suscripción de un contrato que será previo a la resolución final de la autoridad competente.

En consecuencia, la aceptación se produce *antes* de la resolución administrativa y, por tanto, antes de nacer el vínculo concesional. La resolución se producirá sólo en el caso de ser aceptadas las condiciones por el particular y será únicamente a partir de dicha resolución cuando nacen la concesión y la condición de concesionario. En el caso de que el concesionario no aceptase, se declararía concluido el expediente por desistimiento del peticionario.

Esta visión es la que parece haber sido adoptada por la *Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos* del 2 de julio de 1996, en virtud del cual, el contrato de acceso a recursos genéticos se perfeccionará mediante resolución de la autoridad competente. Esta

misma perspectiva adopta, en el ámbito peruano, el Reglamento de la Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura aprobado por Decreto Supremo No. 030-2001-PE publicado el 12 de julio del 2001, en cuyo artículo 20, apartado primero, se establece que "... las personas naturales o jurídicas que soliciten concesión para realizar actividades de acuicultura en terrenos o aguas públicas deberán suscribir con la Dirección Nacional de Acuicultura o las Direcciones Regionales de Pesquería correspondientes, previo al otorgamiento de la respectiva concesión, un convenio de conservación, inversión y producción acuícola, el mismo que contempla los términos de referencia relacionados con aspectos técnicos y financieros, así como aspectos normativos contemplados en el presente Reglamento, debiendo garantizarse el cumplimiento de las metas de producción y asegurarse la ejecución de las inversiones correspondientes".

En el supuesto de la concesión acuicola también se contempla la renuncia del titular como una de las causales de extinción de la misma.

Finalmente, una posición más "contractualista" habría tenido su reflejo en la normativa sobre concesiones forestales. Siguiendo esta perspectiva, tanto las actuaciones realizadas por el particular[45] como las realizadas por la Administración relativas al concurso de la oferta y su aceptación con carácter previo, se consideran típicos tratos precontractuales encaminados a la perfección del contrato[46]. Asimismo, la aceptación del concesionario de las condiciones ofertadas por la Administración se constituiría en un elemento esencial para la perfección del contrato, y, por tanto, de la concesión. La voluntad del administrado se hace, en este caso, necesaria para el nacimiento de la concesión que requiere el concurso de la oferta y la aceptación sobre la causa del contrato.

Esta parece haber sido la posición adoptada por la normativa forestal. En este sentido, y a pesar de su falta de claridad y concreción, el artículo 102 del *Regla-*

45 En el otorgamiento de las concesiones forestales para el aprovechamiento de otros productos del bosque, ecoturismo y conservación, el procedimiento se inicia a instancia del particular, es decir, la concesión se otorga a solicitud de éste y no por iniciativa de la propia Administración.

46 En este sentido habría de interpretarse el artículo 85 del Reglamento de la Ley Forestal, en virtud del cual, con carácter previo a la suscripción del contrato, el interesado deberá haber cumplido con la presentación de una fianza bancaria y el pago del derecho anual de aprovechamiento, entre otros requisitos.

mento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-2001-AG, referente a las concesiones forestales con fines maderables otorgadas por el procedimiento de subasta pública —idéntico proceso prevé el artículo 107 de la misma norma referente al concurso público—, establece que "... la buena pro es otorgada por la Comisión Ad Hoc respectiva, de acuerdo a las condiciones establecidas en la convocatoria y base de subasta, corriendo luego traslado a la Jefatura del INRENA para la suscripción del correspondiente contrato."

En estas concesiones no se prevé la existencia de una resolución emanada de la autoridad administrativa, sino un simple acuerdo elevado a un acta y emitido por una comisión a*d hoc* que no forma parte de la Administración.

De idéntica falta de concreción adolece la referida norma al regular las concesiones forestales con fines no maderables, para otros productos del bosque, para ecoturismo y para conservación. Esta circunstancia se ha resuelto en lo que a concesiones forestales para ecoturismo y conservación se refiere, en el ámbito de las resoluciones ministeriales que las regulan —RM 0314-2002-AG, publicada el 6 y el 12 de abril del 2002 y RM 0566-2001-AG, publicada el 7 de julio del 2001, respectivamente— en virtud de las cuales, el otorgamiento se realizará mediante resolución jefatural del INRENA, si bien no surtirá efectos hasta que el interesado suscriba el contrato de concesión con la autoridad competente. Nos encontraríamos, así, ante una situación en la que, si bien el acto de otorgamiento es válido desde su inicio, éste sólo surtirá efectos a partir de la aceptación del particular. Ello no deja de llamar la atención si se deduce que el perfeccionamiento del contrato se deja a la voluntad de una de las partes y ésta es la del concesionario. Habría que preguntarse, en este caso, en qué condición queda el acto de otorgamiento en el supuesto de la negativa a suscribir el contrato por parte del particular. ¿Se trataría de un acto de renuncia del particular? Si fuera éste el caso, cabe resaltar que dicha circunstancia no aparece contemplada entre las causales de caducidad de las mencionadas concesiones.

Como se puede observar, la concesión como instrumento jurídico —a pesar de tener su origen en un acto administrativo unilateral de la Administración— ha sufrido un acercamiento hacia formulas contractualistas en las que se permite formalizar la relación bajo unos parámetros más igualitarios entre la Administración y el concesionario. Las causas, como ya se ha mencionado, se basan en la necesidad de dar estabilidad a la relación y otorgarles una cierta garantía a los particulares y también en la necesidad de poner límites a la discrecionalidad de

la Administración, cuando los límites establecidos por vía legal no se consideren suficientes. No obstante, no hay que pensar que la naturaleza contractual de la concesión radica en la autonomía de la voluntad de las partes, sino en la adopción por parte de la Administración de los instrumentos que mejor se adaptan al cumplimiento de sus funciones legalmente establecidas, al ejercicio de su función interventora en los distintos sectores de la sociedad y, finalmente, a la finalidad que se persiga.

2.7. Características de la concesión

El instrumento jurídico de la concesión se ha desplegado principalmente en los ámbitos de la realización de obras o servicios públicos. Por ello creemos necesario extraer los elementos sustanciales a la concesión de dichos ámbitos, para analizar su aplicación posterior en el ámbito de la concesión sobre recursos naturales. Dicho contraste ayudará a entender de qué forma dichas características han sido asimiladas en el tratamiento de la explotación de los recursos naturales y atenderá al fin último de evaluar la idoneidad del instrumento jurídico de la concesión en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Entre las notas sustantivas de la concesión, merece la pena detenerse en el análisis de la concurrencia del interés público como causa principal de la concesión; en la ampliación de las facultades de los particulares y la simultánea conservación de potestades por parte de la administración pública que permitan asegurar dicho interés público; y en las condiciones de permanencia y estabilidad de la concesión que garanticen la rentabilidad de la concesión desde la perspectiva del concesionario.

2.7.1. *La causa de la concesión: la existencia de un interés público*

El objetivo principal de la concesión de obras y servicios públicos es cumplir con una función de interés público. La prioridad de realizar obras o de prestar servicios en beneficio de la colectividad y de hacerlo de forma continuada, ocupa un lugar predominante en la relación Administración - concesionario y será determinante del régimen jurídico de la concesión. Este objetivo se constituirá en la justificación principal del contenido de las obligaciones, de las facultades transferidas al concesionario y, al mismo tiempo, de la retención de ciertas potestades en manos de la Administración pública, como pueden ser la posibili-

dad de suspender el contrato o de revocarlo o caducarlo, y las potestades de supervisión y vigilancia.

En contraposición, la causa principal de la concesión sobre recursos naturales, definidora del desarrollo de las relaciones entre la Administración y el concesionario, va a ser garantizar la sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos naturales de forma privativa por el particular. En consecuencia, los recursos naturales sirven de soporte físico a una determinada función pública que es relevante para la nación y que debe ser observado por el Estado soberano y que tiene que ver con garantizar un uso sostenible de los recursos naturales dentro del tráfico privado "destinados al fomento de la riqueza nacional y al bienestar general".

Por ello, se puede decir que mientras en la concesión de servicio público, el interés público es la causa misma del negocio —la prestación de un servicio de manera regular y continua de forma que se satisfagan las necesidades generales—, en la concesión sobre recursos naturales dicho interés público se traslada a un segundo plano, pues lo que verdaderamente constituye la causa del negocio es la utilización sostenible del Patrimonio de la Nación de forma privada, la rentabilidad de la explotación y la garantía de la misma a favor del particular.

Será precisamente esta diferente trascendencia del interés público lo que va a conllevar que ciertas facultades propias de la Administración para la defensa de los intereses generales, sean inviables en las concesiones sobre recursos naturales. Así, nos encontraremos con la imposibilidad por parte de la Administración de modificar el título, de revocarlo, de rescatar la concesión para asegurar su explotación o de incluir la posibilidad de sustituir al concesionario ante la concurrencia de supuestos excepcionales –circunstancias todas ellas propias de la concesión de servicios públicos.

La constatación del diferente fundamento de una y otra figura ha sido resaltada por la doctrina en el ámbito de la distinción entre las concesiones dominiales y las de servicio público. De esta forma, Villar Palasí[47] manifiesta que el interés público en las concesiones sobre bienes del dominio público tiene una eficacia

[47] Villar Palasí, J.L. La intervención administrativa en la industria IEAL, Madrid 1964 citado en García Pérez, M. Pág. 139.

interna, respondiendo al interés general de la colectividad, en tanto que en la concesión de servicio público dicho interés adquiere una manifestación extrospectiva, de forma que el interés general lo es *frente* al público, en quien se concreta el interés de la prestación.

En este sentido, el elemento catalizador de la concesión sobre recursos naturales tiene doble vía. Por un lado, garantizar parámetros de sostenibilidad en el uso de los recursos naturales otorgados, lo que la vincula al interés de la nación; por otro, el uso privativo y la explotación rentable de los mismos, que repercuten en la generación de riqueza o en el crecimiento económico del país. Este reconocimiento del interés privado como delimitador principal de la relación jurídica y la exigencia de parámetros estrictos de sostenibilidad adquieren una relevancia fundamental a la hora de actuar como elementos armonizadores del interés público y el privado. La interpretación última de estos criterios de sostenibilidad estará, no obstante, en manos de la Administración.

2.7.2. *Ampliación de la esfera de los particulares*

La relación jurídica que nace de la concesión entre la Administración y el administrado es una relación de sujeción especial, siguiendo los postulados generales del derecho administrativo. Ello se traduce en el ámbito de la concesión de servicio público, en la retención por parte de la Administración de la titularidad del servicio y, al mismo tiempo, en la transferencia de funciones o poderes típicamente administrativos en manos del concesionario, que adquiere, de esta forma, facultades que no son propias de su negocio.

En este sentido, los particulares ven ampliada su esfera de poderes y se ven investidos de una serie de competencias vinculadas fundamentalmente a las funciones de policía, que les serán transferidas necesariamente con un carácter temporal y revocable. De esta forma el artículo 37 b) del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Publicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, publicado el 27 de diciembre de 1996 (en adelante, TUO), establece de forma genérica que el concesionario deberá prestar el servicio de forma continua y "facilitarlo en condiciones de normalidad, eliminando las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o riesgos excesivos, excepto cuando la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o urgente reparación". Tal y como se establece en la mencionada norma, dicha transferencia de

facultades deja a salvo los poderes propios de la Administración, como puede ser el ejercicio de la potestad sancionadora.

La ampliación de las facultades a favor del concesionario también tiene lugar en las concesiones sobre recursos naturales, con el fin de garantizar la sustentabilidad del recurso y, sobre todo, el uso privativo del mismo. Así se establece en la normativa forestal, cuando en el artículo 10 de la Ley Forestal se señala que los concesionarios son responsables directos de la superficie otorgada y a tal efecto deberán adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales, dentro del límite de su concesión. De la misma forma, el artículo 87 del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre recoge entre los derechos del concesionario el de "detener cualquier acto de terceros que impida o limite sus derechos al área de concesión."

Por su parte, el artículo 37 de la Ley General de Minería le otorga al concesionario una prerrogativa de policía, al permitírsele "inspeccionar las labores de concesiones mineras vecinas o colindantes, cuando sospeche internación o cuando tema inundación, derrumbe o incendio, por el mal estado de las labores de los vecinos o colindantes, por el desarrollo de los trabajos que se efectúen en éstos".

III

Capítulo Tercero:
El marco institucional para la concesión

3.1. Potestades de la Administración

3.1.1. *Facultad de vigilar y fiscalizar*

La relación especial que nace de la concesión, desde el punto de vista de la Administración, se traduce en el poder originario de controlar el servicio concedido y de vigilar que se preste de acuerdo con las condiciones establecidas[48]. En este supuesto, la Administración conserva una serie de potestades en relación con el objeto de la concesión, que se fundamentan en la obligación que tiene el Estado de velar por el bien común, y que hace que prime el interés público por encima del particular en la relación concesional.

Sin embargo, el hecho de que el objeto de la concesión sobre recursos naturales sea de carácter privativo, existiendo, como ya se ha mencionado, una mediación del interés general, hace que el poder de control y vigilancia de la Administración se vea restringido al estrictamente necesario, en aras al buen funcionamiento de la institución jurídica y que se concrete fundamentalmente en el control de la depreciación del recurso y en el cumplimiento de los planes de manejo o de los términos del contrato de concesión.

---

48 El literal b) del artículo 30 del Reglamento del TUO, aprobado por Decreto Supremo No. 060-96-PCM y publicado el 28 de diciembre de 1996, menciona entre los atributos del Estado el de "fiscalizar el cumplimiento del contrato en sus aspectos de ejecución, explotación y cobro de tarifas u otros cobros previstos como retribución por los servicios prestado".

Así por ejemplo, dichas facultades se manifiestan en el ámbito de la concesión minera, en la facultad que tiene el Estado de visitar las oficinas e instalaciones de los concesionarios a fin de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones que le corresponde al titular del derecho. Asimismo, la necesaria supervisión del cumplimiento de los compromisos del concesionario se prevé en relación con las concesiones forestales en general, e implica de forma específica para las concesiones con fines maderables, la creación de una institución facultada para el ejercicio de dicha supervisión y para la verificación de los respectivos planes de manejo, como es el *Organismo Supervisor de los Recursos Forestales Maderables* (OSINFOR).

Desde el punto de vista del concesionario, ello se traduce en la correlativa obligación por parte de éste de presentar la información relevante que garantice que la explotación del recurso se realiza en condiciones de sostenibilidad y salubridad. En este sentido, el artículo 11 del *Reglamento de la Ley Forestal* regula la obligación del concesionario de aportar a OSINFOR la información técnica y económica de la concesión que podrá ser de disponibilidad pública. En el mismo sentido, el titular de una concesión acuícola está obligado a informar al Ministerio de Pesquería respecto de cualquier brote infeccioso que pudiera causar deterioro a los recursos naturales o al medio ambiente.

3.1.2. *Facultad de modificar la concesión*

Una de las facultades que la teoría general del derecho administrativo atribuye a la Administración dentro de la relación jurídica que nace de la concesión, es la reserva a favor de ésta de la posibilidad de modificar el contenido de la misma, en el supuesto que la prestación del servicio sea irregular o no esté de conformidad con los intereses generales. En oposición a lo que sucede con carácter general en los contratos en los que rige el principio de la inalterabilidad, en las concesiones de servicios públicos se parte del principio de flexibilidad que permite garantizar la continuidad del servicio. A cambio de esta *potestas variandi* de la Administración, debe existir una obligación por parte de ésta de restablecer el equilibrio económico del concesionario, con la consiguiente obligación de indemnizarlo.

La potestad de la Administración de introducir modificaciones, ya sean dirigidas directamente a la concesión o a campos generales del actuar administrativo —con incidencia indirecta en la relación concesional— ha sido acogida con carácter restrictivo en la legislación peruana, tanto en lo que se refiere a las concesiones de servicios públicos como a las de recursos naturales. La causa

principal radica en la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica de los inversionistas, evitando que se vean sometidos a los cambios de política que puedan afectar al poder ejecutivo.

De esta forma, y en relación con las concesiones de servicios públicos, el artículo 30 f) del reglamento del TUO establece la potestad del Estado de modificar el contrato de concesión, si bien con la necesidad de contar con el previo acuerdo del concesionario y de que se respeten la naturaleza de la concesión, en lo que respecta a las condiciones económicas y técnicas convenidas y al equilibrio financiero de las partes. Se podrán pactar cláusulas de indemnización al concesionario, siempre que no concurran las causales de caducidad o suspensión contempladas expresamente en el TUO.

Se intentan, asimismo, reducir al máximo los riesgos del concesionario frente a posibles actuaciones administrativas que de forma indirecta afecten al contrato de concesión mediante el establecimiento de convenios de estabilidad jurídica extensivos durante todo el plazo de la concesión.

En el supuesto de las concesiones sobre recursos naturales, y a pesar de que recaen sobre bienes considerados Patrimonio de la Nación cuya naturaleza se constituiría en titulo suficiente para poder ejercer un conjunto de potestades dirigidas a la protección, conservación y adecuada utilización de los mismos, sin embargo, también ha primado con carácter general el principio de seguridad jurídica. Por ello se puede decir que no se contempla la posibilidad de poder modificar las condiciones de la concesión cuando se hubiesen alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento. Una excepción a esta regla general sería la capacidad de la autoridad administrativa para poder disponer modificaciones o reajustes al Plan General de Manejo Forestal o a los planes operativos en las concesiones forestales, que sean resultado de la supervisión y actividades de control, y que el concesionario estará obligado a adoptar, bajo apercibimiento de ser sancionado si no lo hace.

De esta forma, a falta de un poder para modificar unilateralmente el acto de concesión, la necesidad de velar por la conservación y uso sostenible del recurso natural constituye una razón de interés público que permite a la Administración, mediante la supervisión y el control del cumplimiento de los planes de manejo o de los contratos de concesión, el ejercicio de la potestad sancionadora y, en última instancia, la capacidad de resolver el contrato en el supuesto de incumplimiento por parte del concesionario.

Por otra parte, también es común a estas concesiones el establecimiento de cláusulas de estabilidad jurídica. Así, en la concesión minera se contempla, con el fin de promover la inversión privada, el beneficio del concesionario de estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa.

3.1.3. *Permanencia y estabilidad de la concesión*

La estabilidad del contrato de concesión se manifiesta en un doble sentido: 1) el de conceder al titular plazos de disfrute lo suficientemente amplios como para obtener la tasa de retorno de sus actividades y rentabilizar sus inversiones; y 2) el de establecer que las causas de extinción de la concesión sean las tasadas en el título y en la legislación correspondiente.

A pesar de que las concesiones persiguen la ejecución continuada del servicio hasta el termino del plazo establecido en el acto de concesión, la Administración se puede reservar —siguiendo la teoría general del derecho administrativo— la inclusión de cláusulas de *precario* justificadas por la misma condición instrumental de las concesiones de estar supeditadas a la consecución de un servicio de interés público. En virtud de estas cláusulas, los derechos del concesionario están sujetos a razones de conveniencia y oportunidad cuya calificación está sujeta a la decisión unilateral de la administración pública. Ello se traduce en la facultad de la Administración de ejercer la reversión, sustitución o rescate de la obra o del servicio, en cuyo caso, la Administración decide la terminación del contrato con el concesionario para tomar a su cargo la explotación de la obra o la ejecución del servicio objeto de la concesión, o para destinarla a otros usos de carácter público distintos a los inicialmente previstos. En estas circunstancias, se generaría, no obstante, la responsabilidad de la Administración y el concesionario tendría derecho a indemnización por daños y perjuicios.

En la legislación peruana, la duración de las concesiones de obras y servicios públicos será la que se establezca en el contrato, y en ningún caso podrá superar los sesenta años. La posibilidad de la Administración de intervenir en la permanencia de la concesión está prevista de forma limitada, ya que únicamente se contempla la posibilidad de que declare la suspensión temporal o la caducidad en los supuestos en que concurran las circunstancias excepcionales establecidas en la ley o en las bases de convocatoria. En este caso, se prevé la posibilidad de que la Administración asuma la responsabilidad de la operación durante la suspensión o después de la caducidad de la concesión. El artículo 17 del TUO

establece la necesaria indemnización al concesionario en los supuestos en que la suspensión, caducidad o modificación del contrato de concesión se efectúen por razones ajenas a las contempladas expresamente en la propia ley —en los artículos 38 y 39 del TUO.

En las concesiones sobre recursos naturales ha primado la paralela consideración de respetar el principio de rentabilidad de la concesión por el particular, que implica el establecimiento de un plazo lo suficientemente amplio como para que se produzca una adecuada recuperación de la inversión del concesionario (en la creación de instalaciones permanentes, por ejemplo) y que las expectativas económicas del mismo se vean cumplidas[49]. Así parece ocurrir principalmente en las concesiones mineras en las que no existe plazo límite de explotación, al otorgarse con carácter indefinido. El resto de las concesiones sobre recursos naturales están sujetas a límites temporales que van desde los cuarenta años renovables en las concesiones forestales hasta los treinta años en las concesiones de acuicultura comercial de mayor escala o 15 cuando sean de menor escala.

De la misma manera, las posibilidades de la Administración de incidir en la estabilidad de la concesión se encuentran plenamente descartadas en la concesión minera al propugnarse con carácter general la irrevocabilidad de la misma[50]. Éste es el caso también del resto de las concesiones sobre recursos naturales en las que no se prevén otros supuestos de interrupción del desarrollo de las mismas que los previstos como causales de caducidad en la ley y en los contratos o como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, ante la previa infracción del concesionario.

Las causales de caducidad, por último, sólo podrán ser las que expresamente vengan referidas en las normas respectivas o en el título de concesión. En concreto, la concesión de servicios públicos prevé la caducidad en supuestos de incumplimiento por el concesionario, destrucción total de la obra o acuer-

49 Para algún sector de la doctrina, el factor determinante a la hora de diferenciar la concesión de la autorización es la menor fijeza y estabilidad de las autorizaciones, al implicar plazos más cortos en el uso y disfrute de las mismas.

50 El literal del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería establece que "las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que la Ley exige para mantener su vigencia."

do entre el Estado y el concesionario. En las concesiones sobre recursos naturales, así como en las de servicios públicos, no se contempla una causal de caducidad por el posible incumplimiento por parte de la Administración. Sin embargo, en algunos casos, como en la concesión minera o la concesión acuícola, se prevé el supuesto de la renuncia del interesado que podría producirse cuando el concesionario ve frustradas sus pretensiones económicas iniciales. Serán, no obstante, el incumplimiento de las condiciones de la concesión por parte del concesionario —especialmente las referidas a la conservación y uso sostenible de los recursos naturales otorgados— o la comisión de infracciones por parte de éste, las causas principales de caducidad de concesiones sobre recursos naturales.

3.2. Adjudicación directa o concurso público

Por regla general, el procedimiento concesional debe iniciarse a iniciativa de la Administración mediante convocatoria a concurso público y, por excepción, a petición de los interesados mediante solicitud dirigida a la autoridad sectorial competente.La ventaja de los concursos públicos sobre la asignación directa es evidente. Se controla la transparencia de los procesos, se permite ponderar las propuestas más ventajosas en base a criterios técnicos, económicos y ambientales, así como a la persona —natural o jurídica— que reúna las mejores condiciones para un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en los cuales subyace un interés general.

Esto, sin embargo, trae a colación un problema práctico y en la realidad frecuente: que la Administración considere la conveniencia de asignar una concesión a pedido de parte, en atención a las condiciones ideales de la persona beneficiada ya que "será aquella la que, desde la perspectiva del interés general y más concretamente desde la óptica de la afectación del bien, mejor pueda obtener los fines exigidos por la administración"[51] .

En términos generales, las modalidades de asignación directa deberían circunscribirse a actividades que no tengan por objeto actividades productivas. En ese

[51] García Pérez, Marta. Ob. cit., p. 133.

sentido, se justifican plenamente cuando el objetivo de la concesión enfatiza actividades de inversión para conservación e investigación aplicada, en donde el fin comercial es poco significativo. Éste es el caso, por ejemplo, de las concesiones para conservación incluidas en la Ley 27308, que se otorgan preferentemente en bosques o tierras de protección para el desarrollo de proyectos de conservación de diversidad biológica, por un plazo de hasta cuarenta años renovables.

Por otro lado, es posible pensar en una adjudicación directa sin procedimiento concursal tratándose de concesiones menores. En estos casos la fijación del criterio de concesión menor dependería principalmente de criterios cuantitativos, que podrían fijarse según la dimensión del área otorgada; el plazo de otorgamiento (que no supere un año, por ejemplo); los montos de inversión; la ocupación mínima; y la naturaleza de las edificaciones a instalar (provisionales versus obras de cimentación), entre otros criterios.

Si bien los criterios cuantitativos brindan elementos de objetividad para la toma de decisiones por parte de la Administración, no podemos negar cierta discrecionalidad que en algunos casos deberá tener ésta, basada en el grado de interés que representa el dominio público y los usuarios.

Como quiera que en estos casos la Administración debe evaluar y sopesar diversos criterios en función a lo que conviene al interés público en el uso privativo del recurso natural, sin perjudicar con ello criterios de transparencia y oportunidad involucrada en estas decisiones, es posible pensar en la posibilidad de que la decisión de la Administración pueda ser revisada a pedido del interesado respecto del proceso a recurrir. Se trataría entonces de incluir un mecanismo de control garantista que pueda revisar el juicio discrecional que en primera instancia emita la autoridad.

