
INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES
ICSID

BEAR CREEK MINING CORPORATION
Demandante

contra

LA REPÚBLICA DEL PERÚ
Demandada

REPORTE DE EXPERTO

25 de mayo de 2016

TABLA DE CONTENIDO

I. RESUMEN DE CONCLUSIONES.....	3
II. EL DECRETO SUPREMO No. 083-2007-EM ES UN ACTO ADMINISTRATIVO... 4	
A. El Decreto Supremo No. 083-2007-EM produce efectos dentro de una situación concreta	5
B. El Decreto Supremo No. 083-2007-EM nace de un procedimiento administrativo recogido en el TUPA del MEM.....	13
C. La impugnabilidad en sede judicial	16
III. NO ESTAMOS ANTE UN CASO DE SIMULACIÓN ABSOLUTA, NI RELATIVA Y MENOS AÚN FRENTE A UN CASO DE FRAUDE A LA LEY.....	18
A. Respuesta a la posición del Estado: No existe Simulación Absoluta	19
B. Respuesta a Informes de los Dres. Eguiguren y Danos: No existe Simulación Relativa por Interpósita Persona	22
C. Respuesta a Informe del Dr. Danos: No existió Fraude a la Ley en los actos y negocios jurídicos celebrados	26
IV. EL ESTADO CONVALIDÓ LOS ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DE LA SRA. VILLAVICENCIO Y DE BEAR CREEK EMITIENDO EL DECRETO SUPREMO AUTORITATIVO	29
V. LA DEROGACIÓN DEL DECRETO SUPREMO AUTORITATIVO Y LA OBJECION DE JURISDICCION PLANTEADA REFLEJAN UNA CONDUCTA CONTRADICTORIA DEL ESTADO NO AVALADA POR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.....	32
VI. CONCLUSIONES	38

I. RESUMEN DE CONCLUSIONES

1. El presente informe se emite a solicitud de King & Spalding en su calidad de abogados representantes de BEAR CREEK Mining Corporation en el procedimiento arbitral seguido contra la República del Perú (en adelante, Estado Peruano). En particular este informe da respuesta los informes emitidos por el Dr. Francisco Eguiguren y el Dr. Jorge Danos en lo referido a: (i) la naturaleza de acto administrativo del Decreto Supremo No. 083-2007-EM; (ii) las imputaciones a BEAR CREEK y a la Sra. Villavicencio de haber incurrido en una pretendida “simulación” o “fraude a la ley”; y (iii) el cuestionamiento a que BEAR CREEK pueda ampararse en la Doctrina de los Actos Propios.
2. Los tres asuntos mencionados en el párrafo anterior se encuentran relacionados con la objeción a la jurisdicción del tribunal pues se basa entre otras consideraciones en que BEAR CREEK habría obtenido ilegalmente sus derechos mineros.
3. Sin embargo, como veremos a continuación, (i) los derechos mineros fueron válidamente adquiridos por BEAR CREEK dado que cumplió con los requisitos legalmente establecidos para obtener un acto administrativo favorable, sin haber incurrido en una pretendida “simulación” o “fraude a la ley”; y (ii) en el supuesto negado de la existencia de alguna irregularidad, ésta habría sido convalidada con la emisión del Decreto Supremo No. 083-2007-EM que, al ser un acto administrativo, fue el resultado de un procedimiento administrativo regular en el cual Estado Peruano verificó que no se afectaba la seguridad nacional.
4. El presente informe llega a las siguientes conclusiones:
 - a. El Decreto Supremo No. 083-2007-EM sí constituye un acto administrativo pues tiene efectos particulares y específicamente definidos y es consecuencia de un procedimiento administrativo

recogido en el TUPA del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM).

- b. No se ha acreditado que los actos y negocios jurídicos llevados a cabo por la Sra. Villavicencio y BEAR CREEK adolezcan de algún vicio de ilegalidad derivado de simulación, ni absoluta ni relativa, o que hayan sido realizados en fraude a la Constitución ni a la Ley.
- c. En todo caso, en el supuesto negado de la existencia de alguna irregularidad, ésta habría sido convalidada con la emisión del Decreto Supremo No. 083-2007-EM que, al ser un acto administrativo, fue el resultado de un procedimiento administrativo regular en el cual Estado Peruano verificó que no se afectaba la seguridad nacional.
- d. Tanto la derogación del Decreto Supremo No. 083-2007-EM como la objeción a la jurisdicción planteada por el Estado Peruano en el arbitraje reflejan una conducta contradictoria que no es avalada por la Doctrina de los Actos Propios, pues ha desconocido la confianza legítima creada en BEAR CREEK respecto a la validez, vigencia y legalidad de las titularidades mineras obtenidas legítimamente.

II. EL DECRETO SUPREMO No. 083-2007-EM ES UN ACTO ADMINISTRATIVO

- 5. La discusión de la naturaleza del Decreto Supremo No. 083-2007-EM resulta relevante para discutir la jurisdicción del tribunal, pues al determinar que éste constituye un acto administrativo queda claro que con su emisión Estado Peruano convalidó cualquier presunta irregularidad que pudo presentarse en la adquisición de los derechos mineros.

A. El Decreto Supremo No. 083-2007-EM produce efectos dentro de una situación concreta

6. Tanto el Dr. Danos como el Dr. Eguiguren han sostenido que el Decreto Supremo No. 083-2007-EM no constituiría un acto administrativo.
7. El Dr. Danos ha señalado que se trataría de un fenómeno de naturaleza *sui generis* pues ha sido aprobado a través de un instrumento normativo a pesar que tiene carácter específico o singular (dirigido a BEAR CREEK)¹. Agrega que el decreto supremo habría sido adoptado en ejercicio de la función de gobierno o política del Estado.
8. Sin embargo, el hecho que el instrumento utilizado para aprobar la decisión autoritativa haya sido un decreto supremo no descarta su naturaleza de acto administrativo, ni lo convierte en un “fenómeno *sui generis*”.
9. La Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) define los actos administrativos en función a su contenido y efectos; no en mérito al instrumento a través del cual se aprueba.
10. El artículo 1 de la LPAG² establece que constituyen actos administrativos las declaraciones de las entidades, en el marco de derecho público, destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
11. Considerando que el Decreto Supremo No. 083-2007-EM declaró de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras, a fin de que BEAR CREEK pueda adquirir y poseer concesiones y derechos sobre minas y recursos complementarios para el mejor desarrollo de sus actividades productivas, dentro de los cincuenta (50) kilómetros de la frontera sur del país, es claro que este pronunciamiento que produce efectos jurídicos sobre interese obligaciones y derechos de un administrado

¹ Ver DANOS, párrafos 48 y 49.

² Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444, Artículo 1. (**BULLARD 005**)

(BEAR CREEK) y por ello constituye un acto administrativo en los términos del artículo 1 de la LPAG.

12. El instrumento de aprobación de una decisión (sea un decreto supremo, una resolución ministerial o un auto directoral) resulta irrelevante. Por ejemplo, una resolución del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) puede constituir un acto administrativo cuando resuelve la impugnación de un particular contra un pronunciamiento que afecta directamente sus intereses³ o una norma de carácter general cuando aprueba un reglamento que regula cierta actividad⁴. El acto administrativo se define por su contenido y no por el medio mediante el cual se expresa.
13. Un decreto supremo puede constituir un acto administrativo al otorgar una autorización a un particular (como es el caso del Decreto Supremo No. 083-2007-EM que autoriza a BEAR CREEK a adquirir derechos mineros) o también una norma de aplicación general cuando aprueba un reglamento (como, por ejemplo, es el caso del Decreto Supremo No. 014-92-EM, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería).
14. En su informe, el Dr. Danos sostiene que el Decreto Supremo No. 083-2007-EM pertenecería a la categoría de leyes singulares (reglamentos especiales), pues *“pese a no tener un contenido general y abstracto, no pierden su condición de leyes”*. Para sustentar su punto, cita la tesis *“Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Estado*

³ Ver, por ejemplo, la Resolución de Consejo Directivo No. 277-2015-OS/CD del 16 de noviembre de 2015 (**BULLARD 070**), mediante la cual se resolvió el recurso de apelación planteado por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente - Electro Oriente S.A. contra la Resolución Osinergmin No. 111-2015-OS/GAR (**BULLARD 071**) mediante la cual se aprobaron los costos administrativos y operativos vinculados con el Programa FISE de las Distribuidoras Eléctricas, correspondientes al mes de junio de 2015. En este pronunciamiento (Resolución No. 277-2015-OS/CD) el Consejo Directivo de OSINERGMIN señaló expresamente que se trataba de un acto administrativo:

“Que, contra la Resolución 111, el 01 de octubre de 2015, la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente - Electro Oriente S.A. (en adelante “Electro Oriente”) interpuso recurso de apelación; siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho medio de impugnación.”

⁴ Ver, por ejemplo, la Resolución de Consejo Directivo No191-2011-OS/CD del 18 de octubre de 2011, mediante la cual se aprobó el Reglamento del Registro de Hidrocarburos y otros procedimientos. (**BULLARD 072**)

Peruano: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias” elaborada por el reconocido jurista, experto en la materia Juan Carlos Morón⁵ y socio del Dr. Danos en el mismo estudio de abogados.

