

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe jurídico sobre la Resolución N° 272-2010-MEM/CM que  
confirma infundado el pedido de sustitución de NEWMONT  
PERÚ S.R.L. en el procedimiento de titulación de petitorio  
minero TACNA 101**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada  
que presenta:

Alexandra Aguirre Sumarriva

ASESOR:

Diego San Martín Villaverde

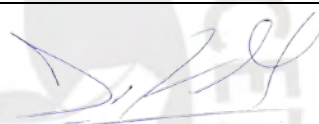
Lima, 2024

## Informe de Similitud

Yo, DIEGO SAN MARTÍN VILLAVERDE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución N° 272-2010-MEM/CM que confirma infundado el pedido de sustitución de NEWMONT PERÚ S.R.L. en el procedimiento de titulación de petitorio minero TACNA 101", del autor(a) ALEXANDRA AGUIRRE SUMARRIVA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2024

<u>DIEGO SAN MARTÍN VILLAVERDE</u>	
DNI: 43652717	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-0541-3758">https://orcid.org/0000-0002-0541-3758</a>	

## **RESUMEN**

El proceso hermenéutico de la norma subyace a toda rama del derecho, incluido el ámbito minero, el cual representa una industria clave para el desarrollo del país. La presente discusión jurídica surge de la interpretación que debe realizar la autoridad administrativa sobre el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, disposición que restringe la adquisición de concesiones mineras a ciertos individuos, de modo que se garantice la protección de la finalidad de la misma en consonancia con los principios generales del derecho.

En este caso, se advierte la solicitud de sustitución presentada por Newmont Perú S.R.L. sobre el petitorio minero TACNA 101, cuyo titular es Back Arc Minerals S.A.C. Esta empresa fue constituida y dirigida por un ex trabajador de la compañía minera solicitante, quien tuvo acceso a información confidencial sobre la geología de dicha área en el ejercicio de sus labores. En tal sentido, la controversia se centra en analizar el alcance de la prohibición de la ley minera cuando el sujeto impedido presenta un petitorio no a título personal, sino utilizando una persona jurídica, lo que podría constituir un abuso de derecho o fraude a la ley.

### **Palabras clave**

*Concesión minera, personas inhábiles para ejercer la actividad minera, interpretación jurídica, principios generales del derecho.*

### **ABSTRACT**

The hermeneutical process of the norm underlies every branch of law, including the mining field, which represents a key industry for the development of the country. The present legal discussion arises from the interpretation that the administrative authority must carry out on article 36 of the Single Ordered Text of the General Mining Law, a provision that restricts the acquisition of mining concessions to certain individuals, so as to guarantee the protection of its purpose in accordance with the general principles of law.

In this case, the substitution request presented by Newmont Perú S.R.L. is noted on the TACNA 101 petition, whose owner is Back Arc Minerals S.A.C. This company was established and directed by a former employee of the requesting mining company, who had access to confidential information about the geology of the area during his employment. In this sense, the controversy focuses on analyzing the scope of the prohibition of the mining law when the impeded subject presents a request not in a personal capacity, but using a legal entity, which could constitute an abuse of rights or fraud of the law.

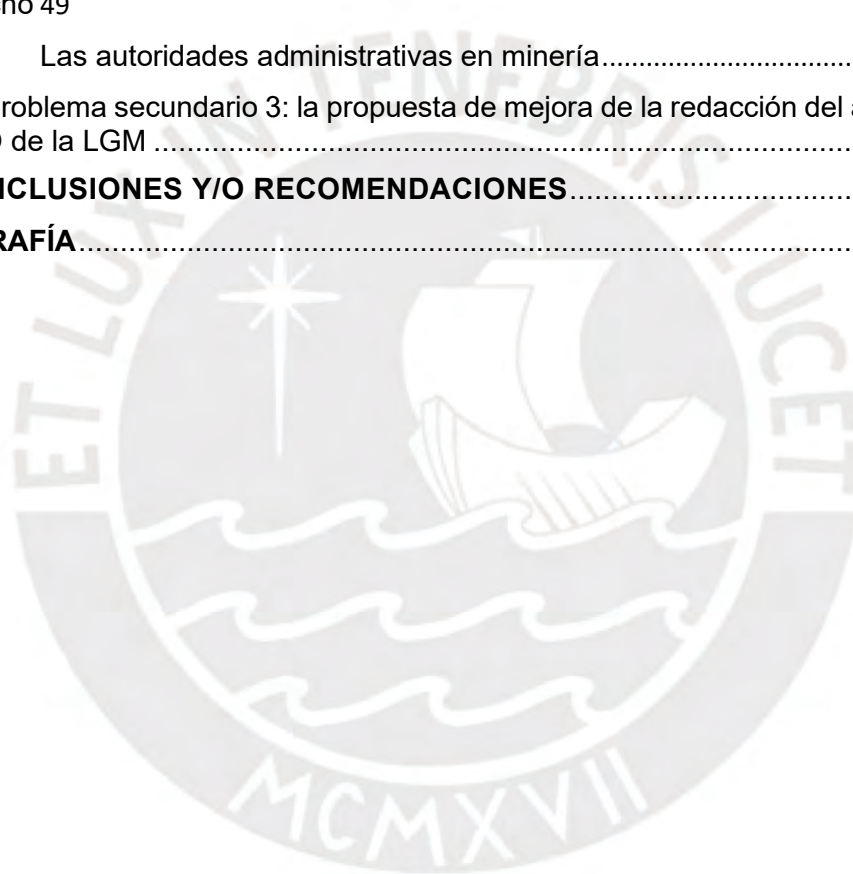
**Keywords**

*Mining concession, people unskilled to carry out mining activity, legal interpretation, general principles of law.*

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO</b> .....	5
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	6
1.1. Justificación de la elección de la resolución .....	6
1.2. Presentación del caso .....	7
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</b> .....	11
2.1. Antecedentes .....	11
2.1.1. Newmont Perú S.R.L. ....	11
2.1.2. Back Arc Minerals S.A.C. ....	12
2.1.3. Las labores del señor Márquez como trabajador de NEWMONT .....	13
2.1.4. El petitorio minero “TACNA 101” .....	14
2.2. Hechos relevantes del caso .....	15
2.2.1. Cuestionamiento en la vía administrativa .....	15
2.2.2. Cuestionamiento en la vía judicial .....	20
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	21
3.1. Problema principal .....	21
3.2. Problemas secundarios .....	21
3.3. Problemas complementarios .....	22
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A</b> .....	22
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios .....	22
4.1.1. Respuesta al problema principal .....	22
4.1.2. Respuesta al problema secundario 1 .....	23
4.1.3. Respuesta al problema secundario 2 .....	23
4.1.4. Respuesta al problema secundario 3 .....	24
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	25
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	28
5.1. Problema complementario: régimen jurídico aplicable para la obtención de concesiones mineras de exploración y explotación .....	29
5.1.1. El título habilitante: la concesión minera .....	29
5.1.2. El procedimiento ordinario minero .....	30
5.2. Problema principal: la interpretación de la prohibición contemplada en el artículo 36° del TUO de LGM en el contexto de la solicitud de sustitución presentada por NEWMONT .....	32
5.2.1. La interpretación jurídica .....	32
5.2.2. El Derecho Administrativo .....	33
5.2.3. Los principios generales del Derecho Administrativo .....	36

5.2.4.	El Derecho minero.....	38
5.2.5.	Las fuentes del Derecho Minero .....	38
5.2.6.	La interpretación del artículo 36° del TUO de la LGM.....	40
5.3.	Problema secundario 1: la conducta del señor Márquez como supuesto de abuso de derecho y/o de fraude a la ley.....	42
5.3.1.	El abuso del Derecho.....	42
5.3.2.	El fraude a la ley .....	46
5.4.	Problema secundario 2: la potestad de la autoridad administrativa de resolver en deficiencia de la ley .....	48
5.4.1.	El rol de la Administración en el marco del Estado Constitucional de Derecho 49	
5.4.2.	Las autoridades administrativas en minería.....	50
5.5.	Problema secundario 3: la propuesta de mejora de la redacción del artículo 36° del TUO de la LGM .....	51
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....</b>	<b>53</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>54</b>



## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° Resolución</b>	<b>272-2010-MEM/CM</b>
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Minero, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Teoría General del Derecho
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Solicitud de sustitución de Newmont Perú S.R.L., de fecha 17 de setiembre de 2007, en el procedimiento de titulación de petitorio minero Tacna 101.</li> <li>2. Recurso de revisión, de fecha 03 de junio de 2008, contra Resolución de la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET que declara infundado el pedido de sustitución en el procedimiento de titulación de petitorio minero.</li> <li>3. Resolución 272-2010-MEM/CM, de fecha 26 de julio de 2010, que declara infundado el recurso de revisión interpuesto por Newmont Perú S.R.L. contra Resolución emitida por INGEMMET.</li> </ol>
Administrado	Newmont Perú S.R.L.
Administración	Ministerio de Energía y Minas – Instituto Geológico Minero Metalúrgico
Instancia	Administrativa
Terceros	Back Arc Minerals S.A.C.

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Justificación de la elección de la resolución**

La elección de este caso se fundamenta en la necesidad de salvaguardar la integridad y efectividad de la legislación minera. El análisis realizado no se limita a corroborar si la autoridad administrativa cumplió con aplicar el derecho contrastando solo la literalidad del mandato legal, sino también según su finalidad prevista en el ordenamiento jurídico que regula el otorgamiento de derechos mineros y que subyace a este conflicto jurídico. El caso ejemplifica la tendencia preocupante de recurrir a posibles figuras legales para eludir la aplicación de la ley, un fenómeno que demanda una respuesta vigilante de las autoridades competentes conforme al marco normativo vigente.