3.3. Replanteamiento del aparato institucional para las concesiones en recursos naturales

La crisis del intervencionismo estatal y la redefinición de su rol como *responsable* del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales más que como *gestor* del mismo, conforme se ha desarrollado en el capítulo primero (1.2.), obligan al replanteamiento del aparato institucional que le da sustento.

La reforma del Estado iniciada en 1991, que con acierto es calificada como *shock institucional* por Gustavo Guerra García[52], fue promovida por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 del 13 de noviembre de 1991, y se concretó en diversas normas que impactaron en la estructura y funcionalidad del Poder Ejecutivo[53]. Dichas normas buscaron: 1) generar una mayor especialización a través de organismos especializados bajo el mando de los ministros; 2) establecer organismos reguladores que concentraran sus esfuerzos en regular las actividades económicas creando, por ejemplo, regulaciones antimonopólicas y de defensa del consumidor, fiscalizando el cumplimiento de contratos de privatización de las empresas de servicio público privado y sancionando luego de un proceso regulado de resolución de conflictos.

Esta reforma estaba destinada a brindarle un marco regulatorio idóneo a uno de los principales objetivos de aquel entonces: privatizar las empresas controladas por el Estado, así como otorgar —vía concesión— obras o servicios de gran envergadura y de alto nivel de inversión y que venían siendo realizadas directamente por el Estado. Es en esta lógica que la estructura institucional conformada por la Comisión de Privatización (COPRI), las Comisiones Especiales de Privatización (CEPRIS), que en la actualidad han pasado a formar parte de PROINVERSIÓN, y los órganos reguladores, muchos de ellos sectoriales, debería ser tomada muy en consideración a fin de enfrentar con posibilidades de éxito los procesos de concesión sobre los recursos naturales, que tienen como sustento el artículo 66 de la Constitución y la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales.

En el ámbito de los recursos naturales, un nuevo enfoque del rol del Estado plantea la exigencia de un rediseño del aparato público y específicamente de los sectores vinculados al aprovechamiento de los recursos naturales, así como de

52 Guerra García, Gustavo. *Reforma del Estado en el Perú. Pautas para reestructurar el Poder Ejecutivo*. Agenda Perú, Lima, 1999, p. 69.

53 Decreto Legislativo 674 que norma la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado; Decreto Legislativo 758 que promueve la inversión privada en la infraestructura de servicios públicos; Decreto Legislativo 668 Nueva Ley de Comercio Exterior; Decreto Legislativo 772 Ley de Aduanas; Decreto Legislativo 718 que norma los sistemas privados de salud; Decreto Legislativo 74 Ley del Sistema Privado de Pensiones; y el Decreto Legislativo 651 que desregula el transporte urbano.

la implementación de nuevas estrategias a efecto de consolidar la gestión indirecta de los mismos a través de instrumentos como la concesión, con exigencias de transparencia, eficiencia, fiscalización, despolitización, participación y con sistemas claros de revocación.

¿Se ha avanzado en este punto en el Perú? Realmente muy poco. Gran parte del esfuerzo de saneamiento y reducción del aparato público realizado en la década del noventa no fue acompañado de un proceso de modernización y racionalización de su Administración que la hiciese más eficiente, y si bien en términos normativos y constitucionales se habría reformulado el rol del Estado en relación con los recursos naturales, esto no fue acompañado con un rediseño institucional que lo viabilice.

En efecto, si algo caracteriza la gestión del Estado en relación a los recursos naturales es la excesiva concentración de roles y atribuciones en los diversos sectores. Así por ejemplo, cada ministerio no sólo define las políticas y prioridades de los recursos que están bajo su responsabilidad, sino que además: 1) determina los recursos a los que pueden acceder los particulares; 2) define las modalidades de acceso; 3) asigna directamente los derechos de uso sobre los recursos; 4) actúa como autoridad ambiental; 5) en muchos casos asume la supervisión y fiscalización en el uso de los recursos; 6) resuelve los conflictos con los particulares beneficiados con el acceso al recurso y 7) decide sobre la caducidad o resolución del derecho otorgado. Como consecuencia de ello, una misma dependencia sectorial (sea ésta una dirección general o un instituto especializado, como puede ser el INRENA) cumple las funciones cruzadas de entidad otorgante, reguladora, fiscalizadora, juez y parte.

Esta concentración de roles en los sectores vinculados a los recursos naturales, no ha tenido como correlato una mayor eficiencia y transparencia en la gestión administrativa. Por el contrario, en muchos casos le ha restado racionalidad, ha promovido la sobreregulación y la ha hecho proclive a los lobbies y a la presión política.

En este sentido, y con la finalidad de promover la transparencia y la eficacia en la gestión de recursos naturales, una posibilidad a considerar sería crear una entidad que se encargue únicamente de organizar y ejecutar los concursos para el otorgamiento de las concesiones de recursos naturales, en base a propuestas y prioridades definidas previamente por el sector. En principio, esta entidad no debería constituirse en base a alguna preexistente y menos aún de la COPRI,

que fundamentalmente concesionaba *negocios* y era de naturaleza transitoria. Es claro que esta entidad debe ser supra sectorial o, en todo caso, depender de la Presidencia del Consejo de Ministros. La idea es garantizar la jerarquía e independencia de los sectores productivos vinculados a los recursos naturales.

Esta entidad responsable de concesionar los recursos naturales, que bien podría denominarse Proinversión en Recursos Naturales, debería contar con un directorio de alta representatividad política conformado por los ministros de los sectores respectivos, que asuma principalmente cuatro tareas: 1) evaluar en forma conjunta las propuestas presentadas por los sectores; 2) resolver los conflictos o cruces de prioridades surgidos por intereses contrapuestos entre dos o más sectores y enriquecer y potenciar los proyectos con información e iniciativas complementarias; 3) designar comisiones especializadas encargadas de organizar y ejecutar los procedimientos para el otorgamiento de las concesiones y 4) difundir y promover los proyectos de inversión en coordinación con los sectores.

Respecto de la presidencia de este directorio hay algunas referencias que hacer. En principio la experiencia de la COPRI de haber estado adscrita a diversos ministerios en función al sector de turno que la presidía no es la más recomendable, sobre todo desde el punto de vista administrativo. Habría que optar más bien por un funcionamiento designado directamente por la Presidencia de la República y que fundamentalmente se encargue de coordinar las iniciativas sectoriales y logre, en lo posible, que las decisiones se tomen por consenso entre los ministros. Este directorio significaría en la práctica una oportunidad de concentrar intereses, potenciar propuestas y resolver intereses contradictorios entre los sectores.

3.4. Retos de la coordinación sectorial para las concesiones

La preocupación que subyace a lo aquí expuesto es que el esquema vigente de sectorización y concentración de funciones de los ministerios no garantiza procesos transparentes en la asignación de recursos y agudiza, por el contrario, las asimetrías de poder existentes entre los propios sectores.

Un típico caso de prioridades contrapuestas al interior del propio Poder Ejecutivo es, por ejemplo, el de Tambogrande. Por un lado, el sector agrario financia y ejecuta un mega proyecto de irrigación y colonización que se inició a fines de los años cincuenta y, por el otro, el sector minero, años después, otorga una

concesión que pone en riesgo y aparentemente contradice la estrategia de desarrollo y la inversión realizada en la zona. Lo mismo sucede cuando el MITINCI[54] —a través de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas— otorga la buena pro para la construcción y concesión por el lapso de 25 años, de un teleférico en el Santuario Histórico de Machu Picchu, en contraposición a su consideración de área intangible, que además forma parte del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural por la UNESCO[55], o cuando se siguen procesos de otorgamiento de licencias petroleras sobre áreas naturales protegidas[56].

Otro nivel de conflicto que se podría evitar con esta instancia, es el que ocurre cuando varios sectores dan prioridades a inversiones sectoriales sobre una misma área. ¿Qué pasa, por ejemplo, si una caleta de pescadores es seleccionada para la instalación de una planta de procesamiento, para la construcción de un puente de embarque y desembarque de productos mineros y, considerando sus atributos paisajísticos e históricos, también se decide fomentar su desarrollo turístico con hoteles?. Una situación similar se produce, por ejemplo, en el ex-

54 Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

55 En dicha ocasión el MITINCI, en representación del Estado peruano, suscribió un contrato de concesión con la empresa Machu Picchu Cable Car S.A. con fecha 19 de junio de 1998 para el diseño, suministro de bienes y servicios, construcción, explotación del teleférico, que incluye la construcción en la Estación Base de Aguas Calientes de hoteles, restaurantes, museos, etc. En este caso la concesión se aprobó y se iniciaron las actividades de ejecución, sin haberse previamente contado con la aprobación del INRENA, como entidad responsable del Santuario, y sin haberse informado a la UNESCO, que prevé un procedimiento de información previa ante el Comité de la Convención sobre cualquier intención de desarrollar o autorizar acciones de restauración o construcción que pudieran afectar los valores del sitio en cuestión. Nos referimos al documento WHC-92/2 denominado "Lineamientos operativos para la implementación de la convención del patrimonio mundial".

56 Nos referimos, por ejemplo, a la licencia para exploraeión y producción en la Zona Reservada de Tambopata, la misma que estaba destinada a constituirse en un parque nacional sustentado mediante trabajos de investigación realizados por el INRENA en coordinación con diversas instituciones especializadas de conservación y organizaciones de base de la zona. En dicha ocasión los problemas se iniciaron cuando el EIA no consultó con el INRENA, provocando un conflicto que generó alerta entre la ciudadanía por lo que consideraron una actitud estatal poco decidida a proteger el ANP.

tremo norte de la Reserva Nacional de Paracas donde se desarrolla de forma absolutamente descoordinada la reserva misma y su área de influencia, una zona residencial, un hotel resort, plantas procesadoras de harina de pescado y la futura planta para el tratamiento y exportación del gas de Camisea, con los consiguientes conflictos y tensiones entre los usuarios de los diversos recursos involucrados.

Lo curioso es que este tipo de incoherencias no son asumidas al interior del Estado como tales, sino que, por el contrario, son presentadas y manejadas como un conflicto de intereses entre los beneficiarios.

Este tipo de conflictos es difícil de resolver dentro de un esquema de administración estatal como el peruano, que está eminentemente fragmentado en compartimentos casi estancos. Ya Guerra García nos advierte que en el Perú el espacio de coordinación en el sector público ha sido severamente debilitado y reconoce algunas razones de ello: 1) la coordinación intersectorial se realiza de manera informal afectando con ello la propia gestión y credibilidad de los sectores involucrados; 2) no existe voluntad política para coordinar programas de objetivos convergentes, en parte porque muchos de ellos son supervisados por el propio presidente de la República; y 3) existe una excesiva rotación del personal en cargos en que se requiere de estabilidad para coordinar y articular programas[57].

Este panorama nos lleva a plantear dos ideas. En primer lugar, el directorio y las unidades creadas para el diseño del proceso de licitación de la concesión de recursos naturales, deben actuar no sólo como instancias técnicas en cuanto al diseño del proceso y las condiciones de contratación sino, y sobre todo, como instancias de coordinación y saneamiento de los potenciales intereses contrapuestos que involucre la gestión de dos o más sectores. En segundo lugar, se requiere en el Perú la puesta en marcha de un programa de ordenamiento territorial que busque armonizar la oferta de recursos naturales con las demandas del desarrollo sostenible, basado principalmente en la identificación y asignación de áreas de especialización y complementariedad productiva[58].

---

57 Guerra García. Gustavo. Reforma del Estado en el Perú, p. 122.

58 *Glosario de términos ambientales*, CONAM. 1998.

En la práctica, si no existe una visión estratégica para priorizar el aprovechamiento de los recursos naturales que contemple un mecanismo de resolución de conflictos intersectoriales y un ordenamiento del territorio que además de dar sustento le brinde un marco referencial para la toma de decisiones, se va a imponer la improvisación y la *ley del más fuerte* en la toma de decisiones. Como consecuencia surge el caos y los sobrecostos, se generaliza la sensación de ausencia de autoridad y de inseguridad jurídica, y se produce el consecuente deterioro ambiental que incluye un desmedro patrimonial de los propios recursos naturales.

El problema de fondo es que el Estado no puede concesionar conflictos. El Estado no puede promover y sacar adelante un proyecto de concesión sin haber revisado las condiciones mínimas para que este proyecto pueda ser llevado a cabo. En el caso ya referido de Tambogrande, por ejemplo, el Estado debió prever el problema y tratar de corregirlo en su momento, evitándose así el posterior conflicto empresa-sociedad.

Hay diversas vías mediante las cuales solucionar estos conflictos y todas se sustentan principalmente en la información: 1) coordinar desde el inicio con los sectores involucrados para la planificación, ejecución y colaboración de un proyecto. Siendo Tambogrande, por seguir con el mismo ejemplo, un área priorizada para el desarrollo agroindustrial, el Ministerio de Agricultura debió imponer condiciones a la inversión minera elaborándose un análisis costo-beneficio; 2) involucrarse en el diseño de línea de base para el EIA; 3) generar espacios de concentración e intercambio de información; 4) formar parte en el proceso de consulta y, de ser el caso, exigir su intervención en el proceso de decisión. En Tambogrande, el MEM (y no necesariamente la empresa) debió explicar de forma simple y veraz las bondades del proyecto y los beneficios a otorgar, identificando previamente los intereses de los grupos involucrados; informar con transparencia a la población qué se les está otorgando, cuáles son los riesgos y los costos involucrados; y generar un proceso de consulta transparente que viabilice el traslado de las poblaciones afectadas por algún proyecto.

Es claro que para que una estrategia de concesiones sobre recursos naturales sea viable, requiere de una fuerte dosis de manejo político y de intercambio de información que no se logra con la simple promulgación de una resolución ministerial que la apruebe.

Esta intervención inicial del Estado no pasaría necesariamente por la conclusión del estudio de impacto ambiental, pero sí por una revisión de la viabilidad

del proyecto. Si, por ejemplo, una comunidad indígena no está de acuerdo con un proyecto determinado, el Estado debería priorizar la generación de consensos y de respeto a las identidades de las personas o grupos potencialmente afectados, independientemente del hecho de que dicha posición pueda ir en contra de las políticas de Estado.

A veces los intereses consecuentes son tan intensos y extremos que hacen inviable el proyecto. En otros casos se tratará de respetar a los actores claves y dialogar con ellos y de tener un diagnóstico muy preciso de los problemas y dificultades. Entonces, el Estado debería hacer siempre todos los esfuerzos posibles para lograr el consenso. La idea es que cuando salga el proyecto de concesión, los beneficiarios sepan con absoluta transparencia qué están obteniendo, cuáles son los riesgos y cuáles los costos.

Esta tarea podría ser liderada en primera instancia por el presidente de la Proinversión en Recursos Naturales, en estrecha coordinación con los ministros. En caso la situación conflictiva lo amerite, deben ser los propios representantes de los sectores los que intervengan. Esto nos lleva a sostener que la entidad encargada de la concesión de recursos naturales requiere para su funcionamiento de: 1) un presupuesto adecuado; 2) respaldo político; 3) capacidad profesional; y 4) jerarquía, es decir, cabeza con rango de ministerio. Con relación al presupuesto, éste debe ser absolutamente razonable y tratado con transparencia y profesionalidad. En todo caso, estos costos podrían ser cargados en el contrato definitivo o pueden generarse fondos para preparar los paquetes a concesionar.

La implementación de este sistema institucional para el otorgamiento de concesiones precisa, por parte del Estado, una discusión técnica sobre el tipo de especialización del trabajo que debe existir y los niveles de coordinación que deben plantearse entre las diversas organizaciones estatales que desempeñan estas tareas.

En ese sentido, debe evitarse que la nueva entidad encargada de ejecutar las concesiones sobre recursos naturales confunda su rol con el de la autoridad sectorial competente. Esto es importante si consideramos que el sector debe preparar las propuestas de concesión a través del conocimiento de las necesidades de inversión, la conveniencia de realizar determinados servicios y explotar sosteniblemente determinados recursos. Se requiere por ello que los sectores preparen los paquetes a concesionar en base a prioridades del propio sector y a lineamientos de gestión y fiscalización ambiental previamente determinados.

Debe tenerse en cuenta que el rol de la autoridad sectorial es preparar los paquetes a concesionar; ordenar, evaluar e inventariar los recursos a concesionar; aprobar los planes de manejo sostenible y fiscalizar la ejecución de los mismos. En ese sentido, una vez que el paquete a concesionar elaborado por el sector sea presentado para su licitación a Proinversión en Recursos Naturales, ésta actuará como una instancia de coordinación intersectorial de alto nivel para evitar conflictos entre sectores y tener un diagnóstico claro y preciso de las dificultades y potencialidades de los paquetes a concesionar, en base a la información que le brinden los sectores. Una vez culminado el proceso de diseño, la nueva entidad se encargará únicamente de licitar dicha concesión.

3.5. Criterios o valores para resolver conflictos cruzados en proyectos de concesión y ordenamiento territorial

Cabe precisar que la coordinación intersectorial por sí sola no soluciona los potenciales conflictos de interés y competencias que hay entre los sectores involucrados en la formulación de programas de concesión. Nos referimos concretamente a los conflictos por los diferentes usos y recursos que coinciden en determinas cuencas hidrográficas del territorio. En estos casos, es claro que se requiere asumir una decisión que en definitiva sea reconocida como una decisión de Estado, la misma que no debe ser asumida por la *ley del sector más fuerte* o de manera informal en un Consejo de Ministros. Estas decisiones tienen que ser tomadas en función de una visión de la potencialidad de la región o especialización geográfica, productiva y estratégica.

Este problema requiere de una reflexión respecto de cómo analizar este debate en base a consideraciones de eficiencia y equidad, en el sentido de ver la opción que pueda, en efecto, aumentar el bienestar de la población en el largo plazo y garantizar la igualdad de condiciones entre los ciudadanos, todo ello en el marco de una visión estratégica del país (por ejemplo, favorecer la población de extrema pobreza y con problemas educativos). Este es un reto interesante para la Administración pública, particularmente para la peruana, en el sentido que implica planteamientos que no se pueden dilucidar a través de simples normas o regulaciones administrativas.

La pertinencia de contrarrestar la imposibilidad de regular mediante normas administrativas expresas y formales los intereses contrapuestos en cuanto a las prioridades sectoriales referidas al acceso y uso sobre determinados recursos

naturales, y la necesidad de formalizar las instancias de decisión sobre esta materia para que éstas no se agoten en la *ley del sector más fuerte*, nos lleva a la necesidad de consagrar, por un lado, algunos criterios o valores que gozando del consenso social puedan hacer funcionar instrumentos de resolución de intereses cruzados entre los sectores, así como de conformar una instancia o tribunal administrativo que resuelva los conflictos en base a la observancia y aplicación de estos valores o criterios de sostenibilidad e incrementando, en consecuencia, la certeza y seguridad jurídica en la toma de decisiones.

La necesidad de establecer esta instancia administrativa de resolución de conflictos de intereses intersectoriales previos al otorgamiento de concesiones sobre recursos naturales, fue destacada en el Seminario sobre Reforma Constitucional celebrado el 15 de mayo en el Congreso de la República[59], en el que se propuso repotenciar el Comité Dictaminador del Consejo Nacional del Ambiente, para que asumiese las funciones de un tribunal administrativo especial que resuelva estos conflictos en base a los siguientes criterios o valores que fueron esbozados en dicha oportunidad: a) la sostenibilidad de la propuesta; b) el análisis costo/beneficio; c) la promoción del empleo; d) el impacto ambiental; e) la generación de ingresos; y f) la compatibilidad con la propuesta de ordenamiento.

En esta iniciativa se conjugan los criterios de valor, que puedan orientarnos a criterios de sostenibilidad de la propuesta (que implica no reducirnos únicamente al dato de la renta potencialmente generada), y aquellos que se adaptan o son viables en función al ordenamiento territorial.

El Consejo Nacional del Ambiente del Perú (CONAM) define el ordenamiento territorial como una serie concertada de análisis y procesos que permite una utilización adecuada de los recursos naturales y el ambiente, con el fin de promover un desarrollo económico sostenible[60]. Pedro Solano amplia el enfo-

59 Evento organizado por la Comisión de Reforma Constitucional del Congreso con el auspicio de la Sociedad Nacional del Ambiente, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental y el Foro Ecológico.

60 CONAM: Glosario de términos. 1994: Definición recogida de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales: Antecedentes y Comentarios. Sandoval Aguirre, Oswaldo, Lima, Perú, julio de 1997.

que al hablar de un ordenamiento ambiental del territorio, que debe entenderse como un "proceso planificado de naturaleza política, técnica y administrativa que plantea el análisis de un sistema socio-espacial concreto, conducente a organizar y administrar el uso y ocupación de ese espacio de conformidad con las condiciones naturales y de los recursos naturales, la dinámica social, la estructura productiva, los asentamientos humanos y la infraestructura de servicios, para proveer los efectos que provocan las actividades socio-económicas en esa realidad espacial y establecer las acciones a ser instrumentadas con miras a que se cumplan los objetivos de bienestar social, manejo adecuado de las reservas naturales y calidad de vida, es decir, con miras al desarrollo sostenible[61]".

En tal sentido, el ordenamiento ambiental territorial responde a la necesidad de planificar u ordenar el uso del espacio, asignando prioridades de uso de acuerdo a aspectos socio-económicos, culturales y ecológicos. Coincidimos con Solano, cuando advierte que en el Perú no existe una política clara de ordenamiento territorial a nivel nacional. Lo que sí existe, sostiene el autor, son manifestaciones de procesos de ordenamiento territorial en el país, que en la mayoría de los casos han estado marcados por la capacidad de uso mayor de los suelos o por prioridades de planificación sectorial.

Esta ausencia de políticas de ordenamiento del territorio se expresa tanto en la carencia de normas sobre el particular, como en la ausencia de un planeamiento estratégico de largo plazo que la haga posible, en la falta de una entidad administrativa que la ejecute, y en la absoluta sectorialización de las pocas iniciativas de ordenamiento existentes.

Desde la desaparición de la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales (ONERN) en 1992, no ha existido otra entidad pública que de manera transectorial organice el territorio de forma que defina una estrategia de desarrollo en función a las potencialidades de las áreas. En la actualidad es el CONAM la institución que ha intentado tomar la posta creando un grupo téc-

[61] Solano, Pedro. *Ordenamiento territorial en el Perú. Alcances legales, alternativas y perspectivas para la selva y ceja de selva*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, AECI, Lima, 2000, p. 23.

nico para ello. Sin embargo, su debilidad institucional y su naturaleza de ente coordinador hacen muy difícil que pueda tener éxito en esta tarea[62].

En el Perú, el ordenamiento del territorio ha sufrido también los embates de la sectorialización. Los limitados avances que se han producido no responden a una política o estrategia de Estado con visión holística y transectorial, sino a iniciativas de cada sector que define ante sí y para sí, categorías de ordenamiento que responden a sus propias prioridades y estrategias y, en muchos casos, a las expectativas que tiene respecto de determinado espacio del territorio. De acuerdo con Solano, "el gran problema de esta política —o falta de política integral— es que ha sido frecuente que existan cruces de actividades o intereses encontrados entre dos o más sectores respecto del uso de un mismo espacio. En estos casos ha primado el desorden, o peor aún, ha primado el peso de un sector sobre otro por ser económica o políticamente más poderoso"[63].

Sin embargo, no todo está perdido en esta materia. El Perú cuenta actualmente con un proceso iniciado para determinar la zonificación ecológica económica (ZEE) con el cual se intenta dar una integralidad al ordenamiento territorial. La ZEE ha sido incorporada en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales y viene siendo implementada a través de las comisiones ambientales regionales (CAR) que preside el CONAM en distintas zonas del Perú. Pese a ello, no deja de extrañar que el tema del ordenamiento territorial, que debería tener prioridad política en un país tan megadiverso como el Perú, esté absolutamente relegado de la agenda política y que los tímidos avances existentes se produzcan en instancias no vinculantes y de escaso reconocimiento en la jerarquía institucional peruana como son las comisiones ambientales regionales.

El análisis precedente muestra la necesidad de contraponer la descoordinación y la informalidad que podría imperar en el régimen de concesión de recursos naturales, con el establecimiento a nivel constitucional (y en consecuencia al margen del manejo y los intereses políticos) de una entidad responsable de diri-

---

62 Pulgar-Vidal, Manuel. Recursos naturales y lucha contra la pobreza: ¿una articulación posible? Una aproximación desde el derecho ambiental y el concepto de sostenibilidad. SEPIA IX, Puno, 22 al 24 de octubre del 2001 (documento inédito p. 43).

63 Solano, Pedro. Ob. cit., p.25.

gir, coordinar y ejecutar el ordenamiento territorial en términos de sostenibilidad. Esta misma entidad debería asumir la coordinación sectorial para la elaboración del mapa nacional de los recursos naturales renovables del Perú —que debería ser ejecutado por cada sector competente a través de sus órganos especializados (IMARPE, INRENA, etc)—, aprobarlo y mantenerlo actualizado, y encargarse de implementar el ordenamiento territorial en el Perú en términos de sostenibilidad.

El mapa nacional de recursos nacionales, junto con el ordenamiento del territorio, constituirían herramientas claves para brindarle lógica, coherencia y sobre todo sostenibilidad a los programas de concesión sobre recursos naturales.