15. Sin embargo, la tesis de Juan Carlos Morón no señala que los reglamentos especiales sean normas sin un contenido general y abstracto, sino que la generalidad y abstracción ya no son el criterio principal para distinguirlos de los actos administrativos. Agrega que deberá prestarse especial atención al carácter ordinamental de los reglamentos, esto es, su vocación de permanencia al estar *“destinado a ser aplicado/repetido continuamente en las futuras situaciones jurídicas previstas en su supuesto de hecho, hasta su derogación”*.⁶

16. En el presente caso, el Decreto Supremo No. 083-2007-EM carece de este carácter ordinamental pues resuelve:
 - (i) *“Declarar de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras, a fin de que BEAR CREEK MINING COMPANY SUCURSAL DEL PERU, pueda adquirir y poseer concesiones y derechos sobre minas y recursos complementarios para el mejor desarrollo de sus actividades productivas, dentro de los cincuenta (50) kilómetros de la frontera sur del país, en los lugares donde se ubican los derechos mineros que se detalla en el artículo 2 del presente decreto supremo.”*

 - (ii) *“Autorizar a BEAR CREEK MINING COMPANY SUCURSAL DEL PERU, a adquirir siete (7) derechos mineros, ubicados en el departamento de Puno, en la zona de frontera con Bolivia, detallados a continuación: (...)”*

⁵ Ver DANOS, párrafos 52 y 53.

⁶ Ver DANOS, Anexo (R-354), página 75.

- (iii) *“La autoridad minera otorgará las autorizaciones para las actividades mineras en los derechos mineros a que se refiere el artículo segundo, en favor de empresa BEAR CREEK MINING COMPANY SUCURSAL DEL PERU, previo cumplimiento de las disposiciones y requisitos legales aplicables y con estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado Peruano.”*

- (iv) *“La transferencia de la posesión o propiedad de los bienes a que se refiere el presente decreto supremo a otros inversionistas extranjeros que no cuenten con la correspondiente autorización dará lugar a la pérdida del derecho adquirido, en beneficio del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Constitución Política del Estado Peruano.”*

17. Es claro que el Decreto Supremo No. 083-2007-EM no está destinado a ser aplicado a otros administrados, otras áreas geográficas u otros pedidos. De hecho, el último punto (artículo 4) señala expresamente que la posesión o propiedad autorizada a BEAR CREEK mediante el decreto supremo no podrá ser transferida (aplicada/repetida) a otros inversionistas extranjeros automáticamente (carácter ordinamental).

18. Por el contrario, un nuevo administrado distinto a BEAR CREEK deberá tramitar una nueva autorización (declaratoria de necesidad pública) si desea ser propietario o poseedor de los derechos mineros ubicados dentro de los cincuenta (50) kilómetros de la frontera sur del país a las que se refiere este decreto: Karina 9A, Karina 1, Karina 2, Karina 3, Karina 5, Karina 6 y Karina 7. Entendemos que ello se debe a que el Decreto Supremo No. 083-2007-EM fue emitido teniendo en cuenta las particularidades del proyecto de BEAR CREEK⁷.

⁷ Debe recordarse que de acuerdo con lo establecido en el Anexo III Decreto Supremo No. 162-92-EF, recogido en el Procedimiento 53 del TUPA del MEM, para obtener una declaración de necesidad pública los solicitantes deberán informar, entre otros: (i) los tipos de bienes de adquisición; (ii) derechos que se adquiere sobre los bienes; (iii) monto total de la nueva inversión; (iv) Destino de la inversión; (v) Sector económico; (vi) descripción del proyecto; (vii) empresa receptora de la inversión; y, (ix) plazo para realizar la inversión.

19. En la nota al pie 86 de la Tesis de Juan Carlos Morón –no citada por el Dr. Danos– señala expresamente que la naturaleza de un pronunciamiento es independiente del tipo de disposición por la cual se aprueba, siendo que un decreto supremo también puede contener actos administrativos:

“Es importante diferenciar entre reglamento, como fenómeno jurídico per se, y la denominación de los tipos de disposiciones por medio de las cuales puedan aprobarse, pues corresponden a la idea de contenido y continente, recíprocamente. Por ejemplo, si bien el Decreto Supremo es la forma jurídica común por la cual se aprueban los reglamentos, también existen Decretos Supremos que contienen actos administrativos (Ej. Declaración de emergencia, aprobación de un TUPA), y, por otro lado, existen reglamentos que pueden ser aprobados por Resolución Ministerial o Directorales.”⁸ (el subrayado es agregado)

20. En los párrafos siguientes –tampoco citados por el Dr. Danos– Juan Carlos Morón señala que no constituyen reglamentos o normas administrativas – y por tanto es improcedente una demanda de acción popular⁹ en su contra– los decretos supremos que contengan declaraciones tales como el otorgamiento de garantías para los inversionistas¹⁰. Asimismo, lista ejemplos de actos administrativos particulares contenidos bajo la forma de Decreto Supremo –contra los cuales tampoco procedería la acción

Teniendo a la vista esa información, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas deberá analizar si existe un riesgo para la defensa nacional y la Presidencia de Consejo de Ministros deberá resolver el pedido en mérito a la opinión vertida. **(BULLARD 023)**

⁸ Ver DANOS, Anexo (R-354), página 78.

⁹ Una acción popular es un proceso en el cual, en principio, se cuestionan reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general que infringen la Constitución y las leyes. Artículo 200, Constitución peruana de 1993. **(BULLARD 003)**

¹⁰ MORÓN cita como ejemplo el Decreto Supremo No. 124-2005-EF que otorgó garantías al concesionario del contrato de concesión vial del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur y contra el propio Contrato de Concesión. **(BULLARD 073)**

popular–, tales como: (i) la disposición en venta directa de un predio estatal¹¹; y, (ii) la cancelación de funcionamiento de empresas¹².

21. Igualmente, resulta relevante señalar que la Tesis de Juan Carlos Morón cita un artículo de investigación elaborado por el propio Dr. Danos en el que desarrolla –con más detalle que en su informe– los criterios de diferenciación entre un reglamento y un acto administrativo clasificándolos en 3 tipos: (i) criterio de abstracción o generalidad en sentido subjetivo u objetivo; (ii) criterio ordinal; y, (iii) criterio de la consunción¹³.
22. En cuanto al primer criterio, el Dr. Danos indica que, aunque no es definitivo, **“los reglamentos suelen utilizar un lenguaje impersonal, general y abstracto de situaciones concretas existentes. En cambio los actos administrativos se dirigen o tienen como objetivo un destinatario concreto, se refieren a una situación jurídica existente e individualizada o a una materia determinada”**.¹⁴
23. En lo referido al criterio ordinal, señala que **“será reglamento toda actuación administrativa que se incorpore al ordenamiento jurídico cuyos preceptos trasciendan, en ese sentido, a un supuesto determinado; en cambio, aquella actuación administrativa que viene a concretar lo establecido anteriormente por una norma jurídica, será un acto administrativo.”**¹⁵
24. Finalmente, en relación con el criterio de la consunción sostiene que **“el acto administrativo sea singular o general el círculo de sus destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en este; por dicha razón, para un nuevo cumplimiento requiere que se**

¹¹ Se cita como ejemplo el Decreto Supremo No. 080-2006-EF, mediante el cual se dispuso la transferencia a título de venta directa de un predio del distrito del Rímac a favor de Federación de Empresarios y Comerciantes de Insumos para la industria del calzado. (BULLARD 074)

¹² Se cita como ejemplo el Decreto Supremo No. 016-2003-ED que cancela funcionamiento de Instituto Pedagógico Privado de Lingüística Ciencia Aplicadas – IPELICA-. (BULLARD 075)

¹³ DANOS, Jorge. *El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. En Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. P. 173-174 (BULLARD 076)

¹⁴ *Ibid.* P. 173

¹⁵ *Ibid.* P. 174

dicte un nuevo acto administrativo. En cambio, el reglamento en su calidad de dispositivo legal que forma parte del ordenamiento jurídico no se consume en su cumplimiento singular, porque es susceptible de infinidad de cumplimientos, debido a que como fuente del derecho sigue ordenando la vida social.¹⁶

25. El Decreto Supremo No. 083-2007-EM: (i) tiene un destinatario concreto (BEAR CREEK) y se refiere a una situación jurídica existente (la declaración de necesidad pública del proyecto y la adquisición de siete derechos mineros); (ii) concreta lo ya establecido por una norma jurídica (el artículo 71 de la Constitución Política del Perú); y, (iii) no es susceptible de infinidad de cumplimientos pues dicha declaratoria solo es aplicable a BEAR CREEK en relación a los 7 derechos mineros señalados en el artículo 2. En conclusión, el Decreto Supremo No. 083-2007-EM es un acto administrativo en aplicación de los criterios desarrollados por el propio Dr. Danos en el artículo referido.
26. Adicionalmente, para cuestionar la naturaleza de acto administrativo del Decreto Supremo No. 083-2007-EM, el Dr. Danos cita ejemplos de decretos supremos que, a su criterio, tendrían un contenido específico y concreto y sin embargo no constituirían actos administrativos. Así, menciona los decretos supremos que establecen áreas naturales protegidas y aquéllos que aprueban normas de organización y funcionamiento interno¹⁷.
27. No obstante, un decreto supremo que aprueba la organización de una entidad no constituye acto administrativo no por el instrumento empleado, sino porque dicho pronunciamiento tiene efectos sobre los funcionarios de la entidad más no sobre los administrados. Es justamente por ello que el artículo 1 de la LPAG ha negado expresamente la naturaleza de acto administrativo de este tipo de pronunciamientos de la Administración.¹⁸

¹⁶ *Ibíd*em

¹⁷ Ver DANOS, párrafos 50 y 51.

¹⁸ Respecto del concepto de acto administrativo, la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 señala lo siguiente:

En lo referido a los decretos supremos que establecen áreas naturales, éstos no constituyen actos administrativos (al menos de efectos particulares) pues no establecen obligaciones o derechos para un administrado (o grupo de administrados) dentro de una situación concreta, como sí lo hace el Decreto Supremo No. 083-2007-EM. Por el contrario, este tipo de decretos supremos tienen efectos generales que trascienden a una situación en concreto. En efecto, con la creación de un área natural protegida, el universo de administrados (no solo un grupo determinado) tendrá que sujetarse a un régimen especial para, por ejemplo, aprovechar los recursos naturales ubicados en dicho área¹⁹, o, desarrollar actividades turísticas y recreativas en la misma²⁰.

