

REX-007

Second Expert Report of
Francisco Eguiguren Praeli

March 31, 2016

**ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIÓN**

BEAR CREEK Mining Corporation

Demandante

v.

República del Perú

Demandada

CASO CIADI No. ARB/14/21

**SEGUNDA OPINIÓN DE EXPERTO EN DERECHO CONSTITUCIONAL
PERUANO**

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

31 de marzo de 2016

Tabla de Contenidos

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	RESUMEN DE CONCLUSIONES.....	2
III.	DESARROLLO DEL INFORME DE RESPUESTA.....	11
A.	La Declaración de Necesidad Pública para la autorización de una inversión extranjera, referida a minas, tierras y otros recursos naturales ubicados dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera, que debe ser aprobada por el consejo de ministros mediante decreto supremo, constituye un acto gubernamental de carácter discrecional y no un acto administrativo.....	11
B.	La Declaración de Necesidad Pública, otorgada mediante Decreto Supremo N° 083-2007-EM aprobado por el Consejo de Ministros, no otorgó derecho de propiedad a BEAR CREEK respecto de las concesiones mineras solicitadas, sino que autorizó a que pueda adquirirlas. Del mismo modo, el Decreto Supremo N° 032-2011-EM, que derogó el Decreto Supremo N° 083-2007-EM, no contiene disposición alguna respecto del derecho de propiedad de BEAR CREEK sobre tales concesiones mineras	18
C.	BEAR CREEK ejerció, en forma encubierta, la propiedad indirecta de las concesiones mineras, antes de que se produjera su adquisición formal, e incurrió en una violación de la Constitución	21
D.	El Decreto Supremo N° 032-2011-EM es una norma mediante la cual se expidió un acto de gobierno, que derogó lo dispuesto en otro decreto supremo, el Decreto Supremo N° 083-2007-EM, por lo que se adecúa al derecho constitucional peruano y no puede ser calificado como arbitrario.....	35
E.	La sentencia del juzgado especializado en lo constitucional, que declaró fundada la acción de amparo interpuesta por BEAR CREEK, carece de efectos jurídicos pues no adquirió la calidad de cosa juzgada. Sólo se trata de una resolución, proveniente de una instancia inferior del poder judicial, que no quedó firme pues, cuando se encontraba en apelación, la demandante, por propia decisión, se desistió de dicho proceso	38
F.	El Estado peruano no ha expropiado el derecho de propiedad de BEAR CREEK respecto de las concesiones mineras que adquirió, cuya titularidad sigue ostentando y ejerciendo en la actualidad dicha empresa	40

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente informe constituye una respuesta a las opiniones jurídicas expuestas por Bear Creek Mining Corporation (“BEAR CREEK” o la “Demandante”) en su escrito de Réplica sobre los Méritos y Contra-Memorial sobre Jurisdicción, de 8 de enero de 2016,¹ y en el informe de réplica del experto Dr. Alfredo Bullard, presentado por la Demandante, con relación a lo expresado en mi informe de experto en derecho constitucional peruano, del 6 de octubre de 2015.² Para este efecto, procederé tanto a sintetizar o ampliar, según sea el caso, las opiniones y fundamentos que expresé en mi primer informe sobre los temas objeto de análisis y debate jurídico, así como a responder las opiniones formuladas por el Dr. Bullard en su réplica, en especial, sobre los nuevos argumentos o temas que introduce mi distinguido colega.

2. Los principales temas que serán abordados en este informe son:

- a) La declaración de necesidad pública para que una empresa extranjera pueda adquirir y explotar minas u otros recursos naturales ubicados dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera, que se expide mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, constituye un acto de gobierno, de carácter excepcional y discrecional del Estado, y no un acto administrativo.
- b) Dicho decreto supremo no otorga al inversionista extranjero la propiedad sobre las concesiones mineras solicitadas, sino que lo autoriza a poder realizar la adquisición de las mismas.
- c) BEAR CREEK violó el artículo 71° de la Constitución al ejercer anticipadamente, en forma encubierta, propiedad indirecta sobre las concesiones mineras solicitadas, antes de obtener la declaración de necesidad pública y de que se realizara la transferencia formal para su adquisición. Para ello, actuó por intermedio de interpósita persona, una ciudadana peruana con quien mantenía un vínculo laboral, la que aparecía formalmente como solicitante de los petitorios mineros y ulterior titular de las concesiones.

¹ Véase Réplica de la Demandante sobre el Fondo y Contra-Memorial sobre Jurisdicción, 8 de enero de 2016 (“Réplica de la Demandante”).

² Véase Segundo Informe de Experto de Alfredo Bullard, 6 de enero de 2016 (“Segundo Informe de Bullard”).

- d) La expedición del Decreto Supremo N° 032-2011-EM (“D.S. N° 032-2011-EM”) se adecuó a la Constitución y a las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo. Dicha norma no contiene ni supone ninguna expropiación de la propiedad que ostentaba, y sigue ostentando BEAR CREEK sobre las concesiones mineras de las cuales es titular. La norma se limitó a derogar el Decreto Supremo N° 083-2007-EM (“D.S. N° 083-2007-EM”), que había declarado de necesidad pública la aprobación para que la empresa BEAR CREEK pueda realizar la adquisición de determinadas concesiones mineras en la zona de frontera con Bolivia. Por tratarse de una norma que derogó lo dispuesto en otro decreto supremo, que era un acto de gobierno de carácter discrecional y no un acto administrativo, no le son aplicables las disposiciones que regulan la revocación o anulación de actos administrativos, el derecho de defensa, la motivación o plazo de prescripción.

II. RESUMEN DE CONCLUSIONES

3. La potestad conferida por la Constitución al Consejo de Ministros, para declarar de necesidad pública el otorgar autorización a una empresa extranjera para que pueda adquirir o poseer derechos sobre minas u otros recursos naturales ubicados dentro de los 50 kilómetros de una zona de frontera, constituye una facultad de carácter discrecional que le permite evaluar la solicitud formulada y determinar si resulta acorde o no con lo que el Estado considera una necesidad pública. Será, entonces, el Consejo de Ministros quien analizará y determinará si el proyecto de inversión extranjera en la zona de frontera se justifica por responder a un requerimiento del desarrollo de la región y de la población vinculada, así como por ofrecer beneficios para el país. Se trata, fundamentalmente, de una evaluación sobre la conveniencia y oportunidad política y económica de tal adquisición o inversión; de su compatibilidad con las políticas de desarrollo nacional y de las áreas de frontera adoptadas por el Poder Ejecutivo; así como del impacto o riesgo que pueda conllevar la actividad de explotación minera, a cargo de la empresa extranjera, para la preservación de la seguridad nacional, tanto en su ámbito externo o internacional (referido a la prevención de eventuales agresiones provenientes de un Estado extranjero) como en el ámbito interno (referido a la preservación de la paz social y el orden

público al interior del territorio nacional, especialmente en zonas más sensibles para la seguridad como las áreas de frontera). La propia naturaleza política y económica, que supone la evaluación de todos estos factores y criterios, nos coloca claramente ante una decisión de tipo discrecional del Gobierno Nacional.

4. Por estas razones, considero erradas las aseveraciones de la Demandante y los informes de experto del Dr. Alfredo Bullard cuando sostienen que el decreto supremo que expide el Consejo de Ministros, que declara la necesidad pública y autoriza la adquisición de las concesiones mineras por la empresa extranjera, es un acto administrativo. Tampoco es correcto afirmar que este decreto supremo deba emitirse en forma necesaria y automática, únicamente en mérito al pedido formulado por la empresa extranjera o porque la legislación nacional, de manera general, declare prioritaria la inversión extranjera en minería. Y es que puede ocurrir que en un caso concreto o particular, que es sobre lo que se pronunciará el Consejo de Ministros, el petionario extranjero o su proyecto no satisfagan los requerimientos necesarios para ser calificada tal inversión o el desarrollo de la actividad minera en el área de frontera como una necesidad pública.

5. Atendiendo al carácter discrecional de esta potestad del Consejo de Ministros, puede concluirse que la empresa extranjera tiene el derecho de solicitar la autorización al Consejo de Ministros y la posibilidad de obtenerla, sólo si éste evalúa favorablemente tal solicitud y su vinculación con una necesidad pública. Pero la empresa extranjera no tiene el derecho de exigir que necesariamente se le conceda esta autorización; mucho menos cuando se trata de la explotación de minas y recursos naturales cuya propiedad, según dispone expresamente el artículo 66° de la Constitución, corresponde a la Nación. Adicionalmente, esta

norma constitucional precisa, también de manera expresa, que será el Estado quien decida soberanamente sobre su aprovechamiento y las condiciones para adjudicar su utilización a particulares, sean estos nacionales o extranjeros.

6. El D.S. N° 083-2007-EM es un acto de gobierno de carácter discrecional. No pueden ni deben confundirse los efectos jurídicos de la declaración de necesidad pública y de la autorización otorgada en favor de BEAR CREEK, mediante el D.S. N° 083-2007-EM aprobado por el Consejo de Ministros, con los actos jurídicos que ulteriormente realizó dicha empresa para concretar la adquisición de las concesiones mineras, ya sea que se trate de un contrato de transferencia con un privado (que aparezca como titular de tales concesiones) o de actos administrativos ante las autoridades de minería para el registro de concesiones adquiridas.

7. En el presente caso, BEAR CREEK adquirió la propiedad de las concesiones mineras no por la expedición del decreto supremo sino en ejercicio del derecho que emanaba del contrato de opción de transferencia que había celebrado previamente con la señora Jenny Villavicencio. Resulta evidente la diferencia que existe entre los fines y efectos jurídicos del decreto supremo, que otorgó la autorización para que BEAR CREEK pueda adquirir las concesiones mineras, y el acto mismo de la adquisición, en este caso, la ejecución del contrato de transferencia celebrado entre privados. Tan es así de clara esta distinción, que podía haber ocurrido, por ejemplo, que, a pesar de la expedición del decreto supremo autoritativo a favor de BEAR CREEK, la adquisición de las concesiones mineras finalmente no se concretara, ya sea porque la empresa se desistiera de hacerlo (por algún tipo de consideraciones económicas o de oportunidad) o porque la señora Villavicencio no cumpliera con la promesa otorgada.

8. El D.S. N° 032-2011-EM no constituyó una expropiación al derecho de propiedad de BEAR CREEK, según ahora alegan la Demandante y el informe de réplica del Dr. Bullard. Esta afirmación carece de sustento jurídico formal y real. Basta revisar el contenido de dicho decreto supremo para constatar que en ninguna parte de su texto, sea en la parte considerativa o en los artículos del mismo, se hace referencia alguna a una pérdida de la propiedad de BEAR CREEK, y menos que se disponga una expropiación sobre la misma. Tampoco esta norma ha dispuesto ni producido ninguna transferencia forzosa de la propiedad de BEAR CREEK en favor del Estado.