De otro lado, este escenario institucional orientado a la sostenibilidad en el uso de los recursos naturales plantearía nuevos retos para el CONAM. Si bien la lógica de la racionalización de las funciones del Estado y de personal explican el diseño de esta institución como una entidad eminentemente coordinadora de la gestión estatal entre los diversos sectores, es innegable que ello ha redundado en una debilidad funcional y política en el marco del aparato estatal, lo cual se evidencia en su escaso impacto en las decisiones del más alto nivel político; su incapacidad o falta de decisión para fiscalizar o sancionar la gestión ambiental de los sectores; su esquema de descentralización sin poder político alguno; y su ausencia funcional y jerárquica en las direcciones ambientales de los sectores.

Si bien el tema del CONAM y de su fortalecimiento en el marco de un proceso de reforma institucional escapa a los objetivos de esta investigación, es posible plantear algunas sugerencias sobre todo en el contexto de una reforma institucional que haga viable la propuesta de concesión sobre recursos naturales. Son dos los problemas que debemos enfrentar. En primer lugar, el hecho de que la fiscalización ambiental vinculada al manejo de recursos naturales esté dispersa y desintegrada en los diferentes ministerios y de que no existan mecanismos de coordinación de políticas y programas, a lo cual se suma que legalmente son estos sectores las reales autoridades ambientales para las actividades que corresponden a cada sector respectivo. De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, el hecho de que la lógica y prioridades de las direcciones ambientales haya "supeditado el objetivo de la conservación al objetivo de la promoción de inversiones"[64].

[64] Guerra García, Gustavo. Ob. cit., p.176.

Por ello se requiere que estas direcciones ambientales respondan cada vez menos a la lógica de la promoción de la inversión impuesta por el sector, para involucrarse en una lógica de supervisión efectiva como parte de un sistema nacional de supervisión promovido y coordinado por el CONAM. En esta línea de razonamiento, estas unidades ambientales sectoriales deberían tener todas rangos de direcciones generales y ser nombradas directamente por el directorio del CONAM en coordinación con el ministro del ramo. De otro lado podrían tener entre sus funciones: 1) encargarse del seguimiento y cumplimiento de los planes de manejo aprobados durante los procesos de concesión de recursos naturales; 2) actuar como primera instancia administrativa respecto de conflictos derivados del incumplimiento de los planes de manejo; 3) coordinar, a nivel del sector, el diseño y actualización del mapa de recursos naturales; y 4) evaluar, en coordinación con el CONAM, la viabilidad ambiental de los proyectos a concesionar.

No consideramos necesario crear una nueva institucionalidad para la supervisión y fiscalización de las concesiones de los recursos naturales, salvo, claro está, las ya constituidas, como es el caso de OSINFOR para el sector forestal[65]. Cada entidad especializada del sector deberá estar en capacidad de ejercer esta labor, para lo cual debería implementarse el sistema de fiscalización a través de terceros, como se realiza actualmente en el sector minero.

65 De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el INRENA es el encargado de evaluar y controlar el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre que se otorguen al amparo de la presente ley, siendo el OSINFOR el encargado de supervisar periódicamente el cumplimiento de los planes de manejo forestal en las concesiones forestales maderables a nivel nacional.

IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Cualquiera haya sido la intención del legislador peruano, parece indiscutible que la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley 26821) no permite la adjudicación en propiedad privada de los recursos naturales, en la medida que constituyen, según la propia ley, Patrimonio de la Nación. La idea detrás de este concepto —más sociológico que jurídico—, implica reconocer que el conjunto de personas que conforman la nación tiene derechos sobre estos recursos y que estos derechos se ejercen a través de un representante que es el Estado quien, en la práctica, asume una *responsabilidad* más que una *función* en la administración de este patrimonio.

2. La *responsabilidad* en la administración que ejerce el Estado en un contexto de liberalización y globalización del mercado, implica la potestad de determinar la manera más eficiente por la cual se puede aprovechar sosteniblemente estos recursos en beneficio de la sociedad en su conjunto. Se trata entonces de que el Estado sea responsable de velar por el aprovechamiento sostenible de los recursos, con independencia de quien lo haga, en beneficio de la nación y no que el Estado asuma la gestión directa del aprovechamiento de los recursos naturales.

3. Dentro del concepto de dominio público, el dominio que mantiene el Estado sobre los recursos naturales ha sido definido por la doctrina como *dominio eminencial*, y lo faculta a delegar ciertos derechos a los particulares sobre los recursos naturales, principalmente de *uso*, *usufructo* y *propiedad* sobre los frutos, pero manteniendo sus facultades de policía, regulación así como de reivindicación. Las facultades que mantiene el Estado tienen por objeto garantizar el interés de la Nación, es decir, la sostenibilidad en el aprovechamiento, lo cual se traduce en la obligación

de: 1) asegurar la disponibilidad de los mismos; 2) velar por su conservación y manejo, orientado por planes de manejo y de ordenamiento territorial; y 3) generar riqueza para el país.

4. Hay en la legislación nacional un uso equívoco y variado, explícito o implícito, de las diversas modalidades de acceso a los recursos naturales (concesión, autorización, permiso y licencia) y no existe un deslinde adecuado entre cada una de estas figuras, lo cual ha generado una gran confusión al momento de pretender establecer criterios delimitativos a nivel de cada uno de los sectores involucrados. Urge por ello homogenizar la legislación de la materia en base a criterios unívocos y consensuados.

5. La autorización implica un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo, un impedimento o una prohibición que la norma ha establecido para el ejercicio de un derecho a un particular. Se parte de un derecho preexistente, pero cuyo ejercicio se encuentra restringido porque puede afectar a la sostenibilidad, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad pública u otros intereses públicos. Sólo en la medida que se satisfagan determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses, la Administración permite el ejercicio de aquel derecho vía la autorización. En el aprovechamiento de los recursos naturales, la autorización sería el resultado de la constatación por parte de la autoridad administrativa de que el ejercicio de un derecho por el particular se ajusta a la naturaleza del recurso y no contraviene su conservación y uso sostenible.

La ampliación del concepto de servicio público y la ampliación de la intervención pública en casi todos los sectores económicos, han llevado a utilizar el instrumento de la autorización como una herramienta más de gestión de la Administración, con la cual se busca orientar el ejercicio de una actividad económica en un sentido determinado, en razón del interés público.

6. Los permisos son exigidos como medios de restricción o reglamentación de la propiedad o la libertad de los individuos. Esto obedece a la facultad que tiene la Administración Pública de ejecutar sus facultades de policía en relación con todos los recursos naturales de la Nación, con independencia de la titularidad del terreno en que se encuentren. Ello implica la posibilidad de afectar los derechos de los particulares a fin de asegurar la preservación del recurso y el orden en su manejo. La figura del permiso se

aplicaría igualmente para aquellos casos en que no es posible adjudicar un uso exclusivo y excluyente del recurso natural, como por ejemplo, los permisos de pesca. La licencia, por su parte, respondería a un acto de la Administración que permite a un particular ejercer un derecho personal y subjetivo en atención a las características o condiciones subjetivas del beneficiario.

7. La concesión constituye un título jurídico habilitante para la utilización privativa de un bien de dominio público, que se configura a través de un contrato de tipo administrativo y se perfecciona mediante una resolución de la Administración de carácter unilateral. La concesión otorga derechos de uso y disfrute sobre los recursos naturales y propiedad privada sobre los frutos obtenidos. El título tiene atributos sobre los que se pueden ejercer derechos reales. Así, los títulos jurídicos pueden ser inscritos, cedidos, hipotecados o transferidos, es decir, pueden ser susceptibles de tráfico jurídico. Asimismo, la concesión implica el otorgamiento a un particular del aprovechamiento en exclusividad de un recurso natural determinado. Por último, la concesión se caracteriza por ser constitutiva; discrecional y estable.

8. La concesión obedece fundamentalmente a la decisión unilateral por parte de la Administración de definir lo que conviene al interés general en un momento determinado. En este sentido, la concesión nace de una manifestación de voluntad unilateral de la Administración, que se manifiesta en la decisión de iniciar un proceso de licitación pública para el aprovechamiento de un determinado recurso natural, en la aprobación de una solicitud concreta; la determinación del contenido de los derechos y obligaciones de las partes; la fijación de las causales de caducidad, entre otros aspectos. Ello implica que la concesión existirá y será válida desde el momento en que sea emitida formalmente la resolución de otorgamiento por parte de la Administración Pública. Lo expuesto no implica obviar la necesidad de contar con una previa aceptación de tales condiciones por parte del beneficiario de la concesión, y la necesidad de que su conformidad se plasme en la aceptación de unas cláusulas que normalmente vendrán plasmadas contractualmente. Con el fin de ganar en coherencia y seguridad jurídica y de evitar la indefensión por parte de terceras partes, la aceptación del concesionario deberá producirse con carácter previo a la emisión de la resolución administrativa correspondiente. El supuesto de que llegado el momento de la aceptación por el concesionario, ésta no se produjese, se declarará concluido el procedimiento por desistimiento del

peticionante. La aceptación así entendida sería una condición necesaria para la continuidad del procedimiento iniciado pero no la que determinaría el perfeccionamiento de la resolución administrativa.

9. A fin de promover la transparencia de las actuaciones administrativas, el procedimiento concesional deberá ser el resultado de un proceso de licitación pública, ya sea éste originado a iniciativa de la propia Administración o a petición de los interesados, que se sustente en los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia.

10. Los objetivos principales de la concesión sobre recursos naturales son: garantizar la sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos naturales en forma privativa por el particular; la rentabilidad de la explotación y la garantía de uso exclusivo y excluyente del recurso.

11. En aras a garantizar dicha sostenibilidad en el aprovechamiento por el particular de los recursos naturales, la Administración no puede dejar de lado su responsabilidad, y deberá reservarse en todo caso las facultades de vigilancia y control a través de la verificación del cumplimiento de los planes de manejo por el concesionario. Asimismo, el incumplimiento reiterado de dichos planes de manejo deberá incluirse como una causal de caducidad de la concesión. En idéntico sentido, debería contemplarse con carácter general la posibilidad por parte de la Administración de realizar modificaciones o reajustes a los planes de manejo que sean resultado de dicha facultad de control.

12. Paralelamente, en las concesiones sobre recursos naturales habrá de primar el principio de *permanencia* mediante el respeto por la Administración de los plazos y las condiciones que aseguren la rentabilidad de la concesión para el particular. Ello implica un plazo lo suficientemente amplio como para que se produzca una adecuada recuperación de la inversión del beneficiario y las expectativas económicas del mismo se vean cumplidas, así como la garantía por parte de la Administración de que no se darán otros supuestos de interrupción de la concesión distintos a los previstos como causales de caducidad en la ley y en los contratos de concesión. Asimismo, se hace patente la necesidad de introducir mecanismos que aseguren la estabilidad de la concesión, ya sea mediante la adopción de la forma de contrato-ley del título concesional, mediante el establecimiento de cláusulas indemnizatorias claras, o mediante la pro-

moción de mecanismos ágiles de resolución de conflictos, entre otras medidas. Con este fin se hace imprescindible crear un marco jurídico consensuado que defina los lineamientos y las estructuras necesarias en aras a promover dicha estabilidad.

Un nuevo enfoque del rol del Estado plantea la necesidad de un rediseño del aparato público, y específicamente de los sectores vinculados al aprovechamiento de los recursos naturales, a fin de superar la excesiva concentración de roles y atribuciones, en lo que se podría definir como una gestión intervensionista de los sectores en un contexto de promoción de la iniciativa privada. Así, cada sector determina recursos a concesionar; define modalidades de otorgamiento; asigna directamente los derechos de uso; actúa como autoridad ambiental; asume la supervisión y fiscalización; resuelve conflictos; decide sobre la caducidad o la resolución del derecho otorgado.

Se sugiere la posibilidad de crear una entidad que se encargue exclusivamente de organizar y ejecutar los concursos públicos para el otorgamiento de las concesiones sobre recursos naturales. Debe ser de naturaleza supra sectorial y de preferencia que dependa del PCM. Esta entidad debe contar con un directorio de alta representatividad política que asuma principalmente cuatro tareas: 1) evaluar las propuestas presentadas por los sectores; 2) resolver los conflictos o cruces de prioridades surgidos por intereses contrapuestos entre dos o más sectores; 3) designar comisiones especializadas encargadas de organizar y ejecutar los procedimientos para el otorgamiento de las concesiones; y 4) difundir y promover los proyectos de inversión.

Se sugiere rediseñar y potenciar el Comité Dictaminador del Consejo Nacional del Ambiente para que asuma las funciones de un tribunal administrativo especial que resuelva los conflictos entre sectores, en base a criterios o valores de sostenibilidad y de compatibilidad con la propuesta de ordenamiento. Se requiere igualmente del diseño e implementación de un mapa nacional de recursos naturales renovables del Perú, que deberá ser ejecutado por cada sector competente a través de sus órganos especializados y que sirva como pauta y base para una estrategia de concesiones sobre recursos naturales.

Anexos

PREVIOUS PAGE BLANK

ANEXO 1

MODALIDADES DE OTORGAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN LA LEGISLACION NACIONAL VIGENTE

Minería

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Cateo	Autorización	- El cateo es libre con carácter general, no obstante, requerirá autorización cuando se realice en zonas urbanas y de expansión urbana, zonas reservadas para la defensa nacional, zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público.	
Exploración-Explotación	Concesión: Otorgamiento mediante Resolución del Jefe de Registro Público de Minería. Si existe concurrencia se resolverá mediante un acto de remate.	- Derecho exclusivo a explorar, desarrollar y explotar la concesión, a extraer las sustancias mineras y a convertirse en propietario de las mismas. - La concesión minera se considera un bien inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada y otorga un derecho real sobre éste consistente en la suma de atributos que legalmente se reconocen al concesionario y que pueden ser objeto de tráfico jurídico. - Uso de terrenos superficiales eriazos ubicados dentro del perímetro de la concesión (de conformidad con la Ley de tierras, Ley 29505 el uso de terrenos eriazos colindantes requiere la adquisición de los mismos a través de subasta pública). - Derecho a solicitar servidumbres sobre terrenos superficiales propiedad de terceros, sobre terrenos superficiales de otras concesiones mineras o en el subsuelo de las concesiones vecinas, con el objeto de efectuar labores necesarias para facilitar el acceso a la propia concesión. - Derecho a utilizar terrenos francos (a utilizar el subsuelo libre vecino o colindante para las labores de acceso, ventilación y desagüe). - Derecho a solicitar expropiaciones. - Derecho al uso de aguas. - Derecho a solicitar a la autoridad la inspección de concesiones vecinas o colindantes. - Derecho a utilizar contratistas.	- Obligación genérica vinculada a los Limites Máximos Permisibles: el titular de actividades minero-metalúrgicas debe evitar o impedir que aquellos elementos o sustancias que pudieran tener efectos adversos en el ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos. - Obligación de elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) por parte de los titulares de actividades mineras que pasen de la etapa de exploración a la de explotación, del solicitante de una concesión minera y o de beneficio y de los que soliciten ampliaciones de producción en sus operaciones o tamaño de planta de beneficio superiores al 50%. - Obligación de realizar un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) para aquellas actividades que estuviesen siendo desarrolladas en el momento de aprobación del Reglamento de Protección Ambiental. - Presentación de un Informe sobre la generación de emisiones y /o vertimientos de residuos de la industria minero metalúrgica.

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
			- Autoridad sectorial competente.	Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería DS 014-92-EM modificado por Decreto Legislativo 868 del 30/10/96
Indefinido	Desde 100has hasta 1000has en el dominio terrestre y 10,000has en el marítimo. Existen restricciones en zonas fronterizas, franjas de traslape y áreas de expansión urbana.	- La concesión minera es indefinida e irrevocable, de forma que la autoridad minera no puede dejar sin efecto el acto administrativo de concesión, salvo en los supuestos en que se haya incurrido en una de las causas de caducidad previstas en la ley: - Abandono del petitorio: incumplimiento por el interesado del procedimiento minero aplicable al título en formación. - Nulidad: al haber sido formulada por persona inhábil. - Falta de pago del derecho de vigencia por el que se manifiesta el derecho de mantener vigente la concesión y de la obligación de inversión para la producción -por la que se demuestra que se está llevando a cabo la actividad minera.	- Oficina de Concesiones del Registro Público de Minería del Ministerio Energía y Minas - La solicitud para el uso del terreno superficial eriazo ubicado en el perímetro de la concesión se tramitará ante la autoridad agraria correspondiente. - La solicitud del derecho al uso de aguas sigue el procedimiento de la Ley de Aguas ante la autoridad competente.	Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (DS 014-92-EM (pub. 04/06/92) modificado por Decreto Legislativo 868 del 30/10/96 (pub.01/11/96) Reglamento de Procedimientos Mineros DS 018-92-EM (pub. 08/09/92); Ley 26615 del Catastro Minero Nacional (pub.25/05/96); Ley 27015 que regula las concesiones mieras en áreas urbanas y de expansión urbana (pub.19/12/98) y Reglamento de la mencionada Ley aprobado por DS 008-2002-EM (pub.21/02/2002). Reglamento del Título Decimoquinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, DS 016-93-EM sobre el medio ambiente (pub. 01/05/93) modificado por DS 059-93-EM (pub. 13/12/93), DS 029-99-EM (pub. 12/07/99) y DS 058-99-EM (pub 24/11/99).

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
		- Beneficios tributarios (i.e. la tributación gravará únicamente la renta que distribuyan los titulares de la actividad minera) y de estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa.	- Obligación de la empresa de contar con un auditor ambiental interno que sea responsable del control ambiental de la empresa. - Obligación de contar con un plan de cierre a ser ejecutado al término de sus operaciones.
Beneficio	Concesión: Resolución Dirección General de Minería	- Derecho exclusivo a extraer o concentrar la parte valiosa del agregado de minerales desarraigados del yacimiento mediante un conjunto de procesos químicos o fisicoquímicos (Puede tratarse de la propia concesión minera o de la de terceros).	Idem
Labor General	Concesión: Resolución Dirección General de Minería	Derecho a prestar servicios auxiliares - ventilación, desague, izaje o extracción- a dos o más concesiones mineras (Esta concesión da lugar a un contrato de servicios entre el concesionario de labor general y aquellos concesionarios que se beneficien con la obra auxiliar).	Idem
Transporte Minero	Concesión: Resolución Dirección General de Minería	Derecho al transporte masivo y continuo de productos de minería entre uno o más centros mineros y un puerto o una planta de beneficio o una refinería (Esta concesión da lugar a un contrato de servicios entre el concesionario de transporte minero y los concesionarios que se benefician con el transporte de minerales).	Idem

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
		- Renuncia del titular - Cancelación: cuando se superponga con derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable. - Incumplimiento de forma injustificada, reiterada y grave de las obligaciones asumidas en el Pro. de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA)	Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minasl Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.	
Indefinido		Idem		Idem
Indefinido		Idem		Idem
Indefinido		Idem		Idem

Recursos forestales

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Explotación forestal con fines maderables	Concesión: Se efectuará por el procedimiento de subasta pública o por concurso público. Una vez otorgada la buena pro por la Comisión *ad hoc* se traslada a la Jefatura del INRENA para la suscripción de un contrato.	- Derecho a disfrutar con exclusividad de la concesión: no pueden otorgarse otras concesiones, autorizaciones o permisos sobre una misma superficie, aunque sea para fines forestales distintos. - Derecho a la venta de la madera en pie de acuerdo al Plan Operativo Anual aprobado por el INRENA. - Derecho al aprovechamiento de otros recursos de flora silvestre, de servicios turísticos y de servicios ambientales dentro del área otorgada en la concesión, siempre que se incluyan en el Plan General de Manejo Forestal. - Derecho a suscribir contratos con terceros para el aprovechamiento de los recursos mencionados en el punto anterior existentes en el área concedida. - Derecho a constituir hipotecas sobre el derecho de la concesión. - Derecho a ceder la posición contractual del titular de la concesión, previa autorización del INRENA. - Derecho a los beneficios tributarios asignados por la legislación de inversión en la Amazonía. - Derecho a acceder a la certificación forestal voluntaria. - Derecho a detener cualquier acto de terceros que impida o limite sus derechos en el área de la concesión. - Derecho a la renovación automática del contrato al aprobarse la supervisión forestal quinquenal.	- Obligación de elaborar y cumplir con el Plan General de Manejo Forestal, en el que se incluirá un análisis de los factores ambientales del sitio, los posibles impactos ambientales del aprovechamiento, la determinación de actividades de manejo y los planes de contingencia. - Obligación de asegurar la integridad de las áreas concedidas y mantener el régimen forestal de las mismas: los concesionarios son los responsables directos en la superficie otorgada, asegurando su aprovechamiento sostenible de acuerdo a lo estipulado en el Plan de Manejo y en el contrato respectivo. - Obligación de adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales dentro del límite de su concesión. - Obligación de respetar las especies y diámetros de corte autorizados. - Obligación de utilizar los sistemas de marcado que permitan la identificación del origen de toda madera en troza que provenga de bosques naturales y plantaciones forestales. - Obligación de respetar las vedas: la propia Ley ha establecido una veda por diez años a la extracción de especies maderables de cedro y caoba en las cuencas de los ríos Putumayo, Yavarí, Tamaya y el Purús. También

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Por un período de hasta 40 años renovables.	Se llevarán a cabo en Bosques de Producción Permanente (BPP) constituidos mediante Resolución Ministerial procedente del Ministerio de Agricultura, a propuesta del INRENA. - *Subasta pública*: unidades de 10,000 a 40,000 has. Un mismo concesionario sólo podrá acceder a un máx de 120,000 por BPP. - *Concurso Público*:: unidades de 5,000 a 10,000 has. Los interesados tendrán que ser pequeños y medianos empresarios e incluir un plan de manejo referido a subunidades de aprovechamiento no inferiores a 1,000has, para poder acceder al	Serán causales de extinción comunes a *las concesiones, permisos y autorizaciones* el incumplimiento de los contratos de concesión, y en concreto el incumplimiento de las condiciones siguientes: - Incumplimiento del Plan de Manejo Forestal. - Impago del derecho de aprovechamiento. - Extracción fuera de los límites de la concesión. - Promover la extracción de especies maderables a través de terceros. - Incurrir en delito o falta que implique grave riesgo o cause severos perjuicios al ambiente y biodiversidad. En casos de fuerza mayor debidamente comprobados, el titular podrá solicitar dejar sin efecto la concesión siempre que el interesado haya cumplido con sus obligaciones, planes de trabajo y pago del derecho a la fecha de la solicitud.	- El Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) dependiente del Ministerio de Agricultura tiene competencia para aprobar los planes de manejo, y otorgar las concesiones forestales maderables - El INRENA tiene la competencia de evaluar y supervisar periódicamente las concesiones, permisos y autorizaciones, sin perjuicio de las competencias del Organismo Supervisor de los Recursos Forestales Maderables. - El Organismo Supervisor de los Recursos Forestales Maderables (OSINFOR), se constituye como un organismo dotado de autonomía funcional, técnica y administrativa, dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros. En relación con las concesiones forestales con fines maderables, el OSINFOR tiene competencia para supervisar el cumplimiento de	Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308 (publicada el 16/07/2000) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-2001-AG (publicado 09/04/2001), y que ha sido recientemente modificado por Decreto Supremo 006-2002-AG. Resolución Ministerial No. 0566-2001-AG (pub. 07/07/2001) sobre concesiones de conservación y Resolución Ministerial No 0314-2002-AG (pub.06 y 12/ 04/ 2002) sobre concesiones para ecoturismo.