28. Finalmente, en su informe el Dr. Danos concluye que el Decreto Supremo No. 083-2007-EM sería un acto de gobierno emitido por el Consejo de Ministros en ejercicio de la función de gobierno o política²¹. Al margen que en el reporte no se explica por qué se ejercería este tipo de función, resulta relevante traer a colación lo señalado por el Dr. Danos en su artículo “El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano” en el que sostiene que cualquier órgano de la Administración Pública puede emitir actos administrativos sin importar su identidad: **“la potestad de dictar actos administrativos es una cualidad general de prácticamente toda instancia u órgano de la administración pública, porque constituye su modo normal de expresarse.”**²²

“Artículo 1. - Concepto de acto administrativo
(...) 1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.
1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.” (BULLARD 005)

¹⁹ De acuerdo con el artículo 27 de la Ley No. 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, “El aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área.” (BULLARD 077)

²⁰ De acuerdo con el artículo 30 de la Ley No. 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, “El desarrollo de actividades turísticas y recreativas deberá realizarse sobre la base de los correspondientes planes y reglamentos de uso turístico y recreativo, así como del Plan Maestro del Área Natural Protegida de administración nacional. (...)” (BULLARD 077)

²¹ Ver DANOS, párrafo 56.

²² DANOS, Jorge. *El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. En Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. P. 175 (BULLARD 076).

29. Por ello, el hecho que el Decreto Supremo Autoritativo sea emitido por el Consejo de Ministros no significa que dicho pronunciamiento sea el ejercicio de una función de gobierno o política. Esto es más evidente si se tiene en consideración que el mencionado decreto supremo es la consecuencia de un procedimiento administrativo, como se verá a continuación.

B. El Decreto Supremo No. 083-2007-EM nace de un procedimiento administrativo recogido en el TUPA del MEM

30. En adición a lo señalado en el punto anterior, en el presente caso estamos frente a un acto administrativo en tanto éste ha sido emitido en el marco de un procedimiento administrativo compilado y reglado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MEM.

31. De acuerdo con el artículo 37 de la LPAG²³ y el artículo 4 del Decreto Supremo 079-2007-PCM, que aprueba lineamientos para la elaboración y

²³ Sobre este punto, la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 señala lo siguiente:
"Artículo 37.- Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos
Todas las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación, según el caso, de su Texto Único de Procedimientos Administrativos, el cual comprende:

1. Todos los procedimientos de iniciativa de parte requeridos por los administrados para satisfacer sus intereses o derechos mediante el pronunciamiento de cualquier órgano de la entidad, siempre que esa exigencia cuente con respaldo legal, el cual deberá consignarse expresamente en el TUPA con indicación de la fecha de publicación en el Diario Oficial.

2. La descripción clara y taxativa de todos los requisitos exigidos para la realización completa de cada procedimiento.

3. La calificación de cada procedimiento según corresponda entre procedimientos de evaluación previa o de aprobación automática.

4. En el caso de procedimientos de evaluación previa si el silencio administrativo aplicable es negativo o positivo.

5. Los supuestos en que procede el pago de derechos de tramitación, con indicación de su monto y forma de pago. El monto de los derechos se expresará con relación a la UIT, publicándose en las entidades en moneda de curso legal.

6. Las vías de recepción adecuadas para acceder a los procedimientos contenidos en los TUPA, de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 116 y siguientes de la presente Ley.

7. La autoridad competente para resolver en cada instancia del procedimiento y los recursos a interponerse para acceder a ellas.

8. Los formularios que sean empleados durante la tramitación del respectivo procedimiento administrativo. El TUPA también incluirá la relación de aquellos servicios prestados en exclusividad por las entidades, cuando el administrado no tiene posibilidad de obtenerlos acudiendo a otro lugar o dependencia. Se precisará con respecto a ellos lo previsto en los incisos 2, 5, 6, 7 y 8, anteriores, en lo que fuera aplicable. Los requisitos y condiciones para la prestación de los servicios por las entidades serán fijados por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

Para aquellos servicios que no sean prestados en exclusividad, las entidades a través de Resolución del Titular del Pliego establecerán los requisitos y costos correspondientes a los mismos, los cuales deberán ser debidamente difundidos para que sean de público conocimiento." (BULLARD 005)

aprobación de TUPA, los TUPAS compilan, entre otros, los procedimientos administrativos que se llevan a cabo ante una determinada entidad²⁴. Asimismo, según el artículo 29 de la LPAG, los procedimientos administrativos conducen a la emisión de un *“acto administrativo que produce efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”*.²⁵

32. La incorporación de este procedimiento en el TUPA del MEM descarta el carácter ampliamente discrecional que pretenden atribuir el Dr. Danos²⁶ y el Dr. Eguiguren²⁷ al Decreto Supremo No. 083-2007-EM.
33. A diferencia de lo señalado por el Dr. Eguiguren, la inclusión del procedimiento de autorización para adquirir propiedad por extranjeros en zona de frontera en el TUPA del MEM no significa únicamente la existencia de una guía de trámites de cara a los administrados, sino que implica la imposición de parámetros objetivos de cara a la Administración, tales como: (i) el listado de requisitos que debe exigir a los administrados para tramitar su solicitud; (ii) el plazo en el que debe resolver el pedido; (iii) la identidad de las autoridades que deben absolver la solicitud, entre otros. Esto, en aplicación del artículo 37 de la LPAG.
34. Asimismo, discrepo con lo señalado por el Dr. Danos respecto del presunto carácter discrecional del decreto supremo en la medida que la Constitución no habría señalado los motivos por los que se puede denegar la autorización. Al respecto es relevante precisar que si bien la Constitución

²⁴ Al respecto, el Decreto Supremo No. 079-2007-PCM, que aprueba lineamientos para la elaboración y aprobación de TUPA señala lo siguiente:

“Artículo 4.- Definiciones.-

(...)

Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA: Documento de gestión institucional creado para brindar a los administrados o ciudadanos en general la información sobre todos los procedimientos administrativos que se tramitan ante las entidades.” (BULLARD 078)

²⁵ Sobre este punto, la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 señala la siguiente definición de procedimiento administrativo:

“Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.” (BULLARD 005)

²⁶ Ver DANOS, párrafos 62-69, 75, 76 y 78.

²⁷ Ver EGUIGUREN 2, párrafos 24, 25, 28-30, 32 y 33.

no lo hace de manera expresa, el Decreto Supremo No. 162-92-EF sí lo hace.

35. En efecto, de acuerdo con el artículo 32 del Decreto Supremo No. 162-92-EF, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas solamente podrá restringir la declaración de necesidad pública por razones de seguridad nacional²⁸. Asimismo, según el artículo 33, la evaluación de una presunta amenaza a la defensa externa deberá ser efectuada sobre la base de la documentación listada en el Anexo III de la norma, la misma que también se encuentra compilada en el TUPA del MEM²⁹.
36. Considero pertinente precisar que, contrariamente a lo alegado por el Dr. Eguiguren y Dr. Danos, ninguno de mis informes previos ha sostenido que la declaración de necesidad pública se genera de manera automática con la presentación de la documentación listada en el TUPA del MEM. El carácter automático es una tergiversación de lo que he señalado. Solo he sostenido que si bien existe una presunción a favor de tal declaración –en mérito a lo establecido por el artículo 13 del Decreto Legislativo 757 y el numeral V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM³⁰– la solicitud

²⁸ Al respecto, el Decreto Supremo No. 162-92-EF señala lo siguiente:

“Artículo 32.- De conformidad con lo prescrito en el artículo 126 de la Constitución de 1979 y el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 757, para el ejercicio de los derechos de propiedad o posesión de minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía por inversionistas extranjeros, ya sea directa o indirectamente, en las áreas comprendidas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras del país, se requerirá obtener previamente la correspondiente autorización, la misma que se otorgará por resolución suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector correspondiente. Dicha autorización deberá contar con la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, por las consideraciones que se establecen en los siguientes párrafos.

En la Resolución Suprema a que se refiere el párrafo anterior se establecerán las condiciones o limitaciones para el ejercicio de los derechos de propiedad o posesión correspondientes, los mismos que solamente podrán ser restringidos por razones de seguridad nacional.

Se entiende por razones de seguridad nacional las requeridas para garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, así como el orden interno, conforme a lo prescrito en el artículo 275 de la Constitución de 1979.” (BULLARD 023)

²⁹ Al respecto, el Decreto Supremo No. 162-92-EF señala lo siguiente:

“Artículo 33.- Para efectos de obtener la autorización previa a que se refiere el artículo anterior, los inversionistas extranjeros o las empresas en que éstos participen deberán presentar una solicitud al Ministerio del sector correspondiente a la actividad económica que deseen desarrollar. Dicha solicitud deberá contener la información que se indica en el Anexo III del presente Decreto Supremo, que forma parte integrante del mismo.” (BULLARD 023)

³⁰ Por un lado el numeral V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM, que establece que la industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en la actividad minera es de interés nacional (**BULLARD 031**); y, de otro lado, el artículo 13 del D. Leg. 757, y sus normas reglamentarias, que declara de necesidad nacional

debe ser evaluada en función a la defensa externa del país y requiere de un pronunciamiento para surtir efectos.

C. La impugnabilidad en sede judicial

37. En sus informes, el Dr. Eguiguren³¹ y el Dr. Danos³² niegan la naturaleza administrativa del Decreto Supremo No. 083-2007-EM señalando que éste no sería susceptible al control judicial. Sin embargo, ello no es cierto pues el Decreto Supremo No. 032-2011-EM, que derogó el Decreto Supremo No. 083-2007-EM, sí fue cuestionado en la vía judicial a través de un proceso de amparo. Si se tratase de un acto abiertamente político y discrecional, como alegan los Dres. Danos y Eguiguren, el cuestionamiento de BEAR CREEK no hubiese procedido. No obstante, no solo fue admitido a trámite, sino que fue amparado en primera instancia.
38. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente señalar que de acuerdo con lo señalado por Víctor Baca Oneto –citado por el Dr. Danos en su informe³³– incluso los actos de dirección política son susceptibles de ser impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa:

“Por su parte, los demás actos de dirección política a cargo del Gobierno que generen efectos jurídicos, vulnerando derechos subjetivos e intereses legítimos, serán impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que podrá controlar sus elementos reglados. Frente a la posición de quienes defendían la inadmisibilidad del recurso contra los actos considerados «de gobierno», al negar su naturaleza administrativa, la jurisprudencia – y también la mayoría de la doctrina – ha acabado por reconocer la posibilidad de controlar judicialmente dichos

la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en zonas de frontera del país. (BULLARD 004).