El presente conflicto jurídico se centra en la interpretación del artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (TUO de la LGM), el cual indica que determinados sujetos (socios, directores, representantes, trabajadores y contratistas) no pueden adquirir concesiones para sí mismas dentro de un radio de diez kilómetros de cualquier punto del perímetro que rodee el área donde se encuentren las concesiones de las personas a las que están vinculadas, a menos que ostenten una autorización expresa del titular. Esta es una norma restrictiva de derechos y se discute la interpretación aplicable conforme a los principios generales de derecho con la finalidad de esclarecer su contenido.

Esto es, el legislador definió a los sujetos con la restricción, sin precisar con exactitud si la adquisición de derechos está limitada cuando lo piden directamente (a título personal) o indirectamente (a nombre de terceros o bajo una persona jurídica sobre la cual son titulares). La mencionada norma solo expresó dentro de los alcances de la prohibición a los parientes que dependen del peticionante, pero no previó expresamente el supuesto en el que se recurra a la creación de una persona jurídica para evadir dicha prohibición, lo cual podría calificar como abuso de derecho y fraude a la ley. De ahí que cabe complejizar sobre la obligación que recae en las autoridades administrativas, las cuales no

podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga por deficiencia de sus fuentes normativas.

Conforme transcurre el tiempo, es inevitable que la redacción de muchas normas del derecho minero pueda volverse obsoleta frente al uso de figuras legales con la finalidad de evadir su alcance, tal como se evidenciaría en el caso materia de análisis. Si bien éste involucra la instrumentalización de una persona jurídica, es crucial reflexionar sobre la posibilidad de que otras formas de asociación puedan surgir y potencialmente ser utilizadas para eludir lo establecido originalmente por la normativa. Este fenómeno subraya la importancia del cuestionamiento continuo por parte de los legisladores y los expertos en derecho para identificar y abordar las situaciones que podrían surgir como resultado de nuevas prácticas y estructuras, con el fin de preservar la equidad, la justicia y el cumplimiento de los objetivos regulatorios, especialmente en sectores tan críticos como la minería.

La complejidad de la Resolución se manifiesta en múltiples facetas, reflejando la naturaleza interdisciplinaria de las cuestiones legales contemporáneas. Por un lado, se tiene la discusión sobre la interpretación del artículo 36° del TUO de la LGM, la cual debe ser resuelta en consonancia con los postulados de la teoría general del derecho. Por otro lado, se debe considerar el sistema jurídico del derecho administrativo, máxime si el procedimiento ordinario de titulación es regido por las normas del derecho público. Adicionalmente, se presenta la alegación de la autonomía de la persona jurídica sobre la base de doctrina civil, y su posible uso con la finalidad de evadir la aplicación de las reglas mineras.

## **1.2. Presentación del caso**

El caso surge a partir de que la compañía minera NEWMONT PERÚ S.R.L. (NEWMONT) solicitó al Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET) la sustitución a su favor en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, originalmente realizado por Back Arc Minerals S.A.C. (BACK ARC). Esta última empresa fue fundada por Ever Márquez, un ex geólogo trabajador de

NEWMONT, el cual obtuvo información confidencial del área petitionada durante el ejercicio de sus labores.

Por un lado, NEWMONT arguye que el petitorio minero se encuentra dentro de la zona adyacente a sus derechos mineros adquiridos, por lo que corresponde que proceda la sustitución amparada en el artículo 36° del TUO de la LGM. Sugiere que la creación de BACK ARC constituiría un intento del señor Márquez de eludir las restricciones legales que la norma minera prevé para los ex empleados, lo cual podría considerarse un acto de fraude a la ley y abuso de derecho. En tal sentido, NEWMONT sostiene que BACK ARC se estaría aprovechando del presunto vacío legal con el propósito de cometer un ilícito.

De otro lado, BACK ARC defiende la legalidad de su actuación basándose en el principio de libre acceso a la actividad minera y en resoluciones administrativas que niegan la posibilidad de hacer una interpretación extensiva o analógica de normas que restringen derechos. Asimismo, enfatiza en su derecho a que se le reconozca una existencia diferente a la de sus accionistas, conforme con la normativa contenida en el Código Civil.

Finalmente, el Consejo de Minería del MINEM decidió rechazar el recurso de revisión de NEWMONT, mediante la Resolución N° 272-2010-MEM/CM, concluyendo así la vía administrativa con la decisión de no proceder con la sustitución solicitada. Sostuvo que el derecho de sustitución es excepcional y que aplicar las inhabilidades del artículo 36° del TUO de la LGM a casos no explícitamente previstos sería incorrecto. Sin embargo, el vocal abogado Augusto Velásquez discrepó con el sentido de esta decisión, destacando que la norma minera tiene como finalidad prevenir el abuso del derecho y la competencia desleal en la actividad minera, y que la vinculación del señor Márquez, como accionista principal de BACK ARC, justificaría la sustitución.

Después de esta contextualización de los hechos del expediente y de los argumentos de las partes, se procederá a identificar los diversos problemas legales que se plantean. Esto nos permitirá (i) definir los límites de este informe y (ii) establecer las premisas que servirán como base para abordar la pregunta central del caso. A continuación, se presentará una postura respecto a cada uno

ellos, en aplicación de la normativa que conforma el sistema jurídico, jurisprudencia de sede administrativa y judicial, y reputada doctrina nacional e internacional, ya que el objetivo es ofrecer respuestas fundamentadas en un sólido análisis jurídico.

Como pregunta central, se advierte si la prohibición contemplada en el artículo 36° del TUO de LGM aplica a la situación de una persona jurídica utilizada por un sujeto inhabilitado por la norma para obtener concesiones mineras. Una aproximación inicial es que no se puede aplicar la analogía a normas restrictivas de derechos; sin embargo, es necesario examinar detenidamente los hechos de cada caso en concreto y la norma correspondiente al caso. Siendo así, nace la interrogante de cómo interpretar esta disposición en el contexto específico de la solicitud de sustitución presentada por NEWMONT respecto del procedimiento de titulación TACNA 101. La respuesta es que la mencionada disposición normativa no solo puede ser interpretada según el método literal, sino que deben tomarse en cuenta otros métodos de interpretación como la ratio legis y teleológica, las mismas que le dotan de contenido por la protección que dicha norma busca brindar a los titulares de concesiones mineras.

Como preguntas secundarias, se plantea, en primer lugar, en qué medida se ha configurado un supuesto de fraude a la ley y abuso de derecho. Sobre el particular, nos encontramos ante la situación en la que el trabajador, con información obtenida en el marco de su vinculación laboral, solicitó un petitorio minero por medio de su empresa BACK ARC. En este sentido, es crucial analizar si el uso de esta persona jurídica constituye una estrategia para eludir la prohibición. A partir de los medios probatorios presentados, se llega a la conclusión de que ambos supuestos se habrían materializado. La alegación de la autonomía de la persona jurídica se utilizó para aparentar no ser un sujeto inhabilitado por el texto expreso de la norma, lo cual constituye un intento de fraude a la ley. Es decir, se habría pretendido eludir la restricción al dar apariencia de legalidad a una operación que, en realidad, mostraba como objetivo burlar los términos de las disposiciones legales aplicables. Además, se constata el abuso de derecho al utilizar una norma de cobertura de manera

indebida para obtener ventajas que van en contra del ordenamiento jurídico y de los intereses legítimos de terceros, en este caso, NEWMONT.

En segundo lugar, surge la pregunta sobre el alcance de la potestad de la autoridad administrativa de resolver incluso en casos de deficiencia de sus fuentes, teniendo en cuenta la protección de la ratio legis del artículo 36° del TUO de la LGM. Al respecto, se destaca que las autoridades, incluso en el ámbito administrativo, están obligadas a no solo actuar dentro del marco normativo vigente, sino a preservarlo dentro del modelo de Estado Constitucional de Derecho. Además, según lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), se cuenta con un sistema administrativo de fuentes que debe prevalecer, en concordancia con los principios generales del derecho, cuando existan deficiencias en el texto de la legislación de la materia.

En tercer lugar, se presenta la pregunta sobre cómo se puede modificar la redacción del referido artículo con el fin de evitar que se recurra a ficciones legales aparentes para evadir su alcance. La respuesta es que es necesario efectuar un análisis continuo de la norma, dado que el contexto de la actividad minera es cambiante y el uso de posibles artificios legales tienden a aumentar con el avance de la sociedad y la globalización. En este sentido, con la finalidad de generar mayor seguridad jurídica, se sugiere que se haga expreso en la normativa sobre el alcance de la restricción, sobre todo para los sujetos implicados y el supuesto de personas jurídicas para intentar superar el alcance de la norma. No obstante, es importante tener en cuenta que, en la realidad, pueden surgir nuevas estrategias con la finalidad de ir en contra de la restricción, por lo que es fundamental que la autoridad administrativa identifique oportunamente estos casos, y advierta al legislador sobre la necesidad de un cambio normativo cuando sea el caso.

En base a todo lo anterior, la postura final del presente Informe es la objeción a la decisión del Consejo de Minería del MINEM, debido su falta de profundidad argumentativa respecto a los hechos del caso. La Resolución N° 272-2010-

MEM/CM carece de una fundamentación que tenga en cuenta los hechos relevantes y las alegaciones presentadas por las partes a lo largo del procedimiento administrativo; ya que, simplemente, se limitó a señalar que la relación jurídica entre NEWMONT y BACK ARC no se ajustaría estrictamente al texto de los sujetos mencionados en el artículo 36° del TUO de la LGM, interpretación que no tomo en cuenta la razón de ser de esta norma.