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
			regula la prohibición de exportar madera aserrada de dichas especies, permitiendo la exportación sólo de productos elaborados o partes y piezas.
Explotaciones forestales con fines no maderables: para otros productos del bosque, para ecoturismo y para conservación	Concesión: Se otorga mediante concurso público, y en el caso de que no haber interesados concurrentes, mediante concesión directa. Se otorga mediante Resolución Jefatural que se complementa con un contrato concesionario-INRENA.	- *Concesiones forestales para otros productos del bosque*: derecho para el aprovechamiento de especies de flora como castaña, aguaje, palmito, lianas, resinas, gomas, plantas medicinales, ornamentales, y otros, con fines comerciales e industriales. - *Concesiones forestales para ecoturismo:* derecho a aprovechar el paisaje natural como recurso. El titular de la concesión podrá desarrollar, directamente o a través de terceros, actividades de aprovechamiento de recursos forestales no maderables, siempre que estén incorporadas en el Plan de Manejo y se realice el pago de los derechos correspondientes.El concesionario podrá imponer gravámenes a su derecho de concesión y ceder su posición contractual previa aprobación del INRENA. - *Concesiones forestales para conservación:* se otorgan con carácter gratuito el derecho a realizar actividades de protección, investigación, educación y otras actividades sin fines de lucro. Previa *autorización* del INRENA, podrán realizarse asimismo actividades de ecoturismo, y de aprovechamiento de los recursos no maderables que sean compatibles con la conservación. La con-	- Obligación de cumplir con el Plan de Manejo Forestal aprobado por el INRENA (en el que se habrá de incluir un Estudio de Impacto Ambiental). - Obligación de respetar las vedas a la extracción de especies nativas de flora y fauna silvestre, cuyo aprovechamiento no sea sostenible o se encuentren amenazadas de extinción (Las áreas otorgadas en concesión no serán afectadas por vedas si el Plan de Manejo incluye la conservación de las especies). - Obligación de presentar informes anuales, con carácter de declaración jurada respecto al cumplimiento de sus Planes de Manejo. Los titulares de las concesiones también habrán de suscribir las guías de transporte que también tienen el carácter de declaración jurada. - Los titulares tienen la obligación de actuar como custodios del Patrimonio Fo-

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
	sistema de concurso. Un mismo concesionario sólo podrá acceder por concurso público a un máximo de 50,000 has a nivel nacional.		los contratos de concesión, verificar el cumplimiento de los planes de manejo forestal, controlar anualmente el cumplimiento de los planes operativos y supervisar el aprovechamiento de otros productos del bosque en las mencionadas concesiones.	
Por un período de hasta 40 años renovables.	- *Concesiones forestales para otros productos del bosque*: se otorgará en los Bosques de Producción Permanente y en los Bosques en Tierras de Protección - siempre que no originen impactos negativos en las áreas de protección- en superficies de hasta 10,000 has. - *Concesiones forestales para ecoturismo*: recaerán preferentemente en bosques no califica-	*Concesiones para conservación y concesiones para ecoturismo :* - Desaprobación del Plan de Manejo por el INRENA. - Incumplimiento grave y reiterado del contrato de concesión y el Plan de Manejo. - Realizar actividades no contempladas en el Plan de Manejo, sin autorización o justificación posterior al INRENA. - No subsanación de las observaciones que formule el INRENA luego de evaluar los Informes Anuales o realizar el Informe Quinquenal.	- *Concesiones forestales para otros productos del bosque*: serán otorgadas por la autoridad que sea competente en atención a la ubicación y características de los recursos a ser aprovechados. - *Las concesiones para conservación y ecoturismo* son otorgadas por el INRENA	Idem

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
		cesión no es transferible a terceros ni puede ser sujeta a gravámenes, hipotecas o cargas similares. *Derechos comunes a todas las concesiones:* - Derecho a aprovechar los recursos forestales con exclusividad - Derecho a los incentivos previstos en la legislación forestal (i.e. reducción en el pago del derecho de aprovechamiento). - Derecho a celebrar contratos con terceros para el aprovechamiento de otros recursos existentes en el área concedida. - Derecho a la inafectación de las vedas en las unidades de aprovechamiento (a excepción de las vedas temporales que se determinen por razones de sanidad o peligro de extinción de alguna especie). - Derecho a formar parte del Comité de Gestión del Bosque.	restal Nacional. Ello les faculta a ejercer la autoridad preventiva con el fin de disponer la suspensión de cualquier acción de terceros y el mantenimiento del status quo, hasta la intervención de alguna autoridad pública.
Forestación y reforestación	Concesión: mediante contrato de concesión.	Se otorgan a título gratuito, con fines de producción, protección y para servicios ambientales. Los titulares podrán ceder su posición contractual previa autorización del INRENA.	- Conservar y manejar los recursos en concordancia con la ley, el reglamento y las normas técnicas que establezca el INRENA - Cumplir con el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal aprobado por el INRENA - Cumplir con las normas de conservación del ambiente - Presentar un informe anual sobre el cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo.

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
	dos como de producción forestal permanente y en tierras de protección, en superficies de hasta 10,000 has. - *Concesiones forestales para conservación:* se concederán preferentemente en Bosques en Tierras de Protección. Cabe la posibilidad de participar en los sistemas de acceso a concesiones en los BPP y destinarlas a estos fines. No existen límites de superficie.			
Período de hasta 40 años renovables.	Serán concedidas en tierras de capacidad de uso mayor forestal sin cubierta vegetal o con escasa cobertura arbórea y en extensiones de hasta 40,000 has.	- La introducción de especies no autorizadas que puedan ser dañinas al ambiente. - El incumplimiento reiterado del Plan de Establecimiento y Manejo. - El cambio de uso no autorizado de las tierras.	Son concedidas por el INRENA.	Idem

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Aprovechamiento en bosques locales	Autorizaciones	El aprovechamiento de los recursos maderables y diferentes a la madera estará destinado fundamentalmente a satisfacer las necesidades directas de las poblaciones rurales beneficiarias. En el supuesto de que se trate de bosques locales en tierras de protección, sólo podrán aprovecharse los recursos forestales diferentes a la madera.	Elaboración del Plan de Manejo (con indicación de productos y volúmenes a extraer, número de zafras o cosechas por año, así como la duración del mismo).
Aprovechamiento en plantaciones forestales y en otras formaciones vegetales.	Permiso		Obligación de presentar un "Plan de Establecimiento y Manejo de Plantaciones Forestales" que incluirá un EIA, y deberá registrarse en el INRENA.
Aprovechamiento en bosques en tierras de comunidades	Permiso		Elaboración de un Plan de Manejo
Aprovechamiento de recursos forestales diferentes de la madera en Bosques de Producción en Reserva.	Permiso		Obligación de no afectar el potencial maderero del área

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Período de 20 años renovables mediante contrato.	Hasta un máximo de 500 has.		El INRENA delega, a través de un contrato de administración, en los gobiernos locales o a las organizaciones locales reconocidas por éstos, la facultad de otorgar las autorizaciones y permisos y los mecanismos de supervisión.	Idem
			Son otorgados por el INRENA	Idem.
	Áreas previamiente delimitadas como bosques comunales		Son otorgados por el INRENA	Idem.
			Son concedidas por el INRENA.	Idem.

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Aprovechamiento en bosques secos de la costa	Autorización		Los interesados habrán de presentar un expediente técnico que contenga un Plan de Manejo en el que se deberá incluir el estado actual del bosque, estrategias de manejo, análisis de los aspectos ambientales, prevención de incendios y plan de monitoreo y evaluación, entre otras materias.
Aprovechamiento en bosques en tierras de propiedad privada	Permiso		Los interesados habrán de presentar un Plan de Manejo
Aprovechamiento en bosques secundarios	Permiso		Los interesados habrán de presentar un Plan de Manejo
Aprovechamiento en asociaciones vegetales de productos forestales diferentes a la madera	Autorización	Derecho al aprovechamiento de las especies de flora que se concentran en álveos o cauces naturales; especies arbustivas y plantas medicinales que se encuentren en formaciones no boscosas.	Elaboración de un Plan de Manejo.

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Período de hasta 10 años en tierras de dominio público	Podrá tratarse de bosques que se ubiquen en tierras privadas o comunales y en tierras de dominio público. En este último caso, el INRENA podrá otorgar autorizaciones para su aprovechamiento en superficies de hasta 500 hectáreas.		Son concedidas por el INRENA.	Idem
			Son concedidos por el INRENA	Idem.
			Son concedidos por el INRENA	Idem.
			Es otorgado por el INRENA, previa solicitud acompañada de documentos que reflejen la ubicación del área de extracción y descripción del recurso y del manejo a realizarse. En el caso de tratarse de cultivos ubicados en tierras de propiedad privada, bastará con la inscripción en el registro del INRENA.	Idem.

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Actividades de desbosque	Autorización	Se podrán realizar actividades de desbosque siempre que sean necesarias con motivo de contratos de operaciones petroleras, mineras, industriales, o en los supuestos que lo requieran las condiciones propias del trabajo.	Obligación de elaborar un informe de impacto ambiental en el que conste el área de desbosque, las características físicas y biológicas de la misma, el inventario de especies árboles del área con la identificación de sus características, el plan de actividades de desbosque y el plan de reforestación, entre otras materias.
Actividades de investigación	Autorización	Permite la realización de estudios e investigaciones para el desarrollo de actividades productivas distintas a la forestal, en las categorías que conforman el Patrimonio Forestal Nacional. En el supuesto de que ello implique la colecta de especimenes biológicos o muestras de suelos, la autorización habrá de ser expresa, y se establecerán los requisitos, las condiciones y las salvaguardas relativas a los recursos genéticos.	

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
			Serán concedidas por el INRENA	Idem.
			Serán otorgadas por el INRENA, cuya autorización también será necesaria cuando se contemple la extracción de recursos forestales y de fauna silvestre.	Idem.

Recursos hidrobiológicos

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Extracción de recursos hidrobiológicos	Permiso de Pesca[1]	*Embarcaciones pesqueras de bandera nacional:* deberá realizarse de acuerdo con el permiso de pesca en el que se hará referencia a los datos del titular del permiso y de la embarcación, capacidad de bodega, modalidad operativa autorizada, límite autorizado de captura incidental, artes o parejos autorizados y plazo de vigencia del permiso. El permiso de pesca es indesligable de la embarcación a la que corresponde. *Embarcaciones pesqueras de bandera extranjera: se* permiten sólo para el excedente de la captura permisible no aprovechada por la flota existente en el país. En concreto, para pesca de investigación, cuando hayan sido contratadas por empresas peruanas, para la pesca de recursos de oportunidad, altamente migratorios o subexplotados, cuando deriven de acuerdos pesqueros celebrados por el Perú con otros países o como consecuencia de la suscripción de acuerdos-marco entre el Ministerio de Pesquería y entidades privadas extranjeras. El permiso de pesca hará referencia a datos del titular y de la embarcación, al período de vigencia, zonas de operación, cuota de captura asignada, mecanismos de control, y al esfuerzo pesquero, entre otras materias. El permiso de pesca para armadores que operen embarcaciones de bandera extranjera es intransferible.	- Obligación genérica de responder ante los impactos ambientales ocasionados por las actividades pesqueras. - Informar al Ministerio de Pesquería acerca de las capturas por especie y áreas de pesca en las que operen sus embarcaciones. - Elaboración de un EIA con carácter previo al otorgamiento del permiso. - Las personas naturales o jurídicas que en el momento de entrar en vigor la normativa ambiental se encuentren desarrollando la actividad pesquera están obligadas a una adecuación gradual a las obligaciones ambientales que se hará efectiva a través de los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). - Realizar programas de monitoreo periódicos para evaluar la carga contaminante de sus efluentes y emisiones.

1 No se requiere permiso de pesca a las personas naturales que realicen pesca de subsistencia y deportiva- en este último caso, siempre que se realice sin el uso de embarcaciones.

Plazo	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Embarcaciones pesqueras de bandera nacional: no hay límite en el plazo de vigencia. *Embarcaciones pesqueras de bandera extranjera* se otorgará por el plazo que se determine en el permiso de pesca en función del recurso autorizado, y en cualquier caso no podrá ser superior a un año.	- El incumplimiento en el mantenimiento de la vigencia del permiso de pesca. - El impago total o parcial de los derechos de pesca. - La reiteración en la comisión de infracciones relativas al incumplimiento de una veda de los recursos hidrobiológicos plenamente explotados, de los recursos legalmente protegidos, o el desarrollo de actividades en áreas restringidas para el ejercicio de determinadas actividades pesqueras.	El Ministerio de Pesquería es el órgano competente para otorgar las concesiones, autorizaciones, permisos de pesca y licencias a través de las Direcciones respectivas. La Dirección de Seguimiento, Control y Vigilancia del mencionado Ministerio, realiza el seguimiento, control y vigilancia de las actividades pesqueras.	Decreto Ley No. 25977 por el que aprueba la Ley General de Pesca (pub. 22/12/92); Decreto Supremo No. 012-2001-PE por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la mencionada Ley (pub. 14/03/2001); Ley No. 27460 de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura (pub. 26/05/2001); Decreto Supremo No. 030-2001-PE por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla (pub. 12/07/2001); por Resolución Ministerial No.147-2001-PE por la que se aprueba el Reglamento de Ordenamiento Pesquero de la Amazonía Peruana (pub. 01/05/2001) y Decreto Supremo No. 023-2001-PE, por el que se aprueba el Reglamento de Administración y Manejo de Concesiones Especiales para el desarrollo de la maricultura de especies betónicas en la Reserva Nacional de Paracas (pub. 01/06/2001).

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
		Extracción y recolección de recursos hidrobiológicos sin el uso de embarcaciones realizados por personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de artesanales. *Extracción de recursos hidrobiológicos para fines ornamentales o para el funcionamiento de acuarios comerciales.* Las empresas dedicadas a la actividad pesquera gozan del régimen de estabilidad jurídica contemplado en los Decretos Legislativos no 662 y 757.	
Incremento de flota	Autorización[2]	La autorización de incremento de flota de embarcaciones de bandera nacional es intransferible, a excepción de que el titular acredite un avance significativo de la obra del 50%, en cuyo caso podrá transferirlo por una única vez. La autorización de incremento de flota es independiente del permiso de pesca.	
Procesamiento de recursos hidrobiológicos	Autorización para la instalación o aumento de la capacidad de operación y Licencia para la operación de cada planta de procesamiento[3]	La transferencia en propiedad o cambio de posesión del establecimiento industrial pesquero conlleva la transferencia de la licencia de operación.	- Elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental con carácter previo al otorgamiento de la autorización. - Las actividades relativas al procesamiento artesanal estarán obligadas a la presentación de una Declaración de Impacto Ambiental - Las personas naturales o jurídicas que en el momento de

2 Estarán excluidas del requisito de autorización de incremento de flota cuando se trate de adquisición y construcción de embarcaciones artesanales en las que concurra una capacidad máxima de bodega de 32,6 metros cúbicos, la pesca esté destinada al consumo humano directo y las operaciones sean efectuados con predominio de trabajo manual.

Plazo	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Se concederá por un plazo de 18 meses, prorrogable por otros seis.		Ministerio de Pesquería	Idem
La autorización se concede por un año, que será prorrogable por otro año, siempre que se acredite haber realizado una inversión superior al 50% del proyecto aprobado.			Idem

[3] La instalación y operación de establecimientos de procesamiento artesanal no requerirá autorización; sí necesitarán, sin embargo, licencia de operación las plantas de procesamiento artesanal que será concedida por el plazo de un año y que podrá ser prorrogable previa acreditación de su operatividad.

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
			entrar en vigor la normativa ambiental se encuentren desarrollándola actividad pesquera están obligadas a una adecuación gradual a las obligaciones ambientales que se hará efectiva a través de los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). - Realizar programas de monitoreo periódicos para evaluar la carga contaminante de sus efluentes y emisiones.
Acuicultura	Concesión: Con carácter previo al otorgamiento de la concesión se suscribirá un *Convenio de Conservación, Inversión y Producción Acuícola* entre el solicitante de la concesión y la Dirección Nacional de Acuicultura o la Dirección Regional de Pesquería correspondiente	- Se otorgan para permitir el desarrollo de la actividad acuícola en terrenos públicos, en los fondos o en las aguas marinas o continentales. - Los términos de las concesiones serán fijados en un *Convenio de Conservación Inversión y Producción Acuícola* que deberá suscribir – con carácter previo al otorgamiento de la concesión- el solicitante con el Ministerio de Pesquería y que contendrá disposiciones relativas al programa de acciones a ejecutar, programa de manejo ambiental, metas de operación, producción e inversiones, y fijará las distintas causales de caducidad. - Los titulares de las concesiones serán propietarios de los recursos hidrobiológicos que cultiven, en cualquiera de los estadios en que éstos se encuentren, y podrán actuar como materia de garantías reales. - Podrán ser transferidas a terceros mediante cesión de la posición contractual, previa autorización del Ministerio de Pesquería y suscripción de un nuevo Convenio.	- Obligación de no interferir las actividades tradicionales que se desarrollen en el recurso hídrico. - Obligación de informar al Ministerio de Pesquería en relación con cualquier brote infeccioso que pudiera causar el deterioro de los recursos y del medio ambiente. - Obligación de elaborar un EIA con carácter previo al otorgamiento de la concesión o de la autorización. - Las personas naturales o jurídicas que en el momento de entrar en vigor la normativa ambiental se encuentren desarrollando la actividad acuícola están obligadas a una adecuación gradual a las obligaciones ambientales que se hará efectiva a través de los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA).

Plazo	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Hasta 30 años para acuicultura comercial a mayor escala, hasta 15 años cuando sea de menor escala, hasta 10 años cuando se trate de acuicultura de subsistencia y hasta 3 años en el supuesto de concesiones especiales.	- La reiteración en la comisión de infracciones relativas al desarrollo de actividades en áreas restringidas para el ejercicio de determinadas actividades acuícolas. - Causar grave daño al ecosistema. - No permitir la realización de las acciones de vigilancia y control. - Incumplir injustificadamente las metas de inversión o producción establecidas en los Convenios. - Usar el área otorgada para fines distintos a los autorizados. - Incurrir en alguna de las causales de caducidad recogidas en los respectivos Convenios. - Renuncia del titular. - Vencimiento del período de vigencia de la resolución autoritativa.	El Ministerio de Pesquería es la autoridad competente para determinar las áreas apropiadas para el desarrollo de la actividad acuícola. La información sobre dichas áreas integrará el Catastro Acuícola Nacional y se pondrá a disposición de los interesados que podrán solicitar concesiones sobre dichas áreas, así como sobre otras distintas que los propios interesados consideren apropiadas, siempre y cuando cuenten con el informe favorable del Ministerio de Pesquería. Una vez delimitadas las áreas en concesión destinadas a la acuicultura, el Ministerio de Pesquería podrá convocar a concurso o licitación pública el otorgamiento de las mismas; las áreas en concesión también podrán ser otorgadas a través de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI).	Idem

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
		- Las empresas dedicadas a la actividad acuícola gozan del régimen de estabilidad jurídica contemplado en los Decretos Legislativos no 662 y 757.	
Acuicultura	Autorización	- Ejercicio de la actividad en predios de propiedad privada, para actividades de investigación, poblamiento y repoblamiento.	
Actividades exploratorias y experimentales	Autorización	- Derecho a disponer libremente del producto de la pesca.	
Investigación pesquera	Autorización	- Será necesario contar con una autorización para la realización de actividades de investigación, cuando se utilicen embarcaciones, se extraigan recursos hidrobiológicos, se usen espacios acuáticos públicos o se operen plantas de procesamiento. - La importación y exportación de especies vivas con fines de investigación y difusión cultural también requerirá la autorización del Ministerio de Pesquería. - Las autorizaciones de investigación para embarcaciones pesqueras de bandera nacional o extranjera son intransferibles.	- Elaborar un EIA con carácter previo al otorgamiento de la autorización cuando en las actividades de investigación se utilicen espacios públicos u operen plantas de procesamiento
Instalación de establecimientos industriales pesqueros	Autorización		- Elaborar un EIA con carácter previo al otorgamiento de la autorización
Administración y usufructuo de la infraestructura pesquera del Estado	Concesión		- El desarrollo de la infraestructura por parte del Estado para la actividad de extracción de menor escala y procesamiento artesanal requerirá la elaboración de un EIA previo al otorgamiento de la concesión.

Plazo	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
			Idem.
Máximo de 6 meses, pudiéndose renovar por una sola vez			Idem.
Período determinado en la Resolución Ministerial.			Idem.
			Idem.

Recursos Genéticos

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Acceso a recursos genéticos y sus derivados	Concesión: Contrato de acceso a recursos genéticos que se perfecciona mediante Resolución de la autoridad competente	Derecho a acceder y usar recursos genéticos y sus derivados en función a ciertas condiciones tales como: - Participación de los nacionales en las actividades de investigación. - Apoyo a la investigación dentro del país de origen que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. - Fortalecimiento de mecanismos de transferencia de conocimientos y tecnologías. - Suministro de información sobre antecedentes, estado de la ciencia o de otra índole que contribuya al mejor conocimiento de la situación relativa al recurso genético. - Fortalecimiento de la capacidad institucional asociada a los recursos genéticos. - Fortalecimiento de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales. - Depósito de fondos de todo el material recolectado en instituciones del país de origen. - Obligación de poner en conocimiento de la autoridad nacional competente los resultados de las investigaciones realizadas. - Los términos para la transferencia del material accedido a terceros.	Se podrán establecer limitaciones totales o parciales al acceso a los recursos genéticos o sus productos derivados en función de: - endemismo, rareza, peligro de extinción de las especies, subespecies, variedades o razas - condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o función de los ecosistemas - efectos adversos de las actividades de acceso sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos - impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables de las actividades de acceso sobre los ecosistemas - peligro de erosión genética regulaciones sobre bioseguridad recursos genéticos o áreas calificados como estratégicos.

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Indefinido	Según lo solicitado.	La nulidad del contrato de acceso implica la nulidad del contrato accesorio. La autoridad puede declarar la conclusión del contrato de acceso si se declara nulo el accesorio y es indispensable para el contrato de acceso La modificación, suspensión o rescisión del contrato accesorio puede acarrear la modificación, suspensión, resolución y rescisión del contrato de acceso.	Autoridad sectorial (Instituto Nacional de Recursos Naturales, Instituto Nacional de Investigación Agraria, Ministerio de Pesca) en función del recurso del que se trate.	Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre un régimen común de acceso a los recursos genéticos de 02/07/1996 (pub 17/07/1996 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Anexo III, No. 213)

Hidrocarburos

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Actividades de exploración y de explotación	**Contratos de Licencia** Los Contratos se aprobarán por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas. Los Contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes. Las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas. Los Contratos de Licencia así como los Contratos de Servicios se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del Artículo 1357 del Código Civil	Es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el contratista y por el cual éste obtiene la autorización de explorar y/ o explotar, o solamente explotar hidrocarburos en el área del contrato. Por este contrato, PERUPETRO S.A. transfiere el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos al contratista, quien debe pagar una regalía al estado. Los contratos autorizan al contratista durante el plazo del contrato a realizar las operaciones necesarias para la exploración y explotación, o e explotación de hidrocarburos, incluyendo la recuperación secundaria y mejorada, obligando al contratista a realizar los trabajos acordados en el área del contrato y fuera de ésta, en lo que resulte necesario, previa aprobación del contratante en este último. Pero no autorizan a explorar ni explotar ningún otro recurso.	- Obligación genérica: Todos los titulares de actividades de hidrocarburos son responsables por las emisiones, vertimientos y disposiciones de desechos al ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones, siendo su obligación evitar que aquellos elementos y/ o sustancias que por sus concentraciones pueden ser adversos en el ambiente, sobrepasen los Límites Máximos Permisibles. - Antes del inicio de cualquier actividad de hidrocarburos o ampliación de las mismas, el responsable del proyecto debe presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o un Estudio de Impacto Ambiental Preliminar (EIAP), en función del uso del suelo y los riesgos que genera su actividad. - Obligación de realizar el PAMA para aquellos titulares de actividades de hidrocarburos que se encontraban operando a la fecha de promulgación del Reglamento de Protección Ambiental del Sub-sector Hidrocarburos. - La obligación de que toda instalación cuente con un Plan de Manejo Ambiental (PMA) o un PAMA. - La prohibición de actividades ilegales de caza, pesca, recolección de especies de flora y fauna silvestre, el mantenimiento de animales en cautiverio y la introducción de animales domésticos. - El manejo de los desechos. La obligación del responsable de las actividades de hidrocarburos de presentar un Plan de Contingencia para Derrames de Petróleo y Emergencias, el cual debe ser actualizado por lo menos una vez al año, y sobre el cual deberá recibir entrenamiento todo su personal.

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Los plazos máximos de los Contratos serán: - Para la fase de exploración hasta 7 años, contados a partir de la fecha efectiva establecida en cada Contrato, pudiendo dividirse esta fase en varios períodos conforme se acuerde en el mismo. Esta fase podrá continuar hasta el vencimiento del plazo señalado, no obstante haberse iniciado la producción de los Hidrocarburos descubiertos. - Para la fase de explotación: 1) Tratándose de Petróleo crudo hasta completar 30 años, contados desde la fecha efectiva del Contrato. En el caso previsto en el Artículo 23, el plazo del Contrato podrá extenderse para incluir el período de retención que se acuerde. 2) Tratándose de gas natural no asociado y de gas natural no asociado y condensados hasta completar 40 años, contados a partir de la fecha efectiva del Contrato. En los casos previstos en los Artículos 23 y 24 el plazo del Contrato podrá extenderse para incluir los períodos de retención que se acuerden. La suma de los períodos de retención no podrá ser mayor de 10 años.	La extensión y delimitación del área inicial del contrato se determina en cada uno de ellos en función al potencial hidrocarburífero, zona geográfica, programa mínimo garantizado y área en que efectivamente se realizarán las actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos.	El Contrato terminará automáticamente y sin previo requisito, en los casos siguiente: a) Al vencimiento del plazo contractual. b) Por acuerdo entre las partes. c) Por mandato inapelable del Poder Judicial o Tribunal Arbitral. d) Por las causales que las partes acuerden en el Contrato. e) Al término de la fase de exploración, sin que el Contratista haya hecho Declaración de Descubrimiento Comercial y no esté vigente un período de retención. La terminación del Contrato se rige por las normas del Código Civil en cuanto no esté previsto en la presente Ley.	Ministerio de Energía y Minas	Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional. Ley N° 26221 (pub. 20/08/93).