9. BEAR CREEK sigue siendo el titular de las concesiones mineras, por lo que no puede sostenerse que haya sufrido la pérdida de su propiedad ni exigirse que el Estado haya debido otorgarle una indemnización justipreciada, previa y en dinero efectivo como compensación a dicha empresa. Tampoco se ha iniciado contra ella procedimiento administrativo de expropiación alguno, ni se le ha despojado de la titularidad o propiedad que sigue ostentando de las referidas concesiones mineras.³ En consecuencia, no se ha producido una expropiación de la propiedad de BEAR CREEK en virtud del Decreto Supremo No. 032-2011-EM.

10. La Demandante y el Dr. Bullard también se equivocan cuando afirman que el D.S. No. 032-2011-EM ha derogado o afectado la vigencia de alguna norma del Decreto Legislativo N° 757, “Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada” o del Texto Único Ordenado (“TUO”) de la Ley General de Minería. Tales normas legales, que establecen un marco general de tratamiento para la promoción de la inversión privada o el desarrollo de la actividad minera,

³ Entiendo que luego de haber emitido el Decreto Supremo No. 032, la Procuraduría del MINEM inició una acción de ineficacia en contra de BEAR CREEK por la indebida adquisición de las concesiones mineras.

respectivamente, conservan su vigencia y contenido. La expedición del D.S. N° 083-2007-EM, por medio del cual se declaró de necesidad pública aprobar la autorización para que BEAR CREEK pudiera adquirir las concesiones mineras, tuvo como fuente principal directa el mandato expreso contenido en el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución. Similar sustento constitucional encuentra el D.S. N° 032-2011-EM que lo derogó, por considerar que habían desaparecido las causas o razones que llevaron a declarar como necesidad pública la autorización para que BEAR CREEK pudiera adquirir determinadas concesiones mineras en zona de frontera. Contrario a lo que alega la Demandante, dicha declaración de necesidad pública no se deriva de la declaración general de necesidad pública de las inversiones en proyectos mineros dispuesta en el Decreto Legislativo N° 757 y el TUO de la Ley General de Minería. La derogación de la declaración de necesidad pública del proyecto minero de BEAR CREEK, dispuesta por el D.S. N° 032-2022-EM, dejó sin efecto una decisión particular, sin afectar la vigencia de las normas de carácter general vinculadas a esta materia.

11. El artículo 71° de la Constitución contempla expresamente la prohibición de que un extranjero pueda adquirir propiedad o derechos no sólo en forma directa sino también por una vía indirecta, antes de que haya obtenido la declaración de necesidad pública y la autorización concedida por el Consejo de Ministros. Este artículo busca prevenir o evitar que la empresa extranjera, valiéndose de la participación de terceras personas de nacionalidad peruana, que aparentan actuar en su propio nombre e interés económico pero que en realidad son meros “testaferros” o mandatarios de la empresa, eludan la prohibición constitucional. Es decir, se pretende evitar que tal empresa, de manera encubierta, ejerza anticipadamente, en los hechos, valiéndose de la intervención de terceros, la titularidad de dichos bienes o la conducción de la

actividad económica, a pesar de no haber obtenido aún el decreto supremo de autorización para adquirir esta propiedad o derechos, ni de haber concretado su adquisición.

12. Aunque pueda resultar comprensible que BEAR CREEK adoptara ciertas medidas que le brindaran mayor seguridad de que, una vez expedido el decreto supremo de autorización, pudiera concretar efectivamente la adquisición de la propiedad de las concesiones mineras que le interesaban, ello no torna como válidas o aceptables cualquier tipo de medidas o acuerdos, sino exclusivamente las que resultaban conformes a la Constitución y la ley.

13. En este sentido, BEAR CREEK podía haber recurrido a dos opciones válidas, a fin de asegurar sus intereses, en tanto se desarrollaba el trámite de su solicitud y se obtenía la expedición del decreto supremo a aprobar por el Consejo de Ministros. En caso de que las concesiones mineras no hubieran sido otorgadas aún a ninguna persona, hubiese podido solicitarlas directamente al INGEMMET, ostentando así una prioridad o preferencia mientras obtenía la declaración de necesidad pública. Y en caso de que las concesiones mineras ya tuvieran un propietario, podía celebrar un contrato de opción de transferencia con el titular (persona independiente a BEAR CREEK) de las concesiones mineras que deseaba adquirir. Pero muy distinta sería la situación si la empresa optaba por concertar con una persona de nacionalidad peruana, sobre la que ejercía alguna forma de control, para que ésta, simulando actuar en su propio nombre e interés económico, solicitara y obtuviera la propiedad sobre determinadas concesiones mineras. Especialmente si ambas partes (la empresa y la persona de nacionalidad peruana) sabían que esta petición se realizaba realmente para la empresa extranjera y que ésta ejercería, en los hechos, los atributos del propietario o titular con anterioridad a la expedición del decreto supremo y a que se produzca la transferencia para adquirir dicha

propiedad. Ello sería claramente inválido y fraudulento, en tanto supone haber obtenido y ejercido una propiedad indirecta, en forma encubierta y anticipada, sobre las concesiones mineras, lo que se encuentra expresamente prohibido por la Constitución.

14. Atendiendo a la información revisada y analizada en este informe de respuesta, encuentro razonable considerar que BEAR CREEK, en los hechos pero de forma encubierta, ejerció una propiedad indirecta y la titularidad real de las 7 concesiones mineras, actuando a través de interpósita persona (como “testaferro”), una ciudadana peruana con la que tenía, además, un vínculo laboral, quien aparecía simuladamente como titular formal.

15. De quedar acreditada esta situación irregular, ante las autoridades administrativas o judiciales, la adquisición de la propiedad sobre las concesiones mineras que obtuvo formalmente BEAR CREEK, al ejecutar la opción de transferencia contenida en los contratos celebrados con Jenny Villavicencio, no sería válida. En este caso, habría existido una manifiesta transgresión del artículo 71° de la Constitución. La empresa extranjera habría adquirido o poseído indirectamente propiedad o derechos sobre concesiones mineras, ubicadas dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera, con anterioridad no sólo a la fecha de expedición del decreto supremo 083-2007-EM, que declaró de necesidad pública y autorizó la adquisición por BEAR CREEK de tales concesiones, sino también al momento en que se celebró el contrato que le transfirió formalmente la propiedad sobre las mismas.

16. Ante la existencia de este vicio de invalidez en la adquisición de la propiedad por parte de BEAR CREEK, el Estado Peruano estaría habilitado (según prevé la propia Constitución en forma expresa) para declarar la pérdida de la propiedad y derechos mineros adquiridos en forma irregular por la empresa extranjera, los que revertirían al Estado sin necesidad de efectuar

pago o compensación alguna, pues no se configuraría una expropiación sino la imposición de una sanción contemplada por la propia Constitución, frente a la actuación indebida de esta empresa.

17. El D.S. N° 083-2007-EM, aprobado por el Consejo de Ministros, se limitó a declarar de necesidad pública la inversión en minería de la empresa BEAR CREEK y a autorizar que pueda adquirir determinadas concesiones mineras específicas dentro de los 50 kilómetros de la frontera con Bolivia. Este decreto supremo no convalidó cualquier vicio o irregularidad que pudiera haber existido con anterioridad a su expedición, según afirman la Demandante y el Dr. Bullard. El decreto no contiene ninguna referencia a la vinculación que existía entre Jenny Villavicencio y BEAR CREEK o al contrato de opción celebrado entre ambas partes, por lo que no existe fundamento ni evidencia para afirmar o suponer que el Consejo de Ministros tuviera que haber conocido de la existencia de ninguna de estas situaciones.

18. Aún si se pudiera acreditar que algunos funcionarios del Ministerio de Energía y Minas conocían que Jenny Villavicencio era representante de los intereses de BEAR CREEK, a pesar de lo cual permitieron la continuidad del trámite de petitorios mineros que ella había realizado a su nombre y la expedición ulterior del decreto supremo de autorización, ello en nada enerva la transgresión producida respecto del artículo 71° de la Constitución y las irregularidades cometidas con tal simulación. En todo caso, la empresa no puede pretender “convalidar” ni tornar en válidos actos o conductas que son manifiestamente inconstitucionales, ni impide al Estado dejarlos sin efecto cuando los descubre o llega a conocer de su existencia.

19. El D.S. N° 032-2011-EM es una norma que se adecúa a la Constitución y a las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo. Tiene carácter general porque su contenido no

sólo se limitó a derogar el D.S. N° 083-2007-EM, que había declarado de necesidad pública la autorización para que la empresa BEAR CREEK pueda realizar la adquisición de determinadas concesiones mineras en la zona de frontera con Bolivia, sino que contiene también disposiciones para combatir la extracción ilegal minera y suspender todo tipo de actividad minera en determinados distritos del departamento de Puno. Por tratarse de una norma que derogó lo dispuesto en otro decreto supremo, que era un acto de gobierno de carácter discrecional y no un acto administrativo, no le resultan aplicables las disposiciones del Procedimiento Administrativo General que regulan aspectos tales como revocación o anulación del acto administrativo, derecho de defensa, motivación o plazo de prescripción, como indebidamente pretenden la Demandante y el Dr. Bullard, en su Informe de Experto.

20. El D.S. N° 032-2011-EM no puede calificarse como arbitrario. En su parte considerativa, expone los motivos que sustentaban su expedición. La norma hace referencia a que se ha tomado conocimiento de circunstancias que hacían desaparecer las razones que llevaron a declarar (en el D.S. N° 083-2007-EM) como una necesidad pública la autorización para que la empresa BEAR CREEK pudiera realizar actividad minera en la zona de frontera con Bolivia y adquirir determinadas concesiones. Estas circunstancias, si bien no aparecen señaladas de manera explícita ni amplia, podrían involucrar tanto los graves y violentos conflictos sociales y protestas de la población que se produjeron en la zona, cuestionando la continuidad del desarrollo de actividades mineras por su impacto negativo en la preservación del medio ambiente local, como que el Estado tomara conocimiento de la existencia de irregularidades en la adquisición de la propiedad de las concesiones efectuada por BEAR CREEK (ejercicio anticipado y encubierto de propiedad indirecta sobre las concesiones, actos de simulación, etc.).

Considero que la desaparición de las razones que llevaron a declarar la existencia de una necesidad pública, o el surgimiento de nuevas circunstancias que hacen inconveniente su continuidad, habilitan al Estado a dejar sin efecto tal declaración.

III. DESARROLLO DEL INFORME DE RESPUESTA

A. LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD PÚBLICA PARA LA AUTORIZACIÓN DE UNA INVERSIÓN EXTRANJERA, REFERIDA A MINAS, TIERRAS Y OTROS RECURSOS NATURALES UBICADOS DENTRO DE LOS 50 KILÓMETROS DE LA ZONA DE FRONTERA, QUE DEBE SER APROBADA POR EL CONSEJO DE MINISTROS MEDIANTE DECRETO SUPREMO, CONSTITUYE UN ACTO GUBERNAMENTAL DE CARÁCTER DISCRECIONAL Y NO UN ACTO ADMINISTRATIVO

21. Conforme señalé en mi primer informe, la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución Peruana de 1993 establece una excepción expresa a la regla constitucional sobre la igualdad entre nacionales y extranjeros en materia del derecho de propiedad (consignada en el primer párrafo del propio artículo 71°) y de igualdad de trato y condiciones aplicables para las inversiones de nacionales y extranjeros (artículo 63° de la Constitución).⁴ Y es que en el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución se impone una restricción especial a los extranjeros (sea que se trate de personas individuales, asociadas o de empresas) que impide que puedan adquirir o poseer por título alguno, sea en forma directa o indirecta, derechos sobre minas, tierras, aguas, bosques, combustibles ni fuentes de energía ubicadas dentro de los 50 kilómetros de zonas de frontera.⁵ No obstante, dicha disposición constitucional contempla, a su vez, una excepción a esta prohibición general, que consiste en que

⁴ Véase Primer Informe de Experto de Francisco Eguiguren Praeli, 6 de octubre de 2015 (“Primer Informe de Eguiguren”), párras. 9-10, 12 [Anexo REX-001].