³¹ Ver EGUIGUREN 2, párrafo 25.

³² Ver DANOS, párrafo 136.

³³ Ver DANOS, pie de página 31.

actos, al igual que los actos administrativos discrecionales. El reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva lo exige.”³⁴

39. También es importante tener en cuenta que existen pronunciamientos de la Administración Pública que calzan en el concepto de acto administrativo, pero que formalmente no son impugnables³⁵. Un ejemplo de ello son las resoluciones que resuelven los reclamos en queja, que en aplicación del artículo 158.3 de la LPAG son irrecurribles³⁶.
40. De allí que la impugnación o no de un decreto supremo en la vía judicial no afecta en absoluto su naturaleza de acto administrativo o reglamento, según sea el caso.
41. Por todo lo expuesto, queda claro que el Decreto Supremo No. 083-2007-EM sí constituye un acto administrativo.

³⁴ BACA, Víctor. 2012. “Los actos de Gobierno en el Derecho peruano”. *Revista Ita Ius Esto*. P. 142 **(BULLARD 079)**

³⁵ Sin perjuicio de ello, considero que si dicho acto administrativo afecta el debido procedimiento sí debería ser susceptible de cuestionamiento en la vía judicial.

³⁶ Sobre el particular, la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444, señala lo siguiente:

“Artículo 158.- Queja por defectos de tramitación

158.1 En cualquier momento, los administrados pueden formular queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva.

158.2 La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.

158.3 En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya presentado queja, y la resolución será irrecurrible.

158.4 La autoridad que conoce de la queja puede disponer motivadamente que otro funcionario de similar jerarquía al quejado, asuma el conocimiento del asunto.

*158.5 En caso de declararse fundada la queja, se dictarán las medidas correctivas pertinentes respecto del procedimiento, y en la misma resolución se dispondrá el inicio de las actuaciones necesarias para sancionar al responsable.” **(BULLARD 005)***

III. NO ESTAMOS ANTE UN CASO DE SIMULACIÓN ABSOLUTA, NI RELATIVA Y MENOS AÚN FRENTE A UN CASO DE FRAUDE A LA LEY

42. Como veremos a continuación, los derechos mineros fueron válidamente adquiridos pues BEAR CREEK cumplió con los requisitos legalmente establecidos, sin haber incurrido en una pretendida “simulación” o “fraude a la ley”.
43. En los Informes de los Dres. Danos y Eguiguren se imputa a BEAR CREEK y a la Sra. Villavicencio haber incurrido en una pretendida “simulación” o “fraude a la ley”, pero no se ha definido claramente cuál es la base legal para sustentar dicha imputación.
44. Es llamativo que ninguno de los informes ni los memoriales del Estado Peruano hayan explicado con claridad la tipicidad del vicio que reclaman, los requisitos legales para que el vicio se produzca ni como los hechos presentados encajan en tales requisitos.
45. Debido a esta falta de definición, asumiremos que la posición del Estado Peruano es aquella planteada por el MEM en el proceso civil de ineficacia por simulación absoluta³⁷. En éste, el Estado Peruano ha señalado que, conforme a los artículos 190 y 193 del Código Civil, BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio han orquestado una simulación absoluta a fin de engañar al Estado. Sostienen que BEAR CREEK fue siempre la titular de los derechos mineros, no existiendo ni Contratos de Opción ni transferencia de derechos mineros efectivamente celebrados o realizados.

³⁷ “Escrito de Demanda de Ineficacia de Acto Jurídico simulación absoluta” presentado por el Procurador Público del MEM y correspondiente al Expediente 13458-2011. **(BULLARD 080)**

A. Respuesta a la posición del Estado: No existe Simulación Absoluta

“Artículo 190.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.”³⁸

46. El Estado Peruano alega que estamos ante una simulación absoluta. Sostiene que si bien la Sra. Villavicencio solicitó los petitorios mineros como persona natural, esto fue una mera apariencia, ya que ella nunca se desprendió de su condición de apoderada y empleada de BEAR CREEK. Por ende, fue BEAR CREEK quien solicitó los petitorios mineros (a través de la Sra. Villavicencio) y, consiguientemente, nunca se celebró realmente ningún Contrato de Opción y BEAR CREEK nunca ejerció realmente un derecho de opción de compra. En síntesis, nunca existió un acto jurídico real dado que éstos fueron únicamente actos aparentes³⁹.
47. No estamos ante un supuesto de simulación absoluta. Siguiendo a Alfredo Soria⁴⁰ y a Guillermo Lohmann⁴¹, explicaré que el Estado Peruano no ha

³⁸ Código Civil, artículo 190. (**BULLARD 088**)

³⁹ “Escrito de Demanda de Ineficacia de Acto Jurídico simulación absoluta” presentado por el Procurador Público del MEM y correspondiente al Expediente 13458-2011. Ver por ejemplo, párrafos 12, 13, 17, 19, 23, 26. (**BULLARD 080**)

⁴⁰ SORIA, Alfredo. “El Negocio Jurídico Simulado” (Capítulo Séptimo). En *El Negocio Jurídico*. Editorial M.J. Bustamante de la Fuente. Lima: Diciembre 2014. Pp. 293-294, quien señala que los “3. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA SIMULACIÓN Existen tres elementos esenciales para que se configure un negocio jurídico simulado: i) Creación de un negocio aparente, ii) Acuerdo simulatorio, iii) Propósito de engañar.” Específicamente respecto a la simulación absoluta, señala que “(...) Como todo negocio jurídico simulado, la apariencia ha sido creada voluntariamente por los contratantes a través del acuerdo simulatorio que precisamente revela que, en la realidad, no se celebró negocio jurídico alguno. Es decir, a través de la simulación absoluta solamente se crea una apariencia jurídica sin que exista un negocio jurídico eficaz y realmente realizado por las partes contratantes.” (**BULLARD 081**)

⁴¹ LOHMANN, Guillermo. *El negocio jurídico*, Editorial Grijley, 2da edición, Lima, 1994, P.364-368, quien señala que las “**CARACTERÍSTICAS DE LA SIMULACIÓN**. Son notas características de la simulación, las siguientes: A) El propósito de provocar, bien inocuamente, bien en perjuicio de la ley o de terceros ajenos al negocio, una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado. (...) B) La divergencia entre lo querido y lo que se declara debe ser consciente. Es decir a sabiendas de la existencia de dos realidades diferentes, ambas conocidas: la verdadera y la falsamente querida, una de las cuales está preordenada a no tener eficacia jurídicamente reconocida¹². (...) C) Convenio o acuerdo de simulación.(...) Este acuerdo es la inteligencia entre los partícipes de la simulación(...) para crear la apariencia, para crear una estructura negocial válida, pero vacía (total o parcialmente, en más o menos de lo declarado) de voluntad de resultado, porque la autorreglamentación de intereses manifestados de la figura negocial no coincide con los intereses – todos o parte de ellos – finalmente apetecidos.” (**BULLARD 082**)

Específicamente respecto a la simulación absoluta, LOHMANN, Guillermo. *El negocio jurídico*. Editorial Grijley, 2da edición, Lima, 1994, P.371, señala que “La **simulación absoluta** consiste en la declaración de una voluntad cuyo contenido no se quiere, ni tampoco los efectos jurídicos que se derivan típicamente del mismo. El negocio absolutamente simulado es una mera apariencia de la voluntad de contenido expresada por los declarantes quienes, en verdad, no han querido ni ese ni ningún otro negocio jurídico²⁹. Lo que meramente han querido ha sido ocultar la realidad precedente, sin modificarla.” (**BULLARD 082**)

acreditado que se cumplan los requisitos para aplicar dicha figura al presente caso.

48. El primer requisito es que las partes deben tener la voluntad de crear un negocio aparente. Sin embargo, no se ha verificado ni un solo acto o negocio jurídico entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio, cuyos efectos jurídicos típicos no hayan sido deseados por éstos. Por el contrario, todos los actos y negocios jurídicos llevados a cabo por la Sra. Villavicencio a título personal (petitorios mineros), y entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio (Contratos de Opción) son genuinas declaraciones de voluntad que despliegan los efectos jurídicos típicos y claramente deseados por las partes.

49. Como señala BEAR CREEK en su escrito de contestación a la demanda presentado en el proceso civil iniciado por el MEM, BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio arribaron a un “Acuerdo de Negocios” que suponía que la Sra. Villavicencio realizaría dos grupos de petitorios de derechos mineros a título personal. La Sra. Villavicencio realizó todos los trámites registrales que formalizaron e hicieron oponibles y protegibles dichos derechos frente a terceros⁴².

50. La Sra. Villavicencio concedió a BEAR CREEK una opción a plazo para adquirir dichos derechos mineros, condicionando dicha adquisición a la previa emisión del Decreto Supremo Autoritativo establecido en el artículo 71 de la Constitución. BEAR CREEK acordó asumir todos los gastos resultantes. En caso no se ejerciera dicha opción dentro del plazo pactado, la Sra. Villavicencio estaría legalmente habilitada a disponer libremente de dichos derechos mineros. Este Acuerdo de Negocios fue reflejado y concretado en los dos Contratos de Opción celebrados entre la Sra. Villavicencio y BEAR CREEK.

