

REX-006

Expert Report of Jorge Danos Ordóñez

April 11, 2016

ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL
DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Bear Creek Mining Corporation

Demandante,

c/

la República del Perú

Demandada.

Caso CIADI Nro. ARB/14/21

**INFORME DE EXPERTO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL
PERUANO**

JORGE DANOS ORDÓÑEZ

11 de abril de 2016

Tabla de Contenidos

I.	Introducción	1
II.	El Artículo 71 de la Constitución restringe la actividad de económica de extranjeros en zona de frontera.....	3
A.	La Declaración de Necesidad Pública de una Inversión Extranjera en Zona de Frontera es un Acto Excepcional	8
B.	El Artículo 71 de la Constitución Prohíbe de Manera Expresa la Adquisición Indirecta de Minas en Zona de Frontera	11
C.	La Declaración De Necesidad Pública Bajo el Artículo 71 de la Constitución es un Acto Discrecional del Estado—No es un Acto Administrativo.....	13
III.	Bear Creek Violó el Artículo 71 de la Constitución	29
A.	Jenny Karina Villavicencio Actuó como Interpósita Persona en la Adquisición Indirecta de las Concesiones Mineras por Parte de Bear Creek	30
B.	El Decreto No. 083 No Convalidó La Violación Constitucional	34
IV.	El Decreto 032 de 2011 no es Contrario al Derecho Peruano	40
A.	El Estado Ejerció Correctamente su Discrecionalidad al Emitir el Decreto No. 032 de 2011	40
B.	La declaración de necesidad pública no es un acto administrativo, por lo cual su derogación—no revocación—no debe seguir los procedimientos y requisitos de la ley del procedimiento administrativo general (LPAG).....	45
V.	Conclusiones	49

I. INTRODUCCIÓN

1. Mi nombre es Jorge Danos Ordóñez, abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, graduado en 1985. He realizado estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid (1991-1993). Asimismo, he realizado estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú entre 1990 - 1991; así como un Diplomado en Derecho Constitucional realizado en el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid (1991-1993); y, un Diplomado en Derechos Humanos en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid (1991-1992).

2. Actualmente, soy Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo; Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, que reúne profesores de la especialidad de España, Portugal y Latinoamérica; y, Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Desde el 2006 hasta la fecha soy socio del Estudio Echeopar, en Lima, Perú, firma asociada a Baker & McKenzie, habiéndome especializado en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

3. Tengo más de 20 años de experiencia en la enseñanza de Derecho Administrativo peruano y más de 30 años en su ejercicio como abogado e investigador. Soy autor de numeras publicaciones sobre Derecho Administrativo y he sido expositor en múltiples seminarios y congresos en temas de Derecho Administrativo.

4. He ocupado cargos públicos dentro del Perú. He sido asesor de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo para el Estudio de la Reforma de la Carta de 1993. Asimismo, durante los años 2001-2002 fui integrante del Comité de Asesores de la Comisión de Constitución del Congreso para la elaboración de un proyecto de reforma constitucional.

También integré la Comisión de Juristas que elaboró el proyecto que dio origen al vigente Código Procesal Constitucional y he presidido las comisiones designadas por el Ministerio de Justicia para elaborar los anteproyectos normativos que dieron origen a las vigentes Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, y Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley No. 27584. Asimismo, he sido asesor en el Congreso de la República durante 11 años y Jefe de Gabinete de asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros durante diciembre 2003 hasta agosto del 2005. Finalmente, también desempeño roles académicos, entre ellos, la docencia en Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Adjunto al presente informe mi hoja de vida como Anexo A.

5. Por lo anterior, declaro que me encuentro en capacidad de asumir el encargo de Sidley Austin LLP para elaborar el presente Informe de Experto en el marco del proceso arbitral seguido por *Bear Creek Mining Corporation c. La República del Perú*. Específicamente, el estudio Sidley Austin LLP me ha solicitado un informe respecto al análisis e interpretación del artículo 71 de la Constitución Política del Perú de 1993 y de los argumentos expuestos por el Dr. Bullard en sus respectivas opiniones de experto en cuestiones de derecho administrativo y constitucional. Para efectos de transparencia, informo que mi firma ha prestado servicios a la República del Perú en otros arbitrajes inversionista-Estado. Mi firma no ha estado involucrada en este caso. Adicionalmente, yo no he tenido ningún rol en el trabajo que mi firma ha realizado en los otros casos arbitrales.

6. En el presente informe, responderé principalmente a las opiniones de experto presentadas por la parte Demandante del Dr. Alfredo Bullard. En primer lugar, analizaré la finalidad y alcances del artículo 71 de la Constitución, determinando la naturaleza jurídica del

decreto supremo al que se refiere dicha norma. En segundo lugar, analizaré si las conductas realizadas por Bear Creek configuran una vulneración a la prohibición general establecida en el citado precepto constitucional. Finalmente, me referiré la validez del Decreto Supremo No. 032-2011-EM mediante el cual se derogó el Decreto Supremo No. 083-2007-EM que autorizó la adquisición de derechos sobre concesiones mineras en dos distritos de la provincia de Chucuito, departamento de Puno, ubicado dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Bolivia.

II. EL ARTÍCULO 71 DE LA CONSTITUCIÓN RESTRINGE LA ACTIVIDAD DE ECONÓMICA DE EXTRANJEROS EN ZONA DE FRONTERA

7. El presente acápite tiene por objeto determinar cuál es la finalidad del artículo 71 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la “Constitución”) y sus implicancias. Para ello, es necesario citar el texto de dicho artículo, el cual establece lo siguiente:

“En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.¹(Énfasis agregado).

8. El primer párrafo de la citada norma es una manifestación del principio de igualdad ante ley aplicado al trato que reciben los extranjeros respecto de los peruanos. De esta

¹ Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993 (“Constitución del Perú de 1993”), Art. 71 [Anexo R-001].

manera, en virtud del principio de igualdad, se reconoce que los extranjeros gozan de las mismas condiciones que los peruanos en cuanto a sus derechos.

9. Sin embargo, esta norma plantea una excepción a dicho precepto que establece un trato diferenciado para extranjeros y nacionales respecto, por ejemplo, al derecho sobre recursos naturales en tierras ubicadas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. Así, dentro de dicha área, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente. Únicamente, podrán adquirir o poseer propiedades en dicho territorio en caso de necesidad pública expresamente reconocida mediante un decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros.

10. En la línea de lo señalado por el Dr. Eguiguren,² la finalidad de dicha norma es preservar y proteger la Seguridad Nacional, entendida como un bien jurídico de carácter integral, el cual comprende tanto la seguridad nacional interna como exterior, tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (intérprete supremo de la Constitución):

“La preservación del bien constitucional Seguridad Nacional (artículo 44° de la Constitución) exige tomar en cuenta que las zonas de frontera son las más susceptibles de ser afectadas por una invasión extranjera, la cual podría ser realizada de modo indirecto mediante la adquisición de terrenos en la zona por parte de extranjeros, en atención a lo cual requieren de una protección especial. Así, se justifica la restricción del derecho de propiedad a favor de la optimización de otro bien jurídico de relevancia constitucional, como lo es la Seguridad Nacional, que está directamente relacionada con la preservación de la soberanía del Estado.”³

² Ver Informe de Experto de Francisco Eguiguren, 6 de octubre de 2015 (“Primer Informe de Eguiguren”). párra. 16 [Anexo REX-001].

³ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N° 04966-2008-PA/TC, 13 de abril de 2009, Fundamento jurídico 6 [Anexo C-0028].

11. El Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el Expediente No. 00002-2008-PI/TC, también estableció lo siguiente:

“[L]a defensa nacional se desarrolla en los ámbitos interno y externo. La defensa interna promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales.”⁴ (Énfasis agregado).

12. La incorporación del artículo 71 de la Constitución se explica por los conflictos bélicos que enfrentó el Perú en el siglo XIX y XX con países vecinos, en los que las empresas extranjeras ubicadas en la frontera jugaron un rol importante que desfavorecieron los intereses del país, acreditándose la amenaza existente de que las empresas o ciudadanos extranjeros en un contexto de conflicto no mantengan un comportamiento neutro.

13. Ahora bien, no debe confundirse el origen de esta norma con la finalidad que busca proteger, cual es, preservar la Seguridad Nacional. Más aún cuando el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, ha reconocido expresamente que esa es la finalidad del artículo 71 de la Constitución (preservar la Seguridad Nacional), la cual, no se

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 00002-2008-PI/TC, 9 de setiembre de 2009, Fundamento jurídico 14 [Anexo R-348].

restringe a la defensa frente a amenazas de agresiones externas, sino que, comprende también la seguridad interna.

14. Como ha sido señalado tanto en el Informe del Dr. Bullard, como en el del Dr. Eguiguren, esta norma fue incorporada en las cuatro Constituciones que el Perú ha tenido en el siglo XX,⁵ lo cual demuestra que se trata de una regla considerada necesaria por los distintos Poderes Constituyentes que elaboraron el texto de la norma suprema del ordenamiento jurídico peruano. Por esto se mantuvo en las diferentes Constituciones del Perú pese a los diferentes contextos políticos e históricos en los que se redactaron y aprobaron los distintos textos constitucionales.

15. Particularmente en el caso de la Constitución de 1993, la inclusión del artículo 71 estuvo precedida, como cualquier otra norma constitucional, de un debate constitucional en el que se expusieron diferentes posturas. Sin embargo, de manera contraria a lo afirmado por el Dr. Bullard,⁶ este debate no evidencia que las razones que motivaron dicha norma han perdido vigencia.

16. Así, por ejemplo, el constituyente Cáceres Velásquez expresó lo siguiente:

“Creo que es un imperativo nacional cautelar el patrimonio de nuestra patria. En las zonas de las fronteras es en donde más se pueden producir conflictos de intereses entre particulares. Recordemos por qué perdimos Leticia. Fue, justamente, por circunstancias de esa naturaleza.”⁷

En cambio, existían quienes pensaban que mantener dicha disposición era un anacronismo. Así se pronunció el constituyente Carrión Ruiz al señalar que:

⁵ Constitución Política del Perú, 18 de enero de 1920, Art. 39 [Anexo C-0025], Constitución Política del Perú, 29 de marzo de 1933, Art. 36 [Anexo R-030], Constitución Política del Perú, 12 de julio de 1979, Art. 126 [Anexo R-031].

⁶ Ver Informe de Experto de Alfredo Bullard, 26 de mayo de 2015 (“Primer Informe de Bullard”). párra. 91.

⁷ Debate Constitucional - 1993, Comisión de Constitución y Reglamento, Tomo IV, p. 1966 [Anexo C-0027].

“Aquellos de que no pueda tener propiedades a menos de cincuenta kilómetros de la frontera, Presidente, me parece un total anacronismo. En los tiempos actuales, ya no tiene vigencia. Estamos en la era de la integración, ¿de quiénes estamos desconfiando? ¿De nuestros vecinos?”⁸

17. En efecto, el hecho de que se haya generado un debate entre quienes justificaban la necesidad de mantener dicha disposición en el texto constitucional de 1993 y quienes abogaban por su eliminación no evidencia, como pretende argumentar el Dr. Bullard, que en la Constitución de 1993 la Seguridad Nacional está subordinada a la protección y fomento de la inversión privada o es relativizada frente a dichos intereses del Estado.

18. Por el contrario, el debate constitucional únicamente evidencia la existencia de diferentes posturas de los miembros del Poder Constituyente respecto a la inclusión de la referida norma y, finalmente, la preponderancia de la decisión mayoritaria a favor de mantener dicha disposición. A diferencia de lo afirmado por el Dr. Bullard, ello es una clara prueba de la vigencia y relevancia de dicha disposición, la cual, como hemos señalado, tiene por finalidad garantizar la Seguridad Nacional.

19. Lo cierto es que, a pesar de las diferencias de opinión respecto a la validez o necesidad de incluir el artículo 71 de la Constitución, no es viable sustentar que la sola existencia de dicho debate evidencia que la disposición bajo análisis ha perdido vigencia y, menos aún, que existe una primacía entre distintos bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos.