Actividad	Modalidad Otorgamiento	Derechos que otorga	Obligaciones ambientales
Actividades de exploración y de explotación	**Contrato de servicios**	Es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el contratista, para que este ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el área del contrato, recibiendo el contratista una retribución en función a la producción fiscalizada de hidrocarburos. Los contratos autorizan al contratista durante el plazo del contrato a realizar las operaciones necesarias para la exploración y explotación, o e explotación de hidrocarburos, incluyendo la recuperación secundaria y mejorada, obligando al contratista a realizar los trabajos acordados en el área del contrato y fuera de ésta, en lo que resulte necesario, previa aprobación del contratante en este último. Pero no autorizan a explorar ni explotar ningún otro recurso.	
Actividades de exploración y de explotación	Otras modalidades autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas		

Plazo	Superficie	Causales de Extinción	Autoridad competente	Régimen Jurídico
Los plazos máximos de los Contratos serán: - Para la fase de exploración hasta siete 7 años, contados a partir de la fecha efectiva establecida en cada Contrato, pudiendo dividirse esta fase en varios períodos conforme se acuerde en el mismo. Esta fase podrá continuar hasta el vencimiento del plazo señalado, no obstante haberse iniciado la producción de los Hidrocarburos descubiertos. - Para la fase de explotación: 1) Tratándose de Petróleo crudo hasta completar 30 años, contados desde la fecha efectiva del Contrato. En el caso previsto en el Artículo 23, el plazo del Contrato podrá extenderse para incluir el período de retención que se acuerde. 2) Tratándose de gas natural no asociado y de gas natural no asociado y condensados hasta completar 40 años, contados a partir de la fecha efectiva del Contrato. En los casos previstos en los Artículos 23 y 24 el plazo del Contrato podrá extenderse para incluir los períodos de retención que se acuerden. La suma de los períodos de retención no podrá ser mayor de 10 años.	La extensión y delimitación del área inicial del contrato se determina en cada uno de ellos en función al potencial hidrocarburífero, zona geográfica, programa mínimo garantizado y área en que efectivamente se realizarán las actividades de exploración y/ o explotación de hidrocarburos.	El Contrato terminará automáticamente y sin previo requisito, en los casos siguiente: - Al vencimiento del plazo contractual. - Por acuerdo entre las partes. - Por mandato inapelable del Poder Judicial o Tribunal Arbitral. - Por las causales que las partes acuerden en el Contrato. - Al término de la fase de exploración, sin que el Contratista haya hecho Declaración de Descubrimiento Comercial y no esté vigente un período de retención. La terminación del Contrato se rige por las normas del Código Civil en cuanto no esté previsto en la presente Ley.	Ministerio de Energía y Minas	Idem.
				Idem.

ANEXO 2

ASPECTOS ECONÓMICOS EN LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA CONCESIÓN COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. EL CANON DE RECURSOS NATURALES.[1]

Perú es un país relativamente bien dotado de recursos naturales y éstos han sido la base y motor del crecimiento de la economía durante nuestra historia. Las cifras sobre exportaciones, que se pueden observar en el cuadro 1A, muestran que las exportaciones de recursos naturales constituyen aproximadamente dos tercios de las exportaciones totales. Solamente en el año 2001, el país exportó un total de US$ 7,100 millones de dólares, de los cuales US$ 4,621 millones fueron recursos naturales, siendo los recursos mineros los más importantes, alcanzando poco menos de un tercio del total exportado en dicho año.

Las exportaciones de recursos naturales se han duplicado en valor durante la década del noventa pasando de US$ 2,156 millones de dólares en 1991, a US$ 4,621 millones de dólares en el año 2001. De éstas, las exportaciones de minerales son de lejos las más importantes, oscilando alrededor de un 70% del total. En orden de importancia a lo largo de la década, siguen las exportaciones pesqueras (que alcanzaron los US$ 926 millones de dólares en el año 2001) y petróleo y derivados (US$ 421 millones de dólares en el año 2001)[2]. Las exportaciones forestales están creciendo, habiendo pasado de un monto de US$ 2.5 millones de dólares en 1993 a un nivel de US$ 85.75 millones de dólares en 2001.

---

1 Este anexo ha sido elaborado por Roxana Barrantes y no hubiese podido llevarse a buen término sin la decisiva y aplicada colaboración de Juan José Miranda Montero como asistente de investigación. Se agradece el apoyo permanente de la señorita Virginia García, bibliotecaria del Instituto de Estudios Peruanos.

2 Perú es un importador neto de petróleo.

PREVIOUS PAGE BLANK

Las exportaciones de recursos naturales peruanos se realizan con limitado procesamiento, lo que contribuye a la elevada sensibilidad del valor exportado respecto de las fluctuaciones del precio internacional[3]. Solamente en el año 2000, el Banco Central de Reserva reporta que hubo un efecto precio de US$ 200 millones de dólares, es decir, que para el mismo volumen exportado, el valor aumentó debido a un incremento en los precios internacionales.

La exportación de recursos naturales es importante en la economía del país. A lo largo de la década del noventa, la participación porcentual de las exportaciones de recursos naturales en el Producto Bruto Interno (PBI) ha sido creciente, pasando de un 6.2 % en 1990, a un 8.6 % en el año 2001. Mientras que las exportaciones de recursos naturales prácticamente se han duplicado en el periodo, el PBI solamente ha crecido alrededor de un 60 %. Estos datos pueden observarse en el cuadro 1. B.

1. Recursos naturales y renta de escasez

¿Todos los bienes de la naturaleza son recursos naturales? Desde el punto de vista estrictamente económico, la respuesta es negativa. Solamente serán considerados recursos naturales aquellos que cumplan dos condiciones: (a) que los humanos conozcan sus usos; y (b) que estén dispuestos a pagar por obtenerlo, es decir, que exista una demanda[4].

Los recursos naturales pueden ser clasificados en renovables o agotables. Estaremos frente a recursos renovables cuando el tiempo requerido para aumentar los stocks sea lo suficientemente corto para el horizonte de planeamiento de los seres humanos. Por ejemplo, los recursos pesqueros son renovables. Serán agotables, cuando los aumentos de stocks solamente puedan verificarse como resultado de nuevos descubrimientos. Por ejemplo, los hidrocarburos son recursos agotables[5].

---

3 Este año 2002, a raíz del desplome de precios internacionales de los minerales, por lo menos una mina importante de explotación de cobre ha suspendido operaciones (Tintaya).

4 Rees, Judith (1990).

5 En el caso de los recursos agotables, se puede clasificar las reservas según la rentabilidad de la explotación. Al respecto, ver Tietenberg, Tom (1992).

Cuadro 1.A.
PERÚ-Exportaciones de recursos naturales
(Millones de US dólares)

Productos	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Mineros	**1 534.82**	**1 819.88**	**1 472.55**	**1 970.82**	**2 615.68**	**2 654.44**	**2 730.51**	**2 746.70**	**3 008.02**	**3 212.32**	**3 187.90**
(Participación)	(71.2%)	(74.3%)	(65.8%)	(67.5%)	(71.7%)	(67.7%)	(64.4%)	(79.8%)	(76.5%)	(69.1%)	(69.0%)
Cobre 1/	742.06	755.93	649.96	823.64	1 198.30	1 052.24	1 096.31	778.84	776.34	930.48	987.20
Estaño	22.24	46.55	46.17	81.58	87.67	108.64	133.22	118.63	132.88	166.30	130.30
Hierro	45.68	54.09	83.67	104.96	100.05	83.91	76.46	96.36	66.73	66.56	81.40
Oro	144.67	399.29	207.70	337.82	462.86	579.29	500.08	928.48	1 192.46	1 144.69	1 166.20
Plata refinada	67.81	68.08	71.85	97.93	109.68	119.47	104.77	130.56	169.33	179.50	168.60
Plomo 1/	174.78	153.43	128.75	195.09	258.33	274.34	237.03	208.69	177.10	190.39	196.00
Zinc	310.28	322.42	266.03	303.65	325.45	400.84	539.25	445.20	462.39	495.76	419.40
Resto de mineros 2/	27.30	20.09	18.42	26.15	73.34	35.71	43.39	39.95	30.77	38.63	38.80
Pesqueros	**452.75**	**434.54**	**580.51**	**779.78**	**786.93**	**908.80**	**1 125.90**	**409.93**	**600.90**	**954.11**	**926.20**
(Participación)	(21.0%)	(17.7%)	(25.9%)	(26.7%)	(21.6%)	(23.2%)	(26.6%)	(11.9%)	(15.3%)	(20.5%)	(20.0%)
Harina de pescado	440.93	427.20	545.02	713.33	712.09	834.92	1 030.87	391.97	532.84	873.47	835.1
Aceite de pescado	11.82	7.34	35.49	66.45	74.85	73.89	95.04	17.96	68.06	80.64	91.1
Petróleo crudo y derivados	**169.33**	**196.20**	**181.55**	**164.92**	**241.24**	**352.98**	**376.42**	**232.54**	**250.78**	**401.55**	**421.40**
(Participación)	(7.9%)	(8.0%)	(8.1%)	(5.7%)	(6.6%)	(9.0%)	(8.9%)	(6.8%)	(6.4%)	(8.6%)	(9.1%)
Madera	**0.00**	**0.00**	**2.53**	**2.14**	**3.20**	**4.55**	**5.82**	**51.52**	**70.84**	**77.60**	**85.75**
(Participación)	(0.0%)	(0.0%)	(0.1%)	(0.1%)	(0.1%)	(0.1%)	(0.1%)	(1.5%)	(1.8%)	(1.7%)	(1.9%)
Madera aserrada							1.65	36.55	50.76	52.46	52.16
Madera chapada y contrachapada							0.26	5.67	6.19	8.90	10.42
Muebles y sus partes			1.07	0.82	1.49	2.46	2.18	3.63	5.27	7.72	8.44
Otras			1.46	1.32	1.71	2.08	1.74	5.68	8.63	8.52	14.74
Total exportaciones RR. NN	**2 156.89**	**2 450.61**	**2 237.13**	**2 917.66**	**3 647.06**	**3 920.77**	**4 238.66**	**3 440.70**	**3 930.54**	**4 645.57**	**4 621.25**
(Participación) *	(63.3%)	(66.9%)	(63.6%)	(63.5%)	(65.3%)	(66.5%)	(62.0%)	(59.8%)	(64.2%)	(66.1%)	(65.1%)
Total exportaciones PERÚ	**3 406.50**	**3 661.00**	**3 516.20**	**4 598.30**	**5 589.10**	**5 898.00**	**6 831.70**	**5 756.80**	**6 118.60**	**7 028.40**	**7 100.20**

1/ Incluye contenido de plata.
2/ Incluye molibdeno, bismuto y tungsteno, principalmente.
* Con respecto al total de las exportaciones del Perú.
Fuente: ADUANAS y BCRP.
Elaboración: Propia.

Cuadro 1.B.
PERÚ - Producto Bruto Interno y exportaciones de recursos naturales
(Millones de US dólares)

Productos	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
PBI PERÚ 1/	34544.98	36058.56	34848.81	44991.99	53667.05	55912.13	59125.74	56908.58	51676.76	53511.80	53997.72
Total exportaciones RR. NN.	2156.89	2450.61	2237.13	2917.66	3647.06	3920.77	4238.66	3440.70	3930.54	4645.57	4621.25
(Participación) *	(6.2%)	(6.8%)	(6.4%)	(6.5%)	(6.8%)	(7.0%)	(7.2%)	(6.0%)	(7.6%)	(8.7%)	(8.6%)
Mineros	1 534.82	1 819.88	1 472.55	1 970.82	2 615.68	2 654.44	2 730.51	2 746.70	3 008.02	3 212.32	3 187.90
Pesqueros	452.75	434.54	580.51	779.78	786.93	908.80	1 125.90	409.93	600.90	954.11	926.20
Petróleo crudo y derivados	169.33	196.20	181.55	164.92	241.24	352.98	376.42	232.54	250.78	401.55	421.40
Madera	0.00	0.00	2.53	2.14	3.20	4.55	5.82	51.52	70.84	77.60	85.75

1/ Millones de dólares. A precios corrientes.
* Con respecto al PBI del Perú.
Fuente: ADUANAS. BCRP, INEI.
Elaboración: Propia.

La teoría económica aborda el estudio de los recursos naturales a través de dos concepciones. Una que postula que los recursos naturales son parte del acervo de capital de una sociedad. La segunda concierne al concepto de renta de escasez como reflejo del valor de los recursos antes de ser extraídos.

1.1. *Los recursos naturales como parte del acervo de capital*

El enfoque económico de los recursos naturales los concibe como parte del acervo de capital de una sociedad, es decir, son parte de su riqueza o patrimonio. Constituyen una forma de capital que no es "creado" en el sentido como podemos entender el tradicionalmente llamado capital (o activos fijos) o el capital humano (acumulación de conocimiento y experiencia). Así entendidos, los recursos naturales componen el capital natural de una sociedad y generan valor en la medida que se utilizan[6].

Bajo esta perspectiva, es importante reflexionar sobre el destino de los ingresos por la explotación de recursos naturales. Para ello, utilicemos un símil y preguntémonos qué pasaría si vendemos nuestra casa (activo de capital físico) para comprar alimentos (gasto de consumo recurrente). Rápidamente llegaríamos al acuerdo que si lo hacemos, estaríamos empobreciendo, ya que estaríamos cerrando nuestra capacidad de generar ingresos en el futuro. Por el contrario, si vendiéramos la casa para comprar una máquina (otro activo de capital físico) o para invertir en educación (activo de capital humano), podríamos afirmar con seguridad que la capacidad de generar ingresos en el futuro no ha sido afectada y que, por lo tanto, el potencial empobrecimiento sería nulo[7].

Apliquemos el mismo razonamiento a la explotación de recursos naturales. Entendidos como un activo de capital natural, al explotarlos (extraerlos) estamos afectando nuestra capacidad de generar ingresos en el futuro porque lo extraído

---

6 Esta percepción de los recursos naturales como bienes de capital acerca a la economía neoclásica, predominante en la profesión, con la llamada economía ecológica, que postula una visión de escasez absoluta de recursos naturales. Al respecto ver Constanza (1991) y Martínez Allier (1985).

7 En este ejemplo, cuidamos de suponer que el valor (calidad) de los activos de diferente tipo es el mismo.

hoy ya no estará disponible para el futuro. Cuánto se afecte esta capacidad generadora de ingresos, es decir, cuánto se la enriquezca (aumentándola) o empobrezca (disminuyéndola), dependerá de la cantidad de ingresos por explotación de recursos naturales que se invierta en otras formas de capital. Si los ingresos no se invierten en otros tipos de capital (como serían infraestructura, educación, máquinas), es razonable afirmar que esa sociedad se está empobreciendo, es decir, que se está minando literalmente su capacidad de generación de riqueza en el futuro.

El otro concepto que es importante examinar es el de renta de escasez, que pasaremos a explicar a continuación.

1.2. *La renta de escasez*

En economía, el concepto de renta responde a los pagos por encima del costo de producción de un bien o servicio, originados en algún atributo especial[8]. El atributo especial en el caso de los recursos naturales es el carácter fijo, o agotable, de la oferta dentro del periodo relevante (horizonte de planeamiento) para la toma de decisiones[9]. De este modo, los recursos naturales generan una renta de escasez[10].

Veamos la relación entre renta de escasez, precio de mercado y costo de producción. Cualquier unidad del recurso extraído, digamos una tonelada de cobre, se vende por un precio, que constituye el ingreso por unidad extraída. Ese precio de

---

8 David Ricardo, en la clásica obra *On the Principles of Political Economy and Taxation*, afirma:
"Rent is that portion of the produce of the earth, which is paid to the landlord for the use of the original and indestructible powers of the soil." (p. 67)
"If all land had the same properties, if it were unlimited in quantity, and uniform in quality, no charge would be made for its use, unless it possessed peculiar advantages of situation. It is only, then, because land is not unlimited in quantity and uniform in quality...that rent is ever paid for the use of it." (p. 70)

9 Como se discutió anteriormente, el stock de recursos no renovables puede aumentar como resultado de nuevos descubrimientos.

10 Dasgupta, Partha y Geoffrey Heal (1979).

mercado del recurso extraído tiene dos componentes de costo económico[11]: uno, el más conocido, es el costo de producción o costo de extracción, es decir, todos los recursos sacrificados en el proceso de extracción, como son el pago por la maquinaria, mano de obra, retribución adecuada al capital utilizado, otros insumos, etc. El otro componente de costo económico es el de la renta de escasez, ya que al extraer hoy una unidad de un recurso, la unidad extraída ya no estará disponible en el futuro; la extracción presente impone un costo al futuro. Para efectos del cálculo económico, la renta de escasez es la diferencia entre el precio de mercado del recurso extraído y el costo marginal de producción.

El recurso no extraído tiene precio, o costo de oportunidad, en la medida que cuando se extrae una unidad del recurso, éste ya no está disponible en el futuro. Cuánto se extraiga hoy del recurso es importante para determinar cuánto estará disponible en el futuro; de ahí que cada unidad extraída hoy impone un costo de oportunidad a la extracción futura. Y este costo de oportunidad es el que se retribuye mediante la renta de escasez. La renta de escasez es así el precio del recurso no extraído, o el precio del recurso en el subsuelo[12].

La renta de escasez, como hemos explicado, recoge el costo de oportunidad de extraer hoy una unidad de recurso en lugar de esperar hasta mañana. Al fluctuar los precios de mercado de los recursos naturales, el monto que se ajusta es el de la renta de escasez. La intuición económica detrás de esas fluctuaciones es clara: cuanto más bajo el precio de mercado, relativamente menos escaso es el recurso, por lo que la renta de escasez será menor. La recíproca es cierta: cuanto más alto el precio de mercado, relativamente más escaso es el recurso, por lo que la renta de escasez será mayor[13].

Así entendida, la renta de escasez es un concepto que retribuye las unidades de recurso que son extraídas, en la medida que ya no estarán disponibles en el futuro, y no a los resultados económicos o contables de la firma responsable de la extracción. Es un concepto vinculado a la cantidad de recursos extraídos, al

[11] Como sabemos, el costo económico es mayor que el costo contable, ya que este solamente considera los desembolsos mientras que el primero involucra el total sacrificio de recursos exista, o no, una transacción de por medio.

[12] Por ejemplo, si se desea valorizar las reservas, la renta de escasez es el precio a utilizar.

[13] El análisis es válido manteniendo igual el costo de extracción y otras variables.

volumen producido, y no a la existencia de "utilidades contables" en una explotación comercial

La renta de escasez, en tanto precio del recurso no extraído, constituye la base de los ingresos para el dueño del recurso. Cobra así importancia el derecho de propiedad sobre los recursos del subsuelo, porque quien sea propietario de los recursos naturales será aquel que tenga derecho a recibir la renta de escasez. Si el dueño del recurso en el subsuelo es un agente privado[14], éste sería el beneficiario de la renta de escasez por cada unidad del recurso natural que es extraída. Si el dueño del recurso no extraído es la nación, a ésta le corresponderá, a través de los mecanismos formales correspondientes, cobrar al extractor la respectiva renta de escasez por cada una unidad extraída.

2. El canon de recursos naturales en el Perú

En el Perú, en la Constitución de 1993 se ha establecido que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación. En consecuencia, no se otorgan en propiedad a los particulares sino solamente se otorga el derecho de aprovechamiento (o el usufructo). Dicho en palabras sencillas, los recursos naturales son de todos los peruanos. Aquel privado que los explote deberá retribuir a todos los peruanos; retribución que deberá ingresar al Tesoro Público.

En esta sección, analizaremos el concepto de canon como componente de esa retribución, comenzando con la discusión del mandato constitucional y lo que las leyes aplicables han desarrollado. Luego discutimos los temas específicos: el análisis de los recursos sujetos a canon, los criterios para fijar los montos por concepto de canon, el impacto del canon en la economía regional y la dicotomía entre canon y regionalización de impuestos.

2.1. *Las disposiciones constitucionales y legales*

La constitución de 1979, en su artículo 121°, establecía que, a las zonas donde los recursos naturales están ubicados, les correspondería "... una participación adecuada en la renta que produce su explotación, en armonía con una política

[14] El análisis sigue siendo válido para los recursos renovables.

descentralista..." La misma Constitución, en los artículos 257° y 262°, establece que parte de estos montos serán destinados a las municipalidades y gobiernos regionales, respectivamente.

La vigente Constitución de 1993, en su artículo 77°, se refiere al canon de la siguiente manera: "... Corresponde a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del impuesto a la renta percibido por la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon."

El artículo constitucional es lo suficientemente amplio, en cuanto a la dimensión geográfica, al hablar de "respectivas circunscripciones", pero lo suficientemente restrictivo en cuanto a la base de cálculo del canon, cuando señala que se trata de una participación del impuesto a la renta. De otro lado, el artículo 193° establece que "los recursos que les correspondan por concepto de canon" constituyen parte de los bienes y rentas de las municipalidades.

El artículo 20° de la Ley Orgánica sobre Aprovechamiento Sostenible de recursos naturales[15], redactada al amparo de la Constitución de 1993, se refiere a la retribución económica por aprovechamiento de recursos naturales en los siguientes términos: "Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales."

La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por leyes especiales. El canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por leyes especiales.

Una interpretación simple del artículo hace pensar que el canon y la retribución son conceptos diferentes. Esta diferencia es recogida en la Ley N° 27506, Ley de Canon[16], cuando estipula en su artículo 1° que "El canon es la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total

[15] Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales, promulgada el 25 de junio de 1997.

[16] Ley 27506, Ley de Canon, promulgada el 9 de julio del 2001.

de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales."

Retribución y canon tendrían así diferentes significados en la legislación peruana. De un lado, la retribución correspondería así al criterio económico de renta de escasez, apropiable por el dueño del recurso natural no extraído, que es la nación. De otro lado, el canon constituiría únicamente un criterio de redistribución local, que se genera en la medida que la empresa que realiza la explotación de recursos naturales genera rentas suficientes como para pagar el impuesto a la renta[17].

Así entendido, el canon adquiere dos características que es importante destacar: - *es una parte de aquello que el Estado recibe por la explotación de recursos naturales*. Por la realización de cualquier actividad económica, el Estado recibe diferentes tipos de impuestos, siendo el impuesto a la renta (o a los ingresos) y el impuesto general a las ventas los dos más conocidos. Si una empresa realiza actividades de extracción o explotación de recursos naturales, además el Estado recibe regalías o pagos por el derecho de explotación. En el Perú, según la Ley, el canon es la parte de todos estos ingresos que le corresponde a un gobierno local o regional.

Es importante anotar que la definición de la Ley de Canon comprende una base de cálculo más amplia que la estrictamente definida en la Constitución de 1993, que solamente contempla el impuesto a la renta. - *cobra significado en tanto los mecanismos fiscales de redistribución geográfica son limitados*. La constatación de que gran parte de los recursos del Tesoro Público son recaudados en Lima[18], se une a la percepción de que son también gastados en la capital. Junto a estos datos, se encuentra la constatación que los proyectos de explotación de recursos naturales en diferentes jurisdicciones se constituyen en enclaves, de los cuales los recursos que "chorrean" a las poblaciones locales son muy limitados, por decir lo menos[19]. Se puede dar el caso que, mientras la empresa minera

17 Siguiendo estrictamente la redacción Constitucional. Veremos luego cómo la Ley y el Reglamento expanden el criterio.

18 85% de los ingresos tributarios son recaudados en la capital. Gonzales de Olarte. Efraín (2001).

19 Los alimentos para los trabajadores podrían ser comprados en la capital, por ejemplo.

o petrolera exhiba buenos resultados operativos y/o contables, los pobladores locales no participen de la riqueza generada[20]. La definición amplia contenida en la Ley de Canon —como participación en las rentas de la explotación de recursos naturales—, abre las puertas a que el canon se convierta en una importante fuente de ingreso para los gobiernos locales. La definición de la Constitución restringe significativamente esta posibilidad.

2.1. *Análisis de los recursos naturales sujetos a canon*

Tanto si se entiende el canon como una herramienta de redistribución de ingresos presupuestales desde el gobierno central hacia los gobiernos locales, como si se lo entiende como una retribución económica que le corresponde a un gobierno local por la explotación de recursos naturales localizados bajo su jurisdicción geográfica, la extracción de todos los recursos naturales tendría que estar sometida al pago de una retribución económica (o derecho de aprovechamiento), de la cual se debería destinar una parte como canon (que permita una redistribución de ingresos a las regiones). La justificación es sencilla si recordamos que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación y, por lo tanto, de todos los peruanos. En consecuencia, los dueños de los recursos tienen derecho a una retribución. Sin embargo, se podría reconocer un matiz, si se entiende el canon únicamente como una herramienta redistributiva, en el sentido que los recursos naturales extraídos en el departamento de Lima no deberían estar sujetos a canon, debido a que en Lima se concentra el gasto de recursos públicos. Es claro que la excepción se origina por la dimensión geográfica y no por alguna característica del recurso natural.

En el Perú, recientemente se ha extendido el pago de canon a diferentes recursos naturales, antes limitados al petróleo y la minería. La Ley N° 27506 crea el canon gasífero, pesquero, forestal, y recoge los existentes canon petrolero, minero e hidroenergético. De estos tres últimos, el más importante en cuanto a montos e historia es el canon petrolero. La Ley no regula el canon por el uso del

[20] Para las empresas familiares que no listan en bolsa, la situación es más paradójica porque los resultados empresariales pueden ser pobres, a cambio de altos sueldos para los dueños, registrados en la planilla y que elevan los costos, causando así que el resultado operativo pueda llegar a ser negativo.

espectro radio eléctrico y otros recursos naturales recogidos en la definición de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de Recursos Naturales[21].

En el cuadro 2 se resume lo establecido en la ley y su reglamento respecto a la base de cálculo para cada recurso natural comprendido en la Ley de Canon.