En ese sentido, se desprende que el análisis desarrollado por el Consejo de Minería es insuficiente para abordar la complejidad del caso. Siendo así, la decisión más acertada con la aplicación del artículo 36° del TUO de la LGM es la postura del voto discrepante, toda vez que la autoridad está obligada a analizar concretamente los hechos, aplicando la integridad del sistema de fuentes del derecho compatibles con el caso. La vinculación directa del señor Márquez con la empresa BACK ARC (por ser su mayor accionista y con poder de dirección) lo sitúa dentro de las prohibiciones, justificando así la sustitución solicitada por NEWMONT. Tal como se advierte en este caso, solo limitarse al uso de la interpretación literal en el sistema legal puede generar deficiencias en la protección del interés público que subyace en la regulación minera ante estrategias que buscan evadirla. En este sentido, resulta esencial que también se empleen otros métodos de interpretación jurídica enfocados en la tutela a la actividad minera en el país.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

### **2.1. Antecedentes**

#### **2.1.1. Newmont Perú S.R.L.**

1. La empresa NEWMONT PERU S.R.L., identificada con RUC N° 20110345519 y con Partida Electrónica N° 11020288 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, realiza actividades mineras en el territorio peruano desde 1983<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Extraído de “Consulta RUC” en fecha 13 de abril de 2024.  
<https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>

2. El 03 de enero de 2006, NEWMONT formuló cuatro (04) petitorios ante el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC), ahora INGEMMET, los mismos que se encontraban dentro de 50 kilómetros de las fronteras del país, zona restringida para que los extranjeros adquieran o posean propiedad bajo título alguno.
  
3. En tal sentido, por medio del Decreto Supremo N° 040-2007-EM, publicado en el diario oficial El Peruano en fecha 19 de julio de 2007, se declaró de necesidad pública la inversión privada de NEWMONT y se le autorizó a adquirir los derechos mineros referidos en el departamento de Tacna, en la frontera con Chile.
  
4. Por consiguiente, en el año 2008, estos fueron titulados, los mismos que se encuentran actualmente vigentes, como se aprecia a continuación:

**Cuadro N° 1**

<b>Fecha</b>	<b>Título</b>	<b>Concesión Minera</b>	<b>Código</b>
07/03/2008	Resolución N° 0625-2008-INGEMMET/PCD/PM	AYAHUANCA 478	010040006
07/03/2008	Resolución N° 0556-2008-INGEMMET/PCD/PM	AYAHUANCA 479	010040106
12/05/2008	Resolución N° 1376-2008-INGEMMET/PCD/PM	AYAHUANCA 480	010040206
12/05/2008	Resolución N° 1338-2008-INGEMMET/PCD/PM	AYAHUANCA 481	010040306

### **2.1.2. Back Arc Minerals S.A.C.**

5. La empresa BACK ARC MINERALS S.A.C., identificada con RUC N° 20502883314 y con Partida Electrónica N° 11303972 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, fue constituida por escritura pública del 11 de julio del año 2001 con el objeto de realizar actividades mineras.

6. Tal como se advierte en el asiento A 0001, BACK ARC fue fundada por tres socios e inscrita con un capital social de S/. 1,000.00 (Mil y 00/100 nuevos soles) dividido en 1,000 acciones distribuidas de la siguiente manera:

**Cuadro N° 2**

<b>Socios fundadores</b>	<b>Aportes en acciones</b>
Ever Jesús Márquez Amado	998
Olavo Edgar Márquez Amado	1
Amílcar Gurmertsindo Arana Amado	1

7. Por título con fecha 23 de julio de 2001 presentado ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, se designó al señor Ever Jesús Márquez Amado, en calidad de gerente general. Un año después, el 10 de octubre de 2002, el señor Esteban Salazar asumió este cargo en su reemplazo.
8. Con fecha 01 de abril de 2007, el señor Esteban Salazar adquirió del señor Márquez el 99.8% de las acciones representativas del capital social de BACK ARC, de modo que este último dejó de ser accionista de la empresa.

### **2.1.3. Las labores del señor Márquez como trabajador de NEWMONT**

9. El señor Márquez fue empleado de NEWMONT desde el 15 de octubre del 2001 hasta el 14 de junio del 2007, en donde ocupó el cargo de geólogo senior. En el marco de sus funciones, manejaba información confidencial sobre las actividades mineras que la empresa desarrollaba en la región de Tacna, las mismas que consistían en explorar y detectar áreas de potencial minero.
10. En fecha 05 de febrero de 2005, el señor Márquez celebró un “Compromiso de Confidencialidad” con NEWMONT, en virtud del cual se obligó a guardar reserva absoluta de la información correspondiente o vinculada a las labores desempeñadas en la empresa. Se advirtió que dicha información

no podría ser utilizada personalmente por él ni ser transmitida, comentada o revelada a terceros ni menos aún a empresas mineras de la competencia.

#### 2.1.4. El petitorio minero “TACNA 101”

11. El 13 de diciembre del año 2006, BACK ARC formuló ante el INACC el petitorio minero metálico TACNA 101 con código único N° 01-05216-06 (TACNA 101).
12. TACNA 101 posee una extensión de 700.000 hectáreas y se localiza en el distrito de Titaco, provincia de Tarata, departamento de Tacna, a menos de 50 kilómetros de la frontera sur. Las coordenadas UTM que definen la ubicación de este petitorio corresponden a la zona 19, conforme al siguiente detalle:

**Cuadro N° 3**

<b>Ubicación de TACNA 101</b>		
V1	(N) 8 078 000.00	(E) 394 000.00
V2	(N) 8 072 000.00	(E) 394 000.00
V3	(N) 8 072 000.00	(E) 392 000.00
V4	(N) 8 073 000.00	(E) 392 000.00
V5	(N) 8 073 000.00	(E) 393 000.00
V6	(N) 8 078 000.00	(E) 393 000.00

13. Con fecha 9 de mayo de 2007, en aras de cumplir con el procedimiento ordinario minero, BACK ARC cumplió con publicar (en el El Peruano y en el Correo de Tacna) los avisos de petitorio de la concesión minera. Por lo tanto, mediante Escrito N° 01-005144-07-T de fecha 23 de mayo de 2007, lo comunicó y acreditó ante el INACC.
14. El 31 de julio de 2007, a través del Informe N° 1332-2007-INGEMMET-DCMUTN, la autoridad minera manifestó que habida cuenta que no se presentó oposición alguna y habiéndose vencido los plazos que se indican

en el TUO de la LGM, se otorgaría el título de concesión minera en beneficio de BACK ARC.

15. Finalmente, con fecha 07 de setiembre de 2007, por medio de la Resolución de Presidencia N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM, se otorgó a BACK ARC el título de la concesión metálica TACNA 101, ubicada en la Carta Nacional TARATA/ RIO MAURI.
16. El 31 de marzo de 2017, a través de la Resolución de Presidencia N° 057-2017-INGEMMET/PCD, fue declarada la caducidad de dicha concesión por no haber cumplido con pagar la penalidad de dos años consecutivos correspondientes al 2015 y 2016.

## **2.2. Hechos relevantes del caso**

### **2.2.1. Cuestionamiento en la vía administrativa**

17. El 17 de setiembre de 2007, por medio del escrito N° 01-008916-07-T, NEWMONT presentó ante el Consejo Directivo del INGEMMET una solicitud para sustituirse en el procedimiento de titulación del petitorio TACNA 101, en aplicación del artículo 36° del TUO de la LGM, en base a las siguientes consideraciones:
  - i. El petitorio TACNA 101 es colindante y se ubica dentro del radio de diez (10) kilómetros de sus derechos mineros solicitados con anterioridad.
  - ii. El señor Ever Márquez desempeñó labores en NEWMONT, en calidad de geólogo senior desde el 15 de octubre de 2002 hasta incluso el 14 de junio de 2007. Siendo trabajador, en 2006, solicitó el referido petitorio a través de su empresa BACK ARC.

- iii. El artículo 36° del TUO de la LGM no aclara si el impedimento para solicitar concesiones mineras se puede extender a las personas jurídicas en los casos que estas tengan una relación de control con los sujetos restringidos por la norma.
18. Seguidamente, el 11 de octubre de 2007, a través del escrito N° 01-010001-07-T, NEWMONT amplió sus argumentos expuestos a fin de demostrar que se utilizó a la empresa BACK ARC para evitar la sustitución de la empresa NEWMONT. En dicha oportunidad, añadió las siguientes alegaciones:
- i. La regla de la autonomía de la persona jurídica halla su excepción en el principio de relatividad, el mismo que se configura en caso de abuso de derecho o fraude a la ley, supuestos que se han evidenciado en el presente caso.
  - ii. La conducta dolosa del señor Márquez encaja en la figura del abuso de derecho, toda vez que se intenta recurrir a la personalidad jurídica de BACK ARC (derecho subjetivo) para evadir los efectos de la ley minera, en desmedro del legítimo interés de NEWMONT.
  - iii. El actuar del señor Márquez representa fraude a la ley, en tanto ha pretendido eludir el mandato imperativo de la ley minera teniendo como norma de cobertura el artículo 78° del Código Civil.
19. El 22 de octubre de 2007, la Unidad Técnico Operativa de la Dirección General de Concesiones Mineras del INGEMMET emitió el Informe N° 4754-2007-INGEMMET-DCM-UTO, a partir del cual se constata que el petitorio en cuestión se encontraba dentro del radio de 10 kilómetros de los derechos mineros adquiridos por NEWMONT.
20. Con fecha 28 de noviembre de 2007, BACK ARC realizó sus descargos por medio del escrito N° 01-011882-07-T. En dicha oportunidad, negó

encontrarse incurso en la infracción del artículo 36° del TUO de la LGM, conforme a lo siguiente:

- i. Un principio general en minería es el libre acceso, el cual establece que cualquier particular, siempre que advierta las condiciones establecidas normativamente, ostenta el derecho a solicitar y a que se le conceda el respectivo título habilitante.
  - ii. No existe ningún vacío legal ni laguna de derecho. El artículo 36° del TUO de la LGM es una norma que tiene por función restringir derechos, de modo que no es posible extender su aplicación a supuestos que no se adviertan expresamente contemplados.
21. El 10 de marzo de 2008, a través del escrito N° 01-003452-08-T, NEWMONT contradijo los alegatos esgrimidos por BACK ARC. Al respecto, precisó que la información que recaba en virtud de la exploración es de vital trascendencia para el desarrollo de su actividad, por lo que los geólogos que trabajan en ella se obligan a guardar absoluta confidencial de esta y a no utilizar ni divulgarla en beneficio personal o de terceros. Agregó que debe realizarse una interpretación de acuerdo a la finalidad del artículo 36° del TUO de la LGM, máxime si la *ratio legis* de la referida norma es cautelar esta data clasificada.
22. Teniendo en cuenta lo anterior, el 30 de abril de 2008, la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET declaró infundada la solicitud de NEWMONT en base al Informe N° 4509-2008-INGEMMET-DCM-UTN. El sustento de la decisión se construyó en virtud de las siguientes consideraciones:
- i. La correcta aplicación de esta disposición normativa debe observar lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el

mismo que recoge que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía o interpretación.