20. Ello, en tanto que el ordenamiento jurídico peruano no admite la jerarquía entre derechos fundamentales ni entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sino que, en principio, todos tienen la misma relevancia. Solo en caso de conflicto, a través de las técnicas

⁸ Debate Constitucional - 1993, Comisión de Constitución y Reglamento, Tomo IV, p. 1968 [Anexo C-0027].

de ponderación reconocidas por el Tribunal Constitucional,⁹ corresponde determinar qué derecho o bien jurídico prima sobre el otro en el caso concreto. Por tanto, discrepamos de lo afirmado por el Dr. Bullard en relación a que:

“En la redacción y aprobación del texto de la Constitución de 1993, la seguridad nacional no significó un principio constitucional de absoluta preponderancia, y su primacía sobre la necesidad de favorecer la inversión y la apertura económica fue directa e intencionalmente relativizada.”¹⁰

21. ¿Cuáles son las implicancias de dicha disposición? Como desarrollaremos a continuación, el artículo 71 determina que, por regla general, la Constitución prohíbe que los extranjeros adquieran o posean, directa o indirectamente, tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. Excepcionalmente, se levantará dicha prohibición, solo si existe un caso de necesidad pública previamente identificada y declarada como tal por el Consejo de Ministros mediante Decreto Supremo.

A. LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD PÚBLICA DE UNA INVERSIÓN EXTRANJERA EN ZONA DE FRONTERA ES UN ACTO EXCEPCIONAL

22. Como bien mencionamos anteriormente, por regla general, los ciudadanos extranjeros se encuentran prohibidos de adquirir o poseer, directa o indirectamente, tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. Solo en caso se determine que dicha adquisición o posesión es de necesidad pública, declarada por el Consejo de Ministros mediante decreto supremo, se podrá adquirir válidamente derechos de propiedad o posesión sobre tierras dentro de dicha área. En este sentido, la expedición de un decreto supremo que autorice la adquisición o uso de tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera, es un acto de carácter excepcional emitido en ejercicio de la función de gobierno.

⁹ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 06089-2006-AA/TC, 17 de abril de 2007 [Anexo R-349].

¹⁰ Ver Primer Informe de Bullard, párra. 91.

23. En el presente apartado nos centraremos en el carácter excepcional del decreto supremo al que hace referencia el artículo 71 de la Constitución. De una interpretación literal de dicha norma, se colige que la autorización para adquirir o poseer tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera es una excepción a la prohibición general prevista en el segundo párrafo del citado artículo:

“Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.”¹¹ (Énfasis agregado).

24. Ahora bien, la evaluación de la necesidad pública es realizada por el Consejo de Ministros en cada caso concreto. En este punto, es preciso indicar que, contrariamente a lo señalado por el Dr. Bullard, no existe una presunción de necesidad pública respecto de las inversiones privadas extranjeras.¹² Por el contrario, conforme a lo establecido en la Constitución, el Consejo de Ministros, máxima autoridad política del gobierno conformada por el Presidente de la República y los Ministros de Estado, evalúa en cada caso si un determinado proyecto privado extranjero constituye de necesidad pública. También es errada la afirmación del Dr. Bullard respecto a que el decreto supremo al que se refiere la norma bajo análisis es una simple verificación de que en el caso concreto no hay ningún peligro para la defensa externa.¹³ Considero que dicho error se debe a una confusión de conceptos.

¹¹ Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [Anexo R-001].

¹² Ver Primer Informe de Bullard, párra. 18.d.

¹³ Ver Primer Informe de Bullard, párras. 18.d, 109 y 110.

25. En primer lugar, carece de fundamento afirmar que existe una presunción de necesidad pública para cualquier inversión privada extranjera porque la propia Constitución establece la exigencia de que dicha necesidad pública sea evaluada y declarada como tal, por el Consejo de Ministros. Así, carecería de sentido que la Constitución establezca dicha disposición, si existiera la presunción de necesidad pública en todos los casos. Ello, más aún cuando, como hemos señalado, el Consejo de Ministros es la instancia política más alta del gobierno, por lo que, no sería razonable que se exija su previa autorización si esta fuese automática.

26. El decreto supremo que establece el artículo 71 de la Constitución es de carácter excepcional, siendo que, únicamente se emite en caso exista un supuesto de necesidad pública en el caso concreto. Nótese que, los extranjeros no tienen un derecho preexistente de adquirir o poseer propiedades dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. Por tanto, al no existir un derecho preexistente, el decreto supremo al cual el Dr. Bullard se refiere como el acto administrativo autoritativo, no se limita a remover los obstáculos legales para el ejercicio de un derecho preexistente, sino que otorga dicho derecho. Es decir, no tiene carácter declarativo, sino constitutivo: recién a partir de su emisión, se puede afirmar que el ciudadano extranjero solicitante de dicho decreto supremo puede a adquirir o poseer tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera.

27. Por tanto, el decreto supremo no constituye una autorización administrativa, pues no es el título habilitante para ejercer un derecho preexistente, sino que, se trata de un acto dictado en ejercicio de la función gubernamental del Consejo de Ministros, en virtud del cual se otorga una autorización a un determinado ciudadano extranjero para que a partir de tal autorización pueda adquirir o poseer tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera.

28. Evidentemente, la determinación de si un proyecto es de necesidad pública no es automática. El Estado tiene la potestad de analizar cada caso concreto y, en función a ello, determinar si se emite o no el mencionado decreto. En este análisis el Estado hace un balance entre los posibles conflictos a la Seguridad Nacional y a otros elementos de interés público que puede presentar un proyecto, con los posibles beneficios que puede crear el proyecto para la promoción del desarrollo y el bienestar general de la población.

29. Finalmente, se debe advertir que de ningún segmento del artículo 71 de la Constitución se desprende que: “la existencia de necesidad pública sólo podrá ser cuestionada o rechazada si existe un riesgo a la integridad territorial por una amenaza externa”, conforme indicó el Dr. Bullard.¹⁴ Si bien es cierto, la finalidad del artículo 71 de la Constitución es la protección de la Seguridad Nacional, esto no significa que el Estado debe emitir el respectivo decreto siempre que no exista riesgo de una amenaza externa.

30. Existen diferentes situaciones y conflictos, tanto internos como externos, que pueden motivar la decisión del Estado, pues una de sus funciones es velar por el orden interno, que forma parte del concepto integral de Seguridad Nacional. Por ello, el Estado, representado por el Consejo de Ministros, debe determinar cuándo corresponde emitir dicha declaración de necesidad pública, para que los extranjeros puedan gestionar, posteriormente, la adquisición de derechos sobre terrenos ubicados en los cincuenta kilómetros de la frontera.

B. EL ARTÍCULO 71 DE LA CONSTITUCIÓN PROHÍBE DE MANERA EXPRESA LA ADQUISICIÓN INDIRECTA DE MINAS EN ZONA DE FRONTERA

31. El artículo 71 de la Constitución prohíbe que los extranjeros adquieran o posean propiedades dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera directa o indirectamente. Así, por regla general, las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán ser propietarias ni

¹⁴ Ver Primer Informe de Bullard, párra. 18 f.

poseedores de dichos terrenos. Tampoco podrán serlo, por medio de la participación de una tercera persona en calidad de testaferro o interpósita persona.

32. Cabe resaltar que, la adquisición o posesión indirecta que plantea el artículo 71 de la Constitución no se encuentra delimitada por el concepto de la Superintendencia del Mercado de Valores (“SMV”), según el cual la propiedad indirecta se ejerce a través de parientes, o de participación en una persona jurídica.¹⁵ En el caso del artículo 71, el concepto de propiedad es más amplio, e incluye la actuación a través de interpósita persona, así esta no tenga parentesco con quien realmente ejerce la propiedad. Ello pues, la normativa de la SMV establece los alcances de propiedad indirecta, vinculación, control, grupo económico y conglomerado financiero para los efectos de su aplicación a las personas y materias sujetas a la supervisión de la SMV (operaciones realizadas en el marco del mercado de valores, mercado de productos y sistemas de fondos colectivos). La SMV tiene una particular función en un área muy específica del derecho peruano, por lo cual no existe ninguna razón por la cual sus reglamentos y disposiciones sean aplicables a una disposición constitucional que trata sobre temas de seguridad nacional y necesidad pública. En otras palabras, no existe ninguna razón que justifique que el concepto de propiedad indirecta aplicable al artículo 71 de la Constitución sea restringido por una definición que es solo aplicable y desarrollada por una entidad pública cuyo mandato no está enfocado en la protección de la seguridad nacional, o la determinación de necesidades públicas del Estado.

33. En definitiva, ese no es el caso de los derechos de propiedad adquiridos en el marco del artículo 71 de la Constitución. Por tanto, la prohibición establecida en dicho precepto constitucional respecto a la adquisición de tierras por parte de extranjeros, de manera

¹⁵ Resolución SMV N° 019-2015-SMV-01, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación, y Grupos Económicos, 18 de septiembre de 2015, Art. 3 [Anexo R-350].

directa o indirecta, dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera, no puede ser interpretada según los alcances del concepto de propiedad indirecta prevista en la normativa de la SMV.

Por el contrario, dicha adquisición o posesión se puede presentar a través de diferentes personas, en distintos escenarios. Siendo ello así, la prohibición contemplada en el artículo 71 de la Constitución no solo comprende la adquisición o posesión directa de extranjeros, sino que también incluye la actuación de cualquier persona que interfiera y participe en la adquisición o posesión de propiedades ubicadas en los cincuenta kilómetros de la frontera para el beneficio de extranjeros.

34. Efectivamente, la inclusión de la adquisición o posesión indirecta en el texto del artículo 71 tuvo por finalidad evitar que mediante terceras personas se evada la prohibición establecida en la norma constitucional, como por ejemplo, a través de una actuación fraudulenta o que pretendiera ocultar los verdaderos beneficiarios de los derechos. Por ello, es relevante determinar si un ciudadano peruano que adquirió derechos sobre terrenos ubicados en los cincuenta kilómetros de la frontera, lo hizo en beneficio propio o de algún extranjero. En caso se acreditara que, a través de un ciudadano o persona jurídica nacional, se adquirieron derechos en beneficio de un extranjero, dicha adquisición hubiera requerido previamente la emisión del decreto supremo a que se refiere el artículo 71 de la Constitución.

C. LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD PÚBLICA BAJO EL ARTÍCULO 71 DE LA CONSTITUCIÓN ES UN ACTO DISCRECIONAL DEL ESTADO—NO ES UN ACTO ADMINISTRATIVO

35. Habiendo delimitado los alcances de la prohibición establecida en el artículo 71 de la Constitución y su finalidad, corresponde ahora referirnos a la naturaleza jurídica del decreto supremo mediante el cual, excepcionalmente, se declara de necesidad pública un

determinado interés económico de un extranjero en la zona de frontera, así como al carácter discrecional o reglado de dicha declaración.

36. En relación a lo primero, uno de los ejes centrales de la controversia sometida a solución de vuestro Tribunal Arbitral está vinculado con determinar cuál es la naturaleza jurídica del decreto supremo a que se refiere el artículo 71 y, en consecuencia, cuál es el régimen legal aplicable para su emisión y derogación. Particularmente, se discute si dicho decreto supremo constituye una *norma jurídica emitida a discrecionalidad del Estado* o un *acto administrativo*. En ese sentido, a fin de sustentar nuestra posición al respecto, es necesario definir las características y diferencias de ambos conceptos.

37. Siguiendo a RUBIO CORREA, reconocido académico y jurista, la norma jurídica es una fuente de derecho definida como un “mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento.”¹⁶ Así entendida, la norma jurídica tiene por finalidad regular las conductas sociales.

38. La norma suprema del derecho peruano es la Constitución, tal como es expresamente reconocido en el artículo 51 de la misma.¹⁷ En la misma línea, las normas con rango legal (tales como las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia) priman sobre las normas con rango reglamentario (tales como decretos supremos y resoluciones supremas). Estas normas reglamentarias no son actos administrativos.