⁴² “Escrito de Contestación de Demanda” presentado por BEAR CREEK correspondiente al Expediente 13458-11. Ver por ejemplo, página 6 del Escrito – “L4. ACUERDO DE NEGOCIOS CON DOÑA JENNY KARINA VILLAVICENCIO GARDINI”. **(BULLARD 083)**

51. Queda descartado así todo indicio de simulación absoluta. En noviembre de 2007, BEAR CREEK obtuvo el Decreto Supremo Autoritativo y, luego de ello, ejerció regularmente y conforme a ley, sus opciones de compra derivadas de los Contratos de Opción. BEAR CREEK adquirió así válida y regularmente los derechos mineros allí identificados. Su legítimo interés fue protegido por una estructura negocial diseñada para tal fin. De no haberse obtenido la autorización del Estado Peruano, la Sra Villavicencio hubiera podido disponer libremente de las concesiones o quedarse incluso con ellas.
52. Conforme a lo establecido en el artículo 1361⁴³ del Código Civil “(...) *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.*” No se ha identificado ningún contradocumento, declaración o prueba que demuestre que la intención de las partes fue una distinta a la de ejecutar el acto que finalmente se ejecutó.
53. El segundo requisito que debe estar presente para que haya simulación absoluta es un acuerdo simulatorio entre las partes involucradas. Sin embargo, BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio siempre fueron transparentes respecto de los efectos jurídicos que quisieron lograr ante el Estado Peruano (como tercero vinculado a dichos actos y negocios jurídicos) a través de sus actos y negocios jurídicos, lo cual demuestra que tal “acuerdo simulatorio” nunca existió. No se discute (y era transparentemente claro y conocido) que existía un interés de BEAR CREEK en obtener las concesiones. De suyo, es un hecho, que en todo contrato de opción, hay un interés de quien tiene la opción de adquirir el bien objeto de la misma. La existencia de dicho interés no solo no significa la existencia de un acto simulado, sino que confirma la naturaleza de un contrato de opción.

⁴³ Código Civil, artículo 1361. **(BULLARD 088)**

54. El único acuerdo existente entre ambos es aquel reflejado en los Contratos de Opción y que concretó el Acuerdo de Negocios entre ambas partes, los cuales fueron utilizados como vía legítima para que la Sra. Villavicencio, una vez obtenido el Decreto Supremo Autoritativo y siguiendo los propios y transparentes términos de dichos contratos, pudiera transmitir válidamente la titularidad de las concesiones mineras a BEAR CREEK. Dicho acuerdo, así como la titularidad de BEAR CREEK de la opción, fueron siempre públicos y conocidos por el Estado, el cual en ningún momento cuestionó dicha situación. Esta notoria visibilidad descarta la posibilidad de la existencia de un acto oculto o un “acuerdo simulatorio”.
55. Finalmente, un tercer requisito es el propósito de las partes de engañar a terceros. En este caso no hubo voluntad de actuar ilícitamente y, por ende, de engañar a terceros y menos aún al Estado Peruano. Los terceros (entiéndase incluido el Estado), siempre estuvieron en la posibilidad de conocer el “Acuerdo de Negocios” celebrado entre las partes, el cual se vio concretado en los Contratos de Opción que fueron no solo inscritos en el respectivo registro sino que fueron presentados ante el propio Estado, quien otorgó finalmente el Decreto Supremo Autoritativo que permitió a BEAR CREEK ejercer regularmente su derecho a comprar los títulos sobre dichos derechos mineros. Por lo tanto, no puede haber engaño cuando los terceros tienen pleno conocimiento de la situación jurídica de los supuestos “perpetradores del engaño”.

B. Respuesta a Informes de los Dres. Eguiguren y Danos: No existe Simulación Relativa por Interpósita Persona

56. El Dr. Eguiguren señala que BEAR CREEK utilizó a la Sra. Villavicencio como “interpósita persona” para solicitar los petitorios mineros, celebrar los Contratos de Opción y ejecutar las posteriores transferencias de titularidades mineras. El Dr. Eguiguren plantea que hubo una simulación en los petitorios mineros y un ejercicio real y anticipado de una propiedad

indirecta por parte de BEAR CREEK sobre las concesiones mineras, lo cual genera la pérdida de propiedad conforme al artículo 71 de la Constitución.⁴⁴

57. Asimismo, el Dr. Danos indica que la Sra. Villavicencio fue utilizada como una interpósita persona porque era empleada y apoderada de BEAR CREEK. Sostiene que prueba de esto es el hecho que nunca actuó atendiendo a sus propios intereses sino a los de la empresa y, además, que BEAR CREEK era quien asumía todos los costos relacionados con las solicitudes de las peticiones mineras y el mantenimiento de éstas⁴⁵.
58. Los argumentos planteados por los Dres. Danos y Eguiguren parecieran estar dirigidos a alegar la figura de la simulación relativa por interpósita persona regulada en los artículos 191 y 192 del Código Civil:

“Artículo 191.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.”⁴⁶

“Artículo 192.- La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.”⁴⁷

59. No estamos ante un supuesto de simulación relativa por interpósita persona. A continuación, siguiendo a Guillermo Lohmann⁴⁸ explicaré que los informes de los Dres. Eguiguren y Danos no han identificado los requisitos que deben cumplirse y por ello confunden la aplicación de la figura.

⁴⁴ Ver EGUIGUREN 2, párrafos 55, 56 y 57.

⁴⁵ Ver DANOS, párrafos 86-90.

⁴⁶ Código Civil, artículo 191. **(BULLARD 088)**

⁴⁷ Código Civil, artículo 192**(BULLARD 088)**

⁴⁸ LOHMANN, Guillermo. El negocio jurídico. Editorial Grijley. 2da edición. Lima: 1994. P.372, señala que *“La simulación relativa es distinta. Se trata de ella cuando se quiere indicar que tras un negocio estructuralmente correcto, pero aparente porque su contenido no coincide con la auténtica voluntad de las partes, se esconde otro negocio jurídico con función económica y social distinta, el cual sí refleja el orden de intereses que las partes desean regular”*. **(BULLARD 082)**

60. La simulación relativa por interpósita persona – interposición real – supone la intervención en el negocio de una (interpósita) persona que se aviene a actuar en nombre propio y que, en complicidad con la otra parte (interponente), recibe real y efectivamente en sí misma las consecuencias jurídicas del negocio, con la finalidad (oculta ante terceros) de ceder a otro los derechos que adquiere⁴⁹.
61. La diferencia central entre la simulación absoluta y la relativa, es que en esta última el acuerdo simulatorio oculto entre la interpósita persona y el interponente refleja claramente que el negocio real y efectivamente celebrado nunca desplegó efectos jurídicos “reales” en la interpósita persona, siempre tuvo la finalidad oculta de trasladar dichos efectos al interponente. A continuación descartaremos la existencia de esta finalidad oculta y por ende confirmaremos que esta figura no es aplicable al presente caso.
62. No existe tal finalidad oculta o acuerdo simulatorio oculto entre BEAR CREEK (como supuesto interponente) y la Sra. Villavicencio (como supuesta interpósita persona). El único “Acuerdo de Negocios” que existió entre las partes se concretizó en los términos de los dos Contratos de Opción celebrados entre las partes al amparo de la Ley General de Minería. Debe tenerse presente que la parte que pretende “escudarse” en una interpósita persona, no celebra Contratos de Opción con la “persona interpuesta”. En otras palabras, uno no celebra contratos de opción con sus testaferros; y menos aún los registra con efectos *erga omnes* poniéndolos en conocimiento de los supuestos terceros a los que se busca engañar (en este caso, el Estado Peruano).
63. ¿Asumir los costos de las solicitudes de los petitorios mineros o de su mantenimiento, hace que BEAR CREEK, conforme a los términos que regulan los Contratos de Opción, posea o adquiera indirectamente las

⁴⁹ Cfr. Con LOHMANN, Guillermo. *El negocio jurídico*, Editorial Grijley, 2nda edición, Lima, 1994, p.381-383. (BULLARD 082)

titularidades de los petitorios mineros reflejando así esa supuesta finalidad oculta? Esto es no tiene sustento jurídico. BEAR CREEK no ostentaba ni frente a la Sra. Villavicencio ni frente al Estado Peruano ni frente a terceros ninguna forma de “posesión y/o propiedad indirecta”. Lo único que tenía era la posibilidad de ejercer un derecho de compra de dichas titularidades mineras, sujeto al cumplimiento de la condición allí establecida: Obtener el Decreto Supremo Autoritativo.

64. Tanto el informe del Dr. Eguiguren como el del Dr. Danos confunden la existencia de un interés legítimo con una simulación. Era evidente, no era oculto y estaba muy claro que BEAR CREEK tenía interés en adquirir las concesiones. Para eso se estructuró una estructura negocial que se lo permitiera, una vez tuviera la autorización del Estado Peruano para adquirir dicha propiedad. Nada impide que ese interés se logre a través de un contrato de opción plenamente conocido por el Estado Peruano. Los Dres. Danos y Eguiguren confunden tener interés con ser titular.

65. El Estado Peruano, como tercero, no puede señalar que los Contratos de Opción que concretizaron el “Acuerdo de Negocios” entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio le hayan sido “ocultados”. Las titularidades estaban inscritas a nombre de la Sra. Villavicencio y, en ese mismo registro, se inscribieron los Contratos de Opción y la resolución del Tribunal Registral que avala tal inscripción fue publicada en el diario oficial “El Peruano”, teniendo tanto las titularidades como los contratos efectos *erga omnes*. El supuesto “interés oculto” que se alega existió, era perfectamente identificable de solo mirar los contratos celebrados. Cuando BEAR CREEK solicitó el Decreto Supremo Autoritativo, también presentó dichos Contratos de Opción. (En caso BEAR CREEK no obtuviera dicho Decreto, la Sra. Villavicencio – una vez vencido el plazo de sujeción establecido –podría disponer de dichas titularidades mineras.) Por lo tanto, el Estado Peruano siempre conoció el interés de BEAR CREEK y estuvo al tanto del Acuerdo de Negocios que éste tenía con la Sra. Villavicencio, pero nunca los observó ya que se ajustaban a la Ley.