⁵ Véase Constitución Política del Perú de 1993, 29 de diciembre de 1993 (“Constitución del Perú”), Art. 71 inc. 2 [Anexo R-001].

el extranjero podrá realizar tal adquisición de derechos sobre minas y recursos naturales siempre que obtenga previamente una autorización especial del Estado, otorgada mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, que declare de necesidad pública el desarrollo de dicha actividad y autorice a la empresa extranjera a llevarla a cabo.⁶

22. Sobre la naturaleza jurídica del decreto supremo que aprueba el acto gubernamental, que declara de necesidad pública la autorización para que el extranjero pueda adquirir o poseer minas u otros recursos naturales ubicados dentro de los 50 Kilómetros de la zona de frontera, reiteramos nuestra discrepancia respecto de la interpretación jurídica y conclusiones que realizan la Demandante y el Dr. Bullard.

23. Para el Dr. Bullard, conforme señala en su primer informe y reitera en su réplica, la autorización otorgada por decreto supremo, aprobado por el Consejo de Ministros, constituye un acto administrativo, es decir, una decisión no discrecional que se otorga en forma automática por la autoridad gubernamental, ante la solicitud presentada por la empresa extranjera, según el procedimiento regulado en el TUPA del Ministerio de Energía y Minas.⁷ Considero que esta afirmación es incorrecta.

24. Según expresé en mi primer informe⁸ y reitero en esta respuesta, la decisión que adoptan el Presidente de la República y el Consejo de Ministros respecto a la declaración de necesidad pública y a otorgar o no la autorización para que un inversionista extranjero pueda adquirir o poseer minas u otros recursos naturales en la zona de frontera, constituye un acto de gobierno de carácter discrecional, y no un simple acto administrativo.

⁶ Véase Constitución del Perú, Art. 71 inc. 2 [Anexo R-001].

⁷ Véase Primer Informe de Experto de Alfredo Bullard González, 26 de mayo de 2015 (“Primer Informe de Bullard”), párras. 12-13; Segundo Informe de Bullard, párras. 11, 38-43.

⁸ Véase Primer Informe de Eguiguren, párras. 29, 34-36. [Anexo REX-001].

25. Para una mejor comprensión de la diferencia existente entre ambos tipos de actos, cabe precisar que los actos administrativos, por definición, son declaraciones emitidas por entidades estatales que, en el marco de las normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos concretos o particulares sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados⁹. Por su parte, los actos de gobierno constituyen actos políticos que, aunque sean emitidos por un órgano de la administración estatal, son ejercidos a partir de una potestad discrecional y no son susceptibles de control judicial. Por ello, mientras que los actos administrativos pueden ser objeto de ulterior revocación o declaración de nulidad, los actos de gobierno, plasmados en decretos supremos, ya sea que se trate de normas de carácter general o que tengan un contenido particular, únicamente pueden dejarse sin efecto mediante su derogación.

26. Pues bien, el Dr. Bullard argumenta que la declaración de necesidad pública, aprobada mediante decreto supremo del Consejo de Ministros, es un acto administrativo, por cuanto el procedimiento para obtenerlo está contemplado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (“TUPA”) del Ministerio de Energía y Minas.¹⁰ Considero que dicha conclusión es errónea. El TUPA es una recopilación de todos los procedimientos que se pueden seguir ante una entidad pública, en este caso el Ministerio de Energía y Minas, cuya finalidad es informar a los ciudadanos sobre las normas aplicables a un procedimiento específico y los requisitos con los que deben cumplir los solicitantes. Por tanto, que el TUPA del Ministerio de Energía y Minas regule (en el procedimiento 53) el procedimiento específico que deberá seguir el extranjero para solicitar la adquisición de derechos mineros dentro de los 50 kilómetros de zonas de frontera,

⁹Véase Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, 10 de abril de 2001, Art. 1.1 [Anexo R-104]

¹⁰ Véase Segundo Informe de Bullard, párrs. 13-21.

sólo implica la existencia de un trámite que debe seguirse ante dicho Ministerio para iniciar y dar curso al pedido. Ello es distinto a la naturaleza de la decisión final que se adoptará en una instancia gubernamental diferente, el Consejo de Ministros, referida a la declaración de necesidad pública de la aprobación de la solicitud, que será resultante de una evaluación y determinación discrecional respecto a si se otorga o desestima tal pedido.

27. El Consejo de Ministros debe evaluar y sopesar una serie de factores y criterios al momento de determinar si un proyecto de inversión extranjera en zona de frontera responde a una necesidad pública. Se trata de factores económicos, políticos y de seguridad que deben garantizar y fundamentar dicha declaración. Por ello resulta errado sostener que el decreto supremo que debe ser aprobado por el Consejo de Ministros, sea un asunto de mero trámite administrativo o que se expide en forma automática por el simple mérito del pedido de la empresa extranjera. Si fuera una declaración automática, no tendría sentido que el trámite requiera que la declaración sea emitida por la máxima autoridad del Gobierno Nacional.

28. Cuando sostengo que la expedición del decreto supremo, que declara de necesidad pública autorizar la adquisición de concesiones mineras por la empresa extranjera, constituye un acto de gobierno de carácter discrecional y no un acto administrativo común, estoy muy lejos de considerar que ello torne a dicha decisión en un acto arbitrario o desprovisto de ciertos límites y parámetros. Con ello sólo afirmo que como acto discrecional, según define la doctrina administrativa y ha precisado el Tribunal Constitucional, la autoridad gubernamental cuenta con márgenes de libertad política para optar entre otorgar o no la autorización solicitada.¹¹ La

¹¹ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, 29 de diciembre de 2003 (“Sentencia del Tribunal Constitucional 2003”), p. 7-8 [Anexo R-095]; Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, 5 de julio de 2004 (“Sentencia del Tribunal Constitucional 2004”), p. 4-6 [Anexo R-096].

autoridad no está obligada a conceder esta autorización, y su decisión puede obedecer a criterios de valoración sobre consideraciones de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad de la inversión. En esta evaluación también se consideran aspectos tales como: la solvencia y trayectoria del inversionista extranjero peticionario, la importancia y beneficio de la inversión o de la actividad para el desarrollo del país o de la región, el sustento técnico que se atribuye al proyecto, que tal actividad no ponga en riesgo la seguridad nacional. Por tanto, se trata de un acto de gobierno en el que el Consejo de Ministros evalúa, en forma discrecional y soberana, la conveniencia de la presencia y operación de una empresa extranjera en zona de frontera, fundamentándose su decisión en los intereses del Estado y el bienestar público.

29. Debo reiterar lo señalado en mi primer informe, respecto de que no se trata de un mero acto administrativo, de expedición obligatoria y automática por el Consejo de Ministros, sino de un acto gubernamental de carácter discrecional, por los fundamentos siguientes¹²:

- a) La restricción impuesta por el segundo párrafo del artículo 71° de la Constitución en materia de propiedad a los extranjeros, respecto a la adquisición de derechos sobre minas y otros recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera, es una norma de excepción contemplada en la propia Constitución (la norma jurídica de mayor jerarquía del país) y no en una ley o simple decreto supremo. La única forma prevista en la Constitución para superar esta prohibición es que medie la aprobación de un decreto supremo, en el Consejo de Ministros, que conceda la autorización por razones consideradas de necesidad pública. Se trata pues de un procedimiento excepcional, distinto a cualquier procedimiento administrativo, que emana de la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico nacional y que requiere el acuerdo de la más alta autoridad política del Gobierno Nacional (el Presidente de la República y el Consejo de Ministros), así como de la opinión favorable previa del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Se trata de requisitos del todo excepcionales, que no están presentes en los procedimientos administrativos.

¹² Véase Primer Informe de Eguiguren, párras. 25-31 [Anexo REX-001].

Por ello, carecería de todo sentido lógico, jurídico y político, que un procedimiento excepcional como éste se considere equiparable a los procedimientos administrativos.

- b) Aunque el D.S. N° 083-2007-EM, que aprobó la declaración de necesidad pública para que BEAR CREEK pueda adquirir las concesiones mineras, tiene un contenido de carácter particular o concreto (y no un contenido general, como suele ser la regla tratándose de los decretos supremos ordinarios) no por ello puede equipararse a dicho decreto supremo con un acto administrativo, que siempre tiene contenido particular o individual. Por lo demás, los actos administrativos no se aprueban por decreto supremo ni en el Consejo de Ministros.
- c) El Consejo de Ministros, que es quien debe determinar la existencia de la necesidad pública y la aprobación del decreto supremo que autorice a la empresa extranjera a adquirir minas u otros recursos naturales en la zona de frontera, es un órgano político y no administrativo. Su competencia está referida a la adopción de actos de gobierno, de decisiones políticas y aprobación de los reglamentos de las leyes.
- d) Resultaría del todo irrazonable, que la Constitución contemple una norma expresa, que involucre la intervención de la más alta instancia del Poder Ejecutivo del Estado, para emitir una decisión o un acto de carácter administrativo; menos aún afirmar que tal decisión se apruebe y expida en el Consejo de Ministros de forma automática, ante el simple petitorio administrativo formulado por una empresa extranjera. Esta exigencia, más bien, se explica por la naturaleza discrecional de la decisión, donde el Presidente de la República y el Consejo de Ministros realizan una evaluación sobre los beneficios, efectos y riesgos, para el desarrollo del país o de una región o la seguridad nacional, que puede acarrear la aprobación o denegación de la autorización solicitada por una empresa o persona extranjera concreta, lo que involucra criterios sobre conveniencia política y económica, oportunidad y utilidad de la medida, en función de los cuales se adoptará la decisión de concederla o no, en ejercicio de la potestad soberana del Estado. Se trata de una situación de alguna manera similar a la libertad de decisión (discrecionalidad) que ostenta el Poder Ejecutivo respecto a la conveniencia de aprobar la suscripción o adhesión a un tratado internacional, de declarar el estado de emergencia en el territorio nacional, o de otorgar la extradición de una persona solicitada por un Estado extranjero.