39. Dentro de la inmensa variedad de normas reglamentarias—cuya proliferación se explica, entre otros factores, por el rol regulador asumido por el Estado y, en particular, por el

¹⁶ Marcial Rubio Correa, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, 10MA. EDICIÓN, LIMA: FONDO EDITORIAL DE LA PUCP 76 (2009). [Anexo R-397].

¹⁷ Constitución del Perú de 1993, Art. 51 [Anexo R-001].

Poder Ejecutivo—la principal norma jurídica reglamentaria es el decreto supremo. Según el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

40. Como hemos señalado en otra oportunidad, los reglamentos constituyen fuentes de derecho que establecen reglas de carácter general, de jerarquía subordinada o inferior a las leyes o normas con dicho rango, que forman parte del ordenamiento jurídico. Se dictan en ejercicio de una potestad reglamentaria y discrecional que solo puede ser atribuida de manera expresa a los poderes públicos y otras entidades del Estado por la Constitución o por las leyes.¹⁸

41. Es importante notar que, en el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de otros países, el proceso de producción de los reglamentos está sometido a un marco normativo distinto al que regula el procedimiento de emisión de los actos administrativos.

42. En efecto, mientras que la producción de actos administrativos está sujeta a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (“LPAG”), el ejercicio de la potestad reglamentaria de los tres niveles de gobierno del Estado (gobierno nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales) es regulado por sus respectivas leyes orgánicas (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley No. 29151; Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley No. 27867; y, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley No. 27972) que establecen la estructura y funcionamiento de los citados niveles de gobierno.¹⁹

¹⁸ Ver Jorge Danos Ordoñez, *El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano*, VI FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. VIII JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE COLOMBIA p. 207-287 (2007) [Anexo R-351].

¹⁹ Ver Jorge Danos Ordoñez, *El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano*, VI FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. VIII JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE COLOMBIA p. 207-287 (2007) [Anexo R-351].

43. Los reglamentos se caracterizan por su carácter general y abstracto, por incorporarse al ordenamiento jurídico—modificándolo, derogándolo o creando nuevas relaciones de derecho—y, finalmente, porque su vigencia no se agota con su cumplimiento o aplicación, sino que es un precepto con vocación de permanencia.

44. Por su parte, el numeral 1.1. del artículo 1 de la LPAG define a los actos administrativos como “las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.”²⁰

45. A partir de la norma antes citada, podemos definir el acto administrativo como toda manifestación de voluntad, general o especial, de una entidad estatal, de un funcionario o autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, que produce efectos de derecho público respecto de los administrados en un caso concreto.

46. La doctrina ha identificado tres criterios para distinguir entre una norma jurídica y un acto administrativo: i) criterio de generalidad; ii) criterio ordinamental; y, iii) criterio de consunción.

47. Cabe resaltar que, el criterio de generalidad no es suficiente para distinguir entre reglamentos y actos administrativos, puesto que existen actos administrativos generales, tales como la convocatoria a la licitación pública la cual, pese a ser una decisión concreta, está dirigida a un grupo indeterminado de administrados.

48. Si bien es cierto, es innegable que el decreto supremo mediante el cual el Consejo de Ministros declara de necesidad pública un determinado proyecto para la adquisición o posesión de tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera es de

²⁰ Ley de Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444, 10 de abril de 2001, (“Ley N° 27444”), Título I, Capítulo I, Art. 1.1 [Anexo Bullard-005].

carácter específico o singular, pues está referido a una determinada empresa extranjera o ciudadano extranjero, consideramos que éste no califica jurídicamente como un acto administrativo. En realidad, nos encontramos ante un fenómeno de naturaleza *sui generis* pues tiene características propias de una norma jurídica y de un acto específico, por lo que no puede ser definido en absoluto como norma ni como acto administrativo.

49. Ello pues, pese a que el decreto supremo a que se refiere el artículo 71 de la Constitución es una declaración específica con un efecto concreto en el solicitante, es aprobada mediante el típico instrumento normativo: un decreto supremo. Nótese que dicha figura *sui generis* no es el único caso en el derecho peruano. Por el contrario, existen otros casos de decretos supremos que tienen un contenido específico y concreto y que, no por ello, pierden su condición de normas jurídicas.

50. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico peruano, en virtud del artículo 7 de la Ley No. 26834,²¹ las áreas naturales protegidas son creadas por decreto supremo. En ese caso, el decreto supremo tiene un contenido específico y concreto. Sin embargo, los mecanismos para su impugnación, así como el régimen legal para determinar su validez es el aplicable a la producción de normas jurídicas reglamentarias y no de actos administrativos.

51. En el mismo sentido, según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley No. 29151, las entidades públicas aprueban las normas de organización y funcionamiento interno mediante decreto supremo. Estos no son de carácter general, sino que, son específicamente aplicables a una determinada entidad pública. Siguiendo a GASPAR ARIÑO, reconocido

²¹ Ley N° 26834, *Ley de Áreas Naturales Protegidas*, 25 de febrero de 2016, \ Artículo 7.- “La creación de Áreas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Áreas de Conservación Regional se realiza por Decreto Supremo, aprobado en Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, salvo la creación de áreas de protección de ecosistemas marinos o que incluyan aguas continentales donde sea posible el aprovechamiento de recursos hidrobiológicos, en cuyo caso también lo refrenda el Ministro de Pesquería” [Anexo R-352].

jurista español, cuya doctrina inspira el Derecho Administrativo peruano, existen numerosos ejemplos de normas de este tipo, tales como

“(…) las numerosas autorizaciones de operaciones económico-financieras, desde la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado hasta la autorización de un gasto no previsto, pasando por la emisión de deuda pública, la enajenación de ciertos bienes, la concesión de avales, la aprobación de algunas operaciones financieras, el otorgamiento de moratorias o exenciones fiscales, o la ley de aprobación de la Cuenta General del Estado”²².

52. Y es que, el caso planteado en el artículo 71 de la Constitución no difiere de las denominadas leyes singulares, las cuales, pese a no tener un contenido general y abstracto, no pierden su condición de leyes. Este tipo de normas están, excepcionalmente, permitidas según el artículo 103 de la Constitución.²³

53. 41. Al respecto, MORON URBINA, reconocido jurista experto en la materia, ha señalado que:

“(…) también se ejerce la función normativa del Estado cuando los órganos administrativos aprueban “reglamentos especiales” dirigidos a ciudadanos de una categoría determinada que presentan una situación de relación especial o singular frente a la administración. Ej. Reglamento de una universidad pública. Nos encontramos aquí frente a lo que la doctrina reconoce como los “reglamentos singulares” esto es, disposiciones que proveen de un régimen o disciplina general o abstracta a sujetos concretos y acaso únicos.”²⁴

²² Gasper Ariño Ortiz, *Leyes Singulares, Leyes de Caso Único* 75 (1989) [Anexo R-353].

²³ Constitución del Perú de 1993, Artículo 103.- “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho”. [Anexo R-001]

²⁴ Juan Carlos Morón Urbina, *Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias*, TESIS PUCP 103 (2013) [Anexo R-354]. En esta

54. Específicamente, el decreto supremo al que hace referencia el artículo 71 de la Constitución, constituye una norma singular de aprobación y autorización. Estas clases de normas han sido definidas en doctrina como “actos normativos con fuerza de ley que no afectan a relaciones jurídicas entre particulares y/o el Estado, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que aprueban o autorizan alguna actuación realizada por otro órgano constitucional distinto del legislador”²⁵.

55. No cabe duda que estas normas de aprobación son normas en sentido formal, puesto que “La diferenciación estricta entre el acto de aprobación (sin contenido jurídico) y el acto aprobado (que no es absorbido por el primero), a partir de la inclusión del acto normativo de aprobación en la categoría de ley en sentido formal, es un elemento fundamental y característico de este tipo de leyes. Así, las leyes de aprobación (leyes en sentido formal) contienen una mera autorización o aprobación de la actuación de la Administración con forma de ley”²⁶.

56. En conclusión, considero que el decreto supremo a que hace referencia el artículo 71 de la Constitución es una decisión con contenido específico adoptada por el Consejo de Ministros en ejercicio de la función de gobierno o política. Siendo ello así, la declaración de necesidad pública no es un acto administrativo, sino un acto o decisión emitido en ejercicio de la función gubernativa aprobada mediante un instrumento de carácter normativo. Como desarrollaré en el punto IV del presente Informe, ello determina que no sean

tesis, el autor cita a: Santamaría Pastor, Juan A.; Principio de Derecho Administrativo General, Tomo I, Iustel, p. 334.

²⁵ Jose Antonio Montilla Martos, LAS LEYES SINGULARES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 127 (“Martos, LAS LEYES SINGULARES”) (1994) [Anexo R-355].

²⁶ Martos, LAS LEYES SINGULARES p. 128 [Anexo R-355].

aplicables para determinar su validez, las reglas establecidas en la LPAG, las cuales han sido previstas para los actos administrativos propiamente dichos.

57. En relación al carácter *discrecional* o *reglado* del decreto supremo a que se refiere el artículo 71 de la Constitución, consideramos que el propio texto constitucional determina que se trata de una potestad discrecional atribuida al Consejo de Ministros, en tanto que la necesidad pública es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido corresponde ser definido en cada caso concreto por las autoridades públicas a quienes se haya atribuido dicha potestad.

58. En efecto, el ordenamiento jurídico peruano admite la existencia de conceptos jurídicos indeterminados como la necesidad pública, cuya apreciación y valoración se emite, mediante la potestad discrecional del Estado. El ejercicio de la discrecionalidad comporta para el Estado:

“(…) una libertad, una opción, una selección en la oportunidad de dar aplicación a la norma atributiva de la potestad, la cual, según la doctrina mayoritaria española y francesa, así como una parte de la italiana, opera frente a la estimación de variables fundamentalmente extrajurídicas (económicas, sociales, políticas, etc.) que pueden y generalmente dan origen a un conjunto de alternativas, todas igualmente válidas, de las cuales la Administración escoge una de ellas, ninguna de las cuales está vinculada a norma jurídica alguna. El cuadro de las referidas alternativas comprende desde la no actuación hasta la adopción de la decisión. Precisamente esa elección, que en el fondo constituye una apreciación subjetiva del órgano competente, materializa el ejercicio de la potestad discrecional”²⁷.

59. En esta línea, la necesidad pública es un concepto jurídico indeterminado que requiere que la Administración necesariamente realice elecciones de política administrativa y

²⁷ José Peña Solís, *El Principio de Legalidad y la Discrecionalidad Administrativa en Venezuela*, VENEZUELA: FONDO EDITORIAL 53 (1998) [Anexo R-356].

valoraciones acerca de qué es más conveniente para la satisfacción del interés público. De hecho, “la potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos”²⁸.

60. Por lo tanto, no cabe duda que, el decreto supremo emitido por el Consejo de Ministros, en virtud del artículo 71 de la Constitución, es netamente discrecional, pues se dicta en ejercicio de la función de gobierno, regulando intereses políticos. Precisamente, es unánime en doctrina que,

“las potestades discrecionales son muy variadas. Obedecen a distintos tipos. Por ejemplo, la discrecionalidad reglamentaria, de planificación, de iniciativa, política stricto sensu, técnica, táctica, de gestión, etc. Incluso el margen de apreciación que habitualmente se reconoce a la Administración (también por nuestra jurisprudencia) para la concreción casuística de los conceptos jurídicos indeterminados responde a la estructura típica de una potestad discrecional, de tipo valorativo o técnico”²⁹.

61. Adicionalmente, cabe señalar que la postura del Dr. Bullard, de considerar que la declaración de necesidad pública es de carácter reglado, y, por ende que, una vez verificada la existencia de un interés por parte de un extranjero de invertir en los 50 kilómetros de la frontera, el Consejo de Ministros se encuentra en obligación de declarar dicha inversión de necesidad pública, de manera directa y automática, parte de una premisa errada. Y es que, la diferencia entre las potestades regladas y discrecionales de la Administración Pública es utilizada para distinguir entre los actos administrativos discrecionales y reglados. Al respecto, BREWER-CARIAS, prestigioso académico y abogado venezolano, citando a la Antigua Corte Federal de Venezuela señala que:

²⁸ Grethel Arias Gayoso y Jorge Luis Borges Frías, *Discrecionalidad y Legalidad* 6 (2009) [Anexo R-357].