C. Respuesta a Informe del Dr. Danos: No existió Fraude a la Ley en los actos y negocios jurídicos celebrados

66. El Dr. Danos señala que, antes de haber obtenido la declaración de necesidad pública, BEAR CREEK ya había adquirido indirectamente o poseía de manera indirecta – a través de la Sra. Villavicencio – los derechos mineros del Proyecto Santa Ana. Lo anterior constituiría un supuesto de fraude a la Constitución o fraude a la Ley, ya que la Sra. Villavicencio fue utilizada para eludir el cumplimiento de la prohibición establecida en el artículo 71 de la Constitución.⁵⁰ Ello es claramente un error de apreciación.
67. Los argumentos planteados de manera teórica por el Dr. Danos parecen dirigidos a alegar la figura de fraude a la ley. Siguiendo a Guillermo Lohmann⁵¹, demostraremos sin embargo, que el Dr. Danos no ha acreditado los requisitos que permitan aplicar dicha figura al presente caso.
68. Para la existencia de un fraude a la ley, interpretando lo señalado por Guillermo Lohmann, debe haber dos leyes: (1) la ley de cobertura, y (2) la ley originaria o defraudada. La primera le da al acto una apariencia de legalidad, cuando en realidad se trata de un acto que busca eludir una norma imperativa (norma defraudada) que lo prohíbe.
69. La “ley de cobertura” que le brindaría a los actos una mera apariencia de legalidad sería la Ley General de Minería, que regula la solicitud de los petitorios mineros y el Contrato de Opción. Sin embargo, los petitorios mineros se llevaron a cabo y fueron registrados a nombre de la Sra. Villavicencio, a título personal, por lo que no hay ni posesión ni adquisición directa o indirecta por parte de BEAR CREEK. Además, los Contratos de

⁵⁰ Ver DANOS, párrafos 88-93.

⁵¹ LOHMANN, Guillermo. El negocio jurídico. Editorial Grijley. 2da edición. Lima: 1994, Pp.397-399, señala que “El Fraude en el Derecho Privado se presenta en dos vertientes: a) fraude a la ley, y; b) fraude a terceros, fundamentalmente acreedores. (...) el Código omite tratamiento del primero (...) es conveniente señalar aquí las nociones básicas del fraude a la ley, sobre lo cual el Código no ha dictado disciplina particular. a) Negocios en fraude de ley. (...) El *fraus legis* se caracteriza, pues, por la utilización negociada indebida de una norma, para evadir otra. Es (...) un artilugio o artimaña para evadir la ley, por y contra la propia ley. De modo, entonces, que aparte de la objetiva burla al ordenamiento legal falta un legítimo interés de los agentes negociales para preferir una especie y resultado negociales distintos, pero igualmente útiles, en lo esencial, al legalmente prohibido⁴.” (BULLARD 082)

Opción son lícitos tanto en estructura como en resultado, conforme a dicha Ley. La existencia de un interés legítimo y evidente de BEAR CREEK no significa fraude. Solo significa que hay una estructura comercial dirigida a proteger ese interés de llegar a obtenerse la autorización, estructura comercial que está no solo permitida por la Ley General de Minería sino que se encuentra conforme a los lineamientos y restricciones establecidos en el artículo 71 de la Constitución.

70. La “ley defraudada” para el Dr. Danos en este caso sería el artículo 71 de la Constitución. El texto y el espíritu del artículo 71 de la Constitución no han sido defraudados por los actos y negocios jurídicos celebrados entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio. Por un lado, la Sra. Villavicencio es una ciudadana peruana y puede plantear petitorios de derechos mineros. Puede hacerlo legítimamente en su propio interés o con el interés de transferirlos a terceros. En tanto y en cuanto dichas titularidades estén registradas a su nombre y, con oponibilidad *erga omnes*, BEAR CREEK no podría ni adquirirlas ni poseerlas directa o indirectamente. Así, se puede concluir que efectivamente se respetó la restricción del artículo 71.

71. Por su parte, BEAR CREEK delineó clara y manifiestamente sus intereses en dicho derechos mineros y los concretó mediante la celebración de los Contratos de Opción. Ello no vulnera ninguna ley. La ley prohíbe la propiedad de extranjeros en zona de frontera sin autorización, no prohíbe el interés de extranjeros de adquirir derechos en dichas zonas de frontera. Por tanto, tampoco prohíbe la celebración de contratos dirigidos a satisfacer dicho interés una vez que se cumplan con las condiciones legales establecidas, en este caso, en el artículo 71 de la Constitución.

72. Siguiendo la definición de Manuel De La Puente⁵² y considerando la función económica que le asigna Javier Talma⁵³, estos contratos de opción se celebraron ya que BEAR CREEK quería asegurarse de tener una oferta irrevocable de la Sra. Villavicencio respecto a la futura adquisición de la titularidad de dichos derechos mineros. Sin embargo, considerando la imposibilidad jurídica de adquirir dichas titularidades de manera inmediata sin el Decreto Supremo Autoritativo que autorice a BEAR CREEK a obtenerlas, proyectaron los términos de los futuros contratos, cuyo vigencia y ejecución estaría condicionada al otorgamiento del Decreto Supremo Autoritativo por parte del Estado. Esto no sólo fue conocido por el Estado Peruano sino que fue acorde a la propia Ley General de Minería, por ende actuar conforme a ley no puede significar a la par actuar con fraude a ella. El Estado Peruano conocía del interés de BEAR CREEK de adquirir esos derechos y conocía la estructura comercial diseñada para conseguirlo. Ello no vulnera ni hace significar fraude a ninguna ley.
73. En síntesis, ni los petitorios de derechos mineros realizados por la Sra. Villavicencio ni los Contratos de Opción celebrados entre las partes son actos jurídicos con fin ilícito. Ninguno de estos actos y negocios jurídicos sirvió como medio para “*eludir la aplicación de una norma imperativa*”. Por el contrario, dichos actos y negocios se realizaron desplegando efectos jurídicos lícitos y reconocidos por el ordenamiento jurídico de manera transparente y con pleno conocimiento del Estado.

⁵² DE LA PUENTE, Manuel. Estudios del Contrato Privado. Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima: 1983. P. 436, señala que “*Se considera la opción como un contrato en virtud del cual una persona se compromete a conceder a otra, en forma exclusiva y temporal, el derecho de decidir, a su solo arbitrio, la conclusión de un segundo contrato en determinadas condiciones pactadas en el primer contrato.*” **conclusión de un segundo contrato en determinadas condiciones pactadas en el primer contrato.” (BULLARD 084)**

⁵³ TALMA, Javier. El contrato de opción. Editorial Jose María Bosch Editor S.L. Barcelona: 1996. P. 48, señala que “*(...) esta específica función que el negocio denominado de opción desempeña en el tráfico jurídico es la siguiente: desde el punto de vista del concedente convierte en irrevocable la oferta que éste hace sobre la conclusión de un contrato definitivo; y desde el punto de vista del optante se trata de que el beneficiario obtenga, con relación a aquél contrato definitivo prometido por el oferente, la seguridad en cuanto a su efectiva conclusión, la plena libertad para decidir de forma unilateral si dicho contrato definitivo se otorgará finalmente o no, y también se pone a disposición del optante un plazo razonable de tiempo para que así, dicho beneficiario, pueda valorar si le conviene una determinada situación.*” **(BULLARD 085)**

IV. EL ESTADO CONVALIDÓ LOS ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS DE LA SRA. VILLAVICENCIO Y DE BEAR CREEK EMITIENDO EL DECRETO SUPREMO AUTORITATIVO

74. Como he explicado en mis informes anteriores, tanto los derechos mineros obtenidos por la Sra. Villavicencio como los contratos de opción celebrados entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio fueron públicos y conocidos por el Estado Peruano en su existencia y contenido, y no tuvieron como finalidad eludir la restricción constitucional del artículo 71 sino solamente asegurar a la empresa que podría adquirir las concesiones luego de obtener la autorización estatal.
75. Ello era tan evidente que el Estado Peruano, conociendo la vinculación entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio, decidió otorgarle la autorización para ser propietaria. De esta forma, los propios actos del Estado sirven como criterio interpretativo para demostrar, una vez más, que BEAR CREEK obtuvo válidamente el derecho de propiedad sobre las concesiones.
76. En todo caso, en el supuesto negado de la existencia de alguna irregularidad, ésta habría sido convalidada con la emisión del Decreto Supremo No. 083-2007-EM que, al ser un acto administrativo, fue el resultado de un procedimiento administrativo regular en el cual Estado Peruano verificó que la solicitud de BEAR CREEK constituía un caso de necesidad pública que no afectada la seguridad nacional. Por tanto no es posible alegar la existencia de una ilegalidad
77. En el supuesto negado que se aceptara la existencia de alguna irregularidad respecto de la obtención de los derechos mineros por parte de la Sra. Villavicencio o en la contratación por derechos de opción entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio ya que habría establecido una forma de propiedad indirecta sin declaración de necesidad pública, (de lo cual discrepo) ésta habría sido convalidada con la emisión del Decreto Supremo No. 083-2007-EM que, al ser un acto administrativo, fue el resultado de un

procedimiento administrativo regular en el cual Estado Peruano verificó que la solicitud de BEAR CREEK constituía un caso de necesidad pública que no afectaba la seguridad nacional.