- ii. No corresponde que NEWMONT solicite la sustitución sobre el derecho minero por cuanto la empresa BACK ARC no está dentro de los alcances de la norma minera.
23. Con fecha 03 de junio de 2008, mediante escrito 01-006787-08-T, NEWMONT interpuso el recurso de revisión contra la mencionada resolución, ya que esta agravaría su interés por haber sido dictada en contravención a los principios generales del derecho y sin analizar los argumentos expuestos.
  24. Con fecha 06 de mayo de 2010, a través del escrito N° 1987755, NEWMONT comunicó que la Resolución N° 0063-2009/SCI- INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia 1 del INDECOPI y obrante en el expediente N° 001707-2008-TDC, declaró fundada la denuncia contra el señor Márquez por efectuar actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de secretos comerciales, calificando su conducta como un supuesto de competencia prohibida. Asimismo, ofreció el Dictamen Pericial N° 1042-2007-CP.CDL.CIP del Colegio de Ingenieros del Perú, en virtud del cual se demostró que la data de las coordenadas geográficas coincidía con la zona peticionada por su empresa BACK ARC.
  25. Finalmente, el 20 de julio de 2010, el Consejo de Minería del MINEM emitió la Resolución N° 272-2010-MEM/CM (en adelante, la Resolución 272), a través de la cual se resolvió declarar infundado el recurso de revisión y, así, agotar la vía administrativa, en base a los siguientes postulados:

- i. El derecho de sustitución es una excepción al principio que propugna que todos aquellos con pleno ejercicio de sus derechos civiles pueden solicitar concesiones mineras.
  - ii. No resulta jurídicamente correcto aplicar por analogía o interpretación las inhabilidades contempladas a supuestos no taxativamente previstos.
  - iii. La relación laboral alegada se configura entre el señor Márquez y NEWMONT, por lo que carece de relevancia. Esto es, NEWMONT no ha acreditado la vinculación con los tipos especificados en el artículo 36° del TUO de la LGM respecto de BACK ARC.
26. No obstante, el vocal Augusto Velásquez Manrique emitió voto singular discrepante, ya que, en su opinión, se debía declarar fundado el recurso de revisión interpuesto por NEWMONT y se debía revocar la Resolución 272, en base a los argumentos expuestos a continuación:
- i. Esta norma tiene como *ratio legis* evitar el abuso del derecho, la simulación, la arbitrariedad y otras formas fraudulentas para desarrollar la actividad minera en detrimento de otros sujetos que sí cumplen con los requisitos exigidos para tal fin.
  - ii. Aunque inicialmente pueda parecer válido elaborar estructuras legalistas, como la constitución de empresas, a efectos de aprovechar del tecnicismo genérico contenido en la literalidad de la norma cuestionada, no es menos cierto que constituye un acto de competencia desleal.
  - iii. La autoridad administrativa está en la obligación de aplicar el principio constitucional de no dejar de administrar justicia por vacío

o defecto de la ley, en cuyo caso deberá aplicar los principios generales del derecho.

- iv. El señor Márquez mantiene una vinculación directa con la empresa BACK ARC, por lo que esta se encuentra también incurso dentro de las prohibiciones para ejercer la minería.

### **2.2.2. Cuestionamiento en la vía judicial**

27. El 29 de octubre de 2010, NEWMONT interpuso una demanda contencioso administrativa contra el MINEM y BACK ARC ante el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, signado en el Expediente N° 07057-2010-0-1801-JR-CA-08. Planteó la pretensión de nulidad de la Resolución 272 y, consecuentemente, se declare fundado su pedido de sustitución sobre la base de estos argumentos:

- i. Estamos ante un caso de abuso de derecho, toda vez que se constata que el ex trabajador pretende usar a una persona jurídica para evitar la aplicación del artículo 36° del TUO de la LGM.
- ii. Los fundamentos de la actuación impugnada discrepan con los del voto discordante, el cual no realiza una aplicación por analogía de la norma, por el contrario, considera una interpretación basada en su finalidad.

28. El 22 de noviembre de 2021, por medio de la Resolución Uno, se admitió a trámite la demanda, la misma que fue contestada por el Procurador Público del MINEM mediante documento de fecha 28 de diciembre de 2010. En sus descargos, advirtió que esta debía declararse infundada, ya que este caso no se encuadra dentro de los supuestos de la norma minera, razón por la cual lo solicitado fue denegado.

29. Con fecha 29 de diciembre de 2021, BACK ARC contestó la demanda sosteniendo como principal argumento que no existe prueba que acredite que el señor Márquez haya hecho uso indebido y en su provecho de la información geológica que perteneciera a la empresa NEWMONT.
30. Con fecha 14 de noviembre de 2013, en virtud de la Resolución Veinte, se declaró infundada la demanda. En dicha oportunidad, se advirtió que ante una norma restrictiva de derechos no es posible realizar interpretación para obtener una extensión a los supuestos de hecho contenidos en la ley minera.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, se advierten los problemas que se analizarán en el informe:

#### 3.1. Problema principal

¿Cómo interpretar la prohibición contemplada en el artículo 36° del TUO de LGM en el contexto de la solicitud de sustitución presentada por NEWMONT respecto del procedimiento de titulación TACNA 101?

#### 3.2. Problemas secundarios

- **Problema secundario 1:** ¿En qué medida la conducta del señor Márquez a través de BACK ARC configuraría un supuesto de abuso de derecho y/o de fraude a la ley para incumplir con la restricción prevista en el 36° del TUO de LGM?
- **Problema secundario 2:** ¿Cuál es el alcance de la potestad que tiene la autoridad administrativa de resolver en deficiencia de la ley, considerando a la protección de la ratio legis del artículo 36° del TUO de la LGM?
- **Problema secundario 3:** ¿Cómo se puede mejorar la redacción del artículo 36° del TUO de la LGM a fin de evitar que se recurra a ficciones legalistas con el propósito de evadir su alcance?

### **3.3. Problemas complementarios**

¿Cuál es el régimen jurídico aplicable para la obtención de concesiones mineras de exploración y explotación en el Perú?

## **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A**

En esta sección, se brinda respuesta de forma preliminar al problema principal y secundarios, sobre la base de la doctrina, jurisprudencia y normativa consultada.

### **4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

#### **4.1.1. Respuesta al problema principal**

En el marco del modelo de Estado Constitucional de Derecho, la doctrina reconoce que los operadores del Derecho interpretan las disposiciones normativas para determinar el alcance de las disposiciones que pretenden aplicar al caso en concreto, y se exige que la misma se efectúe respetando y garantizando los derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos. Este proceso hermenéutico debe seguirse inclusive en el Derecho Administrativo (de forma matizada con sus principios que le son propios), habida cuenta que la Administración Pública detenta facultades para aplicar el Derecho en aras garantizar el interés público.

El artículo 36° del TUO del LGM no solo puede ser interpretada según el método literal, sino que deben tomarse en cuenta otros métodos de interpretación como la ratio legis y teleológica, las mismas que le dotan de contenido por la protección que dicha norma busca brindar a los titulares de concesiones mineras. El intérprete debe comprender el sistema fuentes sobre las cuales se construye esta disciplina; así como, requiere interiorizar los factores extrajurídicos que propician el establecimiento de la regulación.

Siendo así, enfatizo mi postura de amparar la interpretación del artículo 36° del TUO de la LGM en base al análisis de la razón de ser de la norma y su finalidad. Así, en mérito de los hechos y alegatos expuestos por las partes en sede

administrativa, se concluye que el señor Márquez, a través de BACK ARC, efectuó el petitorio minero con la información que obtuvo en el desarrollo de sus labores como trabajador de NEWMONT. Por ello, concluyo que el alcance de la restricción comentada le es aplicable a BACK ARC; caso contrario, vaciaría de contenido a la disposición legal en detrimento del interés público y del derecho particular de la empresa minera afectada.

#### **4.1.2. Respuesta al problema secundario 1**

De un lado, aunque el ejercicio de un derecho parezca formalmente válido, si contradice su espíritu y propósito, se considera ilícito. La proscripción del abuso del derecho está respaldada por el ordenamiento jurídico peruano, que lo recoge tanto en la Constitución, el Código Civil e inclusive en el TUO de la LPAG. En el caso, se advierte que se utilizó a BACK ARC por su autonomía jurídica respecto a sus accionistas a fin de alegar que no se encuentra impedido para petitionar concesiones en las áreas colindantes a los derechos de NEWMONT, lo cual calza dentro de este instituto.