²⁹ Miguel Sánchez Morón, SIETE TESIS SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA 4-5 (1997) [Anexo R-358].

“Los actos administrativos son de dos categorías: los discrecionales, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y los reglados, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley.”³⁰

62. Sin embargo, dichos criterios no son aplicables para determinar si la declaración de necesidad pública es de carácter discrecional o no, pues, a diferencia de los actos administrativos que son emitidos en ejercicio de la función administrativa, la declaración de necesidad pública es emitida en ejercicio de la función de gobierno atribuida a la máxima instancia política del Estado Peruano. Como bien señala BACA, prestigioso abogado y autor de numerosos artículos sobre Derecho Administrativo peruano:

“La línea divisoria entre Gobierno y Administración quedaría trazada a través del Ministro, que al mismo tiempo formaría parte del Gobierno, en tanto miembro del Consejo de Ministros, y de la Administración, al ser cabeza de uno de los Departamentos ministeriales en que ésta organiza. En consecuencia, el Ministro sería el nexo de unión entre estas dos instituciones constitucionalmente diferenciadas”³¹. (Énfasis agregado)

63. Por lo demás, incluso si aplicásemos la distinción entre las potestades regladas y discrecionales, no se podría válidamente afirmar que la declaración de necesidad pública a que se refiere el artículo 71 de la Constitución constituye una potestad reglada. Ello pues, estas

³⁰ Allan R. Brewer-Carías *Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional*, ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROF. MARIANO R. BRITO 610 (2007) [Anexo R-359]. El autor cita la sentencia de la Antigua Corte Federal de Venezuela de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, 2ª etapa, No.1, Caracas 1953, p. 151.

³¹ Víctor Baca Oneto, LOS ACTOS DE GOBIERNO, COLECCIÓN JURÍDICA, UNIVERSIDAD DE PIURA 56 (2003) [Anexo R-360].

suponen que, una vez verificado la configuración del supuesto de hecho descrito por la norma respectiva, la autoridad pública se encontrará en la obligación de aplicar, de manera directa y automática, la consecuencia prevista por dicha norma.

64. En el caso bajo análisis, el supuesto de hecho previsto en el segundo párrafo de la norma es que los extranjeros no pueden adquirir o poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad. La consecuencia ante el incumplimiento de dicha prohibición es la pérdida del derecho adquirido en beneficio del Estado. Ahora bien, en cuanto a la excepción prevista a dicha prohibición general, el supuesto de hecho es que se declare un caso de necesidad pública y la consecuencia será la habilitación para adquirir derechos dentro de los 50 kilómetros de la frontera.

65. Como se puede apreciar, para que se aplique la consecuencia antes mencionada, es necesario previamente haber evaluado y declarado de necesidad pública una determinada inversión extranjera en un caso concreto. Lo afirmado por el Dr. Bullard conllevaría a sostener que, una vez verificada la solicitud de inversión privada por parte de un extranjero dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera, se debería otorgar necesaria y automáticamente, la declaración de necesidad pública, lo cual no resiste ningún análisis. La necesidad pública no se presume. No existe una presunción de que toda inversión privada extranjera dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera será de necesidad pública para el Estado peruano. De lo contrario, lo establecido en la propia Constitución carecería de sustento, en tanto que, se ha regulado la necesidad de emitir un decreto supremo que declare dicha necesidad.

66. En realidad, la declaración de necesidad pública es una decisión excepcional y discrecional del Consejo de Ministros. Contrariamente a lo señalado por el Dr. Bullard, ello no

quiere decir que el Consejo de Ministros tenga “libertad absoluta para decidir si declara o no necesidad pública.”³² La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, la discrecionalidad permite a una entidad pública adoptar una decisión en razón a otras circunstancias que escapan de las previsiones normativas, las mismas que sirven para terminar de definir el contenido del supuesto de hecho o de las consecuencias jurídicas que resultan aplicables al caso concreto. La definición de discrecionalidad antes mencionada se condice con la discrecionalidad intermedia definida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia, según la cual:

“La discrecionalidad intermedia: Es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”.³³

67. Uno de los ámbitos típicos en donde el Estado ejerce discrecionalidad es en las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. En efecto, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, uno de los ámbitos en los cuales se ejerce la discrecionalidad es el político. Éste se entiende como “el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado”, que opera en el ámbito de la denominada “cuestión política”, y para el cual, se cuenta con el mayor grado de arbitrio o libertad para decidir y se refiere a las funciones vinculadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del Poder gubernamental.³⁴ En ese sentido, se aplica “en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones

³² Ver Informe de Experto de Alfredo Bullard, 6 de enero de 2016, (“Segundo Informe de Bullard”), párra. 11.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, 5 de julio de 2004, p. 5 [Anexo R-096].

³⁴ Víctor Sebastián Baca Oneto, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 182 (Revisa 2012) (“Baca Oneto, *La Discrecionalidad*”) [Anexo R-361].

internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc. (...).”³⁵

68. Siendo ello así, es claro que la facultad atribuida al Consejo de Ministros para determinar en qué casos una determinada inversión privada extranjera en los cincuenta kilómetros de la frontera resulta de necesidad pública para el Estado y, por tanto, habilitar la adquisición de derechos en dicha zona, es discrecional. La norma constitucional no dispone cuáles son los motivos por los que se puede denegar dicha habilitación. Sin embargo, en la medida que, tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano, la finalidad de la prohibición estipulada en dicha norma es la preservación de la Seguridad Nacional, no podría declararse de necesidad pública un determinado proyecto si supone un peligro para la seguridad nacional.

69. En este punto, no comparto la opinión que el Estado solo pueda denegar la declaración de necesidad pública por motivos de defensa externa,³⁶ pues, como hemos mencionado, la Seguridad Nacional es un concepto integral que no solo abarca la defensa externa, sino también, el orden interno.

70. Con relación al Decreto Supremo No. 162-92-EF, que aprueba el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada,³⁷ que fue mencionado por el Dr.

³⁵ Baca Oneto, *La Discrecionalidad* a 182 [Anexo R-361].

³⁶ Ver Primer Informe de Bullard, párra. 142.

³⁷ Decreto Supremo Nro. 162-92-EF, Artículo 32.- “De conformidad con lo prescrito en el artículo 126 de la Constitución de 1979 y el artículo 13 del Decreto Legislativo No. 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.

Bullard,³⁸ con referencia al supuesto procedimiento para la emisión del decreto supremo que declara la necesidad pública, se debe precisar que dicha norma fue emitida bajo la Constitución de 1979. Por tanto, aquellas disposiciones que sean contrarias a la Constitución vigente no resultan aplicables. Sin perjuicio de ello, se puede observar que del propio Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, se desprende que la Seguridad Nacional comprende tanto el orden interno como la defensa externa, por lo que, resulta contradictorio que posteriormente el Dr. Bullard sostenga que la seguridad nacional únicamente incluye la defensa externa.³⁹

71. Adicionalmente, el decreto supremo que aprueba una declaración de necesidad pública no es un acto administrativo por estar incluido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, “TUPA”) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “MINEM”), como alega el Dr. Bullard.⁴⁰ El Dr. Bullard sostiene que se trata de una potestad reglada, cuya emisión es automática una vez que se acredita el cumplimiento de los requisitos previstos en el TUPA. La conclusión del Dr. Bullard es equivocada.

72. En primer lugar, según lo expuesto en el artículo 37 de la LPAG,⁴¹ el TUPA es una mera recopilación de los procedimientos a cargo de las entidades del Estado regulados en

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”. (Énfasis agregado) [Anexo Bullard-023].

³⁸ Ver Primer Informe de Bullard, párras. 128-138.

³⁹ Ver Primer Informe de Bullard, párra. 140.

⁴⁰ Ver Segundo Informe de Bullard, párras 12-21.

⁴¹ Ley N° 274444 a 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:

distintas normas. Se trata, pues, de un instrumento al servicio del ciudadano, que tiene por finalidad la simplificación administrativa de los trámites que los ciudadanos se ven en la necesidad de realizar frente a las entidades del Estado, según sus intereses.

73. En este sentido, el TUPA no tiene un contenido propio, sino que sistematiza en un mismo cuerpo normativo los procedimientos previamente regulados por otras normas jurídicas. Es decir, el TUPA no crea derecho, sino que, simplemente, recopila normas existentes sobre distintos procedimientos administrativos.

74. Siendo esto así, la inclusión del procedimiento para la aprobación de inversión para la adquisición de propiedades mineras e inversiones por extranjeros en zonas de frontera (Procedimiento 53) en el TUPA del MINEM no implica que la emisión del decreto supremo que declara la existencia de necesidad pública, sea considerado como un acto administrativo y, menos aún, de carácter reglado.

75. Lo anterior pues, la existencia de un procedimiento administrativo regulado para la emisión de la declaración de necesidad pública no enerva el carácter discrecional de

-
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. (...)” [Anexo Bullard-005].

dicha decisión. Como sabemos, el procedimiento administrativo es el cauce que sirve para la actuación de las entidades públicas. El hecho que el procedimiento para solicitar la declaración de necesidad pública en el marco del artículo 71 de la Constitución se encuentre regulado y recogido en el TUPA del MINEM, no evidencia su carácter regulado, sino, por el contrario, evidencia que la Administración a fin de facilitar y seguridad jurídica y orden ha planteado cuales son los pasos y requisitos para solicitar dicha declaración. El TUPA no determina que una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, corresponde aprobar la solicitud.

76. Y es que, el TUPA o, propiamente, la regulación de un procedimiento administrativo, no determina la naturaleza jurídica de la decisión emitida por la Administración como resultado de dicho procedimiento, ni su carácter reglado o discrecional. Prueba de ello, es que existen actos administrativos de carácter indiscutiblemente discrecional cuya emisión está sujeta a un procedimiento regulado en el que se establecen requisitos y plazos.

77. Tal es el caso de las iniciativas privadas reguladas por el Decreto Legislativo No. 1224, cuyo proceso está incluido en un TUPA. Las iniciativas privadas, son definidas por ley, como peticiones de gracia;⁴² es decir, son la máxima manifestación de la discrecionalidad estatal pues el Estado puede rechazarlas sin siquiera motivar su decisión. A pesar de ello, el Reglamento del Decreto Legislativo No. 1224 aprobado por Decreto Supremo No. 410-2015-EF regula el procedimiento para su tramitación, evaluación y eventual aprobación. Mal podría

⁴² Decreto Legislativo N° 1224, *Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*, 25 de febrero de 2016.

“Artículo 33.4.- Las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que sea pertinente. En consecuencia, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin posibilidad de cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial. Las iniciativas privadas mantienen su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda, en cuyo caso es de aplicación lo dispuesto en las respectivas bases y/o en la legislación aplicable en lo que sea pertinente; o hasta la suscripción del contrato correspondiente en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados” [Anexo R-362].

afirmarse que, el hecho de que, exista un procedimiento regulado hace que la aprobación de una iniciativa privada sea automática y obligatoria una vez verificado que el particular ha cumplido los requisitos previstos en dicha norma.

78. Por lo tanto, la existencia de un procedimiento en el TUPA del MINEM sobre la solicitud de declaración de necesidad pública no contradice el carácter discrecional de dicha decisión ni menos aún determina que afirmar dicha condición sea contraria al marco legal peruano.⁴³

III. BEAR CREEK VIOLÓ EL ARTÍCULO 71 DE LA CONSTITUCIÓN

79. En el caso concreto, tal como ha sido reconocido en el Memorial de la parte 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 y suscribiera contratos de opción con Bear Creek.⁴⁴

80. Es así que, Jenny Karina Villavicencio, empleada y representante legal de Bear Creek, presentó 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).⁴⁵

81. Jenny Karina Villavicencio suscribió contratos de opción con Bear Creek el 17 de noviembre de 2004⁴⁶ (concesiones Karina 9A, Karina 1, Karina 2 y Karina 3) y el 5 de diciembre de 2004⁴⁷ (concesiones Karina 5, Karina 6 y Karina 7) en virtud de los cuales, se otorgó a Bear Creek una opción de transferencia exclusiva e irrevocable para que en el plazo

⁴³ Ver Segundo Informe de Bullard, párras. 12 y 13.