Es interesante llamar la atención sobre las diferentes bases de cálculo que recogen la falta de un enfoque unificado sobre el tratamiento a la inversión en recursos naturales. Es cierto que hay diferencias en la importancia económica de los diferentes recursos naturales regulados por esta ley —por mercados, regiones, ventaja comparativa, historia y experiencia de explotación, magnitud de inversión, etc. Sin embargo, en la medida que el canon es una herramienta distributiva, lo razonable sería esperar una base de cálculo similar y que incluya, en todos los casos, los ingresos por impuesto a la renta, según el mandato constitucional —lo que no ocurre, por ejemplo, para el recientemente creado canon forestal. Una hipótesis explicativa podría ser el deseo del gobierno central de mantener el control de los recursos, siendo así más flexible para aquellos recursos que generan menos ingresos y más restrictivo en aquellos recursos que generan más recursos fiscales.

En la tercera columna del cuadro 2, se presenta las bases de cálculo establecidas en el reglamento de la ley. Se precisa los criterios a tomar en cuenta para calcular los montos a ser transferidos por concepto de canon para cada recurso. De manera consistente con la Ley de Canon, se mantienen las diferencias de criterio. Por ejemplo, el canon minero no incluye el derecho de vigencia y el canon forestal no se calcula como porcentaje del impuesto a la renta de las empresas.

21 Como la tierra, el agua, la diversidad biológica, etc. Mirar el artículo 3° de la Ley Orgánica de Recursos Naturales (Ley 26821).

Cuadro 2.
Recurso natural, base de cálculo del canon según la Ley N° 27506 y su reglamento DS No. 005-2002-EF

Recurso natural / Actividad	Base de cálculo Ley No. 27506	Base de cálculo Reglamento
Minería	50% del total de los ingresos y rentas que pagan los titulares de la actividad minera...que no podrá ser afectado por los beneficios e incentivos tributarios que recaigan sobre el impuesto a la renta. Artículo 9	50% del impuesto a la renta que pagan los titulares de la actividad minera por explotación de recursos minerales. Se aplicará un factor en el caso de empresas que no se encuentren reguladas por la Ley General de Minería.
Hidrocarburos	Mantiene las condiciones de su aplicación actual. Artículo 10	Se calculará sobre la base de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 21678, modificado por Ley N° 23538, Art 161° de la Ley 23630, la Ley N° 23871, Art 379° de la Ley N° 24977, DU N° 027-98, y normas reglamentarias, complementarias y conexas, según sea el caso. (Es una proporción creciente del valor de la producción fiscalizada).
Gas	50% del total de los ingresos que percibe el Estado por el pago del impuesto a la renta y las regalías que perciba el Estado, derivado de la explotación de este recurso natural. Artículo 11.2.	50% de los ingresos que percibe el Estado por el pago del impuesto a la renta y de las regalías, derivado de la explotación de gas natural y condensados. En aquellas empresas que además del gas natural y condensados exploten otros hidrocarburos, se aplicará un factor sobre el impuesto a la renta pagado por dichas empresas... (que) se obtendrá de la estructura de volúmenes de producción de estos hidrocarburos que para tal efecto informe el Ministerio de Energía y Minas.
Hidroenergético	50% del total de los ingresos y rentas pagado por los concesionarios que utilicen el recurso hídrico para la generación de energía, de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctri-	50% del impuesto a la renta pagado por las empresas concesionarias de generación de energía eléctrica que utilicen recurso hídrico.

Recurso natural / Actividad	Base de cálculo Ley No. 27506	Base de cálculo Reglamento
	cas. Artículo 12.1. No incluye los montos recaudados por concepto de la retribución única a cargo de dichas empresas, establecida en el artículo 107° de la Ley de Concesiones Eléctricas. Artículo 12.2.	
Pesquero	50% del total de los ingresos y rentas que percibe el Estado de las empresas dedicadas a la extracción comercial de pesca de mayor escala, de recursos naturales hidrobiológicos de aguas marítimas, continentales, lacustres y fluviales. Artículo 13	50% del impuesto a la renta y los derechos de pesca a que se refiere la Ley General de Pesca pagado por las empresas dedicadas a la explotación comercial de pesca de mayor escala, de recursos naturales hidrobiológicos de aguas marítimas, continentales lacustres y fluviales. Si también se dedican a procesamiento industrial, se aplicará un factor.
Forestal	50% del pago del derecho de aprovechamiento de productos forestales y de fauna silvestre.	50% del pago del derecho de aprovechamiento de productos forestales y de fauna silvestre que recaude el INRENA.

Fuente: Ley No. 27650. DS 005-2002-EF.
Elaboración: Propia.

2.2. Criterios para fijar los montos por concepto de canon

Cuando la Constitución establece que el canon se calcula sobre los ingresos fiscales por concepto de impuesto a la renta, está acotando muy estrechamente el monto total sobre la base del cual se realizará la redistribución. Aparentemente, esta visión del canon parte del supuesto que el Estado es un socio del sector privado que explota el recurso y, como tal, debe participar de las ganancias de la explotación. Según esta visión, así como en cualquier *joint-venture*, si no hay ganancias, no hay reparto. Como ha sido analizado anteriormente, esta percepción es incorrecta: el recurso no extraído comanda una retribución por sí mismo, y en tanto forma parte de la riqueza nacional y de una región, en particular.

La Constitución vigente establece que el canon depende del impuesto a la renta, y por tanto de los resultados de las firmas. Como sabemos, los resultados de las

operaciones de las firmas dependen de muchos factores, como la eficiencia de la gerencia, la tecnología disponible y adoptada, el nivel de reinversión, el nivel de la planilla, la situación del mercado internacional, etc. Por ejemplo, una firma que paga sueldos altos, puede mostrar resultados operativos negativos y no tener obligación de pagar impuesto a la renta, y menos de pagar canon, aun cuando el recurso natural está siendo extraído y la región se está empobreciendo, porque está explotando parte de su dotación de capital. Es claro, entonces, que es perfectamente razonable encontrar una empresa sin obligación de pagar impuesto a la renta, aún cuando haya extraído una cantidad considerable de recursos naturales. Al colocar la base de cálculo en el impuesto a la renta que, a su vez, puede ser igual a cero en un periodo determinado debido a decisiones empresariales, puede ocurrir que la base de capital de una región esté disminuyendo como producto de la extracción, sin que se transfieran los montos por concepto de canon, y que son los necesarios para reconstituir esa base a través de la inversión en otros tipos de capital.

La ley, al extender las percepciones a considerar como base de cálculo, apunta a superar esta limitación. Sin embargo, no lo hace de manera consistente y, según principios jurídicos, estrictamente mediante una Ley no se podría ampliar el marco de obligaciones establecido en la Constitución. Para el canon forestal, el impuesto a la renta no forma parte de la base de cálculo sino el pago por derecho de aprovechamiento. Tampoco se usa el impuesto a la renta para calcular el canon petrolero. Para el canon gasfitero y pesquero, tanto el impuesto a la renta como los derechos por explotación del recurso (regalía y derecho de pesca, respectivamente) constituyen montos a redistribuir. Contrariamente a lo establecido en el mandato constitucional, cuanto menos dependa el canon de las obligaciones que por impuesto a la renta tenga la empresa responsable de la explotación del recurso natural, en mejores condiciones estará un gobierno local o regional de percibir ingresos por concepto de canon. De ahí que solamente las fórmulas de cálculo del canon petrolero y canon forestal sean conceptualmente correctas.

Estrictamente, habría que entender el canon no como lo hace el marco normativo, sino como los ingresos necesarios para que un determinado territorio mantenga su base de capital intacta. La consecuencia de esta visión es que los montos de canon deberán depender de la valorización de la producción. En la actualidad, eso ocurre únicamente para el cálculo del canon petrolero, donde se establece el canon como equivalente a un 12.5% de la valorización de la producción fiscalizada. En el resto de casos, los montos a redistribuir dependen de

decisiones administrativas (monto del derecho de pesca o del derecho por aprovechamiento forestal) o de decisiones empresariales (resultados operativos de empresas o de composición empresarial, en aquellas empresas que se dedican a otras actividades además de las extractivas). No debería sorprender, entonces, las críticas que los pobladores de algunas zonas ricas en recursos naturales plantean al gobierno central ya que no perciben que se benefician de la extracción de riqueza localizada en sus regiones.

2.3. Impacto del canon en la economía regional

Hasta el año 2001, el recurso natural más importante generador de canon ha sido el petróleo. Por ello, hemos profundizado el estudio de la distribución del canon y sobrecanon petrolero. Para este recurso, la base del cálculo es la regalía, es decir, el canon y sobrecanon se pagan sobre el valor de la producción física, del petróleo extraído. El porcentaje de la regalía es variable en función de los resultados de la empresa. El rango va desde el 15% de la valorización de la producción fiscalizada de hidrocarburos hasta el 35%, dependiendo de un factor que depende del ratio entre ingresos y egresos de la firma.

En el cuadro 3, se encuentran los montos que cada departamento receptor de canon y sobrecanon petroleros han recibido desde 1994 hasta 2001, expresados en miles de dólares. Loreto es el departamento más beneficiado habiendo alcanzado a recibir alrededor de US$ 43 millones de dólares en el año 2000. El mismo cuadro consigna los resultados de un ejercicio sencillo que busca mostrar el monto del canon y sobrecanon por barril producido. Para ello, hemos dividido el valor del canon y sobrecanon por el nivel de producción de petróleo. El resultado nos muestra que el canon por barril oscila entre US$ 1.23 en 1998, hasta US$ 3.21 en el año 2000. Si comparamos esta cifra con el precio promedio anual del barril de petróleo[22], vemos que prácticamente el canon equivale a alrededor del 10% del precio internacional del petróleo.

En el cuadro 4, podemos observar la distribución presupuestal de los montos correspondientes a canon y sobrecanon en cada departamento receptor: Tumbes, Piura, Loreto y Ucayali. Es interesante notar los porcentajes destinados tanto a la Universidad Nacional de la Amazonía y al Instituto de Investigación de

[22] Hemos tomado la cotización del West Texas Intermediate (WTI) que es el Precio Spot FOB de referencia en los Estados Unidos.

Cuadro 3.
PERÚ-Producción de petróleo crudo y canon y sobrecanon petrolero

Departamento		1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Loreto	Canon y sobrecanon petrolero *	34,293.13	35,596.84	46,282.21	37,683.91	20,285.85	34,350.81	53,810.94	43,162.56
	Producción de petróleo crudo **	30,852	29,021	28,931	27,969	27,897	24,694	22,833	22,293
Ucayali	Canon y sobrecanon petrolero *	8,573.28	8,899.21	11,570.56	9,420.98	6,178.28	10,993.52	17,694.46	14,980.40
	Producción de petróleo crudo **	0	0	0	0	774	1,243	1,422	1,447
Piura	Canon y sobrecanon petrolero *	24,011.84	26,282.46	31,852.99	31,660.38	20,384.47	24,213.21	36,011.87	29,248.51
	Producción de petróleo crudo **	15,582	15,368	14,938	15,134	13,476	12,685	12,013	11,652
Tumbes	Canon y sobrecanon petrolero *	6,002.96	6,570.61	7,963.25	7,915.09	5,096.12	6,053.30	9,002.97	7,312.13
	Producción de petróleo crudo **	0	0	0	0	0	0	0	0
Pto. Inca Huánuco (Provincia)	Canon y sobrecanon petrolero *	78.24	94.05	85.91	106.45	57.52	72.91	129.92	118.60
	Producción de petróleo crudo ** 1/	33	54	41	55	44	42	45	49
Total canon petrolero y sobrecanon petrolero (miles US$)		72,959.46	77,443.17	97,754.91	86,786.81	52,002.23	75,683.76	116,650.15	94,822.19
Total producción nacional de petróleo crudo (miles barriles)		46,467.60	44,443.10	43,909.20	43,157.10	42,191.30	38,663.30	36,313.31	35,441.20
Canon y sobrecanon petrolero / Prod. petróleo Crudo (US Dólares por Barril)		1.57	1.74	2.23	2.01	1.23	1.96	3.21	2.68
Precio anual promedio petróleo WTI ***		17.20	18.43	22.12	20.61	14.42	19.34	30.38	25.98

Nota:
* En miles de US dólares.
** En miles de barriles.
*** West Texas Intermediate.
1/ En las estadísticas del Ministerio de Energía y Minas sólo aparece el departamento de Huánuco. No especifica la provincia.
Fuente: PERUPETRO, Ministerio de Energía y Minas. Anuario Estadístico 2000.
INEI. Perú: Compendio Estadístico 2001 y www.inei.gob.pe
http://www.eia.doe.gov/oil_gas/petroleum/info_glance/crudeoil.html
Elaboración: Propia.

Cuadro 4.
PERÚ-Transferencia por canon y sobrecanon petrolero
(Miles de US dólares)

Dpto.	% Part. *	1993 (Nov-Dic)	1994	1995
LORETO (D. Ley N° 21678)				
Gobierno Regional	52,0%	2,133.87	17,832.42	18,510.36
Universidad Nac. Amazonía	5,0%	205.18	1,714.66	1,779.84
Instituto Peruano Amazonía	3,0%	123.11	1,028.79	1,067.91
Concejos Municipales	40,0%	1,641.44	13,717.25	14,238.74
Total		**4,103.60**	**34,293.13**	**35,596.84**
UCAYALI (Ley N° 23350)				
Gobierno Regional	52,0%	533.47	4,458.11	4,627.59
Universidad Nac. de Ucayali	5,0%	51.30	428.66	444.96
Instituto Peruano Amazonía	3,0%	30.78	257.20	266.98
Concejos Municipales	40,0%	410.36	3,429.31	3,559.68
Total		**1,025.90**	**8,573.28**	**8,899.21**
PIURA (Ley N° 23630)				
Gobierno Regional	55,0%	1,587.32	13,206.52	14,455.35
Universidad Nacional	5,0%	144.30	1,200.59	1,314.12
Concejos Municipales	40,0%	1,154.42	9,604.74	10,512.98
Total		**2,886.04**	**24,011.84**	**26,282.46**
TUMBES (Ley N° 23871)				
Gobierno Regional	55,0%	396.83	3,301.63	3,613.84
Universidad Nacional	5,0%	36.08	300.15	328.53
Concejos Municipales	40,0%	288.60	2,401.18	2,628.24
Total		**721.51**	**6,002.96**	**6,570.61**
PTO. INCA HUANUCO (Prov.)				
Concejos Municipales	100,0%	8.72	78.24	94.05
Total		**8.72**	**78.24**	**94.05**
TOTAL CANON PETROLERO		**8,745.77**	**72,959.46**	**77,443.17**

Nota:
- El tipo de cambio utilizado corresponde al promedio de cada año. 1993: S/. 1.99; 1994: S/. 2.19; 1995: S/. 2.25; 1996: S/. 2.45; 1997: S/. 2.68; 1998: S/. 2.93; 1999: S/. 3.38; 2000: S/. 3.49; 2001: S/. 3.51.
* Estos porcentajes corresponden a lo dispuesto en las respectivas normas legales.
Fuente: PERUPETRO, INEI.
Elaboración: Propia.

1996	1997	1998	1999	2000	2001	Total acumuladoo
24,066.75	19,595.63	10,548.64	17,862.42	27,981.69	22,444.53	160,976.32
2,314.11	1,884.20	1,014.29	1,717.54	2,690.55	2,158.13	15,478.49
1,388.47	1,130.52	608.58	1,030.52	1,614.33	1,294.88	9,287.10
18,512.89	15,073.56	8,114.34	13,740.33	21,524.38	17,265.12	123,828.04
46,282.21	**37,683.91**	**20,285.85**	**34,350.81**	**53,810.94**	**43,162.56**	**309,569.85**
6,016.69	4,898.91	3,212.70	5,716.63	9,201.12	7,789.81	46,455.02
578.53	471.05	308.91	549.68	884.72	749.02	4,466.83
347.12	282.63	185.35	329.80	530.83	449.41	2,680.10
4,628.22	3,768.39	2,471.31	4,397.41	7,077.78	5,992.16	35,734.63
11,570.56	**9,420.98**	**6,178.28**	**10,993.52**	**17,694.46**	**14,980.40**	**89,336.58**
17,519.15	17,413.21	11,211.46	13,317.27	19,806.53	16,086.68	124,603.48
1,592.65	1,583.02	1,019.22	1,210.66	1,800.59	1,462.42	11,327.59
12,741.20	12,664.15	8,153.79	9,685.28	14,404.75	11,699.40	90,620.71
31,852.99	**31,660.38**	**20,384.47**	**24,213.21**	**36,011.87**	**29,248.51**	**226,551.77**
4,379.79	4,353.30	2,802.86	3,329.32	4,951.63	4,021.67	31,150.87
398.16	395.76	254.81	302.67	450.15	365.61	2,831.90
3,185.30	3,166.04	2,038.45	2,421.32	3,601.19	2,924.85	22,655.17
7,963.25	**7,915.09**	**5,096.12**	**6,053.30**	**9,002.97**	**7,312.13**	**56,637.94**
85.91	106.45	57.52	72.91	129.92	118.60	752.30
85.91	**106.45**	**57.52**	**72.91**	**129.92**	**118.60**	**752.30**
97,754.91	**86,786.81**	**52,002.23**	**75,683.76**	**116,650.15**	**94,822.19**	**682,848.44**

la Amazonía Peruana, que podrían ser interpretados como recursos dedicados a inversión en capital humano. En conjunto, dichos montos no llegan al 10% de los recursos provenientes del canon. De otro lado, los gobiernos regionales reciben más del 50% del monto correspondiente y la diferencia, que asciende a 40%, es asignada a los gobiernos locales.

Si solamente el 10% de los recursos recaudados por canon son expresamente invertidos en actividades educativas y de investigación, nos interesó averiguar el destino del 90% restante que es dirigido a los gobiernos regionales y a los gobiernos locales. Solamente obtuvimos información para la distribución de recursos del gobierno central a los gobiernos regionales, más no a los gobiernos locales. Esta información se encuentra en el cuadro 5. Son varias las observaciones que surgen de la lectura del mismo, de la cual solamente queremos enfatizar dos. En primer lugar, nos sorprendió encontrar que los recursos del canon contribuyen a financiar el gasto corriente, aun cuando la proporción destinada sea relativamente baja. En segundo lugar, la importancia de los recursos del canon para el financiamiento del presupuesto departamental es sumamente variable lo que, de un lado, es razonable porque el canon depende de la valorización de la producción y ésta, a su vez, de los precios internacionales. Sin embargo, desde otra perspectiva, una alta variabilidad en una fuente de ingresos eleva la incertidumbre en la formulación y ejecución presupuestal, afectando la priorización y continuidad de las obras.

Igualmente, se ha estudiado el destino del canon minero. A diferencia del canon y sobrecanon petrolero, que se calculan sobre la base del valor de la producción fiscalizada de petróleo crudo, el canon minero se calcula como una proporción del impuesto a la renta pagado por las empresas mineras. Lo primero que se buscó contrastar es el valor de las exportaciones mineras y el monto distribuido por canon[23], que se puede observar en el cuadro 6. La proporción entre el valor del canon y el valor exportado es bastante variable, oscilando entre el 0.49% hasta el valor máximo de 2.11% —alcanzado el año 1998—, porcentajes bastante reducidos si los comparamos con el aproximadamente 10% hallado en el caso del precio del petróleo. Más interesante aún es verificar que es posible observar

23 Este ejercicio no es relevante en el caso petrolero debido a que somos importadores netos de petróleo, mientras que el principal destino de la producción de minerales es el mercado exterior.

Cuadro 5.
PERÚ-Participación del canon y sobrecanon en el presupuesto departamental por gasto corriente y gastos de capital
(Miles de US dólares)

1997				
	Loreto	**Ucayali**	**Piura**	**Tumbes**
Total canon y sobrecanon	24,725	5,862	24,164	6,186
Gasto corriente	6,629	418	2,556	616
Gastos de capital	16,086	5,444	21,607	5,570
Servicio de deuda	2,011	0	0	0
Total Presupuesto	140,488	57,770	226,933	45,521
Gasto corriente	95,155	41,992	136,815	25,795
Gastos de capital	43,323	15,778	90,118	19,726
Servicio de deuda	2,011	0	0	0
Porcentaje				
Canon y sobrecanon / Total Presupuesto	17.6%	10.1%	10.6%	13.6%
Canon y sobrecanon / Gasto corriente	7.0%	1.0%	1.9%	2.4%
Canon y sobrecanon / Gasto capital	37.1%	34.5%	24.0%	28.2%
1998				
	Loreto	**Ucayali**	**Piura**	**Tumbes**
Total canon y sobrecanon	11,616	4,303	17,871	4,139
Gasto corriente	4,778	313	2,777	775
Gastos de capital	2,751	3,991	15,094	3,363
Servicio de deuda	4,086	0	0	0
Total Presupuesto	114,236	56,291	185,391	36,794
Gasto corriente	89,728	43,389	129,749	23,854
Gastos de capital	20,421	12,902	55,642	12,940
Servicio de deuda	4,086	0	0	0
Porcentaje				
Canon y sobrecanon / Total presupuesto	10.2%	7.6%	9.6%	11.2%
Canon y sobrecanon / Gasto corriente	5.3%	0.7%	2.1%	3.3%
Canon y sobrecanon / Gasto capital	13.5%	30.9%	27.1%	26.0%
1999				
	Loreto	**Ucayali**	**Piura**	**Tumbes**
Total canon y sobrecanon	11,571	4,481	9,984	3,691
Gasto corriente	0	0	0	0
Gastos de capital	8,442	3,596	9,984	3,691
Servicio de deuda	3,128	885	0	0

Total presupuesto	144,101	63,359	209,967	43,976
Gasto corriente	100,455	44,947	142,773	28,323
Gastos de capital	40,517	17,527	67,194	15,652
Servicio de deuda	3,128	885	0	0
Porcentaje				
Canon y sobrecanon / Total presupuesto	8.0%	7.1%	4.8%	8.4%
Canon y sobrecanon / Gasto corriente	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
Canon y sobrecanon / Gasto capital	20.8%	20.5%	14.9%	23.6%
2000				
	Loreto	**Ucayali**	**Piura**	**Tumbes**
Total canon y sobrecanon	30,801	9,338	19,917	4,692
Gasto corriente	6,230	936	4,011	1,046
Gastos de capital	22,683	7,366	15,906	3,647
Servicio de deuda	1,889	1,036	0	0
Total Presupuesto	145,175	63,513	223,017	42,933
Gasto corriente	106,196	48,077	159,298	30,366
Gastos de capital	37,090	14,400	63,720	12,567
Servicio de deuda	1,889	1,036	0	0
Porcentaje				
Canon y sobrecanon / Total presupuesto	21.2%	14.7%	8.9%	10.9%
Canon y sobrecanon / Gasto corriente	5.9%	1.9%	2.5%	3.4%
Canon y sobrecanon / Gasto capital	61.2%	51.2%	25.0%	29.0%

Nota:
- Para los años 1998, 1999 y 2000 el presupuesto corresponde a la ejecución neta del cierre del presupuesto del sector público. Para el año 1997 el presupuesto corresponde al presupuesto institucional modificado, debido a que no hay información sobre la ejecución neta.
- El tipo de cambio utilizado para los valores en soles corresponde al promedio de cada año.1997: S/. 2.68; 1998: S/ . 2.93; 1999: S/. 3.38; 2000: S/. 3.49.

Fuente: Dirección Nacional de Presupuesto Público - MEF.
Cierre del presupuesto del sector público.
Elaboración: Propia.

un aumento en el valor exportado, por ejemplo entre 1998 y 1999, o entre 1999 y 2000, y al mismo tiempo, observar cómo se reduce el monto del canon.

Este monto del canon es repartido entre los diferentes departamentos productores de minerales. Los niveles distribuidos entre 1997 y 2001 se reportan en el cuadro 7. Como observamos en el cuadro, los montos distribuidos son sumamente variables. El canon minero es recibido por los gobiernos locales y su importancia en los presupuestos de los gobiernos locales en el año 1999 se

Cuadro 6.
PERÚ-Proporción del pago por canon minero respecto de las exportaciones mineras
(Millones de US dólares)

	1997	1998	1999	2000	2001
Total pago canon minero	**41.71**	**57.83**	**25.60**	**15.86**	**23.16**
Total exportaciones mineras	**2 730.51**	**2 746.70**	**3 008.02**	**3 212.32**	**3 187.90**
Cobre 1/	1 096.31	778.84	776.34	930.48	987.20
Estaño	133.22	118.63	132.88	166.30	130.30
Hierro	76.46	96.36	66.73	66.56	81.40
Oro	500.08	928.48	1 192.46	1 144.69	1 166.20
Plata refinada	104.77	130.56	169.33	179.50	168.60
Plomo 1/	237.03	208.69	177.10	190.39	196.00
Zinc	539.25	445.20	462.39	495.76	419.40
Resto de mineros 2/	43.39	39.95	30.77	38.63	38.80
Proporción	**1.53%**	**2.11%**	**0.85%**	**0.49%**	**0.73%**

Nota:
- El tipo de cambio utilizado para los valores en soles del canon minero corresponde al promedio de cada año. 1997: S/. 2.68; 1998: S/. 2.93; 1999: S/. 3.38; 2000: S/. 3.49; 2001: S/. 3.51
1/ Incluye contenido de plata.
2/ Incluye molibdeno, bismuto y tungsteno, principalmente.
Fuente: BCRP, DNPP - MEF, INEI.
Elaboración: Propia.

observa en el cuadro 8. Con la excepción de los departamentos de Cajamarca y Moquegua, donde el canon pasa el 20% del presupuesto departamental, y de Pasco y Puno, donde alcanza el 13%, el canon es insignificante como fuente de recursos para los gobiernos locales.