Por otro lado, BACK ARC solicitó la concesión minera TACNA 101, utilizando información confidencial obtenida durante su empleo en NEWMONT, afirmación que se deriva de la Resolución N° 0063-2009/SCI- INDECOPI que falló declarando la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de secretos comerciales del señor Márquez en detrimento de la empresa y en el contenido del Dictamen Pericial N° 1042-2007-CP.CDL.CIP que constata que la data de las coordenadas correspondientes al área en la que el señor Márquez tomó muestras de rocas en el ejercicio de sus labores coincidía con la zona solicitada por su empresa BACK ARC. En base a ello, se verifica la configuración de fraude a la ley, ya que se recurre a la literalidad de la norma minera para evadir su espíritu, obteniendo indirectamente lo que está prohibido de manera directa.

#### **4.1.3. Respuesta al problema secundario 2**

La evolución del Derecho hacia valores democráticos ha influido en el enfoque menos formalista y más aterrizado en la ciencia jurídica, especialmente en el

Derecho Administrativo. En tal sentido, la Administración Pública no solo ejerce autoridad, sino que debe satisfacer derechos y necesidades ciudadanas contenidos en el interés público, en concordancia con el respeto al principio de legalidad. Precisamente, el artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les propongan incluso en deficiencia de sus fuentes.

En el caso específico, las instancias administrativas competentes (esto es, la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET, responsable de resolver la Solicitud de Sustitución en primera instancia, y el Consejo de Minería, órgano colegiado encargado de resolver el Recurso de Revisión en segunda instancia) debieron interpretar la normativa minera en consonancia con la situación presentada, valorando los hechos fácticos del caso y el resguardo del sistema de otorgamiento de concesiones mineras.

#### **4.1.4. Respuesta al problema secundario 3**

Se presenta la pregunta sobre cómo se puede modificar la redacción del referido artículo con el fin de evitar que se recurra a ficciones legales aparentes para evadir su alcance. La respuesta es que es necesario efectuar un análisis continuo de la norma, dado que el contexto de la actividad minera es cambiante y el uso de posibles artificios legales tienden a aumentar con el avance de la sociedad y la globalización. En este sentido, con la finalidad de generar mayor seguridad jurídica, se sugiere que se haga expreso en la normativa sobre el alcance de la restricción. No obstante, es importante tener en cuenta que, en la realidad, pueden surgir nuevas estrategias con la finalidad de ir en contra de la restricción, por lo que es fundamental que la autoridad administrativa identifique oportunamente estos escenarios, y advierta al legislador sobre la necesidad de un cambio normativo cuando sea el caso.

Como propuesta, se considera la mejora de la redacción estableciendo de forma expresa que la restricción aplica para los sujetos mencionados en la norma, sea que soliciten los petitorios mineros a su nombre directamente o a través de personas jurídicas de la cual son accionistas y ejercen control, en consonancia

con el artículo 6 de la Resolución SMV N° 019-2015-SMV-01, la cual da una definición de cuándo se configura dicho control.

#### **4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

La Resolución 272 adolece de dos requisitos de validez del acto administrativo: el objeto y la motivación adecuada, ya que solo se limita a mencionar los argumentos presentados por las partes, mas no los desarrolla, lo cual devendría en causal de nulidad del mismo. Además, no concordamos con la escueta fundamentación de la autoridad administrativa sobre la denegatoria de la solicitud de sustitución en el procedimiento de petitorio minero TACNA 101, basada solo en una interpretación literal de los supuestos contemplados en la normativa minera. El análisis debería haber abarcado las cuestiones fácticas del caso, a fin de corroborar la realidad del uso de la empresa BACK ARC por parte de uno de los sujetos inhabilitados por ley, el señor Márquez.

En primer lugar, la Resolución 272 incurre en causal de nulidad tipificada en el inciso 2 del artículo 10° del TUO de la LPAG, el cual señala que son nulos los actos administrativos que omitan algunos de los requisitos de validez. De forma concordada, el artículo 3° de la referida ley indica que constituyen requisitos de validez del acto administrativo, entre otros, su objeto o contenido y la motivación. Por un lado, el objeto se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, así como debe comprender las cuestiones jurídicas de la motivación. Conforme al artículo 5° del TUO de la LPAG, se advierte que el acto administrativo debe pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas en el procedimiento. En el caso, la autoridad declaró improcedente la solicitud de sustitución sin haber analizado el detalle de la alegación de NEWMONT, tales como el abuso del derecho o el fraude a la ley.

Como advierte Morón Urbina (2009), “la congruencia del procedimiento administrativo adquiere singularidad al configurar la necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por los interesados” (p.237). Siendo así, se contraviene el ordenamiento si se verifica que la autoridad no se pronunció sobre

evidencias fundamentales o algunas pretensiones en el marco del procedimiento administrativo, configurándose incongruencia omisiva (Morón, 2009, pp. 237-238). En el acto materia de análisis, la autoridad aplicó una fórmula general y vaga utilizada en todos los casos de sustitución, constatándose la inobservancia de este requisito.

Por otro lado, la Resolución 272 carece de debida motivación del acto administrativo. De acuerdo al artículo 6° del TUO de la LPAG, la motivación deber ser expresa, por medio de una relación concreta y directa de los hechos probados del caso en cuestión, y la exposición de las razones normativas y jurídicas que justifican el acto adoptado. En tal sentido, no se admiten la exposición de aseveraciones generales y vacías de fundamentación o las que por su vaguedad, contradicción, insuficiencia u oscuridad no resulten clarificadoras para la motivación del acto.

El Tribunal Constitucional se pronunció, en ocasión de la Sentencia recaída en el Expediente N° 03891-2011-PA/TC, respecto a los alcances de la motivación como principio implícito en la estructura del Estado Democrático, reflejado en los artículos 3° y 43° del texto fundamental. Señaló que la motivación adecuada de las decisiones de las entidades públicas, ya sean de carácter jurisdiccional o no, forma parte esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. Este derecho se convierte en una garantía en los casos en que la decisión tomada afecte negativamente la situación jurídica de las personas. Esto es, la actuación de la Administración debe demostrar esta sujeción para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad (Fundamento Jurídico N° 16 y 17).

Asimismo, el supremo intérprete, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-HC/TC, desarrolló supuestos vinculados a la motivación, en concreto la figura de la motivación aparente. Esta se verifica cuando no se dan las razones mínimas que sustentan la decisión o cuando no da respuesta a los argumentos esgrimidos por las partes, o bien porque únicamente se pretende dar un cumplimiento formal al mandato, sobre la base del empleo de frases sin ningún sustento jurídico o fáctico. De ahí que “la debida motivación de las resoluciones importa que la Administración Pública exprese las razones o

justificaciones objetivas que la lleva a tomar una determinada decisión” (MINJUSDH, 2014, pp. 20), lo cual no se verifica de la lectura del Resolución 272.

En segundo lugar, el mero avocamiento a la interpretación literal de la normativa minera para rechazar la solicitud de sustitución en el procedimiento de petitorio minero TACNA 101 parece insuficiente. La autoridad administrativa debería haber analizado en detalle los hechos y circunstancias específicas del caso, incluida la relación entre BACK ARC y el señor Márquez, para determinar si realmente nos encontramos ante un supuesto que debe ser restringido.

Sobre el particular, el Consejo de Minería del MINEM manifestó que, para la correcta aplicación del artículo 36° del TUO de la LGM, debe considerarse el principio recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: las normas que regulan excepciones no se aplican por analogía o interpretación. Por ello, arribó a la conclusión de que no le corresponde a NEWMONT solicitar la sustitución sobre el derecho minero de TACNA 101 por cuanto la empresa BACK ARC no es socio, director, representante ni contratista de ella.

La autoridad al resolver el pedido de sustitución no debía considerar que se trataba de un caso de analogía, definido como un “método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia” (Rubio, 2009, pp. 264-265). Por el contrario, el caso de sustitución del petitorio de TACNA 101 refleja la duda sobre la comprensión de la legislación positiva que debe ser resultado en base a una interpretación a la luz los principios generales del Derecho. Este tipo de interpretación jurídica se da cuando “existiendo una norma jurídica aplicable, su sentido normativo no resulta claro porque existe cierta dificultad para aplicar el supuesto de la norma al hecho que ocurre en la realidad y que es al que se pretende normar” (Rubio, 2009, pp.260).

El señor Márquez, al constituir la empresa BACK ARC y solicitar mediante ella el petitorio TACNA 101, evitó la sustitución de NEWMONT en el procedimiento de

titulación materia de análisis. Si bien es cierto que la persona jurídica tiene existencia diferente a la de sus integrantes y ninguno de estos tiene derecho al patrimonio de ella ni está obligado a satisfacer sus deudas, lo que significa una diferencia desde el punto de vista patrimonial; sin embargo, esto no quiere decir que el accionista este completamente desligado de ella, pues por medio están los derechos y obligaciones societarios.

Finalmente, comparto los argumentos esgrimidos en el voto discordante de la Resolución 272, los mismos que se fundamentan en el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, el cual consagra el principio de no dejar de resolver por vacío o deficiencia de la ley. Adicionalmente, hace referencia oportuna al artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el cual señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto de la Constitución, la ley y el derecho, en el marco de las facultades que les fueron conferidas y conforme a los fines para los que fueron atribuidas.

Considero pertinente el examen de la *ratio legis* del artículo 36° del TUO de la LGM. Esta norma pretende evitar el abuso de derecho, la simulación, la arbitrariedad y otras formas fraudulentas para ejercer la actividad minera, como es el caso de la competencia desleal que afecta a quienes cumplen con los requisitos exigidos por la ley para desarrollarse en la industria. La elaboración de estructuras legalistas como la constitución y uso de empresas a efectos de llevar adelante simuladamente una actividad puede revestir apariencia de legalidad, pero no es menos cierto que se está aprovechando del tecnicismo genérico contenido en la literalidad de la norma.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

A continuación, se desarrollará el problema complementario de forma previa, a fin de brindar un marco teórico a la discusión jurídica. Seguidamente, se analizará el problema principal y secundarios, los cuales de manera conjunta dan respuesta a la cuestión controvertida expuesta en el caso.