30. Por lo expuesto, puedo concluir reiterando que la potestad conferida por la Constitución al Consejo de Ministros, para declarar de necesidad pública el otorgar autorización a una empresa extranjera para que pueda adquirir o poseer derechos sobre minas u otros recursos

naturales ubicados dentro de los 50 kilómetros de una zona de frontera, le confiere una facultad de carácter discrecional para evaluar la solicitud formulada y determinar si resulta acorde o no con una necesidad pública. Será entonces el Consejo de Ministros quien analizará y determinará si la solicitud o el proyecto de inversión extranjera en la zona de frontera se justifican por responder a un requerimiento del desarrollo nacional o regional y de la población vinculada, así como por ofrecer beneficios para el país. Se trata, fundamentalmente, de una evaluación sobre la conveniencia y oportunidad política y económica de tal adquisición o inversión; de su compatibilidad con las políticas de desarrollo nacional en las áreas de frontera adoptadas por el Poder Ejecutivo; así como del impacto o riesgo que tal actividad pueda generar para la seguridad nacional.

31. Como ya expuse en mi primer informe, la seguridad nacional tiene una dimensión integral, que no se limita a la visión tradicional que la circunscribía a la prevención del riesgo proveniente de una eventual agresión de otro Estado. Actualmente, la seguridad nacional involucra tanto el ámbito externo o internacional, que demanda acciones de prevención y protección frente a amenazas provenientes desde el exterior; como el ámbito interno, vinculado a la conservación de la paz social y el orden público al interior del territorio nacional, especialmente en áreas de especial sensibilidad estratégica y de control como las zonas de frontera. La restricción que impone el artículo 71° de la Constitución a la adquisición de propiedad o derechos por los extranjeros dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera, obedece a la búsqueda de preservación de la seguridad nacional en esta dimensión integral.

32. La evaluación que realiza el Consejo de Ministros del petitorio formulado por la empresa extranjera, requiere necesariamente que disponga de una libertad para analizar y decidir

si se aprueba o no la autorización solicitada, en función de la existencia de una situación que califica como de necesidad pública. La propia naturaleza política y económica de esta evaluación, nos coloca claramente ante una decisión de tipo discrecional del Gobierno Nacional.

33. El carácter discrecional de esta potestad del Consejo de Ministros, determina que la empresa extranjera tenga como derecho la posibilidad de solicitar la autorización y de conseguirla sólo si dicho órgano del Poder Ejecutivo evalúa que tal solicitud se vincula con una necesidad pública. Pero a la empresa extranjera no le asiste un derecho reconocido por la Constitución para exigir que necesariamente se le conceda tal autorización, más aún cuando está dirigida a obtener la explotación de minas y recursos naturales cuya propiedad, según dispone expresamente el artículo 66° de la Constitución, corresponde a la Nación. Adicionalmente, dicha norma constitucional precisa que será el Estado quien decida soberanamente sobre su aprovechamiento y las condiciones para adjudicar su utilización a particulares, sean estos nacionales o extranjeros.

B. LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD PÚBLICA, OTORGADA MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 083-2007-EM APROBADO POR EL CONSEJO DE MINISTROS, NO OTORGÓ DERECHO DE PROPIEDAD A BEAR CREEK RESPECTO DE LAS CONCESIONES MINERAS SOLICITADAS, SINO QUE AUTORIZÓ A QUE PUEDA ADQUIRIRLAS. DEL MISMO MODO, EL DECRETO SUPREMO N° 032-2011-EM, QUE DEROGÓ EL DECRETO SUPREMO N° 083-2007-EM, NO CONTIENE DISPOSICIÓN ALGUNA RESPECTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE BEAR CREEK SOBRE TALES CONCESIONES MINERAS

34. En mi primer informe he señalado que si bien, como regla general, el otorgamiento de concesiones o derechos mineros a un particular se efectúa a través de un acto administrativo, la situación es distinta tratándose de su adquisición por un extranjero respecto a recursos mineros ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera.¹³ Sólo podrá

¹³ Véase Primer Informe de Eguiguren, párras. 27-30 [Anexo REX-001].

efectuarse tal adquisición, luego de que la empresa extranjera haya obtenido la autorización otorgada por el Consejo de Ministros. Esta autorización se otorga a través de un decreto supremo y no de un acto administrativo, como se discutió en la sección anterior. Con posterioridad a la expedición de dicho decreto supremo se pueden realizar los actos jurídicos destinados a concretar y formalizar la adquisición de los derechos mineros sobre tales concesiones.

35. Es por esta razón que no puede ni debe confundirse los efectos jurídicos de la declaración de necesidad pública y de la autorización otorgada en favor de BEAR CREEK, mediante el D.S. N° 083-2007-EM aprobado por el Consejo de Ministros, que constituye un acto de gobierno discrecional, con los actos concretos ulteriores que se verificaron para efectivizar la adjudicación de la titularidad sobre las respectivas siete concesiones mineras, que se produjo mediante la ejecución del contrato de opción de transferencia sobre derechos mineros celebrado previamente por la señora Jenny Villavicencio y la empresa BEAR CREEK, así como con el registro de tal adquisición por la autoridad administrativa de minería.

36. El D.S. N° 083-2007-EM no otorga derechos de propiedad a favor de BEAR CREEK. De la revisión del texto del D.S. N° 083-2007-EM se aprecia que su artículo 1° declara de necesidad pública la inversión minera para que la empresa BEAR CREEK pueda adquirir los derechos mineros sobre siete concesiones específicas, ubicadas en el departamento de Puno dentro de los 50 kilómetros de la frontera con Bolivia. En el artículo 2° del referido decreto, se identifica cada una de esas concesiones. Por otro lado, en su artículo 3°, se ordena a las autoridades en minería emitir los respectivos actos administrativos respecto de tales concesiones, a favor de BEAR CREEK, pero una vez que la empresa haya dado cumplimiento a los requisitos y obligaciones legalmente exigidas. Ello corrobora nuestra afirmación de que el D.S. 083-2007-

EM no es un acto administrativo y que se limita a declarar la necesidad pública de autorizar la adquisición de derechos sobre las concesiones mineras por parte de BEAR CREEK. Pero cabe resaltar que la adquisición de propiedad o titularidad por BEAR CREEK sobre las concesiones mineras se originó mediante la verificación posterior de actos concretos específicos.

37. Desde el punto de vista formal, el momento en que BEAR CREEK adquirió el derecho de propiedad sobre las concesiones mineras se produjo al ejecutarse el contrato de opción de transferencia que tenía celebrado previamente con la señora Jenny Villavicencio respecto de las mismas. Es decir que fue recién a partir de la ejecución de ese contrato privado que adquirió derechos de propiedad sobre tales concesiones y no en virtud del D.S. N° 083-2007-EM, que se limitó a autorizar que dicha empresa extranjera pueda adquirir tales derechos. Tan evidente es la diferencia jurídica que existe entre la naturaleza y efectos del decreto supremo, que otorgó la autorización para que BEAR CREEK pueda adquirir las concesiones mineras, y el acto mismo de la adquisición (la ejecución del contrato de transferencia) que pudo eventualmente ocurrir que, a pesar de la expedición del decreto supremo autoritativo a favor de BEAR CREEK, la adquisición de las concesiones mineras finalmente no se concretara, ya sea porque la empresa se desistiera de hacerlo (por algún tipo de consideraciones económicas o de oportunidad) o porque la señora Villavicencio no cumpliera con la promesa otorgada.

38. Por esta misma razón, el Decreto Supremo N° 032-2011-EM tampoco hace referencia alguna a la propiedad adquirida por BEAR CREEK sobre las concesiones mineras ni, menos aún, contiene disposición sobre la pérdida de este derecho o su expropiación, como erradamente sostienen la Demandante y el Dr. Bullard, asunto que analizaremos más adelante en la Sección F de este informe. El Decreto Supremo N° 032-2011-EM es una norma de carácter

general, que dispone, en su artículo 1°, la derogación del D.S. N° 083-2007-EM, y que en sus disposiciones siguientes autoriza el dictado de normas destinadas a prohibir el desarrollo de actividades mineras en dos distritos de la provincia de Chucuito, en el Departamento de Puno.

C. BEAR CREEK EJERCIÓ, EN FORMA ENCUBIERTA, LA PROPIEDAD INDIRECTA DE LAS CONCESIONES MINERAS, ANTES DE QUE SE PRODUJERA SU ADQUISICIÓN FORMAL, E INCURRIÓ EN UNA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

39. La prohibición que establece el artículo 71° de la Constitución es bastante clara y definitiva: los extranjeros, sean personas individuales o empresas, no pueden adquirir ni poseer, bajo título alguno, sea en forma directa o indirecta, minas, tierras y otros recursos naturales ubicados dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera.¹⁴ Esta prohibición sólo puede superarse siempre que el extranjero obtenga previamente una autorización, otorgada mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, que declare de necesidad pública tal adquisición. La propia norma constitucional señala que el incumplimiento o la transgresión de esta prohibición acarreará la pérdida de la propiedad o del derecho adquirido por el extranjero, que revertirán en favor del Estado.¹⁵

40. En su informe de réplica, el Dr. Bullard reitera su opinión respecto de que BEAR CREEK adquirió válidamente la propiedad sobre siete concesiones mineras, ubicadas en el departamento de Puno, dentro de los 50 kilómetros de la frontera con Bolivia. Tal validez se sustentaría en: 1) haber obtenido la autorización del Consejo de Ministros, aprobada por Decreto Supremo N° 083-2007-EM, que declaró de necesidad pública tal adquisición; y 2) haber celebrado un contrato de opción de transferencia con la titular de tales concesiones, la señora Jenny Karina Villavicencio, que se ejecutó luego de expedido el decreto supremo de

¹⁴ Véase Constitución del Perú, Art. 71 [Anexo R-001].

¹⁵ Véase Constitución del Perú, Art. 71 [Anexo R-001].

autorización.¹⁶ La Demandante también alega que nunca existió ni ejerció una propiedad indirecta, puesto que cualquier acto realizado por la empresa en el Proyecto Santa Ana, antes de haber obtenido la declaración de necesidad pública, fue presuntamente “en nombre y representación” de la señora Villavicencio.¹⁷

41. Agrega el Dr. Bullard que aún “en el supuesto negado” de que el contrato de opción celebrado entre BEAR CREEK y Jenny Villavicencio contraviniera la Constitución, cualquier irregularidad al respecto habría quedado convalidada por el Estado cuando otorgó la autorización por el D.S. N° 083-2007-EM.¹⁸ Tal afirmación no es correcta, como se analizará más adelante.

42. Resulta necesario precisar el sentido y alcance de la estipulación expresa que hace el artículo 71° de la Constitución, en cuanto a la prohibición de que el extranjero pueda adquirir o poseer, en forma directa o indirecta, la propiedad o derechos sobre minas o recursos naturales en zonas de frontera, con anterioridad al otorgamiento de la autorización del Consejo de Ministros. La finalidad del artículo 71° constitucional, como ya expuse en mi primer informe, es garantizar la evaluación previa y la decisión discrecional del Estado (ejercida por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros) *antes* de que la empresa extranjera pueda adquirir propiedad o derechos de explotación sobre minas, tierras y otros recursos naturales ubicados en las zonas de frontera. Con esta exigencia se busca brindar adecuada protección de la seguridad nacional (en los planos exterior e interior) así como que las actividades que pretende realizar el inversionista extranjero sean acordes con el desarrollo estratégico en tales regiones.