⁴⁴ Ver Memorial de la Demandante, 29 de mayo de 2015, párra. 25.

⁴⁵ Ver Memorial de la Demandante, 29 de mayo de 2015, párra. 26.

⁴⁶ Ver Contrato de Opción del 17 de noviembre de 2004 [Anexo C-0016]

⁴⁷ Ver Contrato de Opción del 5 de diciembre de 2004 [Anexo C-0016].

indicado en los respectivos contratos, Bear Creek decida a su sola discreción adquirir para si o para un tercero el cien por cien (100%) de la propiedad minera.⁴⁸

82. Ahora bien, Jenny Karina Villavicencio obtuvo los títulos mineros el 5 de julio de 2006 (Karina 2 y Karina 3), 8 de agosto de 2006 (Karina 1), 26 de septiembre de 2006 (Karina 9A), 28 de febrero de 2008 (Karina 5, Karina 6 y Karina 7).⁴⁹

83. Bear Creek solicitó la declaración de necesidad pública el 5 de diciembre de 2006. El Decreto Supremo No. 083 de 2007 declaró de necesidad pública la inversión de Bear Creek, y autorizó a la compañía obtener las concesiones mineras Karina 9A, Karina 1, Karina 2, Karina 3, Karina 5, Karina 6 y Karina 7. Bear Creek adquirió todas las concesiones mineras el 3 de diciembre de 2007.

84. El Dr. Bullard sostiene que Bear Creek no violó el Art. 71 de la Constitución porque: i) el Estado ya conocía los contratos de opción entre Jenny Karina Villavicencio; ii) los contratos de opción no fueron actos simulatorios; y, iii) cualquier irregularidad fue subsanada por la declaración de necesidad pública otorgada por el Estado.⁵⁰ Sin embargo, como demostraremos a continuación, dichos argumentos no tienen asideros jurídicos sólidos.

A. JENNY KARINA VILLAVICENCIO ACTUÓ COMO INTERPÓSITA PERSONA EN LA ADQUISICIÓN INDIRECTA DE LAS CONCESIONES MINERAS POR PARTE DE BEAR CREEK

85. Como he señalado, el artículo 71 de la Constitución establece que un extranjero no puede adquirir o poseer, por título alguno, minas o tierras, directa o indirectamente, salvo que se obtenga una declaración de necesidad pública. Dicha norma prohíbe expresamente la

⁴⁸ Ver Contrato de Opción del 5 de diciembre de 2004, Cláusula 2; Contrato de Opción del 17 de noviembre de 2004, Cláusulas 1 y 2 [Anexo C-0016].

⁴⁹ Ver Memorial de la Demandante, 29 de mayo de 2015, párra. 27.

⁵⁰ Ver Segundo Informe de Bullard, párras. 56-99.

adquisición indirecta, individual ni en sociedad, de derechos dentro los cincuenta kilómetros de la frontera⁵¹.

86. En el presente caso, Bear Creek adquirió indirectamente -a través de la Sra. Villavicencio- los derechos mineros del Proyecto Santa Ana, antes de haber obtenido la declaración de necesidad pública requerida. Prueba de que la Sra. Villavicencio fue utilizada como una interpósita, incluye los siguientes hechos: i) La Sra. Villavicencio era empleada de Bear Creek; ii) la Sra. Villavicencio era apoderada de Bear Creek; y, iii) Bear Creek asumió todos los costos de la adquisición y mantenimiento de los derechos mineros y desarrolló todas las actividades dentro de las propiedades.

87. La figura de la persona interpósita alude a la simulación de los negocios jurídicos. Siguiendo a LOHMANN, importante jurista peruano y autor de numerosos artículos de la materia, las características de un acto simulado son las siguientes: i) 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; ii) la divergencia entre lo querido y lo que se declara debe ser consciente, es decir, a sabiendas de la existencia de dos realidades diferentes; y, iii) el convenio o acuerdo de simulación (acuerdo simulatorio) entre los partícipes de la simulación.⁵²

88. Si bien es cierto, la Sra. Villavicencio solicitó y adquirió los derechos mineros del Proyecto Santa Ana a nombre propio, quien ejercía fácticamente la titularidad de dichos derechos era Bear Creek.

89. En efecto, ha quedado acreditado, a partir de los hechos relatados por la misma Bear Creek que la Sra. Villavicencio no tenía libertad plena en su actuación respecto de las

⁵¹ Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [Anexo R-001].

⁵² Guillermo Luca de Tena Lohmann, EL NEGOCIO JURÍDICO, 2D EDICIÓN 364-366 (1994) [Anexo R-363].

concesiones mineras obtenidas.⁵³ Por lo demás, también se ha reconocido que la Sra. Villavicencio solicitó los petitorios mineros a raíz de las gestiones realizadas por el Sr. César Ríos quien ocupaba el cargo de geólogo empleado por Bear Creek.⁵⁴

90. Bear Creek alega que durante el tiempo en el que la Sra. Villavicencio tuvo a “título propio” las concesiones, la empresa siempre actuó en nombre y representación de la señora Villavicencio.⁵⁵ Sin embargo, ello no resiste menor análisis pues es evidente que Bear Creek no actuaba en beneficio de los intereses de la Sra. Villavicencio, sino que, por el contrario, la Sra. Villavicencio actuaba en nombre y representación de Bear Creek atendiendo los intereses de la empresa y no los suyos. Lo anterior puesto que la Sra. Villavicencio mantenía una relación laboral con Bear Creek, por lo que no tenía plena libertad en decidir si seguir o no las instrucciones de Bear Creek respecto a las concesiones mineras.⁵⁶ Por lo demás, se ha reconocido que solicitó los petitorios mineros por las gestiones realizadas por otro empleado de Bear Creek y no solventó los costos del proyecto, sino que estos fueron asumidos por Bear Creek.

91. Así, en la medida que los títulos mineros fueron adquiridos en el 2006 antes de que se emita el Decreto Supremo No. 083 del 2007, éstos fueron obtenidos en vulneración de la prohibición prevista en el artículo 71 de la Constitución. Por lo tanto, en virtud de lo previsto en dicha norma, los títulos mineros obtenidos por la Sra. Villavicencio en nombre de Bear

⁵³ Ver Memorial de la Demandante, párras. 25-32, 39-43.

⁵⁴ Ver Memorial de la Demandante, párras. 20-32.

⁵⁵ Ver Réplica de la Demandante, párras. 29-30.

⁵⁶ Ver Memorial de la Demandante, p. v.

Creek en el 2006 pasarían a ser de propiedad del Estado, toda vez que la norma establece dicha prohibición “bajo pena de perder, en beneficio del Estado el derecho así adquirido.”⁵⁷

92. No sobra resaltar nuevamente que la obtención de las concesiones mineras a través de la Sra. Villavicencio, constituye un fraude a la Constitución, tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional:

“(…) Se desprende de ello que no pueden adquirir ni poseer directa ni indirectamente, es decir, queda excluido hacerlo a través de sociedades u otras personas jurídicas, o de interpósita persona; pues dichos actos adolecerían de simulación y fraude inconstitucional.”⁵⁸ (Énfasis agregado).

93. Se trata de un fraude a la Constitución pues, en virtud de la norma que regula la solicitud y adquisición de concesiones mineras, se pretendió vulnerar la prohibición prevista en el artículo 71 de la Constitución respecto a la adquisición de derechos sobre recursos naturales por parte de extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera.

94. Una prueba adicional de ello son los contratos de opción celebrados entre la Sra. Villavicencio y 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. Estos contratos fueron suscritos incluso antes de que la Sra. Villavicencio obtuviera título sobre las concesiones mineras, por lo cual es evidente que nunca tuvo un derecho sin afectación sobre las concesiones.

95. Los contratos de opción antes referidos evidencian que la Sra. Villavicencio nunca tuvo una real intención de obtener para sí las concesiones mineras sobre el Proyecto Santa Ana. Por el contrario, solicitó y obtuvo dichos derechos mineros en beneficio y a

⁵⁷ Constitución del Perú de 1993, Art. 71 [Anexo R-001].

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 04966-2008-PA/TC Fundamento jurídico 5[Anexo C-0028].

solicitud de Bear Creek, de modo que, fue éste quien efectivamente ejerció las facultades como titular de las concesiones mineras del Proyecto Santa Ana incluso antes de ejercer la opción.

96. Así, los contratos de opción fueron utilizados para eludir el requisito constitucional de obtener una declaración de necesidad pública para que un extranjero pueda poseer directa o indirectamente derechos mineros en zona de frontera. Contrariamente a lo que alega Bear Creek, la Sra. Villavicencio no tenía plena libertad en decidir si seguir o no las instrucciones de Bear Creek respecto de las concesiones mineras. Lo anterior pues, como hemos señalado, la Sra. Villavicencio era empleada de Bear Creek y, por lo tanto, se encontraba bajo el control de la empresa.

97. Además, los contratos de opción evidencian que Bear Creek tenía control sobre las concesiones y sobre las actividades que se realizaban en el área concesionada, aún antes de obtener la declaración de necesidad pública. Por ejemplo, según los términos de los Contratos de Opción, Bear Creek asumiría todos los costos relacionados con las solicitudes de las concesiones mineras por Jenny Karina Villavicencio y con el mantenimiento de las concesiones. Es decir, Jenny Villavicencio era tan solo un instrumento mediante la cual, Bear Creek poseía de manera indirecta derechos mineros en zona de frontera.

B. EL DECRETO NO. 083 NO CONVALIDÓ LA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL

98. Bear Creek alega que obtuvo los derechos mineros tan solo después de haber obtenido la declaración de necesidad pública mediante el Decreto Supremo No. 083-2007-EM (“Decreto Supremo No. 083”).⁵⁹ Bear Creek también alega que por esta razón no violó lo previsto en el artículo 71 de la Constitución del Perú.⁶⁰ Esto es incorrecto.

⁵⁹ Ver Réplica de la Demandante, párra. 195.

⁶⁰ Ver Réplica de la Demandante, párra. 195.

99. Como he señalado en los anteriores acápite la transferencia de derechos mineros a Bear Creek se encontraba viciada desde que la Sra. Villavicencio obtuvo los derechos mineros, toda vez que está acreditado que la solicitud de los petitorios mineros y posterior obtención de las concesiones mineras del Proyecto Santa Ana fueron realizados para favorecer a Bear Creek, es decir, no en nombre de la Sra. Villavicencio, sino en nombre de la empresa.

100. Además, se ha configurado un fraude a la ley pues la Sra. Villavicencio fue utilizada como un instrumento para eludir el cumplimiento de la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución, de modo que, Bear Creek adquirió indirectamente, a través de la Sra. Villavicencio derechos sobre las concesiones mineras del Proyecto Santa Ana sin que medie declaración de necesidad aprobada mediante decreto supremo.

101. En relación a ello, el Dr. Bullard alega que no tiene sustento señalar que porque Bear Creek había ejercido una propiedad indirecta sobre las concesiones antes de obtener la declaración de necesidad pública, no puede luego legalmente obtener dicha declaración y ejercer legalmente la propiedad sobre las concesiones.⁶¹ Es decir, de acuerdo al Dr. Bullard, cualquier irregularidad fue subsanada una vez se otorgó la declaración de necesidad pública.

102. Discrepo con lo expuesto por el Dr. Bullard puesto que:

(i) La Constitución prohíbe expresamente el ejercicio de derecho de propiedad o la posesión de tierras o derechos sobre recursos humanos dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera por parte de ciudadanos extranjeros directa o indirectamente.