### **5.1. Problema complementario: régimen jurídico aplicable para la obtención de concesiones mineras de exploración y explotación**

Para efectos del presente informe, corresponde realizar una explicación breve del régimen jurídico de los recursos mineros y la obtención de su título habilitante. La Constitución, en el artículo 66°, afirma que los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la Nación. Al respecto, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se advierte que el concepto de patrimonio está asociado a la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de los recursos (Huapaya, 2014, pp. 329). Siendo así, la explotación de estos no puede ser desligada del interés nacional, así como, del ejercicio del Estado de potestades de planificación, gestión y control.

Por su parte, a nivel legal, la Ley N° 26821, Ley Orgánica de Aprovechamiento de Recursos Naturales manifiesta que los minerales son considerados recursos naturales, puesto que son susceptibles de ser aprovechados para la satisfacción de las necesidades y presentan valor en el mercado. En la misma línea, el artículo II del Título Preliminar del TUO de la LGM señala que estos pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. Consecuentemente, este tiene el deber de evaluar y preservarlos, así como de regular y supervisar la actividad minera a nivel nacional.

#### **5.1.1. El título habilitante: la concesión minera**

Respecto al título habilitante, el artículo 9° del TUO de la LGM dispone que el aprovechamiento de los recursos mineros sólo puede realizarse mediante la concesión, en virtud de la cual el Estado otorga al titular el derecho a la exploración y explotación de los minerales concedidos, siempre que se hallen dentro de un sólido de profundidad indefinida y estén limitados por planos verticales. Entre sus principales características tenemos que es (i) legal, habida cuenta que la ley fija las condiciones para su otorgamiento y uso; (ii) formal, en tanto se circunscribe en un procedimiento y requisitos reglados; (iii) irrevocable, mientras que se cumpla con obligaciones tales como el pago del derecho de

vigencia o penalidad; (iv) de plazo indefinido sujeto a condición; (v) derecho real, toda vez que otorga el uso, disfrute y propiedad del recurso concedido; e, (vi) inmueble separado y distinto del predio donde se localiza.

Este régimen concesional supone que el Estado otorga el derecho o título minero a través de una instancia administrativa pública concebida como autoridad minera (Cavada, 2015, pp. 7). Como bien señala el Tribunal Constitucional, en ocasión de la Sentencia del expediente N° 0048-2004-PI/TC, la concesión minera es un acto jurídico de Derecho Público a través del cual la Administración, sujetándose al principio de legalidad, advierte los derechos y obligaciones para el aprovechamiento de los recursos minerales no renovables. Cabe acotar que este derecho que se crea está condicionado a la obtención de permisos complementarios, tales como los instrumentos ambientales.

### **5.1.2. El procedimiento ordinario minero**

En este contexto, se erige el procedimiento minero mediante el cual el interesado tendrá que presentar una serie de requisitos con la finalidad de obtener la concesión minera. Este se rige conforme a los artículos del 117° al 128° del TUO de la LGM y a los artículos del 16° al 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2020-JUS. Su objetivo primordial es obtener por parte del Estado (INGEMMET, en el caso analizado) el título habilitante que otorga el derecho para la exploración y explotación de los recursos naturales de un área identificada por coordenadas UTM. Este es un procedimiento que reviste la característica de (i) ser de orden público, (ii) de naturaleza administrativa especial, y (iii) estar regido por los principios de certeza, publicidad, simplicidad, eficiencia y uniformidad (San Martín, 2022, pp.68).

El procedimiento ordinario minero se activa siempre a solicitud de parte, esto es, el interesado en realizar la actividad extractiva debe efectuar la petición (Aguado, 2009). A dicha solicitud, se le denomina petitorio minero, el cual está constituido por un formato, el comprobante de pago de determinadas obligaciones como el derecho de trámite y de vigencia, el plano en donde figuren las coordenadas del

área, entre otros aspectos. Cabe indicar que se debe especificar el área donde recaerá la concesión, pudiendo ser de entre 1 a 100 cuadrículas, exceptuando la zona del mar.

Una vez presentado en mesa de partes, se le asigna una numeración que lo identificará mientras dure el procedimiento de titulación. Adicionalmente, este número registra la fecha y hora exacta de su presentación, con el propósito de evitar situaciones de simultaneidad de peticiones. Lo que se busca es dar preferencia a quien primero acudió para pretender obtener la concesión, estableciéndose el criterio de la prioridad temporal.

Seguidamente, la autoridad proporcionará al solicitante los avisos para su publicación, la cual deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a su recepción, tanto en el Diario Oficial, así como en otro periódico de la capital de la provincia donde se encuentre el petitorio. La razón de ser de este acto es brindar cognoscibilidad de la solicitud a terceros, a fin de que aquellos con legítimo interés en la zona puedan apersonarse con el propósito de advertir, tal como sucede en el caso analizado, la interposición de la solicitud de sustitución en el procedimiento de titulación en amparo de la disposición del artículo 36° del TUO de la LGM.

Si no se presenta oposición alguna, el expediente administrativo se remite para su evaluación a fin de que se emitan los dictámenes técnico y legal correspondientes. Siempre que se brinde el visto bueno exigido normativamente, se procederá con el otorgamiento de título de la concesión minera. Es preciso señalar que, de forma mensual, el Registro Público de Minería publica una lista de concesiones cuyos títulos fueron aprobados en el mes previo.

## **5.2. Problema principal: la interpretación de la prohibición contemplada en el artículo 36° del TUO de LGM en el contexto de la solicitud de sustitución presentada por NEWMONT**

### **5.2.1. La interpretación jurídica**

La aplicación del Derecho es un asunto complejo, toda vez que se presentan situaciones en la realidad en las que no es sencillo identificar si encajan en el supuesto de hecho de una norma. Como sostiene Marcial Rubio (2009), de un lado, las normas pueden advertir problemas de comprensión sobre el sentido de lo que prescriben como conducta a seguir, lo cual se busca dilucidar con la teoría de la interpretación jurídica. De otro lado, el conjunto de normas del sistema jurídico podría no aportar respuesta alguna a una situación determinada que no está exactamente prevista, configurándose una laguna del Derecho que requiere ser abordada por la teoría de la integración jurídica (p.217).

Al respecto, la teoría general del Derecho señala que la interpretación tiene como objetivo desentrañar el significado del contenido de la norma, en tanto el análisis lógico-jurídico interno no sea suficiente para determinar su alcance. Esto es, se interpreta cuando se atribuye de significado a un texto normativo o se califica jurídicamente un caso concreto, fundamentando la propuesta de solución de la controversia. Ricardo Guastini (2015) la clasifica en (i) interpretación en abstracto, cuando se identifica el contenido de un texto sin referencia a un caso, e (ii) interpretación en concreto, la cual consiste en subsumir un hecho en el ámbito de aplicación de una norma al decidir sobre la extensión de un concepto (p. 14).

El sistema jurídico peruano no da reglas imperativas que se deban seguir para interpretar, máxime si las diversas ramas del Derecho tienen una particular forma de abordarla. Siendo así, en virtud de la metodología que asuma el intérprete, se podrán obtener resultados múltiples e, incluso, contrarios. Por ello, doctrinariamente, se ha esbozado la teoría consistente en “aplicar lo más completa y armónicamente posible todos los métodos a una misma situación” para obtener una interpretación válida y correcta (Rubio, 2009, p. 223). Además,

esta deberá acoger los siguientes componentes: la aproximación apriorística del intérprete, los mecanismos operativos o métodos de interpretación y los apogemas de interpretación.

El Derecho no se debe concebir como un conjunto de preceptos normativos con aplicación mecánica; por el contrario, resulta ser una práctica social interpretativa consistente en la acción cognoscitiva encaminada a hallar y limitar el sentido de una o más normas a fin de aplicarlas adecuadamente al caso en concreto (Mercado, 2015, p.7). De ahí que surge la necesidad de interiorizar procedimientos metodológicos a partir de los cuales se obtengan conclusiones sobre lo que quiere decir la norma. Para fines del presente trabajo de investigación, corresponde desarrollar el método literal y de la ratio legis.

Por un lado, el método literal recurre a las reglas lingüísticas propias del lenguaje escrito común y jurídico en el que se produce la norma, por lo que se relaciona estrechamente con la gramática y semántica. Conforme a la postura tecnicista que prepondera la vigencia de la ley, la decodificación del sentido estricto de la norma sería suficiente; sin embargo, se advierte que la praxis es más compleja por lo que se requiere que sea complementado con otros métodos. Por otro lado, el método de la ratio legis pretende dilucidar la razón de ser intrínseca de la norma. No se debe confundir con la investigación de la intención del legislador al emitir la disposición, sino que su contenido debe fluir del texto mismo de esta o del grupo normativo que le corresponde (Rubio, 2009, p. 240).

### **5.2.2. El Derecho Administrativo**

El Derecho Administrativo se caracteriza por su estrecha conexión con la realidad social, lo que le obliga a inmiscuirse en un proceso evolutivo continuo a fin de adaptarse a las nuevas necesidades e innovaciones. En su vertiente contemporánea, Barnes (2011) indica que “ya no es concebido como un sistema aislado encerrado en el esquema del derecho nacional, concentrado en el ejercicio de poder, y de aplicación cuasi mecánica de la legislación primaria” (pp. 8-9). Siendo así, este debe ser entendido como una suerte de Derecho Constitucional concretizado (Rebollo, 2018, p. 118).