¹⁶ Véase Segundo Informe de Bullard, párra. 8, conclusión a.

¹⁷ Véase por ejemplo Réplica de la Demandante, párra. 29.

¹⁸ Segundo Informe de Bullard, párra. 50(c).

43. Cuando el artículo 71° de la Constitución contempla expresamente la prohibición de que el extranjero pueda adquirir propiedad o derechos no sólo en forma directa sino también por una vía indirecta, antes de que haya obtenido la declaración de necesidad pública y la autorización concedida por el Consejo de Ministros, busca prevenir o evitar que la empresa extranjera, valiéndose por ejemplo de la participación de terceras personas de nacionalidad peruana, que aparentan actuar en su propio nombre e interés económico pero que en realidad son meros “testaferros” o mandatarios de la empresa extranjera, eludan la prohibición constitucional permitiendo que tal empresa, de manera anticipada y encubierta, ejerza en los hechos la titularidad de dichos bienes o la conducción de la actividad económica, a pesar de no haber obtenido aún el decreto supremo de autorización para la adquisición de esta propiedad o derechos. Cuando el artículo 71 de la Constitución se refiere a la propiedad indirecta, debe entenderse que no sólo involucra a una propiedad ejercida en términos corporativos, sino también a la que se ejerce a través de una persona o empresa que actúa como testaferro.

44. Conforme señalan BEAR CREEK y el Dr. Bullard, puede ser comprensible que la empresa extranjera, tomando en cuenta el incierto tiempo que podría transcurrir desde el momento en que se solicita la declaración de necesidad pública y la autorización para adquirir concesiones mineras, y el momento ulterior en que finalmente se produzca la expedición del decreto supremo respectivo, adopte medidas encaminadas a contar con alguna mayor seguridad de que podrá adquirir efectivamente las concesiones mineras que le interesan, cuando cuente con la autorización gubernamental respectiva, en tanto se desarrolla el trámite de su solicitud y se aprueba la autorización que le conceda el decreto supremo que debe aprobar el Consejo de Ministros. Ello podría realizarse, según sea el caso, realizando directamente un petitorio ante la

autoridad de minería, si las concesiones se encuentran disponibles, o celebrando un contrato de opción de transferencia con el titular de tales concesiones, siempre que se trate de una persona que no está sujeta a una relación de dependencia o subordinación respecto de la empresa.

45. Sin embargo, muy distinta sería la situación si la empresa extranjera decide concertar con una persona de nacionalidad peruana para que ésta, simulando que actúe en su propio nombre e interés económico, solicite y obtenga la propiedad sobre determinadas concesiones mineras, sabiendo ambas partes que esta petición se realiza realmente para la empresa extranjera y bajo la dirección de ella. Consideramos que esta situación configuraría una clara infracción a la norma constitucional y un fraude o simulación, pues se estaría consiguiendo ejercer, de manera encubierta y anticipada, la propiedad indirecta de la empresa extranjera sobre las concesiones mineras, lo que está expresamente prohibido por la Constitución.

46. En el presente caso, atendiendo a la propia manifestación de BEAR CREEK y el Estado Peruano, en la demanda, contestación y réplica, respectivamente, así como en documentos que se nos han proporcionado, se constata la verificación de los siguientes hechos:

- Según versión de la Demandante, a principios de mayo de 2004, César Ríos (geólogo empleado por BEAR CREEK) contactó a Jenny Karina Villavicencio, ciudadana peruana, para que adquiriera las concesiones del Proyecto Santa Ana, a fin de celebrar luego contratos de opción de transferencia con BEAR CREEK.¹⁹
- Jenny Karina Villavicencio, siendo empleada y representante (“apoderada”) de BEAR CREEK, presentó, en su propio nombre, solicitud de petitorios mineros ante el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, el 26 de mayo de 2004 (concesiones Karina 9A, Karina 1, Karina 2 y Karina 3); y el 29 de noviembre de 2006 (concesiones Karina 5, Karina 6 y Karina 7).²⁰

¹⁹ Véase Memorial de la Demandante, 29 de mayo de 2015 (“Memorial de la Demandante”), párra. 25.

²⁰ Véase Memorial de la Demandante, párra. 26.

- Jenny Karina Villavicencio suscribió contratos de opción de transferencia con BEAR CREEK, el 17 de noviembre de 2004 (concesiones Karina 9A, Karina 1, Karina 2 y Karina 3) y el 5 de diciembre de 2004 (concesiones Karina 5, Karina 6 y Karina 7). Para entonces aún no había obtenido del Estado la titularidad sobre dichas concesiones mineras, por lo que no era propietaria de las mismas.
- Según dicho contrato, Jenny Villavicencio se comprometía a retener la propiedad de las concesiones hasta que BEAR CREEK obtenga el decreto gubernamental de autorización. El contrato tendría una duración de 60 meses; si vencido dicho término BEAR CREEK no había obtenido la autorización para adquirir, la señora Villavicencio tenía libertad para decidir si vendía las concesiones o terceros o emprendía su explotación.²¹
- BEAR CREEK, para efectos de mantener vigente su contrato de opción, se comprometía a asumir todos los costos asociados a las solicitudes de petitorios de las concesiones, así como a su mantenimiento.²²
- Al momento en que BEAR CREEK ejerza la opción de transferencia, deberá pagar a la señora Villavicencio US\$ 14,000 dólares.²³
- Jenny Karina Villavicencio obtuvo y registró formalmente a su nombre, ante el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero los títulos sobre las concesiones recién el 5 de julio de 2006 (Karina 2 y Karina 3); el 8 de agosto de 2006 (Karina 1); el 26 de septiembre de 2006 (Karina 9A); y el 28 de febrero de 2008 (Karina 5, Karina 6 y Karina 7).²⁴
- BEAR CREEK presentó la solicitud de declaración de necesidad pública el 5 de diciembre de 2006. Acompañó, como sustento de su pedido, los contratos de opción celebrados con la señora Villavicencio.
- El Decreto Supremo No. 083-2007-EM, expedido el 28 de noviembre de 2007, y publicado en el Diario Oficial el día 29 de ese mes, declaró de necesidad pública la inversión de BEAR CREEK y autorizó a la empresa a obtener las concesiones mineras Karina 9A, Karina 1, Karina 2, Karina 3, Karina 5, Karina 6 y Karina 7.²⁵

²¹ Véase Memorial de la Demandante, párra. 31.

²² Véase Memorial de la Demandante, párra. 31.

²³ Véase Memorial de la Demandante, párra. 32.

²⁴ Véase Memorial de la Demandante, párra. 27.

²⁵ Véase Memorial de la Demandante, párra. 42; véase también Decreto Supremo No. 083-2007-EM, 29 de noviembre de 2007[Anexo C-0004].

- BEAR CREEK adquirió las concesiones mineras Karina 9A, 1, 2 y 3 el 3 de diciembre de 2007, ejecutando el contrato de opción de transferencia de propiedad celebrado con la señora Jenny Villavicencio.²⁶ Respecto a la transferencia de las concesiones Karina 5, 6 y 7, en ese mismo párrafo de la demanda se señala que fueron registrados en la SUNARP el 28 de febrero del 2008, pero no especifica si habían sido incluidas en la transferencia efectuada por el contrato del 3 de diciembre de 2007 o en otro contrato específico posterior.

47. Atendiendo a esta información sobre el cronograma de hechos y actos, y al contenido del D.S. N° 083-2007-EM, publicado el 29 de noviembre de 2007, se aprecia que este decreto autorizó a que BEAR CREEK pueda adquirir las concesiones mineras denominadas: Karina 9A, 1, 2, 3, 5, 6 y 7. La empresa ejerció el derecho emanado del contrato de opción de transferencia suscrito con Jenny Villavicencio, adquiriendo la propiedad de las concesiones, el día 3 de diciembre del 2007. No obstante, cabe tener presente que, según la información ya citada, la señora Villavicencio obtuvo del Estado la titularidad de las concesiones mineras Karina 5, 6 y 7 recién el 28 de febrero de 2008, por lo que éstas no podían ser transferidas por ella a BEAR CREEK antes de dicha fecha, ni con el contrato del 3 de diciembre de 2007, pues para entonces no era titular de las mismas. En el supuesto de que ello así se hubiera hecho, tal transferencia y la adquisición de propiedad por la empresa no serían válidas respecto a dichas concesiones mineras específicas.

48. Respecto de este punto, no habría problema ni objeción legal a que el D.S. N° 083-2007-EM haya consignado las siete concesiones mineras, pues dicha norma sólo autorizaba a que BEAR CREEK pueda posteriormente adquirirlas, pero no le confería ni transfería la propiedad ni la titularidad sobre las mismas. Pero si tendría que verificarse y esclarecerse, para efectos de la validez de la adquisición realizada por BEAR CREEK de la señora Villavicencio

²⁶ Véase Memorial de la Demandante, párra. 43.

respecto de las concesiones mineras Karina 5, 6 y 7, es si ellas fueron incluidas en el contrato del 3 de diciembre de 2007, lo que no sería válido pues para entonces la señora Villavicencio no era aún titular de las mismas; o si su transferencia se efectuó mediante un contrato distinto (cuya existencia desconocemos) cuando la referida señora ya era propietaria de tales concesiones (28-2-2008), lo que si sería válido. Este esclarecimiento es relevante para determinar el momento desde el cual la empresa se encontraba habilitada para adquirir y ejercer los atributos como titular de tales concesiones y la señora Villavicencio para transferirlos. Por ello, si la transferencia de las concesiones Karina 5, 6 y 7 se incluyó en el contrato ejecutado por las partes el 3 de diciembre de 2007, BEAR CREEK habría ejercido, en forma anticipada, la propiedad indirecta sobre tales concesiones, lo que resulta violatorio de la prohibición establecida en el artículo 71° de la Constitución.

49. Sin perjuicio de este necesario esclarecimiento, podría señalarse que, desde el punto de vista formal, existiría una aparente secuencia lógica y válida entre las fechas en que se realizaron los hechos y actos ya referidos, tales como: a) celebración del contrato de opción entre la señora Villavicencio y BEAR CREEK (17-nov.-2004), adquisición de Jenny Villavicencio de la titularidad sobre concesiones mineras (julio, agosto y septiembre de 2006 y febrero 2008, respectivamente, según cada concesión), solicitud de BEAR CREEK de declaración de necesidad pública (5-dic.-2006), expedición del decreto supremo de autorización (28-nov.-2007), y contrato de adquisición por transferencia de las concesiones mineras de Jenny Villavicencio a BEAR CREEK (3-dic.-2007).