78. En el derecho civil, se señala que la convalidación y la confirmación tienen una relación de género a especie. La convalidación ha sido definida como aquel hecho o acto que elimina la posibilidad de impugnar un acto jurídico⁵⁴. Para efectos del presente análisis trataré a la convalidación como un equivalente a la confirmación, aplicando específicamente el artículo 231 del Código Civil que establece que: *“El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado de forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad”*.⁵⁵
79. Es importante tomar en cuenta que la autorización para que un extranjero pueda obtener propiedad en los 50 km próximos a la frontera consiste en una declaratoria de necesidad pública, que implica un alto grado de interés público. Una vez que tal declaratoria es otorgada, quedan disipadas todas las dudas sobre si el proyecto es efectivamente de necesidad pública y si es conveniente otorgar el permiso.
80. Es incoherente revocar la declaratoria de necesidad pública a consecuencia de que, en algún momento, el extranjero se hizo propietario sin tener tal declaratoria. Ello implicaría dejar sin efectos la declaración de necesidad pública cuando, precisamente, la alegada falta ha sido no contar con tal declaración. Por ello, el que efectivamente se haya obtenido la declaratoria subsana la supuesta anterior situación como propietario indirecto y sin autorización.

⁵⁴ HORNA, Giselle. “Confirmación, Ratificación y Convalidación del Negocio Jurídico” (Capítulo Quinto). En *El Negocio Jurídico*. Editorial M.J. Bustamante de la Fuente. Lima: Diciembre 2014. P. 256. **(BULLARD 086)**

⁵⁵ Código Civil, artículo 231. **(BULLARD 088)**

81. En concreto, la emisión del Decreto Supremo No. 083-2007-EM como acto administrativo, fue el resultado de un procedimiento administrativo regular y éste desplegó efectos jurídicos “convalidando/confirmando” tanto la validez de los derechos mineros obtenidos por la Sra. Villavicencio como los contratos de opción celebrados respecto a ellos en favor de BEAR CREEK.
82. En el ámbito civil, cualquier supuesta irregularidad que podría haber generado una causal de anulabilidad tanto en los petitorios mineros como en los Contratos de Opción celebrados, fue subsanada a través de la confirmación manifestada cuando el Estado Peruano conoció de ambos actos jurídicos al momento en que BEAR CREEK solicitó la emisión del Decreto Autoritativo y pese a dicho conocimiento procedió a ejecutar el “acto confirmatorio” que es el otorgamiento del Derecho Autoritativo; descartando así la existencia de cualquier vicio de anulabilidad de dichos actos que no le permitieran declarar la necesidad pública y por ende la autorización para adquirir los referidos derechos mineros.
83. El Estado Peruano fue muy claro y con sus propios hechos demostró que no había encontrado ningún vicio en la forma en que BEAR CREEK obtendría la titularidad de dichos derechos mineros. BEAR CREEK presentó la documentación que acreditaba la inscripción de dichos derechos mineros a nombre de la Sra. Villavicencio y los contratos de opción que le permitirían, luego de obtenido el Decreto Autoritativo, obtener la titularidad de dichos derechos mineros. El Estado Peruano consideró – expresa o tácitamente, como quiera verse – que el régimen negocial seguido por BEAR CREEK no viciaba la futura obtención de los derechos mineros, la cual fue expresamente autorizada a través del Decreto Supremo Autoritativo. Y tenía conocimiento que la Sra. Villavicencio era representante de BEAR CREEK pues en el expediente obraban los respectivos poderes.
84. Cualquier duda quedó zanjada: BEAR CREEK adquirió la autorización requerida para ser propietaria legítima de las concesiones, incluso si

hubiera ocurrido a destiempo. Ello significa que el Estado Peruano confirmó la validez (e inexistencia de vicio alguno) de dicha adquisición y no puede, sin más, revocar tal autorización. Esto significaría ir en contra de sus propios actos, contrariando el principio de la buena fe, conducta no admitida por nuestro ordenamiento, como veremos a continuación.

V. LA DEROGACIÓN DEL DECRETO SUPREMO AUTORITATIVO Y LA OBJECCION DE JURISDICCION PLANTEADA REFLEJAN UNA CONDUCTA CONTRADICTORIA DEL ESTADO NO AVALADA POR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

85. Los informes de los Dres. Eguiguren⁵⁶ y Danos⁵⁷ señalan que la falta de buena fe de BEAR CREEK no le permite ampararse en la doctrina de los actos propios para defender su posición. Asimismo, el Dr. Eguiguren⁵⁸ agrega que no puede suponerse la convalidación de conductas abiertamente inconstitucionales o la validación de actos ilícitos como los relatados a partir del hecho que algunos de los funcionarios que evaluaron los petitorios mineros y/o el Decreto Supremo Autoritativo supieron o pudieron saber que la Sra. Villavicencio era empleada o representante de BEAR CREEK y que, pese a ello, permitieron la continuación de los trámites.
86. Por su parte, el Dr. Danos⁵⁹ señala que BEAR CREEK omitió dar a conocer al Estado Peruano que la Sra. Villavicencio, además de ser su apoderada, era su empleada. Indica además que, aun cuando el MEM hubiera podido tener conocimiento de dicha relación laboral, el error no genera derecho ni convalida situaciones fraudulentas.
87. La posición de Danos no se comprende. La existencia de una relación laboral no cambia la situación. El Estado Peruano conocía la relación

⁵⁶ Ver EGUIGUREN 2, párrafos 61 y 62.

⁵⁷ Ver DANOS, párrafo 110.

⁵⁸ Ver EGUIGUREN 2, párrafos 61 y 62.

⁵⁹ Ver DANOS, párrafo 104.

existente entre la Sra. Villavicencio y BEAR CREEK y conocía la estructura comercial propuesta. No se entiende dónde fue defraudada su confianza.

88. La situación es precisamente la contraria. Es el Estado Peruano el que defrauda la confianza de BEAR CREEK.
89. Como lo he señalado en mis informes anteriores, la Doctrina de los Actos Propios⁶⁰ busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano para evitar que se traicione la confianza generada en la contraparte por una conducta anterior. Siguiendo a Morello⁶¹, puede apreciarse que contrariamente a lo señalado por los Dres. Danos y Eguiguren, sí se han cumplido los tres elementos que permiten aplicar la Doctrina de los Actos Propios al presente caso y en defensa de la esfera de intereses de BEAR CREEK.

a. Una conducta original, que por su naturaleza, circunstancia y características genera una confianza en la otra parte que, bajo el principio de buena fe, indica con claridad que se ha

⁶⁰ La Doctrina de Actos Propios se encuentra reconocida en el Diccionario Legal del Poder Judicial Peruano (**BULLARD 038**) y ha sido aplicada por la Corte Suprema del Perú en su Sentencia de fecha 22 de agosto, 2002 en el caso 2849-2001 (**BULLARD 039**), por diversos tribunales arbitrales e incluso por agencias estatales, como por ejemplo Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, en su Resolución No. 071-2004-CD-OSIPTEL del 3 de setiembre del 2004. (**BULLARD 040**). Adicionalmente, debe mencionarse que esta Doctrina ha sido aplicada también en el Primer Pleno Casatorio derivado de la Casación No. 1465-2007-Cajamarca, de fecha 22 de enero de 2008 (**BULLARD 087**).

⁶¹ Augusto Morello (en su libro MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato. Enfoques*. Buenos Aires: Librería Editorial Platense. 1985. Pág. 59.) señala que: “El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado –según el sentido objetivo que de ella se desprende - confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen.” (**BULLARD 041**)

Leer también a Emilio Betti (citado por DIEZ PICAZO, Luis. *La Doctrina de los Propios Actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch. Pág. 245), quien señala que “la buena fe, hemos dicho varias veces, implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever”. (**BULLARD 042**) Por su parte, Lehmann (citado por DIEZ PICAZO, Luis., *Ibid*. Pág. 245) indica que “la necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que sólo pueden ser ejercitadas en la medida en que éste ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior”. (**BULLARD 042**)

En igual sentido Alsina Atienza (citado por BORDA, Alejandro. *Teoría de los Actos Propios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pág. 41) indica que la doctrina “se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquel mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad”. (**BULLARD 043**)

generado un vínculo (obligación) de seguir comportándose de la misma manera.

90. El primer elemento nos permite identificar esta conducta original realizada por el Estado Peruano que consistió en la serie de acciones y decisiones tomadas por el MEM, al momento de evaluar y finalmente autorizar la emisión del Decreto Supremo Autoritativo que permitiría a BEAR CREEK, ejercer las opciones de compra de los dos contratos de opción anteriormente reseñados y adquirir así la titularidad sobre los derechos mineros bajo análisis.
91. Como se desprende de los hechos, tanto el MEM, entidad ante la cual se inició el procedimiento para la obtención de la autorización, como el Consejo de Ministros, órgano estatal competente según la Constitución y el TUPA del MEM para otorgar finalmente dicha autorización, tuvieron a su alcance toda la información necesaria para tomar su decisión, incluyendo aquellos documentos que demostraban el vínculo entre la Sra. Villavicencio y BEAR CREEK.
92. En efecto, cuando el Estado Peruano evaluó, a través del MEM, la descripción del Proyecto presentada por BEAR CREEK como parte del sustento de necesidad pública para conseguir la emisión del Decreto Supremo Autoritativo. En dicha descripción, la empresa actuó con total transparencia porque no excluyó ni “ocultó” ningún documento ni información. Así, presentó ante la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas los siete petitorios sobre derechos mineros solicitados y obtenidos por la Sra. Villavicencio, los dos Contratos de Opción de Transferencia de dichos petitorios y sus dos respectivas Adendas, así como las constancias de su inscripción en Registros Públicos con efectos *erga omnes*. Asimismo, dentro de dichos documentos se encontraban la estructura de poderes otorgados dentro de BEAR CREEK, en los que se ponía en manifiesto la condición de la Sra. Villavicencio como “apoderada de la sucursal” de BEAR CREEK con las facultades bancarias

allí establecidas.⁶² Finalmente, el domicilio señalado por la Sra. Villavicencio al realizar los petitorios mineros y el domicilio señalado por BEAR CREEK al solicitar la dación del Decreto Autoritativo, era el mismo: el domicilio del Estudio Grau.