Este viene a ser una disciplina jurídica meridianamente joven que encuentra sus bases en la Revolución Francesa, proceso histórico en el que se evidenció las prerrogativas exorbitantes de la Administración para la búsqueda del bien común y la ejecutoriedad de la voluntad general. No obstante, como se advertido, esta concepción primigenia se ha adecuando a los nuevos retos del paradigma de Estado Constitucional de Derecho, el mismo que comporta la proscripción de la arbitrariedad, así como otras exigencias estrechamente vinculadas con los derechos de los administrados.

En este contexto, como manifiesta Morón (2019), el Derecho Administrativo contemporáneo se ha desarrollado con un énfasis en el equilibrio y la ponderación (p. 9). En tal sentido, la normativa administrativa no solo establece las bases para que la autoridad ejerza su poder de manera legítima, sino que también asegura que tal ejercicio sea compatible con la protección de los derechos de los ciudadanos, máxime si su finalidad última es conciliar un equilibrio entre los intereses públicos y privados.

Por ello, su contenido se configura a partir de los principios del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, los cuales se aplican al proceso hermenéutico administrativo, entre los que se encuentran los siguientes:

- El principio de supremacía constitucional propugna que los preceptos constitucionales revisten de rango superior en la pirámide normativa, por lo que las diversas ramas jurídicas deben subordinar la creación y aplicación de reglas a esta “fuente de fuentes”. Asimismo, en caso se presente la colisión de disposiciones constitucionales con otras de orden infra constitucional, van a prevalecer los primeras (Celis, 2009, p. 42).
- El principio de unidad de la Constitución concretiza la unidad del ordenamiento jurídico, toda vez que señala que las reglas no deben ser interpretadas de forma aislada; por el contrario, su contenido debe estar conectado de forma armónica con el resto de la normativa. Conforme a la

sistematicidad interpretativa, se debe preferir aquella más coherente con los preceptos dogmáticos, organizativos, materiales y formales.

- El principio de fuerza normativa de la Constitución indica que sus mandatos obligan a los integrantes de los órganos de la Administración, así como a todos los particulares. De un lado, frente al poder público, su operatividad se traduce en la eficacia vertical respecto a las autoridades al ser un parámetro de validez de los actos estatales; de otro lado, la eficacia horizontal se refleja en su aplicación a las relaciones jurídicas entre privados (Celis, 2009, p. 43).
- El principio de corrección funcional advierte que todo intérprete debe respetar la asignación de competencia de los poderes públicos, por lo que no debe restringir ni desvirtuar las funciones dadas a cada uno. Este principio adquiere especial relevancia en el Derecho Administrativo, máxime si los agentes de la Administración deben respetar la forma organizativa en la cual se circunscriben.

El proceso hermenéutico sobre la legislación infra constitucional debe considerar la coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental (García, 2003, p. 200). Por ello, el ordenamiento administrativo consagra determinados principios autónomos que derivan de estos valores constitucionales proyectados en deberes promocionales que recaen en la totalidad de los operadores del sistema jurídico, incluyendo a la magistratura administrativa. Si bien históricamente se ha propugnado que esta rama reconoce privilegios del Estado para la persecución del interés colectivo, de igual forma comprende un conjunto de prerrogativas y garantías en favor de los administrados.

Repetida doctrina ha considerado como la base del Derecho Administrativo el equilibrio entre poderes y derechos; no obstante, este paradigma ha evolucionado al punto de situarlo en el conflicto: derechos versus derechos, con intermediación estatal (Balbín, 2015, p.9). Este reconocimiento activo de derechos colectivos, sociales e individuales supone repensar sus principios

según este nuevo modelo. Por lo tanto, la Administración debe interpretar el Derecho, pero al hacerlo debe advertir la profundización de técnicas interpretativas que le son propias.

### **5.2.3. Los principios generales del Derecho Administrativo**

Como advierte Morón (2019), “la aplicación del Derecho Administrativo no puede hacerse de un modo exegético o positivista, sino que debe hacerse desde la perspectiva teleológica e histórica” (p. 17). De aquí el intérprete de sus normas debe comprender el sistema fuentes sobre las cuales se construye esta disciplina; así como, requiere interiorizar los factores extrajurídicos que propician el establecimiento de la regulación. Teniendo en cuenta ello, la norma común que regula los procedimientos administrativos, en el artículo V del Título Preliminar, ha enunciado en orden de prelación las fuentes que lo conforman, estableciendo dentro de estas a los principios generales del Derecho Administrativo.

Estos permiten dilucidar o cubrir ciertos vacíos o incertidumbres que puedan generarse en el derecho positivo, lo que posibilita a la Administración Pública a dirigir el poder público impidiendo el abuso y vulneración de los derechos de los particulares. Al respecto, Guzmán Napurí (2009) explica que estos sirven como un manual que facilita la ejecución de las normas, es decir, facilitan la interpretación normativa ahí donde la aplicación literal no es posible. De forma concordada, Morales Luna (2002) establece que los principios del derecho en general deben ser empleados para suplir las deficiencias del ordenamiento administrativo a fin de salvaguardar la integridad y seguridad del propio sistema (p.150).

Ahora bien, estos principios pueden ser clasificados en (i) expresamente recogidos en disposiciones normativas; (ii) implícitos obtenidos por deducción o inducción en virtud de una norma o grupo de normas; y (iii) extrasistemáticos o totalmente inexpresos formados a partir de la filosofía o Constitución (Morales, 2002, p. 152). Siendo así, resultan especialmente importantes los dos primeros, ya que constituyen razones de primer orden para resolver los casos en un

determinado sentido, pero no excluyen la deliberación que debe realizar el órgano administrativo sobre el contenido de la resolución a dictar.

Teniendo en cuenta dicha clasificación, algunos principios ya se encuentran positivizados en las normas del ordenamiento jurídico peruano, no solo en lo referente al Derecho Administrativo. Así pues, en la Constitución Política del Perú de 1993, se establecen principios tales como el de reserva de ley, el principio de igualdad, y, específicamente en el numeral 8 del artículo 139°, el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, entre otros.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en virtud de la Sentencia 047-2004-AI-TC, manifestó que los principios generales del derecho se refieren a la “pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontológica que constituyen parte central del sistema jurídico”. Así las cosas, vienen a ser conceptos básicos que presentan diversa graduación y extensión. Asimismo, algunos juristas precisan que serían una fuente subsidiaria o sustitutiva que permite a los jueces y autoridades administrativas invocar y aplicar dichos principios para resolver casos en los que la ley no ofrece una solución clara.

En la regulación administrativa peruana, se establece que los principios configuran un criterio interpretativo para absolver las cuestiones suscitadas en la aplicación de las reglas de procedimiento. Esto es, fungen como guías de interpretación, pues lo primordial para el Estado será resolver los casos que se presenten sin afectar de manera injustificada a los administrados.

Finalmente, resulta importante hacer mención a los principios establecidos de manera expresa en el TUO de la LPAG, el cual los ha positivizado y recopilado en su artículo IV. Entre estos, encontramos al principio de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, impulso de oficio, verdad material, informalismo, etc.

#### **5.2.4. El Derecho minero**

El Derecho minero concebido como una rama del Derecho Público ostenta por objeto de estudio a las relaciones jurídicas que delimitan la industria minera con respecto al desarrollo de las actividades de su cadena de valor: cateo, prospección, exploración, explotación, beneficio, labor general, transporte, comercialización y almacenamiento de minerales. Además, se encarga de la relación que sostiene el Estado con los particulares que las efectúan, los cuales son sujetos de derechos y obligaciones.

En ese sentido, determina el alcance del título habilitante a partir de la configuración de un conjunto de preceptos especiales y principios que rigen la modalidad de otorgamiento del derecho para explorar y explotar las sustancias minerales que son susceptibles de ser aprovechadas por el hombre. Por lo tanto, “regula su formación, naturaleza, ejercicio y extinción, así como respecto de algunos de los actos, contratos y litigios que devienen de esta” (Baldeón, 2016, p. 55). Doctrinariamente, se discute la autonomía de esta rama del Derecho, ya que se verifica la existencia de la codificación de normas que regulan la materia de forma orgánica.

Ahora bien, el Derecho minero se vincula estrechamente con el Derecho Administrativo, toda vez que se encarga de las interacciones entre el Estado y los individuos en lo que respecta a la apropiación, uso y disfrute de los recursos. Además, abarca el procedimiento de adquisición derivado del dominio minero a través de concesiones mineras (Baldeón, 2016, p. 63). Siendo así, en estos, aplican los principios del derecho administrativo y del TUO de la LPAG.

#### **5.2.5. Las fuentes del Derecho Minero**

El Derecho Minero cuenta con diversas fuentes que conforman su marco normativo y orientan su aplicación en la práctica. Estas incluyen a su legislación específica, así como a los criterios dispuestos en su jurisprudencia, las mismas que aseguran la regulación integral y coherente de la actividad minera.

Por un lado, una de las principales fuentes positivas es el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, el cual fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM de fecha 4 de junio de 1992. Respecto a esta norma, la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, establece que, en concordancia con el artículo 66° de la Constitución, su contenido se debe entender asimilado a la naturaleza de una ley orgánica. Desde su aprobación a la actualidad, no se han promulgado modificatorias sustantivas, por lo que se ha generado la discusión sobre la necesidad de aprobar un nuevo texto ajustado a las nuevas realidades del sector o incluso la expedición de una ley orgánica de minería, conforme al citado artículo del texto constitucional. Algunos autores sostienen que esta última opción sería la más adecuada, dado que proporcionaría un marco normativo más consolidado y armónico.