La minería contribuye con otro pago, cual es el del derecho de vigencia, que se distribuye a los gobiernos locales (provinciales y distritales), a distritos en extrema pobreza, al INGEMET, al Instituto de Catastro Minero y al MEM. Pero el derecho de vigencia es independiente de la explotación de minerales, por lo que no será examinado en este estudio.

2.4. Canon o regionalización de impuestos

Del examen de las cifras mostradas en la sección anterior, una primera conclusión es la reducida importancia de los montos distribuidos por concepto de

Cuadro 7.
PERÚ-Canon minero a gobiernos locales
(US dólares)

Departamento	1997	1998	1999	2000	2001
Amazonas	394,546	780,235	453,744	52,362	0
Ancash	216,792	289,474	491,420	372,978	527,738
Apurimac	128,182	189,991	98,884	17,007	450
Arequipa	1,140,033	1,518,162	1,150,278	1,163,779	2,076,295
Ayacucho	272,684	375,953	211,150	43,057	71
Cajamarca	5,407,378	10,354,569	7,211,081	6,867,120	8,654,891
Cusco	432,264	684,437	310,195	165	91,071
Huancavelica	925,535	1,390,991	1,359,717	489,972	41,773
Huanuco	322,952	540,362	322,482	30,920	1,983
Ica	580,104	640,152	221,668	65,440	20,653
Junín	1,198,870	1,795,865	1,099,827	755,667	786,270
La Libertad	728,294	1,112,501	647,709	635,231	904,373
Lambayeque	780,891	1,520,060	876,615	101,162	0
Lima	1,211,896	1,699,202	756,452	482,573	695,691
Madre De Dios	5,953	10,627	4,971	8	0
Moquegua	8,727,519	9,805,368	2,326,126	196,602	2,105,915
Pasco	1,221,015	1,664,490	1,038,437	1,720,506	1,506,974
Piura	3,231	10,418	8,338	469	0
Puno	10,797,044	14,711,462	4,913,478	2,703,742	4,608,248
Tacna	7,210,418	8,730,565	2,092,981	163,956	1,133,870
Tumbes	112	360	278	10	0
Total	**41,705,714**	**57,825,244**	**25,595,829**	**15,862,725**	**23,156,268**

Nota:
- El tipo de cambio utilizado corresponde al promedio de cada año. 1997: S/. 2.68; 1998: S/. 2.93; 1999: S/. 3.38; 2000: S/. 3.49; 2001: S/. 3.51

Fuente: Dirección Nacional de Presupuesto - MEF, INEI, BCRP.
Elaboración: Propia.

canon en el financiamiento de los presupuestos departamentales o de los gobiernos locales.

Para ilustrar mejor esta conclusión, veamos el cuadro 9, que muestra el canon y sobrecanon petroleros y el presupuesto correspondiente a gobiernos regionales y gobiernos locales de los cuatro departamentos beneficiarios de dicho canon, a saber, Loreto, Ucayali, Tumbes y Piura. Se ha obtenido información para los años 1998 y 1999, que muestra que los recursos por canon constituyen solamente una fracción del respectivo presupuesto. La importancia para cada tipo de gobierno varía según el año y departamento examinado. Mientras en 1998,

Cuadro 8.
PERÚ-Participación del canon minero en el presupuesto de los gobiernos locales, 1999
(US dólares)

Departamento	Canon minero	Gasto gobiernos locales	Participación (%)
Amazonas	453,744	10,637,485.2	4.3
Ancash	491,420	29,160,917.2	1.7
Apurimac	98,884	11,719,082.8	0.8
Arequipa	1,150,278	38,221,893.5	3.0
Ayacucho	211,150	17,057,544.4	1.2
Cajamarca	7,211,081	33,268,136.1	21.7
Cusco	310,195	34,254,881.7	0.9
Huancavelica	1,359,717	15,503,017.8	8.8
Huánuco	322,482	15,649,852.1	2.1
Ica	221,668	14,112,100.6	1.6
Junín	1,099,827	35,898,668.6	3.1
La Libertad	647,709	33,622,721.9	1.9
Lambayeque	876,615	33,116,301.8	2.6
Lima	756,452	362,733,313.6	0.2
Loreto	0	36,893,432.0	0.0
Madre de Dios	4,971	3,562,514.8	0.1
Moquegua	2,326,126	11,280,088.8	20.6
Pasco	1,038,437	7,679,201.2	13.5
Piura	8,338	54,500,325.4	0.0
Puno	4,913,478	35,941,198.2	13.7
San Martin	0	14,681,923.1	0.0
Tacna	2,092,981	24,404,437.9	8.6
Tumbes	278	4,855,147.9	0.0
Ucayali	0	14,010,088.8	0.0
Total	25,595,829	892,764,275.1	4.6

Nota:
- La información del canon minero corresponde a la DNPP - MEF, año 1999.
- La información del gasto de los gobiernos locales corresponde a la Contaduría General. Este gasto es la ejecución para el ejercicio 1999.
- El tipo de cambio utilizado para los valores en soles corresponde al promedio del año 1999: S/. 3.38.

Fuente: Dirección Nacional de Presupuesto Público - MEF, INEI.
Contaduría Pública de la Nación. Cuenta General de la República, 1999.
Elaboración: Propia.

los recursos por canon son más importantes para el presupuesto de los gobiernos locales, en 1999, dichos recursos dejan de ser importantes para los gobiernos locales de Tumbes y Piura. De este modo, estos departamentos deben competir con el resto de departamentos para la asignación de recursos del presupuesto público.

Cuadro 9.
PERÚ-Participación del canon y sobrecanon petrolero en la actividad departamental
(Miles de US dólares)

1998				
	Loreto	**Ucayali**	**Piura**	**Tumbes**
Gasto por departamento				
Gobiernos regionales	79,591	39,685	102,000	20,600
Gobiernos locales	37,862	15,422	68,947	6,748
Total departamental	171,997	85,348	286,393	56,941
Canon y sobrecanon petrolero				
Gobierno regional	10,549	3,213	11,211	2,803
Gobiernos locales	8,114	2,471	8,154	2,038
Total departamental	20,286	6,178	20,384	5,096
Porcentaje				
Gobierno regional	13.3%	8.1%	11.0%	13.6%
Gobiernos locales	21.4%	16.0%	11.8%	30.2%
Total departamental	11.8%	7.2%	7.1%	8.9%
1999				
	Loreto	**Ucayali**	**Piura**	**Tumbes**
Gasto por departamento				
Gobierno regional	102,675	44,211	116,973	26,240
Gobiernos locales	36,893	14,069	54,500	4,855
Total departamental	181,453	76,236	269,120	48,895
Canon y sobrecanon petrolero				
Gobierno regional	17,862	5,717	13,317	3,329
Gobiernos locales	13,740	4,397	1,211	303
Total departamental	34,351	10,994	24,213	6,053
Porcentaje				
Gobierno regional	17.4%	12.9%	11.4%	12.7%
Gobiernos locales	37.2%	31.3%	2.2%	6.2%
Total departamental	**18.9%**	**14.4%**	**9.0%**	**12.4%**

Notas:
- Los gobiernos regionales incluyen a las CTAR.
- Los gobiernos locales incluyen a los concejos municipales.
- Para 1997 no ha sido posible determinar la proporción de los gobiernos locales debido a que la información no se encuentra disgregada. Asimismo, para el 2000 no ha sido posible determinar la proporción de gobierno regional y gobierno local por el mismo motivo.
- El gasto por departamento es la ejecución del gasto de la actividad gubernamental. Es decir, no incluye la actividad empresarial del Estado.
- El tipo de cambio utilizado para los valores en soles del gasto por departamento corresponde al promedio de cada año. 1997: S/. 2.68; 1998: S/. 2.93; 1999: S/. 3.38; 2000: S/. 3.49; 2001: S/. 3.51

Fuente: PERUPETRO, INEI.
Contaduría Pública de la Nación. Cuenta General de la República. Tomo I. 1997, 1998, 1999, 2000.
Elaboración: Propia.

La dicotomía planteada en el título de esta sección es una falsa dicotomía ya que los recursos provenientes del canon son muy reducidos frente a los actuales presupuestos y más exiguos en relación a las necesidades presupuestales de los gobiernos locales y regionales. En el actual esquema de descentralización, pensar que el canon será la principal fuente de financiamiento de los gobiernos regionales es utópico, aun si se incluyera los montos por impuesto a la renta como parte de la base de cálculo.

3. Conclusiones y recomendaciones

En este estudio, se ha explorado el canon de recursos naturales y su carácter de variable de retribución al propietario de los recursos naturales en el Perú. Para ello, hemos presentado la manera cómo la teoría económica conceptualiza los recursos naturales y se basa en considerarlos como bienes de capital natural. En esa medida, se distingue el precio del recurso una vez que se ha extraído y el precio del recurso antes de ser extraído y que se denomina *renta de escasez*. Esta renta surge en la medida que, una vez extraído, el recurso ya no está disponible para otros usos en el futuro. Una extracción óptima de recursos naturales será aquella que considere la renta de escasez como criterio de asignación de volúmenes extraídos en cada momento del tiempo. La renta de escasez es la retribución al propietario del recurso y se genera por la explotación misma y no debido a los resultados comerciales de la operación.

Estos criterios económicos no han sido recogidos en la determinación de los criterios a retribuir al Estado por la explotación de recursos naturales. De un lado, se tiene los llamados derechos de aprovechamiento y de otro se tiene el denominado canon. El canon se presenta como un criterio de redistribución de recursos y en la Constitución es concebido como una proporción del impuesto a la renta. Es como si el canon fuera el resultado de la participación del dueño del recurso en la asociación en participación (*joint venture*) formada por el Estado y el sector privado que se dedica a la extracción de recursos naturales. Por el contrario, para que contribuya al objetivo de que una determinada localidad no se empobrezca por la explotación de los recursos naturales ubicados en su territorio, el canon debe ser considerado un componente de costo de la empresa y debería extenderse al resto de recursos naturales el tratamiento que actualmente obtiene el petróleo. Dicho más claramente, el canon y cualquier retribución al Estado por la explotación de recursos naturales, debe calcularse sobre la base de la producción fiscalizada del recurso considerado.

Siendo el objetivo que una región no se empobrezca, el principio para decidir cómo gastar el canon debería basarse en lograr que la base de capital de una región no disminuya. En esa medida, los recursos que se obtienen por concepto de canon tendrían que estar destinados a gastos de capital, sea del gobierno regional o del gobierno local. Esto no se observa en la actualidad, ya que los recursos del canon son destinados tanto a gasto corriente como a gasto de capital.

Ahora que la Constitución Política de 1993 está siendo reformada, se debería aprovechar este espacio de discusión para plantear los cuestionamientos discutidos en este trabajo. De un lado, es imperativo reformular la base de cálculo del canon, pasando del impuesto a la renta a la valorización de la producción fiscalizada, siguiendo lo establecido en el caso del petróleo. Así, la nación pasaría a ser retribuida por la explotación de recursos y no como socio de una operación comercial. De otro lado, los recursos recaudados por concepto de canon deben estar destinados única y exclusivamente a gasto de inversión en cada localidad de tal modo de garantizar que la base de capital de la nación no se deteriore.

Anexo 3

Mesa de Diálogo sobre las concesiones como un instrumento jurídico para el aprovechamiento de los recursos naturales.

Lima, Abril del 2001.

Relación de Participantes

Edilberto Alarcón	Representante de AID
Roxana Barrantes	Instituto de Estudios Peruanos
Antonio Bernales	Consultor pesquero
Isabel Calle	Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
Carlos Chirinos	Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
Alfredo García	Abogado, especialista en pesca
Jessica Hidalgo	Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
Alberto Pascó-Font	Investigador de GRADE
Felipe Ramírez	Consultor forestal
Juan Francisco Rojas	INDECOPI
Manuel Ruiz	Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
Juan Carlos Sueiros	COOPERACCION

Mesa de Diálogo

SPDA: Buenos días y bienvenidos a esta reunión convocada por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) que tiene por objeto consolidar un esquema de investigación sobre la concesión como un instrumento jurídico para el aprovechamiento de los recursos naturales, en el marco de la ejecución de un proyecto de apoyo a la investigación sobre políticas ambientales de la iniciativa APGEP/SENREM que la SPDA viene ejecutando con el auspicio de la AID.

Es muy satisfactorio para nosotros contar en esta oportunidad con reconocidos profesionales que tendrán la oportunidad de reflexionar e intercambiar iniciativas y recomendaciones que pudiesen interesar a aquellos que toman las decisiones, en lo que se refiere a modificaciones legislativas, políticas y estrategias que debieran incorporarse en un nuevo régimen de aprovechamiento de los recursos naturales.

La reunión está programada para un máximo de dos horas en la cual me tocará asumir el rol de moderador para controlar el tiempo y permitir que todos tengan la oportunidad de expresar sus ideas.

Participante

La Constitución parte de un principio fundamental, que es la consideración de que los recursos naturales —tanto renovables como no renovables—, son Patrimonio de la Nación. Pero como este patrimonio tiene que ser administrado por alguien, y ese alguien no puede ser otro que el Estado, entonces es el Estado en última instancia el encargado de administrarlo.

Esto, que es una verdad de Perogrullo para los abogados, tiene una connotación muy especial cuando se trata de la administración y del manejo racional de los

recursos, especialmente de los hidrobiológicos, en la medida en que estos recursos tienen como característica particular el hecho de ser esencialmente dinámicos y por tanto aleatorios. Ser aleatorios equivale a decir que sobre ellos pesa una actividad permanente, pero discontinua.

Todas estas ideas tienen una connotación notable cuando se trata de establecer pautas regulatorias en el manejo racional de los recursos hidrobiológicos. El asunto es muy sencillo de resumir: el mercado está hoy, pero puede no estar mañana. Consecuentemente, el manejo resulta ser bastante difícil cuando se trata de establecer sobre ellos actos reglados y no actos discrecionales. Quiero insistir en el sentido de que la Constitución no es lo suficientemente clara en sus artículos 66 y 67.

Participante

Quisiera plantear algunas reflexiones sobre el concepto de *administrar* anteriormente expuesto. El patrimonio es de la nación y el Estado es el responsable de administrarlo. Eso significa que el Estado es responsable de *velar* por el uso racional, adecuado y responsable de los recursos, pero no de manejarlos.

Creo que el Estado aún no tiene claro ese rol, sobre todo en un contexto de liberalización y globalización como el que hoy vivimos. Pienso que hay una *responsabilidad*, antes que una *función*, por el adecuado uso de los recursos naturales, independientemente de quién lo haga. Se trata entonces de promover una explotación racional que beneficie a la nación, ya que al final nosotros somos los dueños de estos recursos. Por lo tanto, si se depreda un recurso concedido, esto sería en principio un incumplimiento del Estado, pues su misión primigenia es velar por el uso racional o sostenible del recurso.

Pienso que este tema, más que una cuestión ideológica, es un principio de realidad. No vamos a entregar los recursos en concesión, porque ahora nos encontremos en un contexto liberal y nos hemos cuenta de que los recursos son importantes. Nos hemos reunido porque estamos preocupados porque los recursos naturales se depredan. Cuando estos recursos le pertenecían al Estado, éste era el único que los podía manejar, pero incumplía ese rol y nadie se responsabilizaba por ello.

Ahora, y dejando de lado el aspecto ideológico, uno piensa en qué hacer con los recursos naturales. Analizando el contexto en el que debemos tomar deci-

siones, constatamos que hay pobreza, migración, una baja calidad educativa y un mal uso generalizado de los recursos. Y lo podemos ver en varias esferas: en la minería artesanal, en la explotación arenera, en la pesca, en la extracción de conchas de abanico, en el uso de los manglares, etc. Hay zonas, por ejemplo, ecológicamente vulnerables que están siendo indebidamente explotadas y que el Estado debería administrar, en el sentido de entrar e impedir dichas actividades.

El Estado, por lo tanto, no está cumpliendo con su rol de velar por un uso eficiente de los recursos naturales en beneficio de todos los peruanos.

En este contexto, y precisamente en atención a ese principio de realidad, los hechos nos demuestran que el sector público carece de los medios necesarios para manejar los recursos naturales como sería deseable. En otras palabras, la concesión tiene sentido porque el Estado carece de los recursos para hacerlo y porque es una alternativa viable para cumplir con su objetivo de manejo y generación de riquezas. El Estado no puede iniciar una política de concesión porque no tiene los recursos, pero sí puede buscar un equilibrio entre el beneficio económico y un manejo correcto de los recursos, cumpliendo con su objetivo de velar por su uso sostenible.

En consecuencia, debemos entender las concesiones como un instrumento muy poderoso para cumplir ciertos objetivos del Estado. Ante la falta de recursos y de capacidad, podemos y debemos usar ese mecanismo para velar adecuadamente por el uso sostenible de nuestros recursos naturales.

Participante

Hay que tener bien en claro que hay una responsabilidad del Estado por la *administración* de los recursos naturales, pero siempre reconociendo que éste es un término que no ayuda a precisar sus reales alcances. *Administración* para los abogados implica que es el Estado quien tiene que asumir la gestión y la responsabilidad, cuando no necesariamente es así. El Estado es el encargado de *velar* por los recursos —y ésta podría ser la palabra legal—, lo que significa organizar su provisión, manejo y explotación.

Si yo depredo hoy, no tengo nada para el futuro. Entonces la concesión se convierte en un instrumento que promueve el uso eficiente al delimitar claramente un derecho de propiedad. Se busca así, desde una perspectiva económi-

ca y no necesariamente legal, establecer claramente responsabilidades de costos y beneficios en un determinado plazo.

Participante

En verdad son múltiples las acepciones que tiene la palabra *administrar*. Cuando yo la he empleado, no lo he hecho como sinónimo de explotación. Administrar, por lo menos desde el punto de vista del derecho pesquero, implica una concepción muy especial: la de una conciliación. ¿Qué es lo que se concilia? Se concilian dos principios en esa administración: el principio del manejo responsable de los recursos y el de su preservación a largo plazo, es decir el concepto de sostenibilidad que implica un aprovechamiento responsable en función a la óptima utilización de los recursos.

Participante

El tema de la propiedad en los recursos naturales, en el sentido económico, es un tema que hay que valorar en términos reales y además desideologizarlo. El asunto es que el mercado liberalizado no implica necesariamente un uso sostenible de los recursos naturales. En el sector pesquero, por ejemplo, hay una sobreinversión, es decir, un exceso de capital de inversión sobre un recurso escaso. Hay demasiada inversión en las embarcaciones pesqueras y en las plantas, y eso es un reflejo de cómo se están manejando los recursos naturales. Pienso que es necesario enfatizar más el aspecto económico que subyace tras esa problemática.

Un segundo tema tiene que ver con el pago por el aprovechamiento de los recursos naturales, es decir, cuánto se paga, por qué concepto, quién utiliza esos ingresos. Para analizar este asunto es importante discutir el canon y la ley que se refiere a él. Todos los que hemos venido trabajando el tema del canon lo hemos hecho sectorialmente —el canon minero, el canon forestal, etc.—, y ahora resulta que es necesario encuadrarlo en un marco jurídico general. Eso nos da una idea de que estamos viendo el tema de manera muy sectorial.

A la luz del canon se abre un debate muy complejo, porque tenemos una pluralidad de recursos naturales y sólo se ha trabajado en base a cuatro o cinco de ellos, dejando al resto de lado. El canon es en la práctica uno de los escasos medios para generar fondos producto de la explotación de los recursos naturales en cada una de las regiones.

Participante

El tema de fondo, creo yo, tiene que ver con precisar el derecho de propiedad y al mismo tiempo administrar los *bienes comunes*, determinando cuáles lo son y cuáles no. Creo que es importante analizar cuáles son los bienes de la nación que podemos otorgar al uso privado, y cómo hacemos para que haya sostenibilidad y al mismo tiempo seguridad para que el mercado pueda funcionar. Coincido, sin embargo, en la necesidad de analizar más específicamente dónde hay mercado y dónde no lo hay. Si abordamos la teoría del mercado, debemos estar en condiciones de advertir qué pasa con los recursos y si el mercado está funcionando bien o no. El mercado es para mí un instrumento.

El otro tema es la *distribución*. Lo que buscamos es que se produzca una renta que permita no sólo la administración para la sostenibilidad del recurso, sino también la distribución para crear un crecimiento económico equitativo. Entonces, además de definir dónde debe o no aplicarse esa renta, debemos preguntarnos qué ocurre con los recursos cuando te basas en un enfoque sistémico por recurso y la realidad te dice que no hay sostenibilidad.

¿El mercado funciona o no? En la práctica, un sector puede dar algunas señales cuando hay aspectos que no están funcionando y puede haber otro sector en donde la situación es bastante más consistente. La pregunta es si el problema es del mercado o si es que en ese sector los actores son más transparentes, juegan con mecanismos más claros en términos del acceso a la protección y, en consecuencia, son más abiertos a un esquema de supervisión por parte del Estado para garantizar la sostenibilidad, a la vez que resguardar sus derechos.

Hay instrumentos que están buscando que no se generen externalidades y que se perfeccione el canon como mecanismo de distribución. En estos momentos ya no hay discusión sobre ese tipo de instrumento, salvo para su perfeccionamiento. Los problemas surgen cuando lo vemos desde una perspectiva más integral. ¿Qué pasa, por ejemplo, cuando se otorgan recursos y servicios distintos para diferentes intereses o actores que conviven en una misma zona? Se trata de regular y compensar el uso, por ejemplo, mediante la negociación por la servidumbre en el caso del minero. El problema surge cuando el uso se pretende otorgar en ecosistemas donde los protagonistas no tienen claro qué es lo que se está sacrificando. Este tema es muy complejo.

Por otro lado, en el sector minero está surgiendo una corriente que busca redefinir el canon, de tal manera que su aplicación sea más beneficiosa para todos los sectores involucrados. Por eso se está dando ahora la posibilidad de que todos aquellos sectores donde existe un potencial de renta y la necesidad de una administración con tutela pública, pasen por un mecanismo que permita no sólo la internalización de los costos sino una compensación adicional como medida precautelatoria, y que el canon no se limite a un pago por el derecho al uso del recurso.

Participante

La concesión es un instrumento útil para poder promover un manejo adecuado de los recursos naturales a largo plazo. Una vez que uno ha establecido las condiciones de una manera transparente —mediante mecanismos como la COPRI, por ejemplo—, el Estado ya no es quien está administrando el permiso, con lo cual la posibilidad de corrupción disminuye, sino que se establece un proceso como parte del mecanismo de concesión por el cual hay una competencia por el derecho a abastecer.

Me parece importante ver el canon como un mecanismo redistributivo, no sólo de la renta del valor del recurso no explotado sino de las externalidades.

Participante

Es obvio que en el Perú se tiene mucha experiencia en lo que a concesiones mineras se refiere, en las que lo que se concesiona es un bien tangible. El Estado autoriza un área de explotación en donde a cambio del bien explotado, hay un pago. Al Estado le toca, de alguna manera, supervisar que eso se cumpla. En cuanto a las concesiones de servicios, en ellas se opera con un bien que no es tangible. Lo que concesiona el Estado es la obligatoriedad de brindar el servicio, y lo hace porque él no lo puede hacer bien. Existen aquí dos modalidades de concesión: 1) sobre una infraestructura existente; y 2) sobre una infraestructura que no existe. En ambos casos hay una compensación por la provisión del servicio, pero cumplido el período de concesión, se revierte al Estado el servicio concedido y las instalaciones que se construyeron para la provisión de ese servicio.

En las concesiones forestales se produce una mezcla de estas dos modalidades, en el sentido de que existe un área concedida —y en eso se parecen en algo a las

concesiones mineras—, pero además existen algunas obligaciones. No se otorga en concesión el área para que el concesionario use lo que hay en ella, sin importar lo que suceda, sino que además se le exige al concesionario cumplir con determinados requerimientos que permitan mantener el equilibrio del ecosistema, para así poder recuperar el bien en condiciones muy similares a las que tenía cuando se lo entregó en concesión. Para ello se obliga al concesionario a cumplir con un plan de manejo forestal como una medida de protección.

Me parece sumamente importante definir a qué concesiones nos estamos refiriendo, porque hay distintas modalidades. En el tema forestal, en particular, sostengo que la concesión se justifica porque el Estado no cumple con su rol. El mecanismo de la concesión apunta a cubrir ese vacío que el Estado no ha cubierto porque es sumamente costoso debido a la gran cantidad de áreas que involucra. La mejor forma de supervisar un área para que no se deprede es ocupándola. La concesión se constituye así en un mecanismo de ocupación y de supervisión frente a ese vacío en las funciones del Estado, que ha permitido que los bienes forestales se sigan depredando.

Lo que no me queda muy claro es si la nueva ley y el nuevo reglamento explican bien las funciones del Estado. Desde mi punto de vista, no lo hacen. El Estado, en mi opinión, debe ser el promotor y no encuentro que estas normas legales prioricen esa labor. Debiera ser supervisor, pero cuando hay dos instituciones que hacen lo mismo no queda muy claro dónde están los límites.

Participante

Si uno piensa en liberar toda la flota de transporte y cada hijo de vecino pone su combie y dice que eso es mercado, ¿qué es lo que pasa realmente? Lo que se produce es un exceso de capacidad. Cuando era escolar y tenía que tomar ómnibus para ir al colegio, éstos estaban tan atiborrados que la gente se salía por las ventanas. Ahora, en cambio, los ómnibus van vacíos y generan una enorme congestión y contaminación. Le podríamos echar la culpa al mercado, pero creo que ningún economista diría que eso es precisamente mercado.