(ii) Se ha acreditado que la transferencia de derechos mineros a Bear Creek se encontraba viciada desde que la Sra. Villavicencio obtuvo las concesiones mineras, pues ésta actuó como una interpósita persona en favor de Bear Creek.

⁶¹ Ver Segundo Informe de Bullard, párras. 89-96.

(iii) Por tanto, Bear Creek adquirió indirectamente las concesiones mineras del Proyecto Santa Ana, ubicadas dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Bolivia, sin que existiera una previa declaración de necesidad pública de dicha inversión que habilitara a la empresa a efectuar dicha adquisición, vulnerándose así el segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución.

(iv) El ordenamiento jurídico peruano no contempla la convalidación de actos inconstitucionales o ilegales; sino, que únicamente prevé la ratificación⁶² (para los vicios en la representación o actos realizados sin legitimidad) y la confirmación⁶³ (para vicios de anulabilidad). En consecuencia, el hecho que el Estado haya autorizado en el 2007 a Bear Creek a adquirir las concesiones mineras del Proyecto Santa Anta no significa que haya “convalidado” la violación al artículo 71 de la Constitución por haber adquirido indirectamente, a través de una empleada de su empresa, derechos mineros en los cincuenta kilómetros de la frontera con Bolivia sin contar con la declaración de necesidad pública.

Por lo demás, bajo ninguna circunstancia la emisión del Decreto Supremo No. 083 implica que el Estado renuncia a su derecho a sancionar la violación cometida antes de la solicitud de la adquisición de concesiones mineras.

(v) El Decreto Supremo No. 083 tuvo por objeto declarar de necesidad pública el proyecto de inversión minera presentado por Bear Creek. Lo que se evaluó para su emisión no fue la legalidad de los contratos de opción ni de la obtención de los títulos mineros por parte de la Sra. Villavicencio, sino, exclusivamente si el proyecto presentado constituía o no de interés o necesidad pública para el Estado peruano. Así, tras la evaluación realizada discrecionalmente por el Consejo de Ministros, se optó por declarar de necesidad pública la adquisición por parte de Bear Creek de derechos mineros del Proyecto Santa Ana. De ningún modo puede argumentarse que dicha declaración de necesidad pública tuvo por efecto convalidar la ilegal adquisición de títulos mineros por parte de la Sra. Villavicencio cuando ello no fue objeto de análisis por parte del Consejo de Ministros.

103. Por otro lado, Bear Creek alega que el MINEM tenía pleno conocimiento de los contratos de opción suscritos con la señora Villavicencio al momento de emitirse la

⁶² Código Civil del Perú, Art. 162 [Anexo R-033].

⁶³ Código Civil del Perú, Art. 230 [Anexo R-033].

declaración de necesidad pública, por lo que, el Estado Peruano no puede alegar que dichos contratos son una violación del Artículo 71 de la Constitución.⁶⁴

104. Al respecto, se debe tener en cuenta que, a partir de los hechos relatados por Bear Creek se entiende que Bear Creek no le informó a MINEM que la Sra. Villavicencio, además de ser su apoderada, era empleada de la empresa en ese momento. Por lo demás, las facultades de representación otorgadas a la Sra. Villavicencio se encontraban en el Anexo IV de la solicitud de declaración de necesidad pública, en medio de cientos de páginas que acompañaban dicha solicitud. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que, Bear Creek no le informó al MINEM todo el alcance de su relación con la Sra. Villavicencio pues omitió dar a conocer la relación laboral mantenida con la Sra. Villavicencio. Por lo tanto, no es razonable alegar que MINEM aprobó la declaración de necesidad pública sabiendo la relación que existía entre la Sra. Villavicencio y Bear Creek.

105. Ahora bien, aún si el Ministerio de Trabajo, u otras entidades gubernamentales, pudieran tener información sobre la relación laboral de la Sra. Villavicencio y Bear Creek, la empresa no puede alegar que el MINEM conocía esta relación laboral, pues si bien es cierto el Estado es uno solo, está dividido en distintos poderes y distintas entidades quienes actúan de manera independiente entre sí, por lo que, no puede alegarse que en tanto el Ministerio de Trabajo tenía conocimiento de dicha relación laboral, ello también era de conocimiento del MINEM.

106. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que aún cuando el MINEM hubiera tenido conocimiento de la relación laboral entre la Sra. Villavicencio y Bear Creek, el error no genera derecho ni convalida situaciones fraudulentas. En efecto, aún si el MINEM debía haber

⁶⁴ Ver Réplica de la Demandante, párras. 35-38; Ver Segundo Informe de Bullard, párras 85-104.

sabido sobre la relación entre Jenny Karina Villavicencio y Bear Creek, la aprobación de la declaratoria de necesidad pública no es una renuncia del Estado a un futuro reclamo por la existencia de una violación constitucional.

107. En este punto, es necesario hacer referencia a la doctrina de los Actos Propios, citada por el Dr. Bullard como argumento para alegar que una vez el Estado aprobó la declaración de necesidad pública quedó inhibido de revocar la declaración por vicios que pudieran haber existido antes de la declaración. Al respecto, autores como ORTIZ, comentarista de la doctrina de actos propios, señala lo siguiente:

“La doctrina de los actos propios se originó en el afán de impedir que una respuesta ajustada al derecho sea, a la vez, la solución injusta para un caso concreto”.

108. De esta manera, en virtud de la Doctrina de los Actos Propios, no resulta admisible que un mismo sujeto lleve adelante una conducta determinada—usualmente denominada “conducta original”—generando una confianza legítima en la otra parte, producto de su buena fe, para luego pretender desconocer dicha conducta desarrollando otra posterior que abiertamente entra en contradicción con la anterior. Como se desprende de lo expuesto, la Doctrina de los Actos Propios pretende tutelar la buena fe y la confianza legítima que recaen sobre aquellos actos generadores de obligaciones y derechos, los cuales se verían vulnerados ante un eventual cambio de la conducta original.

109. Precisamente, como reconoce CLEVES, reconocido jurista, “La buena fe se define como sinónimo de probidad. (...) El principio de buena fe exige de los sujetos de derecho el cumplimiento leal, honrado y sincero de sus deberes para con el prójimo y el ejercicio, también leal, honrado y sincero de sus derechos.”⁶⁵ Si bien CLEVES es doctrinante

⁶⁵ María José Vivianna Cleves, EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA 48 (2007) [Anexo R-364].

del derecho colombiano, el principio de buena fe tiene la misma definición en el derecho peruano.

110. En atención a ello, en el presente caso, no cabe invocar la aplicación de la Doctrina de los Actos Propios, toda vez que no existió una conducta de buena fe por parte de Bear Creek, en tanto que la empresa adquirió indirectamente derechos mineros sobre el Proyecto Santa Ana ubicado dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Bolivia, a través de la Sra. Villavicencio, antes de contar con la declaración de necesidad pública efectuada mediante el Decreto Supremo No. 083 del 2007. Por tanto, siendo que la buena fe es el fundamento de la Doctrina de los Actos Propios, no puede invocarse su aplicación si está acreditado que una de las partes actuó de mala fe.

111. Por lo antes expuesto, la declaración de necesidad pública del proyecto de inversión planteado por Bear Creek aprobada mediante Decreto Supremo No. 083 no convalida automáticamente los vicios de inconstitucionalidad anteriores que recaen sobre la adquisición de los títulos mineros por parte de la Sra. Villavicencio, pues el Artículo 71 de la Constitución tiene por finalidad otorgarle al Estado la oportunidad de decidir en cualquier momento qué constituye o no una necesidad pública. Si se priva al Estado de dicha oportunidad, como ocurrió en este caso entre 2004 y 2007 cuando la Sra. Villavicencio era quien aparecía como beneficiaria de los derechos mineros, el Estado tiene el derecho a revisar su declaración de necesidad pública de 2007 y sancionar por cualquier vicio que existiera, toda vez que la adquisición de la Sra. Villavicencio suponía una adquisición indirecta por parte de Bear Creek.

IV. EL DECRETO 032 DE 2011 NO ES CONTRARIO AL DERECHO PERUANO

A. EL ESTADO EJERCIÓ CORRECTAMENTE SU DISCRECIONALIDAD AL EMITIR EL DECRETO NO. 032 DE 2011

112. Si bien es cierto que mediante el Decreto Supremo No. 083 del 2007, el Estado reconoció el carácter de necesidad pública de la inversión privada propuesta por Bear Creek en la frontera con Bolivia, habilitando así, la adquisición por parte de la empresa de las concesiones mineras para el desarrollo de actividades productivas dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera sur del país, debe tenerse en cuenta que ello no enerva la potestad discrecional del Estado peruano de dejar sin efecto dicha declaración de necesidad pública, en caso que se hubiera acreditado un cambio en las circunstancias que motivaron su calificación como tal.

113. Según la Exposición de Motivos de dicha norma, las razones que motivaron dicha declaración son, básicamente, socio-económicas.⁶⁶ Así, el Estado identificó un interés público en el desarrollo del proyecto propuesto por Bear Creek, en tanto se pensaba que éste contribuiría al aprovechamiento racional de los recursos naturales mediante las actividades de exploración y explotación minera, lo cual favorecería las actividades económicas relacionadas con el desarrollo minero, como por ejemplo, el ingreso de divisas en casos de exportación, recaudación de impuestos, generación de más puestos de trabajo (el efecto multiplicador al dar trabajo debidamente remunerado al personal del lugar).⁶⁷

114. Sin embargo, posteriormente, en razón de una serie de enfrentamientos sociales, se emitió el Decreto Supremo No. 032-2011-EM que derogó el Decreto Supremo No. 083-2007-EM antes mencionado. El Decreto Supremo No. 032-2011-EM fue emitido con la

⁶⁶ Ver Decreto Supremo Nro. 083-2007-EM, 29 de noviembre de 2007 (“Decreto Supremo Nro. 083”) [Anexo C-0004]

⁶⁷ Ver Decreto Supremo Nro. 083 [Anexo C-0004].

finalidad de resguardar las condiciones sociales de las áreas de los distritos de Huacullani y Kelluyo, en la provincia de Chucuito, departamento de Puno, es decir, de la zona en la que Bear Creek tenía planeado realizar sus inversiones.

115. Coincido con el Dr. Bullard en cuanto a que el Estado no podría válidamente derogar la declaración de necesidad pública sobre el proyecto de Bear Creek por el simple hecho de haber cambiado de opinión respecto a la necesidad pública que su proyecto suponía para la población del país. Ello podría considerarse una actuación arbitraria que excedería los límites de la discrecionalidad atribuida al Consejo de Ministros para realizar dicha evaluación. Pero, esto no fue lo que ocurrió en el presente caso.

116. El Decreto Supremo 032 del 2011 no fue emitido sin fundamento. Por el contrario, existen razones fácticas, económicas y sociales que justifican la validez de la derogación de la necesidad pública previamente declarada. Entiendo que en 2011 se suscitaron cambios en el contexto social de la zona que motivó, causando una situación crítica social en la región, que motivó que el proyecto de inversión planteado por Bear Creek dejara de ser compatible con el interés público del Estado.

117. Así, al emitir el Decreto Supremo No. 032-2011-EM, el Estado no actuó de manera ilegítima, sino que, su decisión de derogar el Decreto Supremo No. 083-2007-EM contó con un sustento razonable. Ello, puesto que, los diversos enfrentamientos sociales generados por la oposición de la población Aymara (grupo étnico mayoritario en Bolivia, con presencia en Puno-Perú) al desarrollo de actividades mineras en la zona, incluyendo el Proyecto Santa Ana, originaron que el Estado derogara el Decreto Supremo 083 de 2007.

118. La existencia de conflictos sociales en la zona en la que iba a realizarse la inversión de Bear Creek implicó la desaparición de las condiciones que fueron tomadas en

cuenta para la emisión del Decreto Supremo 083 de 2007,⁶⁸ pues los beneficios socio-económicos en los que se fundó dicho decreto ya no se producirían, en virtud del contexto social que se desencadenó dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera sur del país, y en todo el Departamento de Puno.