50. No obstante, se aprecian algunos otros aspectos que ameritan ser puestos bajo análisis, ya que pueden suscitar justificadas suspicacias respecto al momento en que BEAR CREEK empezó a ejercer la propiedad (directa o indirecta) de las concesiones mineras. Veamos:

- La demandante ha reconocido que, a principios de mayo de 2004, una persona vinculada con BEAR CREEK (el señor Ríos) coordinó con la ciudadana peruana Jenny Villavicencio (quien era su representante o empleada) para que ella formule petitorios (formalmente a su propio nombre) destinados a adquirir la titularidad de diversas concesiones mineras, para que luego celebre un contrato de opción para la transferencia de las mismas con dicha empresa extranjera, cuando BEAR CREEK haya obtenido el decreto supremo de autorización para adquirirlas.
- Está también reconocido por las partes que Jenny Villavicencio presentó los petitorios para adquirir las concesiones mineras el 26 de mayo de 2004 (concesiones Karina 9A, 1, 2 y 3) y el 29 de noviembre de 2006 (concesiones Karina 5, Karina 6 y Karina 7). Igualmente, que Jenny Villavicencio y BEAR CREEK celebraron contratos de opción de transferencia sobre las concesiones, el 17 de noviembre de 2004, y el 5 de diciembre del 2004, respectivamente, cuando no contaba aún con título alguno sobre tales concesiones.
- De estos hechos se puede inferir que tanto el petitorio de las concesiones mineras que formuló Jenny Villavicencio a su nombre, pocos días después de su contacto y coordinación con representantes de BEAR CREEK, como los contratos de opción que luego celebró con dicha empresa, tuvieron como origen y fueron consecuencia de un acuerdo previo concertado por ambas partes. Tal acuerdo ocurrió cuando Jenny Villavicencio ni siquiera había solicitado o era propietaria de dichas concesiones mineras, cuya titularidad recibió del Estado más de 2 años después. Tampoco existe información que acredite que Jenny Villavicencio era una persona dedicada a la explotación minera, lo que hubiera explicado su solicitud de concesiones.

51. Sin embargo, la objeción fundamental que, a la luz de estos hechos, cabe plantearse es la siguiente: ¿Jenny Villavicencio, cuando realizó los petitorios mineros a su nombre y celebró luego los contratos de opción de transferencia de las concesiones con BEAR CREEK, actuaba realmente en representación de su propio interés o lo hacía, en forma encubierta y simulada, por encargo de BEAR CREEK? Ello resulta improbable, por cuanto,

como se ha sostenido, la señora Villavicencio era apoderada o empleada de BEAR CREEK, lo que pondría en duda su autonomía e independencia respecto de dicha empresa.

52. Pues bien, además de que el petitorio y los contratos de opción que celebró Jenny Villavicencio se originaron en la concertación previa que hizo con representantes de BEAR CREEK, existen diversas cláusulas en los contratos de opción de transferencia de derechos mineros que generan razonables dudas acerca de si Jenny Villanueva actuaba realmente en su propio interés cuando solicitó y adquirió, o si lo hacía simplemente por encargo de BEAR CREEK. En este último escenario, la empresa habría ejercido, en forma encubierta, una propiedad indirecta anterior al momento de adquisición formal de las concesiones.

53. Para dilucidar estas interrogantes, debe analizarse el contenido y los alcances de ciertas cláusulas de los referidos contratos de opción de transferencia de derechos mineros. Para efectos de este análisis, nos remitiremos a lo estipulado expresamente en el contrato de opción suscrito el 17 de noviembre de 2004, aunque el lenguaje y contenido de los dos contratos es prácticamente idéntico.²⁷ Entre las cláusulas que se pueden mencionar están las siguientes:

- En la cláusula Primera del contrato, “Antecedentes”, 1.1, se afirma que Jenny Karina Villavicencio es TITULAR de los derechos mineros sobre “Karina”, “Karina 1”, “Karina 2” y “Karina 3”, aseveración que resultaba falsa, pues para entonces sólo había formulado petitorios mineros, que incluso fueron inicialmente rechazados por la autoridad administrativa de minería y que sólo se otorgaron 2 años después de la firma del contrato de opción.
- En la cláusula Segunda, “Opción de Transferencia”, 2.1, se señala claramente que la opción exclusiva que se otorga a BEAR CREEK tiene carácter irrevocable durante la vigencia pactada de 60 meses, pudiendo dicha empresa adquirir para sí o para un tercero el 100% de la propiedad.

²⁷ Véase Contrato de Opción para la transferencia de derechos mineros No. 3,512, entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, 17 de noviembre de 2004 [Anexo R-006]; Contrato de Opción para la transferencia de derechos mineros No. 4,383, entre Jenny Karina Villavicencio Gardini y Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú, (5 de diciembre de 2004) 5 de septiembre de 2006 [Anexo R-007].

- En esa misma cláusula, en el punto 2.2, se señala que el único precio a pagar por BEAR CREEK por las 4 concesiones mineras sería de US\$ 7,000 dólares; a los que habría que sumar otros US\$ 7,000 dólares por las concesiones “Karina 5”, “Karina 6” y “Karina 7”, contenidas en el otro contrato. Es decir, que por la transferencia de 7 concesiones mineras, cuya explotación se declararía luego como necesidad pública, BEAR CREEK pagaría a la señora Villavicencio, como único monto, la irrisoria suma total de US\$ 14,000 dólares.
- En la cláusula 2.2.3, se establece que para que la opción de transferencia se mantenga vigente, BEAR CREEK deberá proporcionar los fondos (no reembolsables) necesarios para solventar los costos de mantenimiento de la propiedad minera, incluyendo el pago del derecho de vigencia que corresponde a cada concesión, gastos de publicación de avisos y registro. Es decir, que desde la firma del contrato de opción, BEAR CREEK, a pesar de no ser propietaria, asumiría todos los gastos, con carácter no reembolsable, en que incurriera la señora Villavicencio para adquirir y mantener la propiedad de las concesiones mineras.

54. En atención a lo estipulado por las propias partes en las referidas cláusulas del contrato de opción, puede concluirse que:

- a) No es cierta la afirmación de la Demandante acerca de que Jenny Villavicencio gozaba de plena libertad para vender las concesiones. El contrato estipulaba expresamente el carácter irrevocable de la opción otorgada a la empresa, durante su vigencia de 60 meses. En cambio, BEAR CREEK si podía renunciar unilateralmente a la opción, optar por ejercerla a su favor o de un tercero que ella decida libremente. Según el contrato, Jenny Villavicencio sólo podría disponer de las concesiones luego de que la opción haya vencido su plazo de vigencia, sin que BEAR CREEK haya ejercido su derecho de opción.
- b) El monto del precio total pactado en los contratos por la transferencia de las 7 concesiones, era de US\$ 14,000 dólares, cifra diminuta que hace poner en duda que pudiera corresponder realmente al pago del valor de adquisición de la propiedad sobre tales concesiones por la empresa BEAR CREEK. En cambio, puede llevar a sugerir que correspondería a una suerte de compensación a Jenny Villavicencio por haber aparecido formalmente como solicitante de los petitorios mineros y “titular” de las concesiones, sin serlo en realidad.
- c) Que BEAR CREEK haya asumido en el contrato como obligación, para que la opción de transferencia subsista, el compromiso de proporcionar los fondos necesarios para la adquisición, mantenimiento y conservación de la propiedad

de las concesiones, con carácter no reembolsable (lo que implica perderlos si no se consumara finalmente la transferencia a su favor de las concesiones), parece corresponder claramente al ejercicio de una obligación característica de quien es el propietario y titular real de las mismas, liberando de este gasto a quien formalmente aparecía como su titular.

55. Por todo lo expuesto, considero que existen suficientes elementos de juicio para asumir que BEAR CREEK, en los hechos pero de forma encubierta, ejercía la titularidad real y la propiedad indirecta de las 7 concesiones mineras, actuando a través de interpósita persona (como “testaferro”), una ciudadana peruana con la que tenía, además, un vínculo laboral, quien aparecía simuladamente como titular formal.

56. De quedar acreditada esta situación irregular, sea en la vía administrativa o judicial, la propiedad de las concesiones mineras que adquirió formalmente BEAR CREEK al momento de ejecutar la opción de transferencia contenida en los contratos celebrados con Jenny Villavicencio, no sería válida. Habría existido una manifiesta transgresión del artículo 71° de la Constitución, ya que la empresa extranjera habría adquirido o poseído indirectamente propiedad o derechos sobre concesiones mineras ubicadas dentro de los 50 kilómetros de la zona de frontera, con anterioridad no sólo a la expedición del decreto supremo 083-2007-EM, que declaró de necesidad pública y autorizó la adquisición por BEAR CREEK de las concesiones mineras indicadas en el decreto, sino también al momento en que se celebró el contrato que le transfirió formalmente la propiedad sobre estas concesiones.

57. Ante la existencia de este vicio de invalidez en la adquisición de la propiedad realizada por BEAR CREEK, el Estado Peruano estaría habilitado (según prevé la propia Constitución en forma expresa) para declarar la pérdida de la propiedad y derechos mineros adquiridos en forma indebida por esta empresa, los que revertirían al Estado sin necesidad de efectuar pago o compensación alguna. Ahora bien, según se nos ha informado, el Ministerio de

Energía y Minas ha iniciado un procedimiento de ineficacia contra BEAR CREEK, debido a las irregularidades que habría encontrado en la adquisición de las concesiones mineras (simulación en los petitorios mineros, ejercicio real y anticipado de una propiedad indirecta sobre las mismas). Cabe precisar que de producirse una decisión favorable al MINEM en este proceso, la pérdida de propiedad que sufriría BEAR CREEK en beneficio del Estado no provendría de una expropiación, sino que sería consecuencia de la sanción prevista en la Constitución ante la conducta indebida e inconstitucional de dicha empresa.

58. Seguramente buscando prever o evitar las consecuencias que se podrían derivar de la situación antes señalada, la Demandante y el Dr. Bullard rechazan la alegación formulada por el Estado, en su contestación de la demanda, respecto a la existencia de una propiedad ejercida en forma indirecta e irregular por BEAR CREEK.²⁸ Para ello sostienen que aun si hubieran existido irregularidades en las solicitudes de petitorios mineros formulados por la señora Villavicencio o en los contratos de opción de transferencia que celebró con la empresa, debe considerarse que todo ello habría quedado convalidado porque el Estado conocía la vinculación que existía entre Jenny Villavicencio y BEAR CREEK, y por el dictado del D.S. N° 083-2007-EM.²⁹

59. Para intentar sustentar esta afirmación, sin duda errada, la Demandante y el Dr. Bullard invocan la aplicación de la denominada doctrina de los “actos propios”, según lo cual, el Estado, luego de haber otorgado la autorización, no puede alegar la existencia de vicios o

²⁸ Véase Segundo Informe de Bullard, párras. 57-99.

²⁹ Véase Segundo Informe de Bullard, párras. 86, 87.

irregularidades para desconocerla, si ha participado de ellos.³⁰ Considero que tales alegaciones carecen de fundamento jurídico.

60. Para empezar, resulta necesario explicar, de manera muy sintética, el contenido o implicancias de la doctrina de los “actos propios”. Es basa en el principio general de buena fe y postula la prohibición de que una persona o parte contractual pueda realizar dos actos contradictorios vinculados entre sí, donde el primero ha generado una seguridad, expectativa o confianza en su contraparte y el segundo lo perjudica. En el ámbito del derecho administrativo, el ordenamiento peruano ha recogido dicha doctrina a través del Principio de Conducta Procedimental, consignado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 – que establece lo siguiente: “La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los participantes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.”