Lo mismo pasa con la flota pesquera. Cualquiera sale y pesca y acondiciona su planta o su embarcación para pescar y procesar como a él le viene en gana, sin ningún criterio para proteger el recurso. Me preocupa que se esté usando el término de concesión como sinónimo de mercado y que no se piense en ese mercado.

Pienso que la concesión es un instrumento que utiliza y rescata algunos aspectos del mercado, pero que funciona eficientemente siempre que se dé un contexto mucho más regulado. Así, bajo la supervisión del Estado, el sector privado podría definir el recurso, la modalidad de explotación, los parámetros e incorporar ciertos instrumentos de control y manejo que antes no se usaban o no se aplicaban. Hablando de seguridades, ya no se trata exclusivamente de exigir un estudio de impacto ambiental para la concesión sino también una carta fianza que le garantice al Estado que el concesionario cumplirá con sus obligaciones. Con ello se está recurriendo a un instrumento financiero que se usa en el mercado. Todas las concesiones son potestad del Estado y el organismo del Estado encargado de su regulación es quien debe tomar todas las seguridades del caso y para ello puede utilizar mecanismos de mercado.

En el tema de los recursos naturales, en particular, hay un elemento adicional que es la renta. No es lo mismo ir a un terreno descampado, poner una estaca, trabajar 25 años para que se convierta en un árbol y venderlo, que ir al bosque y encontrar un árbol de caoba que tiene más de sesenta años. Cuando el Estado concede dicho recurso, está dando algo que ya existe. Entonces, en la explotación de recursos naturales hay una renta que existe. Esa renta inicial la tiene el Estado y el Estado podría decir que es suya. Obviamente nadie se encargaría de sembrar otro árbol de caoba. Ésta es una cuestión ciertamente importante en la medida que incide sobre la sostenibilidad o no del recurso. Por lo tanto, se debe definir un régimen de distribución de la renta que permita incentivar a aquellos que van a explotar el recurso bajo ciertas condiciones.

Participante

Con relación al canon minero, el gran problema es que resulta ineficiente económicamente tal como está diseñado, al estar condicionado al monto a pagar por impuesto a la renta. Los ingresos de la minera Pierina, por plantear ejemplo, que es la segunda mina del Perú y genera muchísimo dinero, están amortizando una cantidad y al no generar utilidades, los ingresos por concepto de canon son nulos y lo seguirán siendo durante todos los años durante los cuales se amortice los 600,000 dólares que se utilizaron para comprar la propiedad.

Pero no solamente existe ese problema, sino también otros derivados de la forma como está concebido el canon, ya que si no hay impuesto a la renta, no existen recursos para pagar al municipio. Entonces no hay ingresos para el Estado ni para la región; y esto es particularmente grave tratándose de un país

pobre como el nuestro, donde la tasa de impuesto es tan elevada que la gente no puede quedarse esperando años a que se termine de amortizar la inversión para comenzar a recibir algún ingreso. Aquí hay un problema de sostenibilidad social.

Estoy de acuerdo con que el canon no debería haberse sectorizado sino que debería tener un tratamiento general de principios y tratamientos específicos, ya que cada sector es diferente. Estoy seguro de que si en este momento se le dice a Manhattan, Yanacocha o Pierina que el canon se va a modificar, no van a negarse porque esas empresas viven todos los días —mucho más que el Estado—las presiones y reclamos regionales, locales y de los vecinos o comunidades que sienten que no comparten ninguno de los beneficios de esa explotación.

Participante

En el caso forestal la propia concesión limita el acceso a los recursos, con lo cual las personas se sienten más afectadas. Pienso que se tiene que crear un mecanismo rápido redistributivo si es que se pretende que la concesión sea un mecanismo de administración. Otra alternativa es que se atienda los problemas de empleo de los pobladores que no tienen capacidad de acumular activos.

Participante

Es cierto que se está discutiendo la necesidad de modificar el canon minero. Este tema depende de cuáles son las expectativas de cada uno de los actores que obviamente tienen intereses distintos. Para mí está abierto el escenario, pero las tensiones son evidentes. Mientras más aspiremos a que el canon permita el manejo efectivo de la renta, garantice la sostenibilidad, y promueva —vía compensación— las posibilidades de desarrollo local, menos competitiva será la inversión. Ese es un axioma que tiene que estar clarísimo.

Es evidente que tal como se está interpretando y aplicando el tema de las compensaciones hoy en día, éste no se reduce a cómo ponerse de acuerdo para pagar por lo que una persona deja de usar. Esto es solamente una parte del problema, es la punta del iceberg, porque como bien se planteó aquí, no necesariamente se van a generar recursos que realmente compensen a los propietarios de las tierras, ni está claro para todos los actores que negocian la posibilidad de no recibir el canon. Entonces hay un problema en la negociación.

Cuando los campesinos negocian, saben que están negociando un derecho de paso o alguna otra cosa, pero su expectativa es la de aceptar la minería para recibir el canon. Ese es un tema que está clarísimo pero que sin embargo no es real. No hay un juez. Yo no conozco un análisis que me diga en cuanto se estiman los flujos provenientes del canon. Tal vez ustedes lo saben, pero no los actores que negocian. Ese es un problema de legislación, de información, de negociación.

Por otro lado, en la actualidad nos estamos enfrentando a grandes inversiones, que generan efectos no deseados para el desarrollo así como impactos indirectos que no son fácilmente cuantificables y que no necesariamente están en los estudios de impacto ambiental. Por ejemplo, en lo referente a la actividad minera, hay procesos de negociación entre empresas y comunidades que van mucho más allá de la "responsabilidad", que superan el ámbito de la actividad misma. Hay problemas de pérdida de vigencia de los criterios de planificación del territorio; problemas de urbanización; de migración no controlada; y hasta problemas de prostitución. Y esos temas no están regidos por los mecanismos de compensación. No están contemplados en las figuras compensatorias como el canon, pero resulta necesario que se definan algunos criterios económicos que permitan de alguna manera prever cómo manejarlos. No digo que eso no tenga un precio. Son elementos que se van a multiplicar a medida que tengamos más éxito en las inversiones, no solamente en minería. Ha pasado lo mismo en las explotaciones forestales. Cuando tengamos éxito en la cuestión forestal, tendremos más migración, porque tenemos un déficit de empleo tan grande que la gente se mueve por expectativas.

Entonces hay impactos indirectos que son difíciles de medir y que no necesariamente están involucrados en el tema del canon. Este es un tema que hay que manejar con una visión más amplia.

La cuestión principal es hasta dónde podemos cargar y hacer que todos los costos sean aplicables a través de mecanismos de prestación de renta, y en segundo lugar, cómo hacer para que los actores puedan decidir de manera más transparente y cómo lograr que ese retardo en los ingresos vía canon pueda ser compensado con una mejor negociación, donde las partes reconozcan que tienen que compensarse de otra manera porque sino se generan más conflictos. Lo que estamos viendo ahora es que a pesar de que hay convenios firmados, hay más conflictos.

Participante

En GRADE hemos hecho varios estudios sobre comunidades donde existen grandes proyectos mineros, en las cuales los conflictos son ciertamente evidentes. Hay problemas pero también hay beneficios, y lo que es importante hay estilos y estilos. En cualquiera de estos cambios, hay un problema de costo-beneficio, de si es justo o no.

En la COPRI estamos abogando porque haya canon, pero lo estamos pidiendo en las empresas eléctricas, en los aeropuertos. El objetivo de la COPRI es promover la empresa privada, pero hay un gran rechazo regional porque la gente siente que no recibe beneficios de esa inversión privada. Nosotros hemos propuesto que el 50% de la distribución de los puertos no se quede en el Estado sino en los municipios. En el caso del aeropuerto eso es lo que estamos planteando, aunque la solución final ya no depende de nosotros. Lo que pasa es que el espacio de negociación que hay entre las comunidades de alguna manera está sesgado. En mi opinión, el gran problema en este asunto es el Estado y no la compañía minera o la comunidad.

Es necesario normar bien el canon porque los intereses a corto plazo de los dirigentes políticos y de los alcaldes se limitan a la ejecución de infraestructura, a la construcción, por ejemplo, de una plaza con cabezas clavas o de un estadio para la comunidad, en lugar de una piscigranja. El canon se invierte en ese tipo de cosas.

Creo que un tema a tratar es que cuando hay manejo de un territorio a mayor escala, como una cuenca, la mina debería ser un actor más en ese territorio, en el que cada uno tiene expectativas, un rol y una función y debería respetarse todo el conjunto, en lugar de convertirse ésta en un catalizador de las expectativas económicas de la población. Sin embargo, como no hay canon para las otras actividades, lo que terminan haciendo las regiones es mendigar a la mina pidiéndole, por ejemplo, que financie el viaje de los escolares de alguna comunidad.

Participante

El tema de la información es muy importante, porque si un proyecto se lleva a cabo sin informar a la gente, se genera un resentimiento muy grande que afecta su credibilidad. Aquí hay un tema no resuelto de participación ciudadana. La

información es una parte importante y un pre requisito para el funcionamiento del mercado y para que cualquier proyecto adquiera legitimidad.

Participante

En la práctica el Estado le trasfiere al particular la obligación de informar y la obligación de definir sus propios procedimientos de consulta, los que eventualmente pueden ser discutidos por ser discrecionales, con lo cual el Estado le estaría generando al propio inversionista una externalidad negativa.

Ahora bien, cuando analizamos el tema de las seguridades, se habló del estudio de impacto ambiental y del PAMA, como mecanismos de prevención, y también de la carta fianza. Pero un mecanismo de seguridad también tiene que ver con decisiones estratégicas previas. Yo creo que si se van a otorgar en concesión determinados recursos, previamente tiene que haber una estrategia o priorización de lo que se quiere hacer en cada zona. Esa decisión estratégica también tiene que ser materia de comunicación y de conocimiento previo para que cada uno de los actores asuma su rol.

Participante

En el caso de la concesión del aeropuerto, lo que hicimos primero fue sentarnos y discutir cómo lo manejaríamos en los próximos treinta años si fuéramos el Estado. Tuvimos especialistas internacionales en diseño de aeropuertos y nosotros, antes de convocar a la concesión, definimos nuestros propios parámetros de lo que queríamos. Obviamente no queríamos recortar la creatividad privada al definir el proyecto. Así, por ejemplo, una propuesta pretendía separar el aeropuerto internacional del nacional, mientras los alemanes sostenían que lo mejor era mantenerlos juntos para generar mayor demanda al área comercial.

Lo mismo pasa con el Biabo. Hubo un estudio previo que pagó la COPRI y se cuenta con un inventario. Se sabe qué estamos entregando —cuántos árboles hay— y se tiene un plan de manejo. Esto es imprescindible, porque sino es muy probable que se asuman decisiones equivocadas.

Participante

Yo quisiera referirme al mercado y a cómo funciona. El problema no se reduce únicamente al tema de la información y al hecho de que no haya una propiedad

definida. Yo creo que hay que hacer énfasis en lo que nos ha pasado. Por lo menos en el régimen anterior, hubo un pésimo manejo del tema de los recursos naturales, no de su manejo, sino de cómo utilizar la teoría política en términos ideológicos.

Por ejemplo, en lo que respecta al transporte público en Lima, se permitió el libre acceso a las rutas justificando políticamente este hecho porque existen miles de desempleados. Me parece que debemos tratar de usar de manera más completa la teoría económica o la teoría del mercado sin olvidarnos de las externalidades y de los demás problemas relacionados con ellas. Esto merece un tiempo de reflexión porque tiene que ver con la definición del rol del Estado.

Hace poco, por ejemplo, unas empresas pesqueras presentaron una acción de amparo ante el Poder Judicial por una resolución administrativa referente a una prohibición de entrada. El juez, que resolvía todo a favor de Montesinos, la aceptó, contraviniendo la decisión del Ministerio de Pesquería.

Participante

No quiero sesgarme al tema pesquero, pero insisto: este sector es uno de los que más está desafiando todo lo que se dice en términos de política de administración y de funcionamiento de mercado, y no lo estamos tomando con seriedad.

Participante

Creo que ha sido muy común decir que los abogados piensan de una manera, los economistas de otra, los ingenieros también, y que cada grupo se entienda sólo entre él y tenga su propia lógica. Creo que debemos desterrar ese tipo de convicciones porque no son ciertas. El derecho se puede llegar a entender y la economía, en sus lineamientos básicos, también.

Cuando se mencionan las externalidades y los retornos, por ejemplo, los abogados sabemos a qué se refieren. Estoy seguro que cuando los abogados mencionan temas de propiedad, de reparto, de solución de controversias, los economistas también entienden. ¿Por qué planteo esto? Porque creo que en el Perú, como nos ocurre con otras cosas, hemos llegado al tema de las concesiones sin saber exactamente en qué consisten. Nos ha tocado un momento en que el Estado ha decidido concesionar, privatizar, y aunque no se han entendido muy bien las diferencias y matices entre una concesión y una privatización, nos

hemos tirado al ruedo. Por eso es importante que el concepto jurídico de la concesión esté definido.

Pienso que en una perspectiva de largo plazo lo importante sería definir primero cuál es la estructura básica del concepto de concesión. Hay varios problemas. La concesión que nosotros hemos visto —la que ve la COPRI—, es una concesión pensada para obras de infraestructura y no para recursos naturales. Los recursos naturales deberían tener un tratamiento distinto. Incluso podríamos preguntarnos si ésta es una figura adecuada para ellos. En otros ámbitos ya se está discutiendo eso. Aun en el tema de los servicios públicos, la concesión está siendo cuestionada, porque se está pensando que se podría pasar a otro esquema de actividades más o menos reguladas por el Estado. Creo que es el momento de pensar a largo plazo y no a corto plazo, como siempre hemos hecho.

Participante

Yo también pienso que es muy importante precisar y ajustar los términos jurídicos para generar consenso y así evitar el uso indiscriminado de conceptos como autorización, licencia, permiso o concesión. Las múltiples aplicaciones del término concesión pueden significar en la práctica un desprestigio injusto de este instrumento. Cuando se habla del uso de las vías públicas que han sido copadas por los taxistas, en realidad estaríamos hablando de una figura distinta que es la autorización, que implica la posibilidad de hacer uso de un bien público pero sin obtener necesariamente una renta.

Uno de los puntos para diferenciar la autorización de la concesión es que ésta última permite tener una renta por el aprovechamiento de un recurso que es Patrimonio de la Nación y que está representado por el Estado. Creo que ése es un punto muy importante que tiene que ver con el marco y la definición de los conceptos.

Participante

Privatizar para mí es definir exclusividad. La exclusividad puede ser permanente en términos de derecho real o temporal en términos de la concesión, pero cuando he usado la palabra privatización, lo que se viene a la cabeza es un derecho real, exclusivo y transferible, con todas sus implicancias, cuando esto no es necesariamente lo que el economista quiso decir. Porque lo único que implicó fue exclusividad.

Participante

A mí me tocó actuar en un equipo de mediación para promulgar la Ley Forestal en Bolivia. El tema era muy sencillo. Más del 99% de la sociedad boliviana no confiaba ni consideraba aceptable la privatización del recurso forestal. Los únicos que la querían eran los de la Cámara Forestal. Sin embargo, se llegó a un consenso sobre el régimen de concesión, porque en el fondo —y este surgió en la negociación—, lo que los empresarios forestales querían era un mínimo de seguridad jurídica para sus inversiones y ciertos atributos de derechos reales en la posesión. Una vez resuelto este asunto, fue mucho más fácil ponerse de acuerdo y aceptar que para ellos no era necesario ser los propietarios sino que la concesión era suficiente para sus intereses. El tema está en cómo se construyen los argumentos y los atributos de la concesión, para que resguarden tanto el interés privado como el interés público.

Participante

Yo también creo que una de las primeras tareas es ponerse de acuerdo en las nomenclaturas. Tenemos que usar términos uniformemente aceptados, porque de lo contrario pueden surgir discrepancias interpretativas.

La concesión minera, por ejemplo, tiene características radicalmente diferentes de lo que puede ser una concesión entendida en el ámbito del derecho pesquero.

No hay una correlación conceptual entre ambos conceptos y la concesión que utiliza la COPRI no tiene nada que ver con la concesión pesquera o forestal. Por eso tenemos que centrar la atención en precisar el concepto de concesión. Creo que va a ser sumamente difícil, sino imposible, admitir que ese concepto sea unívoco, aplicable a todos los segmentos productivos.

Participante

Ni siquiera doctrinariamente es aceptado que haya una homologación de conceptos.

Participante

Así es, pero este problema que nosotros entendemos hay que difundirlo, porque de lo contrario todo esto se reduce a un análisis académico. Creo que la

solución no pasa por plantear la discusión sino por asumir una de las múltiples opciones de lo que puede ser la concesión.

Quiero mencionar una experiencia de naturaleza jurídica para que vean cómo puede manejarse este problema. La Constitución tiene un artículo referido a las acciones contencioso-administrativas, que son aquellas que permiten la revisión de los actos de los tribunales administrativos. Cuando uno se pelea con la administración, esa pelea puede ser revisada todavía por la vía judicial. La Constitución señala que son pasibles de revisión ante el Poder Judicial (vía la acción contencioso-administrativa) las resoluciones que causan estado. La palabra acción contencioso-administrativa tiene múltiples significados para el derecho. Un buen día se nombró una comisión para desarrollar la ley del proceso contencioso-administrativo. El primer artículo de esa norma dice lo siguiente: para efectos de esta ley, la acción *contencioso-administrativa* significa proceso contencioso-administrativo. Eso significa que por la vía legislativa uno puede ponerle un esquema básico a las imprecisiones que la propia Constitución pueda tener, y con esa base diseñar un esquema de acción.

Si uno define el marco conceptual es muy fácil incluir en dicho marco las alternativas para comprender las particularidades. Un esquema de concesiones bien dirigido puede tener espacio para cada uno de los sectores, con sus particularidades, en la medida en que sea compartido.

SPDA

Quiero agradecerles muy sinceramente por su asistencia y por sus valiosos aportes. Debo reconocer que el diálogo ha sido sumamente interesante y ha tenido la virtud de esclarecer temas relevantes para cualquier investigación referida a la concesión en recursos naturales.

BIBLIOGRAFÍA

Barrantes, Roxana. *Hacia un nuevo Dorado. Economía de los recursos naturales*. Consorcio de Investigación Económica y Social, Lima, 1997.

Bernales, Enrique y Marcial Rubio. *Estudio de la Constitución Política de* 1993, Tomo 3. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

Blancas, Carlos y Marcial Rubio. *Derecho constitucional general*. Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987.

CONAM. *Glosario de términos ambientales*. 1998.

CONAM. *Glosario de términos*, 1994: Definición recogida de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales: Antecedentes y Comentarios. Sandoval Aguirre, Oswaldo, Lima, Perú, julio de 1997.

Costanza, Robert. *Ecological Economics. The Science and Management of Sustainability*. Columbia University Press, Nueva York, 1991.

Dasgupta, Partha y Geoffrey Heal. *Economic Theory and Natural Resources*. Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

Desdentado, Eva. *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huída de la regulación pública y administraciones independientes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Flores Polo, Pedro. *Diccionario de términos jurídicos*, Vol. 1. Marsol, Lima, 1987.

PREVIOUS PAGE BLANK

Gallardo, José. *Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: El caso de los monopolios naturales*. Documento de Trabajo 164, Departamento de Economía, Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigaciones Sociales, Económicas, Políticas y Antropológicas, Lima, 1999.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Editorial Cívitas, Madrid, 2000.

García Montufar y Franciskovic Ingunza. *Derecho minero común*. Editorial Gráfica Horizonte, 1999.

García Pérez, Marta, *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*. Monografías Jurídicas, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

Garrido Falla. *Tratado de derecho administrativo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

Gonzales de Olarte, Efraín. "La centralización económica del Perú: ¿Problema o posibilidad?". En: Actualidad Económica, N° 220, pp. 19-21, 2001.

Guerra García, Gustavo. *Reforma del Estado en el Perú. Pautas para reestructurar el Poder Ejecutivo*. Agenda Perú, Lima, 1999.

Martínez-Allier, Joan. "Economía y Ecología: Cuestiones Fundamentales". En: Pensamiento Iberoamericano, N° 12, pp. 47-60, 1987.

Meilán, José. "El servicio público en el derecho actual". En: Revista Argentina de Derecho Administrativo, No. 15-17, Buenos Aires, 1994.

Pulgar-Vidal, Manuel. Recursos naturales y lucha contra la pobreza: ¿una articulación posible? Una aproximación desde el derecho ambiental y el concepto de sostenibilidad. SEPIA IX, Puno, 22 al 24 de octubre del 2001 (documento inédito).

Raneletti, O. "Concetto e natura delle autorizzazione e concessione admmistrative". En: Giurisproudenmza Italiana, 1984-II.

Rees, Judith. *Natural Resources. Allocation, Economics and Policy*. Routledge, Londres y Nueva York, 1990.

Ricardo, David. *On the Principles of Political Economy and Taxation*. Cambridge University Press, Cambridge, 1951.

Solano, Pedro. *Ordenamiento territorial en el Perú. Alcances legales, alternativas y perspectivas para la selva y ceja de selva*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, AECI, Lima, 2000.

Solano, Pedro. *Concesiones para ecoturismo: Econegocios para el nuevo milenio. Alcances legales y propuestas*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, 2001.

Távara, José. Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú. Economía, Vol. XX, No. 39-40, 1997 (separata).

Tietenberg, Tom. *Environmental and Natural Resource Economics* (tercera edición). Harper Collins Publishers, Nueva York, 1992.

Thorp, Rosemary y Geoffrey Bertram. *Perú 1890-1977: Crecimiento y políticas en una economía abierta*, 1985.

INDICE

	pág.
Presentación	9
Introducción	11
CAPITULO PRIMERO. ANTECEDENTES Y CONTEXTO GENERAL	15
1.1. Rol y responsabilidad del Estado peruano en un contexto de liberalización y globalización	15
1.2. Una aproximación al régimen de otorgamiento de recursos naturales en el Perú	22
1.3. Consideraciones generales sobre los aspectos económicos de la concesión	28
CAPITULO SEGUNDO. ELEMENTOS CENTRALES DEL DEBATE DE LA CONCESIÓN Y OTRAS FIGURAS RELEVANTES	33
2.1. Soberanía, dominio público, dominio eminente y uso público: ¿cómo entender estos conceptos en relación a los recursos naturales?	33
2.2. Usos privativos, exclusivos y excluyentes a partir del otorgamiento de los recursos naturales	38
2.3. Conceptos generales sobre las modalidades de otorgamiento de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales	40
2.4. Permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano	47
2.5. Elementos diferenciadores en las concesiones sobre recursos naturales en el Perú (hacia un concepto de concesión sobre recursos naturales)	50
2.5.1 Otorgamiento de derechos reales sobre los atributos del título	50
2.5.2 La exclusividad de aprovechamiento de un recurso natural determinado	52

PREVIOUS PAGE BLANK

2.5.3. El carácter constitutivo 55
2.5.4. El carácter discrecional y la estabilidad de título 55
2.6. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la concesión sobre recursos naturales 56
2.6.1 Naturaleza jurídica de la concesión sobre recursos naturales en la legislación peruana 58
2.7. Características de la concesión 63
2.7.1. La causa de la concesión: la existencia de un interés público 63
2.7.2. Ampliación de la esfera de los particulares 65

CAPÍTULO TERCERO. EL MARCO INSTITUCIONAL PARA LA CONCESIÓN 67
3.1. Potestades de la Administración 67
3.1.1. Facultad de vigilar y fiscalizar 67
3.1.2. Facultad de modificar la concesión 68
3.1.3. Permanencia y estabilidad de la concesión 70
3.2. Adjudicación directa o concurso público 72
3.3. Replanteamiento del aparato institucional para las concesiones en recursos naturales 73
3.4 Retos de la coordinación sectorial para las concesiones 76
3.5. Criterios o valores para resolver conflictos cruzados en proyectos de concesión y ordenamiento territorial 81

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 87

ANEXO 1. MODALIDADES DE OTORGAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE 93

ANEXO 2. EL CANON DE RECURSOS NATURALES. *POR: ROXANA BARRANTES* 125

ANEXO 3. MESA DE DIÁLOGO SOBRE LAS CONCESIONES COMO UN INSTRUMENTO JURÍDICO PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES 153

BIBLIOGRAFÍA 171

Este libro responde a la inquietud de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental por organizar un marco legislativo e institucional que haga viable que el aprovechamiento sostenible de la diversidad de recursos naturales que posee el Perú, se convierta en una oportunidad de desarrollo para el país.

El lector podrá encontrar en él propuestas de debate respecto del rol y responsabilidad del Estado sobre los recursos naturales en un contexto de progresiva globalización y liberalización económica; los alcances y límites del uso de dichos recursos a través del análisis de las distintas modalidades de otorgamiento; y el desarrollo de un marco institucional que permita transparencia y eficiencia en la gestión estatal.

Este libro pretende ser, asimismo, una reflexión analítica y positiva respecto de las diversas modalidades que tienen los ciudadanos y el sector privado para acceder al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales enfocado en el contexto actual de promoción de la inversión privada, que tienen en la figura de la concesión su expresión más acabada.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

USAID