119. Inclusive, si nos remitimos al petitorio presentado por la Sra. Villavicencio en el 2004, se puede advertir que el trámite demoró más de lo debido por una controversia de delimitación de terreno de la Zona Reservada Aymara Lupaca. Por tanto, es evidente que la comunidad que se vería más impactada por la inversión de Bear Creek sería la Aymara, precisamente la comunidad que se oponía al desarrollo de actividades mineras y que es el grupo étnico mayoritario en Bolivia.

120. Por lo tanto, mediante el Decreto Supremo 032 del 2011, el Estado buscó proteger el orden interno y evitar una amenaza externa, resguardando así la Seguridad Nacional. Entiendo que durante dicha época el Perú vivió una serie de conflictos sociales en la zona de Puno originados por la oposición de las comunidades nativas a los proyectos mineros en la zona de frontera, por lo que, la emisión del Decreto Supremo 032 no responde a un caso aislado, sino que, fue parte de una política de gobierno adoptada en respuesta a los conflictos sociales suscitados. Es así que, en el mismo contexto en el que se emitió el Decreto Supremo 032, se emitieron los Decretos Supremos No. 033-2011-EM y No. 034-2011-EM⁶⁹

121. Adicionalmente, en el caso particular del Decreto Supremo 032, entiendo que la derogación de la declaración de necesidad pública respondió también a que el Estado descubrió que Bear Creek había adquirido indirectamente, a través de la Sra. Villavicencio, las

⁶⁸ Ver Decreto Supremo Nro. 032-2011-EM, 25 de junio de 2011 (“Decreto Supremo Nro. 032”) [Anexo C-0005].

⁶⁹ Ver Contra-Memorial de la Demandada, párras. 125-127.

concesiones mineras de manera indirecta antes de obtener la declaración de necesidad pública exigida por el artículo 71 de la Constitución.⁷⁰

122. Por lo tanto, contrariamente a lo que sostiene el Dr. Bullard,⁷¹ el Estado no actuó de manera arbitraria al emitir el Decreto Supremo 032 de 2011, sino que su decisión estuvo motivada en razones que ameritaron la pérdida de la necesidad pública en la adquisición o posesión de terrenos dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera por parte de Bear Creek.

123. Ahora bien, conforme se ha mencionado, tanto el Decreto Supremo No. 083-2007-EM como el No. 032-2011-EM, regulan intereses políticos del país. Precisamente por ello, son aprobados por el Consejo de Ministros, máxima instancia política del gobierno.⁷² En este sentido, como ha sido expuesto en el segundo acápite del presente Informe, la declaración de necesidad pública, así como su derogación, constituyen decisiones de carácter discrecional emitidas en ejercicio de la función de gobierno atribuida al Consejo de Ministros.

124. Como tales, existe un amplio margen de libertad—teniendo como límite la arbitrariedad—para sustentar, tanto la decisión de declarar de necesidad pública a un determinado proyecto, como para dejarla sin efecto. Por ende, aún si se considerara que existe una eventual insuficiente motivación del Decreto Supremo No. 032-2011-EM, ésta no es causal de su invalidez. Sin perjuicio de ello, considero que el Estado sí preciso cuál era la razón principal que ameritaba dicha derogación al referirse a “la existencia de circunstancias

⁷⁰ Ver Contra-Memorial de la Demandada, párras. 145-148.

⁷¹ Ver Segundo Informe de Bullard, párras 136-158.

⁷² Constitución del Perú de 1993

“Artículo 119.- La dirección y gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.” [Anexo R-001].

que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto”.⁷³

125. Además, se debe tener presente que no existe ninguna disposición normativa que establezca la exigencia de sustentar la derogación del decreto supremo emitido en el marco del artículo 71 de la Constitución únicamente por razones de amenaza o riesgo de la defensa exterior. El Estado puede tomar dicha decisión, con base en la ausencia de necesidad pública (requisito indispensable que establece el artículo 71 de la Constitución), en caso de un potencial peligro para la Seguridad Nacional, que es el bien jurídico que se busca tutelar por el artículo 71 de la Constitución, tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional.

126. Finalmente, cabe señalar que la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de amparo iniciado por Bear Creek carece de efectos jurídicos. Ello pues, Bear Creek desistió del proceso, por lo que no hay un pronunciamiento final con carácter de cosa juzgada. Según el artículo 6 del Código Procesal Constitucional, “en los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”⁷⁴ Por ende, la sentencia del tribunal de primera instancia carece del valor de cosa juzgada.

127. Por otro lado, el artículo 343 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso de amparo, establece que el desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Por tanto, en virtud del desistimiento de Bear Creek, el proceso de amparo iniciado por la empresa se entiende por nunca iniciado, por lo que, lo actuado en éste, incluyendo la sentencia emitida en primera instancia, carece de efectos jurídicos.

⁷³ Ver Decreto Supremo Nro. 032 [Anexo C-0005].

⁷⁴ Código Procesal Constitucional, mayo 28, 2004, Art. 6 [Anexo R-106].

128. Adicionalmente, el tribunal de primera instancia que revisó la acción de amparo de Bear Creek, se equivocó al concluir que el Decreto Supremo No. 032 era violatorio de la Constitución del Perú. Como ya se mencionó con anterioridad, el Decreto Supremo No. 032 fue un acto de gobierno que se emitió en el ejercicio no arbitrario y apropiado de su potestad discrecional del Estado ante una situación crítica social y el descubrimiento de una violación constitucional por parte de Bear Creek.

B. LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD PÚBLICA NO ES UN ACTO ADMINISTRATIVO, POR LO CUAL SU DEROGACIÓN—NO REVOCACIÓN—NO DEBE SEGUIR LOS PROCEDIMIENTOS Y REQUISITOS DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (LPAG).

129. En el anterior acápite hemos fundamentado que, así como el Estado ejerce discrecionalidad para otorgar la declaración de necesidad pública a un extranjero en zona de frontera, el Estado puede ejercer su discrecionalidad para dejar sin efecto dicha declaración de necesidad pública. Por ejemplo, si las circunstancias en la zona cambian y si la actividad de los extranjeros no es necesaria y afecta de manera adversa el interés público, el Estado puede dejar sin efecto la declaración de necesidad pública para, entre otras razones, salvaguardar otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como es el caso de la Seguridad Nacional.

130. Ahora bien, según el Dr. Bullard, el Estado sólo está facultado para revocar la autorización del artículo 71 excepcionalmente, si ello es compatible con el régimen general. Si un acto no puede afectar la propiedad en general, entonces ese acto no puede tampoco afectar la propiedad del extranjero ya autorizada por el Estado dentro de los 50 km de frontera.⁷⁵

131. Sin embargo, como explico a continuación, dicha afirmación parte de una premisa errada, consistente en atribuir a la declaración de necesidad pública referida en el

⁷⁵ Ver Informe de Experto de Alfredo Bullard, 6 de enero de 2016 (“Segundo Informe de Bullard”), párras 114–135.

artículo 71 de la Constitución el carácter de un acto administrativo y, en consecuencia, aplicar las reglas previstas en la LPAG para la anulación o revocación de dichos actos.

132. El decreto supremo mediante el cual el Consejo de Ministros declara de necesidad pública un determinado proyecto de inversión extranjera y habilita la adquisición de derechos dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera no es un acto administrativo. Si bien es cierto, dicho decreto supremo adolece de una de las principales características de las normas jurídicas, pues no tiene carácter general, sino, específico, no por ello debe recibir el tratamiento jurídico de un acto administrativo.

133. Como se ha desarrollado extensamente en el segundo acápite del presente Informe, el decreto supremo aludido en el artículo 71 de la Constitución es una figura *sui generis* común en el Derecho peruano que no encaja en estricto ni en la definición de una norma jurídica ni de un acto administrativo. Se trata de un instrumento normativo que en cuanto a la forma es típicamente una norma reglamentaria pero cuyo contenido es específico. Por ello, hemos calificado el decreto supremo a que se refiere el artículo 71 de la Constitución como una decisión emitida por el Consejo de ministros en ejercicio de la función de gobierno mediante un instrumento normativo.

134. Así, el Decreto Supremo 083 del 2007 no se rige por las disposiciones de la LPAG, cuya aplicación se restringe a los actos administrativos (entendidos como actuaciones concretas de las entidades públicas emitidas en ejercicio de la función administrativa atribuida por alguna norma de rango legal).

135. Sostener que, por tener un contenido específico, el Decreto Supremo No. 083 constituye un acto administrativo y, por tanto, se rige por la LPAG, implicaría aceptar que dicho decreto supremo es susceptible de ser cuestionado en la vía administrativa, como ocurre

con los actos administrativos. Es más, el agotamiento de la vía administrativa es requisito para acceder al fuero jurisdiccional para cuestionar la validez de un determinado acto administrativo.

136. En este escenario, me pregunto, ¿cuál sería el procedimiento de impugnación administrativa del Decreto Supremo 032 o 083? ¿Una entidad administrativa podría anular un decreto supremo emitido por el Consejo de Ministros? Evidentemente, la respuesta es negativa. Ello pues, tratándose de una figura *sui generis*, que tiene elementos tanto de una norma jurídica como de un acto administrativo, la forma determina sus mecanismos de impugnación, así como el régimen legal aplicable para determinar su validez. De este modo, no es aplicable las causales de revocación previstas en la LPAG ni menos aún el plazo de prescripción para la declaración de nulidad de oficio previsto en dicha norma. Al respecto debo notar que Bear Creek entendía que el Decreto Supremo No. 032 no era un acto administrativo cuando éste fue emitido, pues, según entiendo, Bear Creek no impugnó el Decreto mediante la vía administrativa. Por el contrario, impugnó el Decreto a través de una acción de amparo.

137. En atención a ello, el Decreto Supremo 032 no ha “revocado” en el sentido establecido en la LPAG la decisión adoptada por el Decreto Supremo 083, sino que ha dejado sin efecto dicha declaración de necesidad pública mediante su derogación. El Dr. Bullard alega que en el caso negado que se determine que el Estado sí podía afectar la propiedad de Bear Creek a través de una derogación, la desaparición de la necesidad pública debió haberse dado a través de una norma con rango legal. Ello, considerando que la declaratoria de necesidad pública se sustentó en dos normas con dicho rango (Decreto Legislativo 757 y Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería).

138. Sin embargo, independientemente de que el Decreto Legislativo 757 reconozca de manera general el interés público en las inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras, ello no implica que la declaración de necesidad pública efectuada mediante el Decreto Supremo No. 083 del 2007 se haya basado en dicha norma o haya aplicado lo previsto en dicha norma. Por tanto, es falso que para derogar el Decreto Supremo No. 083 se requería una norma con rango legal. En este punto, debe quedar claro que, mediante el Decreto Supremo 032 del 2011 no se pretendía derogar el Decreto Legislativo 757, sino, mas bien, dejar sin efecto la decisión adoptada mediante el Decreto Supremo No. 083 del 2007, el cual estaba referido específicamente a la necesidad pública de la inversión propuesta por Bear Creek.

139. Finalmente, aún si se considerase que el Decreto Supremo No. 083 del 2007 es un acto administrativo y, por ende, está sometido a las causales de revocación previstas en la LPAG, el Decreto Supremo No. 032 del 2011 calza en el supuesto de hecho previsto en el inciso 203.2.2 del artículo 203 de la LPAG. La citada norma autoriza al Estado a revocar los actos administrativos “cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada”.⁷⁶ En el presente caso, se configuró dicha causal de revocación toda vez con motivo de los conflictos sociales suscitados en la región, desapareció el orden público, el cual es una condición indispensable para el desarrollo de actividades mineras, por lo que, no podía mantenerse la validez de las concesiones mineras adquiridas por Bear Creek.

⁷⁶ Ley N° 27444, Art.203.2.2 [Anexo Bullard-005].

V. CONCLUSIONES

140. El artículo 71 de la Constitución establece, por regla general, una prohibición para los extranjeros para que adquieran o posean, directa o indirectamente, tierras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. Excepcionalmente, se levantará dicha prohibición, solo si existe un caso de necesidad pública previamente identificada y declarada como tal por el Consejo de Ministros mediante Decreto Supremo.