61. En el presente caso, el D.S. N° 083-2007-EM, aprobado por el Consejo de Ministros, se limitó a declarar de necesidad pública la inversión en minería y la autorización para que la empresa extranjera BEAR CREEK pueda adquirir determinadas concesiones mineras específicas dentro de los 50 kilómetros de la frontera con Bolivia. Este decreto supremo no hace ni contiene ninguna referencia, en su parte considerativa o en el artículos normativos, al contrato de opción de transferencia celebrado por la empresa y Jenny Villavicencio, ni a los petitorios

³⁰ Véase Segundo Informe de Bullard, párras. 94-96.

mineros formulados por ella, pues se trata de asuntos que no guardan ninguna relación con el objeto y alcances de dicho decreto supremo. No existe pues fundamento para sostener que con la expedición del D.S. N° 083-2007-EM el Estado habría “convalidado” cualquier vicio o irregularidad existente en tales contratos, ni que el Consejo de Ministros tuviera que haber conocido de su existencia o de la relación laboral o vínculos personales existentes entre BEAR CREEK y la señora Jenny Villavicencio.

62. Incluso si algunos funcionarios del Ministerio o de entidades del sector estatal de Energía y Minas hubieran tenido algún conocimiento de la concertación y simulación establecida entre BEAR CREEK y la señora Jenny Villavicencio en la formulación de los petitorios mineros, como sostienen la Demandante y el Dr. Bullard, ello generaría responsabilidad administrativa y penal individual para tales malos funcionarios, pero no valida un acto ilícito ni tiene incidencia en la decisión adoptada por un órgano estatal diferente como es el Consejo de Ministros, que aprobó el decreto supremo respectivo sin participar de tales actos simulados. Tampoco impediría que el Estado, a través del propio Consejo de Ministros, al tomar conocimiento de irregularidades cometidas por funcionarios inferiores, procediera a derogar el decreto supremo, pues la eventual actuación dolosa de tales funcionarios no puede calificarse como “actos propios” atribuibles al Estado. Más aún, si el principio que subyace en la doctrina de los “actos propios” es precisamente preservar la buena fe en la conducta o actuación de la Administración Pública y de los administrados, evitando que quien realiza actos contradictorios entre sí se beneficie de tal proceder indebido, resulta evidente la falta de esta buena fe en quien, por un lado, concertó y simuló actos con el propósito de obtener indebidamente la propiedad indirecta

de ciertas concesiones mineras, valiéndose de la intervención de un “testaferro” y, de otro lado, haga aparecer la adquisición formal de dicha propiedad en momentos muy posteriores.

63. En consecuencia, aun si fuera cierto que algunos funcionarios del Ministerio de Energía y Minas hubieran conocido que Jenny Villavicencio era empleada o representante de los intereses de BEAR CREEK, a pesar de lo cual permitieron la continuidad del trámite de petitorios mineros que ella había realizado supuestamente a su nombre y la expedición del decreto supremo de autorización, ello en nada enerva la transgresión producida respecto del artículo 71° de la Constitución y las irregularidades cometidas con tal simulación. En todo caso, el eventual conocimiento de estos hechos por algunos funcionarios del gobierno, no puede servir como fundamento para pretender tornar en válidos actos o conductas que fueron manifiestamente inconstitucionales, ni impide al Estado dejarlos sin efecto cuando llegó a conocer de su existencia. Menos aún pueden invocar esta supuesta e una inexistente convalidación quienes fueron, precisamente, los que diseñaron y emprendieron tal simulación, atentatoria contra la Constitución y los intereses del Estado.

D. EL DECRETO SUPREMO N° 032-2011-EM ES UNA NORMA MEDIANTE LA CUAL SE EXPIDIÓ UN ACTO DE GOBIERNO, QUE DEROGÓ LO DISPUESTO EN OTRO DECRETO SUPREMO, EL DECRETO SUPREMO N° 083-2007-EM, POR LO QUE SE ADECUA AL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO Y NO PUEDE SER CALIFICADO COMO ARBITRARIO

64. El Dr. Bullard sostiene que aunque el Estado tuviera facultad para derogar el D.S. N° 083-2007-EM, (afirmación que resulta evidentemente obvia) el D.S. N° 032-2011-EM, mediante el cual se lo derogó, fue emitido de manera arbitraria.³¹ Considero que esta afirmación no es correcta. Conforme ya expresé en mi primer informe, el Decreto Supremo No. 032-2011-

³¹ Véase Segundo Informe de Bullard, párras. 136-157.

EM, en su parte considerativa, señaló las razones y fundamentos que sustentaron su emisión y la derogación que dispone del Decreto Supremo No. 083-2007-EM.³² Si bien las causas que motivaron su expedición no fueron explicitadas de una manera amplia, ello no permite calificar el dictado de esta norma como arbitrario o carente de motivación. Por lo demás, como ya he indicado, a diferencia de las sentencias judiciales o los actos administrativos, a los que la Constitución y la ley exigen una debida motivación como requisito para su validez, siendo su carencia o deficiencia causal para demandar su anulación, en el caso de los decretos supremos la insuficiente fundamentación en su exposición de motivos o en su parte considerativa no afectan la validez o eficacia del decreto.³³

65. Como sabemos, el D.S. N° 083-2007-EM declaró de necesidad pública autorizar la inversión de la empresa BEAR CREEK en concesiones mineras ubicadas dentro de los 50 kilómetros de la frontera con Bolivia, así como la adquisición de las mismas por dicha empresa. Esta decisión, aprobada por el Consejo de Ministros, fue un acto discrecional adoptado a partir de una evaluación sobre la conveniencia y beneficios del proyecto, tanto para el desarrollo del país como para la preservación de la seguridad nacional, en su dimensión interna y externa. Resulta evidente que de producirse en el futuro una variación sustantiva de esta situación, debido a la verificación de nuevas circunstancias que hicieran desaparecer las razones que sirvieron de sustento para la declaración de necesidad pública de tal inversión extranjera en la zona de frontera, existiría pleno fundamento constitucional y legal para dejar sin efecto tal declaración y autorización. Y siendo que ésta fue otorgada por un decreto supremo, la vía idónea para hacerlo era la expedición de otro decreto supremo (el D.S. N° 032-2011-EM) que lo derogue, lo que

³² Véase Primer Informe de Eguiguren, párra. 56 [Anexo REX-001].

³³ Véase Primer Informe de Eguiguren, párra. 68 [Anexo REX-001].

precisamente se hizo. No resultaba aplicable recurrir a la revocación o declaración de nulidad, pues no se trataba de un acto administrativo sino de un decreto supremo.

66. En la parte considerativa del D.S. N° 032-2011-EM, que sirve de motivación para la expedición de dicha norma, se señaló expresamente lo siguiente:

“Que, se ha hecho de conocimiento circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto;

Que, es deber del Estado velar para que el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la ley y en las normas reglamentarias sobre la materia;

Que, en tal sentido, ante la existencia de estas nuevas circunstancias se hace necesario dictar el acto correspondiente;”

67. La invocación de estas *circunstancias* que hacían desaparecer las razones que motivaron la declaración de necesidad pública y la autorización de adquisición de las concesiones mineras en zona de frontera, por parte de BEAR CREEK, sin haber sido suficientemente explicitadas, podían involucrar tanto el surgimiento de graves y violentos conflictos sociales y protestas de la población local, en contra del desarrollo de actividades mineras en la zona por su impacto negativo en la preservación del medio ambiente, como que el Estado haya tomado conocimiento de irregularidades en el proceso de adquisición de las concesiones mineras por BEAR CREEK (existencia previa de una propiedad indirecta encubierta y de actos de simulación, por ejemplo).

68. La alegación del Dr. Bullard, invocando lo dispuesto en el artículo 202° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General respecto a que el plazo para la

declaración de nulidad de la necesidad pública ya había prescrito cuando se dictó el D.S. N° 032-2011-EM, tampoco resulta atendible.³⁴ Como ya hemos señalado reiteradamente, dicho decreto supremo no era un acto administrativo, por lo que no le resultan aplicables las disposiciones sobre nulidad o cualquier otro aspecto propio de tales actos.

E. LA SENTENCIA DEL JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL, QUE DECLARÓ FUNDADA LA ACCIÓN DE AMPARO INTERPUESTA POR BEAR CREEK, CARECE DE EFECTOS JURÍDICOS PUES NO ADQUIRIÓ LA CALIDAD DE COSA JUZGADA. SÓLO SE TRATA DE UNA RESOLUCIÓN, PROVENIENTE DE UNA INSTANCIA INFERIOR DEL PODER JUDICIAL, QUE NO QUEDÓ FIRME PUES, CUANDO SE ENCONTRABA EN APELACIÓN, LA DEMANDANTE, POR PROPIA DECISIÓN, SE DESISTIÓ DE DICHO PROCESO

69. Como señalé en mi primer informe, el 12 de mayo de 2014 BEAR CREEK obtuvo una sentencia favorable del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, respecto a la demanda de amparo presentada en contra de la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios de Energía y Minas y de Defensa. En dicha sentencia se declaró inaplicable a la Demandante el artículo 1° del Decreto Supremo No. 032-2011-EM, reconociendo los derechos mineros conferidos por el Decreto Supremo N° 083-200/-EM a la empresa y el ejercicio de los mismos. No obstante, es importante tener presente que dicha sentencia, dictada por la Primera Instancia del sistema judicial, careció de efectos jurídicos y no pasa de ser un mero hecho referencial, ya que nunca quedó firme al ser objeto de apelación por las entidades del Estado. Y cuando el proceso se encontraba en revisión ante la Segunda Instancia Judicial, la propia empresa determinó, por su decisión y entera responsabilidad, desistirse de la demanda y abandonar el proceso, optando por recurrir al arbitraje ante el

³⁴ Véase Segundo Informe de Bullard, párras. 100-104.

CIADI.³⁵ Con esta decisión, BEAR CREEK ocasionó que no existiera un pronunciamiento firme y definitivo ante la jurisdicción nacional.

70. A pesar de ello, en su memorial de respuesta nuevamente BEAR CREEK pretende sostener que dicha sentencia del Juzgado es prueba definitiva de la inconstitucionalidad del Decreto Supremo No. 032-2011-EM. Esta afirmación resulta falsa, porque no se trataba de una resolución de carácter firme, que haya adquirido calidad de cosa juzgada. Y es que como expuse en mi informe anterior, considero que el Estado tenía suficientes fundamentos jurídicos para que la instancia de revisión de la apelación pudiera fallar revocando tal sentencia a su favor. Ello debido a que la pretensión principal de la demanda de amparo era que no se aplique a la empresa BEAR CREEK el artículo 1° del Decreto Supremo 032-2011-EM, por considerarlo inconstitucional y violatorio de sus derechos. No obstante, la acreditación de esta situación no resultaba posible de verificar sin tener que recurrir a una actuación de pruebas, para acreditar o desvirtuar la existencia y magnitud de los hechos que justificaron la expedición del referido decreto supremo, tales como el agudo y violento conflicto social en la zona, por el rechazo de la población al desarrollo de la actividad minera, la naturaleza de las nuevas circunstancias hechas de conocimiento que hacían desaparecer las razones que motivaron la declaración de necesidad pública, etc.