93. El Estado Peruano realizó un análisis de la información presentada y detallada anteriormente. El Estado Peruano tuvo que evaluar la viabilidad legal del Proyecto minero que era objeto del petitorio de BEAR CREEK, estando así en la posibilidad de “levantar la bandera” para cuestionar las transferencias de titularidades de la Sra. Villavicencio a BEAR CREEK. Sin embargo, aun contando con dicha información, el MEM no cuestionó, durante el inicio ni durante el transcurso del procedimiento contemplado en el TUPA, la adquisición de la propiedad de las concesiones ni observó la existencia de alguna irregularidad derivada del vínculo entre la Sra. Villavicencio y BEAR CREEK.
94. De igual manera, el Consejo de Ministros, que contaba con la misma información, tampoco efectuó cuestionamiento alguno, incluso otorgándole a BEAR CREEK la autorización sin efectuar observaciones, para que pueda ser propietario dentro de los 50 kilómetros de la frontera.
95. No he logrado identificar documentos u otros indicios en los que se base la alegada existencia de simulación o fraude y que no hayan estado en poder del Estado Peruano al momento de tomar la decisión de otorgar la autorización mediante el Decreto Supremo 083-2007-EM. Es más, toda esa información estaba en el expediente formado en base a las reglas establecidas en el TUPA para solicitar y obtener dicha autorización.
96. El Estado Peruano fue claro y contundente en su actuación emitiendo el Decreto Supremo 083-2007-EM. A través de éste, otorgó el visto bueno al

⁶² Escrito “Solicita Autorización para Adquirir Derechos Mineros Ubicados en Zona de Frontera” presentado por BEAR CREEK con fecha 05 de diciembre de 2006. Ver Anexo VI (b), folio 80, en el que se señala “I. **Delegar a favor de JENNY KARINA VILLAVICENCIO GARDINI (DNI 18133678) las facultades bancarias que se detallan en los numerales 6 y 7 del referido poder. II. A partir de la fecha, JENNY KARINA VILLAVICENCIO GARDINI, en calidad de apoderada de la sucursal, ejercerá las facultades que anteceden a doble firma (...).**”(BULLARD 089)

Proyecto Minero y autorizó la obtención de titularidad de derechos mineros por parte de BEAR CREEK en la zona de frontera contando con toda la información que hoy usa para sustentar su posición, información que evaluó y no cuestionó. El Decreto Supremo antes referido fue el que generó la confianza legítima respecto a la viabilidad legal de los derechos mineros cuya titularidad sería posteriormente adquirida, en ejercicio de las respectivas opciones de compra pactadas con la Sra. Villavicencio y que fueron conocidas por el Estado Peruano al evaluar los documentos antes mencionados

b. Una conducta posterior que entra en contradicción con la anterior.

97. El segundo elemento es el que identifica una conducta que entra en contradicción o es incompatible con la conducta original. Luego de emitido el Decreto Supremo Autoritativo (conducta original), el Estado Peruano ha derogado dicho Decreto Supremo de manera arbitraria y ha pretendido justificarlo, no en el instrumento mismo, sino posteriormente que la titularidad de los derechos mineros de BEAR CREEK no es válida puesto que deriva de una supuesta simulación o fraude a la ley, contrariando el artículo 71 de la Constitución.
98. En adición a ello ha planteado una objeción jurisdiccional alegando la ilegalidad de actos basándose en información que le sirvió de base para otorgar el acto que hoy se cuestiona. En otras palabras cuestiona la ilicitud de un acto que, con la misma información en la que hoy sustenta su objeción jurisdiccional, consideró lícito y legal. Ello es claramente contradictorio y contrario a la confianza creada con sus propios actos.
99. No existe ningún tipo de información de la Sra. Villavicencio, de BEAR CREEK o de la relación entre ambos que no haya estado en su poder al momento de emitir el Decreto Supremo Autoritativo. Es más, como se revela en los hechos anteriormente expuestos, el expediente administrativo que se presentó cuando se solicitó dicho Decreto contenía toda la

información, incluido el hecho que la Sra. Villavicencio era apoderada de BEAR CREEK y que BEAR CREEK tenía una opción de compra sobre dichos derechos mineros.

100. Como también se desprende de los hechos, tanto el MEM como el Consejo de Ministros, después de no haber cuestionado la adquisición de la propiedad aun conociendo la firma de los contratos de opción y el vínculo entre BEAR CREEK y la Sra. Villavicencio, y de haber otorgado la autorización para ser propietario, ahora se comportan de forma contradictoria cuestionando la validez de la forma a través de la cual BEAR CREEK se convirtió en propietario de las concesiones por diversas vías, e incluso han eliminado la autorización que válidamente se le otorgó a dicha empresa.

c. Que ambas conductas hayan sido desarrolladas por el mismo sujeto, entendiéndose sujeto como ámbito de imputación del carácter vinculante de la conducta.

101. En el presente caso, las conductas fueron realizadas por el mismo sujeto, el Estado, a través de los órganos competentes para dar la autorización: el MEM y el Consejo de Ministros.
102. En un primer momento, ambos órganos fueron los que, conociendo la existencia de los contratos de opción y del vínculo entre la Sra. Villavicencio y BEAR CREEK, permitieron el inicio, la continuación y la terminación favorable del trámite regulado en el TUPA del MEM sin efectuar observación alguna a la forma a través de la cual BEAR CREEK iba a obtener la propiedad de las concesiones, otorgando finalmente la autorización correspondiente.
103. En un segundo momento, fueron esos mismos órganos los que, comportándose de manera contradictoria, cuestionaron sorpresivamente, por diversas vías incluyendo el presente arbitraje, la forma a través de la cual se había llevado a cabo la adquisición de la propiedad sobre las

concesiones, incluso llegando a eliminar la autorización para ser propietario, expropiando a BEAR CREEK.

104. En conclusión, la derogación del Decreto Supremo Autoritativo y la objeción jurisdiccional planteada reflejan una conducta contradictoria del Estado Peruano que no es avalada por la Doctrina de los Actos Propios, pues ha desconocido la confianza legítima creada en BEAR CREEK respecto a la validez y vigencia de las titularidades mineras obtenidas legítimamente.
105. Como ya lo hemos mencionado, el Estado Peruano convalidó con sus propios actos que el procedimiento de adquisición de las titularidades mineras seguido por BEAR CREEK fue perfectamente legal y acorde a la Constitución. De la misma manera declaró que los actos que hoy cuestiona en su objeción de jurisdicción eran legítimos y legales. Al desconocer esto, no queda ninguna duda de que el Estado Peruano está contradiciendo sus propios actos y, como consecuencia, ha perdido la posibilidad de reclamar y/o cuestionar los derechos mineros válidamente obtenidos por BEAR CREEK.

VI. CONCLUSIONES

Mis conclusiones son las que se indican en la parte introductoria de la presente opinión, a las cuales me remito.

Declaro que las referidas conclusiones reflejan mi leal saber y entender, se basan en mi experiencia académica y profesional y en el análisis detallado y honesto de la información revisada. En ese sentido el presente informe refleja mi honesto entendimiento y convicción de los asuntos sometidos a mi opinión.

Presento este informe el día 25 de mayo de 2016

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Alfredo Bullard González', written in a cursive style.

Alfredo Bullard González

Lima, Perú

Anexo I

Lista de Documentos

- BULLARD 070:** Resolución 277-2015-OS/CD del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) de fecha 16 de noviembre de 2015
- BULLARD 071:** Resolución 111-2015-OS/GART de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) de fecha 08 de setiembre de 2015
- BULLARD 072:** Resolución 191-2011-OS/CD del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) de fecha 18 de octubre de 2011
- BULLARD 073:** Decreto Supremo No. 124-2005-EF
- BULLARD 074:** Decreto Supremo No. 080-2006-EF
- BULLARD 075:** Decreto Supremo No. 016-2003-ED
- BULLARD 076:** DANOS, Jorge. *El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. En Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en web (Revisión del 17 de mayo de 2016):
- BULLARD 077:** Ley de Áreas Naturales Protegidas – Ley No. 26834
- BULLARD 078:** Decreto Supremo No. 079-2007-PCM
- BULLARD 079:** BACA, Víctor. 2012. “Los actos de Gobierno en el Derecho peruano”. *Revista Ita Ius Esto*. Disponible en web (Revisión del 18 de mayo de 2016):

- BULLARD 080:** “Escrito de Demanda de Ineficacia de Acto Jurídico simulación absoluta” presentado por el Procurador Público del MEM y correspondiente al Expediente 13458-2011.
- BULLARD 081:** SORIA, Alfredo. “El Negocio Jurídico Simulado” (Capítulo Séptimo). En *El Negocio Jurídico*. Editorial M.J. Bustamante de la Fuente. Lima: Diciembre 2014. (Extractos)
- BULLARD 082:** LOHMANN, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Editorial Grijley. 2da Edición. Lima: 1994. (Extractos)
- BULLARD 083:** “Escrito de Contestación de Demanda” presentado por BEAR CREEK correspondiente al Expediente 13458-11.
- BULLARD 084:** DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*. Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima: 1983. (Extractos)
- BULLARD 085:** TALMA, Javier. *El contrato de opción*. Editorial Jose María Bosch Editor S.L. Barcelona: 1996. (Extractos)
- BULLARD 086:** HORNA, Giselle. “Confirmación, Ratificación y Convalidación del Negocio Jurídico” (Capítulo Quinto). En *El Negocio Jurídico*. Editorial M.J. Bustamante de la Fuente. Lima: Diciembre 2014. (Extractos)
- BULLARD 087:** Sentencia del Pleno Casatorio. Casación de la Corte Suprema del Perú de fecha 22 de enero de 2008 del caso No. 1465-2007
- BULLARD 088:** Código Civil peruano. Artículos citados.
- BULLARD 089:** Escrito “Solicita Autorización para Adquirir Derechos Mineros Ubicados en Zona de Frontera” presentado por BEAR CREEK con fecha 05 de diciembre de 2006.