141. El Decreto Supremo, establecido por el artículo 71 de la Constitución, es una figura *sui generis* caracterizada por ser una norma singular autoritativa, en la medida que se trata de un decreto supremo (norma reglamentaria) con efectos específicos y concretos en un administrado que autoriza el ejercicio de derechos a favor de extranjeros dentro de los 50 kilómetros de la frontera. Sin embargo, el carácter autoritativo del Decreto Supremo no hace que pierda el carácter de norma singular autoritativa. En efecto, se trata de un acto dictado en ejercicio de la función gubernamental del Consejo de Ministros aprobado mediante un instrumento legal de carácter normativo.

142. El Estado, mediante el Consejo de Ministros, puede valorar tanto factores internos como externos, para motivar su decisión de declarar de necesidad pública una inversión, pues una de sus funciones es velar por el orden interno, que forma parte del concepto integral de Seguridad Nacional. La facultad atribuida al Consejo de Ministros para determinar en qué casos una determinada inversión privada extranjera en los cincuenta kilómetros de la frontera resulta de necesidad pública para el Estado es una decisión discrecional, lo cual no implica que sea una decisión arbitraria, sino que, el Consejo de Ministros tiene un amplio margen de valoración para determinar lo que beneficiará a la población en general.

143. La inclusión del procedimiento para la declaración de necesidad pública para la adquisición de propiedades mineras e inversiones por extranjeros en zonas de frontera en el TUPA del MINEM, no implica que el decreto supremo a que se refiere el artículo 71 de la Constitución tenga el carácter de acto administrativo y, menos aún, que sea un acto administrativo reglado. El TUPA no es una fuente de derecho, sino, más bien, una recopilación de normas preexistentes con fines de simplificación administrativa. Por tanto, el TUPA no determina la naturaleza jurídica de ningún acto administrativo.

144. Ha quedado acreditado que la Sra. Villavicencio adquirió las concesiones mineras del Proyecto Santa Ana, actuando en nombre y representación de Bear Creek y atendiendo los intereses de la empresa y no los suyos. Ello pues, solicitó los petitorios mineros a raíz de las gestiones realizadas por el Sr. César Ríos quien ocupaba el cargo de geólogo empleado por Bear Creek, no tenía libertad plena en su actuación respecto de las concesiones mineras obtenidas, mantenía una relación laboral con Bear Creek, por lo que no tenía plena libertad en decidir si seguir o no las instrucciones de Bear Creek respecto a las concesiones mineras; no solventó los costos del proyecto, sino que estos fueron asumidos por Bear Creek. Es decir, la Sra. Villavicencio actuó como interpósita persona de Bear Creek, por lo cual existe una violación constitucional del Artículo 71.

145. No es válido invocar la doctrina de los actos propios para sustentar que el Estado Peruano habría convalidado los vicios de inconstitucionalidad que recaen sobre la adquisición de los títulos mineros por parte de la Sra. Villavicencio mediante el Decreto Supremo No. 083 del 2007, pues el fundamento de dicha doctrina es el principio de buena fe y confianza legítima exigible para ambas partes de una relación jurídica. Por lo tanto, al haber adquirido indirectamente a través de la Sra. Villavicencio las concesiones mineras del Proyecto

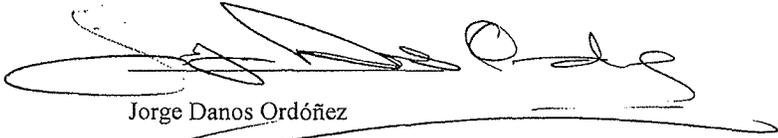
Santa Ana, Bear Creek no actuó con buena fe y, por tanto, no es viable aplicar la doctrina de los actos propios. Además, la Constitución –ni ninguna norma en el ordenamiento jurídico peruano- no prevé la convalidación de actos que la vulneren.

146. El Estado ejerció válidamente su potestad discrecional al emitir el Decreto No. 032 de 2011, mediante el cual se dejó sin efecto el Decreto Supremo 083 del 2007, pues sí se esbozaron argumentos que sustentaron dicha decisión. El Estado sí precisó cuál era la razón principal que ameritaba dejar sin efecto la declaración de necesidad pública contenida en el Decreto Supremo No. 083 al haber invocado “la existencia de circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto”.

147. El Decreto Supremo 032 del 2011 no ha “revocado” en el sentido establecido en la LPAG la decisión adoptada por el Decreto Supremo 083, sino que ha dejado sin efecto dicha declaración de necesidad pública mediante su derogación. Las disposiciones de la LPAG no resultan aplicables para dichos decretos supremos, pues estos no constituyen actos administrativos.

148. Sin perjuicio de ello, aun así se considerase que el Decreto Supremo No. 083 del 2007 es un acto administrativo y, por ende, está sometido a las causales de revocación previstas en la LPAG, el Decreto Supremo No. 032 del 2011 calza en el supuesto de hecho previsto en el inciso 203.2.2 del artículo 203 de la LPAG, según el cual, es válido revocar los actos administrativos “cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.”

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, consisting of several loops and flourishes, positioned above the printed name.

Jorge Danos Ordóñez

Fecha: 11 de abril de 2016

Anexo A



Jorge Danós Ordóñez

Socio

Lima, Perú

Tel: 51 (1) 618-8514

jorge.danos@bakermckenzie.com

Área Legal

Regulatoria

Áreas de Práctica

Derecho Administrativo
Regulatorio
Regulación de Servicios
Públicos Asociaciones Público
Privadas Telecomunicaciones
Concesiones e Infraestructura
Derecho Constitucional
Medio Ambiente

Idiomas

Español

Inglés

Estudio Ehecopar
asociado a Baker & McKenzie
International

Av. La Floresta 497. Piso 5.
San Borja. Lima 41 - Perú.

Tel: +51 1 618 8500

Fax: +51 1 372 7374

www.ehecopar.com.pe

Posee amplia experiencia en Derecho Administrativo en general, derecho de los mercados regulados, concesiones de infraestructura y de servicios públicos, y Derecho Constitucional, en especial lo referido a procesos constitucionales, derecho constitucional económico y tributario. Ha asesorado a numerosas entidades públicas en los procedimientos administrativos, procesos judiciales, así como en aspectos de Derecho Administrativo, Regulación de actividades económicas y Derecho Constitucional. Ha patrocinado intereses de agentes económicos y de importantes empresas privadas respecto de entidades estatales, tanto en sede administrativa como judicial. Ha participado en la elaboración de varias normas vigentes así como en el diseño jurídico de diversos procesos de promoción de la inversión privada en servicios e infraestructura pública. Chambers and Partners ha afirmado que "Es un especialista del derecho público muy reconocido por su pericia y experiencia en el derecho administrativo. Tiene gran conocimiento académico, dicen con entusiasmo los clientes, y sabe como usarlo para resolver los problemas".

Educación

- Universidad Complutense de Madrid, Estudios completos de Doctorado en Derecho Constitucional, Madrid, (1991-1993).
- Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Diplomado en Derechos Humanos, Madrid, (1991-1992).
- Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, Diplomado en Derecho Constitucional, Madrid, (1991-1993).
- Pontificia Universidad Católica del Perú, Estudios completos de Maestría en Derecho Constitucional, Lima, (1990-1991).
- Pontificia Universidad Católica del Perú, Abogado, Lima, 1985.

Membresías

- Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.
- Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA que reúne profesores de la especialidad de España, Portugal y Latinoamérica.
- Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación - ASIER.
- Integrante del Instituto Peruano de Derecho Tributario.

Experiencia

- Socio del Estudio Ehecopar desde el año 2006.
- Abogado socio del Estudio Benites, De las Casas, Forno y Ugaz (1994 - 2005).
- Jefe del Gabinete de asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros (Dic 2003 – Agosto 2005).
- Asesor en el Congreso de la República durante 11 años.
- Integrante de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales en el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Indecopi durante 11 años .
- Ex integrante de los Tribunales contencioso, sancionador y arbitral de la Bolsa de Valores de Lima.
- Ha sido Presidente de las Comisiones designadas por el Ministerio de Justicia encargadas de elaborar los Anteproyectos que dieron origen a las vigentes Ley de Procedimiento Administrativo General y a la Ley reguladora del Proceso Contencioso Administrativo.
- Integrante de la Comisión de Juristas que elaboró el proyecto que dio origen al vigente Código Procesal Constitucional Administrativo.
- Ex - integrante de la Comisión del Ministerio de Justicia para preparar el proyecto de Ley sobre Régimen de Incompatibilidades de Funcionarios Públicos.
- Ex integrante del Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de los Servicios de saneamiento – SUNASS (2001).
- Integrante de la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional designada durante el Gobierno de Transición en junio de 2001.
- Integrante del Comité de Asesores de la Comisión de Constitución del Congreso para la elaboración de un proyecto de reforma constitucional (2001-2002).
- Asesor de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo para el Estudio de la Reforma de la Carta de 1993.
- Ex-Asesor en la Dirección General de Contribuciones. (1985 – 1987).
- Integrante del equipo que en calidad de Consultor del Banco Mundial ha brindado asesoría a la República de Guatemala en la creación de una entidad que centralizaría las funciones de Administración Tributaria (1996).
- Durante su gestión en la Jefatura del Gabinete de Asesores en la Presidencia del Consejo de Ministros atendió asuntos vinculados a la asesoría jurídica en general del Gobierno, en especial los temas vinculados a reforma del Estado, modernización de la administración pública, simplificación administrativa y coordinó al equipo de juristas que preparó los proyectos de leyes para la reforma del empleo público.
- Cuenta con más de 30 años de experiencia brindando asesoría continuada a diversas empresas estatales y entidades públicas, sin mencionar su constante participación en las distintas comisiones del congreso creadas para la elaboración de normas en materia de derecho administrativo.

Operaciones

- El Sr. Danós con frecuencia ha sido solicitado por el Estado, organizaciones gubernamentales y compañías privadas para conducirse como asesor principal en los procesos para designar la mejor implementación de procedimientos administrativos regulatorios y organización interna de instituciones administrativas.
- El Sr. Danós ha dado asesoría legal en diversas concesiones y proyectos de infraestructura tales como la autopista Lima- Huacho – Pativilca (Red 5); el transporte, carga/descarga de minerales en el puerto del Callao entre otros.
- Dentro del sector privado, ha dado asesoría a TELEFONICA DEL PERU en relación con diversas entidades estatales. Para KALLPA en las controversias con entidades administrativas en cuestiones relacionadas con procesos administrativos, licencias, sanciones administrativas, entre otras compañías del sector privado.
- Participó en el equipo que brindó asesoría al Gobierno Regional de Arequipa y entidades del sector privado que condujo a la financiación y ejecución de Puente Chilina, a través de la estructura legal de impuestos por entrada de trabajo. Este ha sido el proyecto más importante de su clase en el país hasta el momento.
- Asesora a una diversidad de instituciones gubernamentales tales como la Superintendencia de Banco y Seguros (Banking and Insurance Superintendence), el Poder Judicial, FONAFE – Fondos Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (National State Fund for Financing of State Business Activities) entre otros.
- Asesora a una diversidad de compañías del sector privado en relación con los procesos administrativos para obtener licencias, permisos, autorizaciones con el estado o entidades gubernamentales, así como en la defensa de sus intereses en caso de controversias con entidades administrativas.

Publicaciones

- Autor de diversos artículos sobre Derecho Administrativo, Constitucional y Tributario.
- Expositor en diversos eventos académicos y profesionales sobre las especialidades de Derecho Administrativo, Constitucional y Tributario.

Experiencia Académica

- Profesor en la categoría principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Curso de Derecho Administrativo.
- Profesor del curso Jurisdicción Constitucional y Derecho Constitucional Económico en la Maestría de Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Profesor del Curso Derecho Constitucional Económico en la

Maestría de Tributación en la escuela de Postgrado en la Universidad de Lima.

- Profesor en el Diplomado en regulación de servicios públicos y concesiones en la Maestría en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Profesor del curso Derecho Constitucional Económico en la Maestría en Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Profesor del Curso Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.