71. Esta actuación y debate probatorio sobre la existencia y acreditación de hechos, no corresponde ni puede ser efectuada en un amparo, porque éste es un proceso que carece de etapa probatoria. En ese sentido, el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional señala que no será procedente el amparo cuando existan otras vías procesales que resulten igualmente

³⁵ Véase Memorial de la Demandante, párras. 85-86, 88.

satisfactorias para la protección del derecho.³⁶ En consecuencia, resulta muy factible que la sentencia judicial de la instancia superior hubiera podido analizar y merituar de mejor manera dicha situación procesal y declarar improcedente el amparo, disponiendo que correspondía necesariamente que la Demandante acudiera a la vía judicial que resulte idónea para este caso.

72. Por otro lado, no cabe duda de que la sentencia del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, por ser una resolución judicial de primera instancia frente a la cual se interpuso un recurso de apelación, nunca adquirió la calidad de cosa juzgada ni quedó firme, por lo que no constituyó una decisión final sobre el fondo del proceso³⁷. Por estas razones, lo dispuesto en dicha resolución judicial resulta un hecho meramente referencial, no siendo oponible ni exigible al Estado Peruano. La responsabilidad de ello corresponde enteramente a la empresa demandante, que decidió por su propia voluntad desistirse del proceso.

F. EL ESTADO PERUANO NO HA EXPROPIADO EL DERECHO DE PROPIEDAD DE BEAR CREEK RESPECTO DE LAS CONCESIONES MINERAS QUE ADQUIRIÓ, CUYA TITULARIDAD SIGUE OSTENTANDO Y EJERCIENDO EN LA ACTUALIDAD DICHA EMPRESA

73. En su informe de réplica, el Dr. Bullard ha introducido un nuevo planteamiento, que no fue alegado en su primer informe ni abordado por mí, tanto porque no fui consultado sobre el tema como porque no lo consideré pertinente. Es así que ahora se sostiene que el Estado Peruano ha realizado una expropiación ilegal del derecho de propiedad de BEAR CREEK sobre

³⁶ Código Procesal Constitucional, 1 de diciembre de 2004 (“Código Procesal Constitucional”), Art. 5. [Anexo R-106] “Causales de improcedencia: No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 5.2 Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.”

³⁷ Código Procesal Constitucional. Art. 6 [Anexo R-106] “Cosa Juzgada: En los procesos constitucionales sólo adquiere la calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”

las concesiones mineras que ha adquirido.³⁸ En este sentido, afirma que con la expedición del D.S. N° 032-2011-EM, que derogó el D.S. N° 083-2007-EM y dejó sin efecto la declaración de necesidad pública que autorizó a BEAR CREEK a adquirir siete concesiones mineras, se ha privado arbitrariamente a dicha empresa de su derecho de propiedad sobre las mismas, configurándose una expropiación ilegal por no haberse efectuado siguiendo lo estipulado en la Constitución. Es decir: ser aprobada por una ley y no por decreto supremo; pagar a la empresa afectada una indemnización justipreciada en efectivo como compensación por la privación de su propiedad.³⁹

74. Considero que esta afirmación del Dr. Bullard carece de sustento jurídico y fáctico, pues no es cierto que el Estado Peruano haya dictado alguna norma disponiendo la expropiación ni realizado actos administrativos dirigidos a la expropiación del derecho de propiedad de BEAR CREEK sobre las concesiones mineras de que es titular. Por lo demás, a la fecha BEAR CREEK sigue siendo propietaria y titular de tales concesiones, conforme permanece inscrito en el registro respectivo de minería.

75. La Constitución Peruana de 1993, en su artículo 70°, garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad y regula la expropiación como mecanismo constitucional previsto para la privación forzosa de la propiedad de un particular en favor del Estado, con la consiguiente obligación de otorgarle una indemnización compensatoria. Dicho precepto dispone:

“Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el interés común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de

³⁸ Véase Segundo Informe de Bullard, párra. 3 conclusiones c y d.

³⁹ Véase Segundo Informe de Bullard, conclusión e, f, g.

indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”⁴⁰

76. De dicha norma constitucional se desprende, con toda claridad, que para que la expropiación realice válidamente la privación forzosa de la propiedad de un particular en favor del Estado, deberá cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) la expropiación sólo procede por causa de seguridad nacional o necesidad pública;
- b) tal causa debe estar declarada por ley;
- c) el propietario privado afectado deberá recibir del Estado, en forma previa y en dinero efectivo, el pago de una indemnización justipreciada del valor del bien;
- d) la indemnización incluirá una compensación adicional por el eventual perjuicio causado;
- e) el propietario podrá demandar ante el Poder Judicial el cuestionamiento del monto de valorización del bien fijado por el Estado en el procedimiento administrativo de expropiación.

77. En similar dirección, el artículo 2° de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, define el concepto de expropiación como “... *la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.*”⁴¹

⁴⁰ Véase Constitución del Perú, Art. 70 [Anexo R-001].

⁴¹ Véase Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, [Publicada el 15 de mayo de 1999], Art. 2 [Anexo Bullard-061]

78. La primera objeción que cabe formular a la afirmación del Dr. Bullard, acerca de que BEAR CREEK ha sufrido una expropiación de su derecho de propiedad sobre las concesiones mineras de que es titular, que supuestamente se habría producido con la expedición el D.S. N° 032-2011-EM, es que en dicho decreto, en ninguna parte de su texto (sea en la parte considerativa o en los artículos del mismo) se hace referencia alguna a una pérdida de la propiedad de BEAR CREEK, y menos a una expropiación. Es más, esta norma no ha dispuesto ni producido ninguna transferencia forzosa de la propiedad de BEAR CREEK en favor del Estado ni ordenado el inicio de un procedimiento administrativo de expropiación.

79. Sólo si el referido decreto supremo hubiera dispuesto tal expropiación, lo que no ha hecho, efectivamente tal norma hubiera sido manifiestamente inconstitucional, pues la expropiación sólo hubiera podido ordenarse por una ley del Congreso, conforme indican expresamente la Constitución y la Ley General de Expropiación. Pero, como ya hemos indicado, lo que en realidad dispuso dicho decreto supremo fue derogar el D.S. N° 083-2007-EM y, con ello, la declaración de necesidad pública que autorizó a BEAR CREEK para poder realizar la adquisición de siete concesiones mineras específicas; sin que ello suponga ni pretenda producir la pérdida forzosa de la propiedad de dicha empresa y su transferencia al Estado.

80. Esta errada calificación sobre el contenido y los alcances supuestamente expropiatorios del D.S. N° 032-2011-EM, llevan al Dr. Bullard a arribar a otras aseveraciones y conclusiones igualmente inexactas o equivocadas, tales como: a) Que el Estado incumplió la Constitución y la Ley General de Expropiación, por “haber expropiado” a BEAR CREEK mediante un decreto supremo y no de una ley, a pesar que tal “expropiación” nunca fue dispuesta

ni se ha producido;⁴² b) Que el decreto supremo N° 032-2011-EM ha derogado o dejado sin vigencia normas específicas de rango legal contenidas en el Decreto Legislativo N° 757 y el TUO de la Ley General de Minería, normas en virtud de las cuales se habría expedido la autorización a BEAR CREEK otorgada por el D.S. N° 083-2007-EM;⁴³ y, c) Que se ha expropiado la propiedad de BEAR CREEK sin el pago previo de la indemnización establecida en el artículo 70° de la Constitución.⁴⁴

81. Pero como no ha existido la alegada expropiación, supuestamente verificada por medio del D.S. N° 032-2011-EM, ni se ha producido privación o transferencia forzosa de la propiedad de BEAR CREEK a favor del Estado, siendo que dicha empresa continúa ostentando la titularidad de las concesiones mineras, mal podría sostenerse ni exigirse que el Estado haya debido otorgar una indemnización justipreciada, previa y en dinero efectivo a dicha empresa, pues tampoco se ha iniciado contra ella procedimiento administrativo de expropiación alguno, ni se le ha despojado de la titularidad o propiedad que sigue ostentando de las referidas concesiones mineras.

82. Carece de sustento jurídico sostener que se ha producido una expropiación, cuando la empresa propietaria supuestamente afectada sigue conservando y ejerciendo la titularidad de su derecho de propiedad sobre las concesiones mineras adquiridas. Por esta misma razón, no corresponde el pago de ningún tipo de compensación económica, por concepto de expropiación, cuando tal expropiación nunca ha existido ni BEAR CREEK ha perdido la propiedad y titularidad sobre sus concesiones mineras.

⁴² Véase Segundo Informe de Bullard, párra. 3 conclusiones e y f.

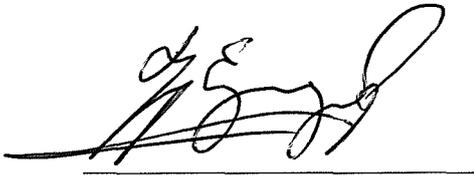
⁴³ Véase Segundo Informe de Bullard, párra. 3 conclusiones e y f.

⁴⁴ Véase Segundo Informe de Bullard, párra. 3 conclusión g.

83. Tampoco es cierto que el D.S. 032-2011-EM haya afectado ni, menos aún, derogado la vigencia de alguna norma del decreto legislativo N° 757, “Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada”, o del TUO de la Ley General de Minería. Tales normas, que son de rango legal y, por tanto se encuentran subordinadas a lo que dispone la Constitución, establecen el marco general de promoción de las inversiones privadas en la actividad económica y el régimen aplicable a la actividad minera, respectivamente. Sus preceptos en nada han sido modificadas o dejadas sin efecto por la emisión del referido decreto supremo, por lo que conservan su vigencia y contenido.

84. No debe olvidarse que el principal sustento para la expedición del D.S. N° 083-2007-EM, por medio del cual se declaró de necesidad pública aprobar la autorización para que BEAR CREEK pueda adquirir las concesiones mineras, tiene como fuente directa el mandato expreso contenido en el artículo 71° de la Constitución, que establece una restricción y un procedimiento especial aplicable exclusivamente para la adquisición de propiedad o derechos sobre minas y otros recursos naturales por parte de personas extranjeras, dentro de los 50 kilómetros de las zonas de frontera. Similar sustento constitucional directo encuentra la expedición del D.S. N° 032-2011-EM, que derogó el D.S. N° 083-2007-EM por considerar que habían desaparecido las causas o razones que sirvieron de base para declarar como necesidad pública que BEAR CREEK sea autorizada para realizar la adquisición de las concesiones mineras. Por lo tanto, ninguno de estos dos decretos supremos, dictados al amparo de un mandato y un régimen especial previstos en la propia Constitución, supuso la afectación o derogación del marco general previsto en las leyes para la promoción y crecimiento de la inversión privada (decreto legislativo N° 757) o el desarrollo de la actividad minera.

Esta Opinión se basa en mi experiencia profesional y certifico que su contenido está de acuerdo con mi leal saber y entender.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Eguiguren Praeli', written over a horizontal line.

Francisco José Eguiguren Praeli

Fecha: 31 de marzo de 2016