De otro lado, la jurisprudencia constituye otra fuente importante del Derecho Minero. Esta se refiere a las decisiones de las autoridades mineras que, aplicando criterios de razonabilidad, interpretan y aplican la ley a casos específicos. En el ámbito administrativo, los tribunales superiores emiten una serie de fallos que pueden clasificarse en dos tipos: "fallos de especie" y "fallos de principio". Los primeros se limitan a las circunstancias particulares del litigio y se caracterizan por la constatación y apreciación de hechos concretos. En cambio, los segundos resuelven problemas de alcance más general y fijan nociones aplicables a casos semejantes, constituyendo así precedentes que "forman jurisprudencia". La transición entre estos dos tipos de fallos es gradual, a medida que los considerandos y la resolución se elevan de lo particular a lo general (Baldeón, 2016, p. 50).

En el contexto nacional, el Consejo de Minería actúa en calidad de órgano de última instancia administrativa minera, por lo que sus resoluciones expedidas revisten de la naturaleza de cosa decidida. Ahora bien, desde la entrada en vigencia del TUO de la LPAG, estas son vinculantes para terceros, así como para el administrado afectado y la autoridad minera inferior en grado. Finalmente,

las casaciones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituyen doctrina jurisprudencial en la materia.

### **5.2.6. La interpretación del artículo 36° del TUO de la LGM**

La minería es una de las principales actividades que sostiene el crecimiento económico del Perú. Sin embargo, está expuesta a múltiples debates sobre su ejercicio, los cuales responden a diversos intereses políticos, sociales, culturales, ambientales y demás (San Martín, 2022, pp. 17). El principio de libre acceso se materializa en las actividades mineras, el cual propugna que cualquier particular, en tanto cumpla con las condiciones recogidas por las disposiciones normativas que regulan su ejercicio, ostenta el derecho a solicitar la concesión minera y a que se evalúe su otorgamiento. No obstante, este principio cuenta con restricciones establecidas por ley.

Una de estas restricciones se encuentra recogida en el artículo 36° del TUO de la LGM en los siguientes términos:

***“Artículo 36.- Los socios, directores, representantes, trabajadores y contratistas de personas naturales o jurídicas dedicadas a la actividad minera, no podrán adquirir para sí, concesiones en un radio de diez kilómetros de cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubiquen las concesiones de las personas a las cuales están vinculadas, salvo autorización expresa del titular. Esta prohibición comprende a los parientes que dependen económicamente del impedido. (...).”***

De la citada disposición, se desprende que cuatro son los sujetos que están restringidos para peticionar concesiones, extendiéndose el impedimento a los familiares que dependan de ellos. No obstante, de la simple lectura, no se verifica que esta prohibición relativa se active únicamente cuando dichos sujetos realizan la solicitud a título personal. Lo que la ley establece de modo expreso es que la adquisición del derecho les conceda para sí rédito, puesto que lo que la norma busca es proteger la inversión de las personas jurídicas o naturales que hayan estado vinculadas a estos.

Como es sabido, las actividades mineras de cateo, prospección y exploración son fundamentales para evaluar el potencial minero de distintas zonas del territorio nacional e identificar los recursos minerales a ser extraídos. Su desarrollo requiere de inversión significativa, habida cuenta que estos proyectos ameritan la contratación de personal especializado, así como la utilización de tecnologías avanzadas para el recojo y análisis de los hallazgos.

Estos estudios mineros se enfocan principalmente en las áreas solicitadas por los titulares o futuros titulares de concesiones mineras, los mismos que ayudan a comprender la geología y la mineralización del subsuelo en la zona peticionada. Sin embargo, debido a la continuidad geológica, es muy probable que las características identificadas en estas áreas sean representativas también de las zonas colindantes. Esto se debe a que las formaciones geológicas y los depósitos minerales suelen extenderse más allá de las fronteras artificialmente delineadas de las concesiones mineras.

Dada la importancia de la información obtenida en este contexto, el legislador ha reconocido la necesidad de su protección jurídica. Al ser un recurso valioso tanto para los inversores privados como para el desarrollo económico del país, se evita la divulgación no autorizada de esta data. Por un lado, cuando los inversores privados están seguros de que sus descubrimientos estarán resguardados por la ley, consecuentemente, se sienten más motivados a invertir en actividades de exploración. Por otro lado, la información obtenida permite una mejor planificación y gestión de los recursos minerales del país, ya que permite al Estado implementar políticas más efectivas para la explotación racional y sostenible de los recursos minerales.

Por todo lo expuesto, se desprende que el sistema de fuentes del derecho minero, administrativo y constitucional aplicables al caso permiten que se interprete el artículo analizado de modo que se proteja su finalidad. En tal sentido, queda demostrado que resulta perfectamente viable considerar que la prohibición es también aplicable a BACK ARC al ser este un vehículo mediante el cual el señor Márquez pretendió adquirir la concesión TACNA 101.

### **5.3. Problema secundario 1: la conducta del señor Márquez como supuesto de abuso de derecho y/o de fraude a la ley**

Los geólogos exploradores de NEWMONT se encuentran en posición para contar con información de vital y crítica importancia para la empresa, ya que esta data le permite conocer las potencialidades de ocurrencia de mineralización de cada zona para efectos de decidir desarrollar estudios en determinadas áreas, así como celebrar contratos u otras transacciones comerciales destinadas a evaluar y viabilizar proyectos mineros que requieren de fuertes inversiones. Por esta razón, sus trabajadores se obligan a guardar absoluta confidencialidad de la data que recaban por encargo de su empleador y, además, a no utilizarla ni divulgarla en su beneficio personal o en el de terceros. Este deber se advierte en el marco de la relación laboral, toda vez que los mismos trabajadores firman convenios de confidencialidad, códigos de conducta y otros documentos similares.

Siendo así, conforme a lo expuesto en el procedimiento administrativo, la explotación indebida de la información confidencial albergada en las bases de datos de la empresa bien podría generar un perjuicio económico para los intereses comerciales de NEWMONT, así como propicia una ventaja indebida para aquel que ha hecho uso de esta información exclusiva. En el caso, la información confidencial explotada por el señor Márquez consistía en los resultados de los análisis geoquímicos obtenidos de las muestras recogidas por ingenieros de la empresa minera NEWMONT, los informes estructurados en base a dichos análisis, y la data registrada en su repositorio de datos que se encuentre estrechamente vinculada con la identificación de zonas de potencial minero.

#### **5.3.1. El abuso del Derecho**

El Derecho no es un fin en sí mismo; por el contrario, funge como una herramienta para lograr la realización personal y, a su vez, comunitaria. El sistema jurídico ha sido elaborado con el propósito de permitirle a la persona vivir

en libertad, orden y justicia en un contexto de coexistencialidad. Esto es, no se le puede concebir como un ente aislado irrogado de derechos absolutos, sino que el ejercicio de los mismos debe necesariamente considerar el interés colectivo.

Cuando se prohíbe explícitamente el abuso del derecho mediante un principio general o una norma legal, cualquier acto que infrinja esta prohibición se considera ilícito. Este tipo de ilicitud es *sui generis*, ya que surge de la transgresión de un deber jurídico genérico, basado en un derecho subjetivo que se ejerce o se omite de manera antisocial (Fernández, 2018, pp. 16-17). La aceptación de este instituto por la doctrina jurídica se alinea con una nueva visión filosófica, en virtud de la cual el ser humano ocupa un lugar central en toda la construcción dogmático-jurídica.

Esta figura jurídica es un valioso instrumento para controlar el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo, originalmente legítimo. Como indica Peyrano (1994), “en la doctrina contemporánea existe una fuerte tendencia a considerar a la teoría del abuso del derecho como uno de los pilares básicos de la ciencia jurídica actual”. No obstante, se advierten detractores que provienen de aquellos que temen que su aplicación otorgue un poder excesivo a quienes la apliquen, poniendo en peligro la libertad individual. Borda (1990) señala que estos temores son infundados, ya que el abuso del derecho no afecta la seguridad jurídica, máxime si lo que pretende es evitar que en el ejercicio de estos derechos se actúe de manera desaprensiva, ignorando los intereses de los demás.

El abuso del derecho se manifiesta en acciones que, aunque parezcan alineadas con la norma y no contradigan formalmente la regla jurídica, en realidad violan y desvirtúan el espíritu y objetivo de los derechos ejercidos. Esto convierte a dicha conducta en ilícita, aunque formalmente parezca válida y legítima. De ahí que deviene en un principio que implica la existencia de un conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés (Espinoza, 2001, pp. 289). Este concepto ha sido desarrollado por Gonzales Barrón (2015), el cual revela diversas hipótesis en las que “el titular de un derecho actúa formalmente dentro las prerrogativas

establecidas por la ley, empero el resultado es de manifiesta injusticia, pues choca frontalmente con un valor reconocido por el ordenamiento jurídico” (p. 14).

Existen diversos criterios para identificar el abuso del derecho. En primer lugar, la posición subjetivista se basa en la intención de causar perjuicio (*animus nocendi*), la acción culposa o negligente, y la falta de un interés serio y legítimo para el agente (Fernández, 2018, p. 123). Esta postura ha sido criticada, habida cuenta que se advierten dificultades prácticas para probar la intención interna de una persona. En segundo lugar, la concepción objetiva, en cambio, se centra en la función económico-social del derecho. Según ella, el abuso del derecho se identifica cuando se ejerce de manera contraria a los fines sociales y económicos que inspiraron la norma. Este enfoque se considera más comprensivo y técnicamente depurado.

En el ordenamiento jurídico peruano, este instituto se ha abordado inclusive desde el propio texto constitucional (artículo 103°), en el cual se proclama que la Constitución no ampara el abuso del derecho. Asimismo, la prohibición de ejercitar los derechos de forma abusiva se encuentra consagrada en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil (fuente de aplicación subsidiaria en el marco del sistema jurídico administrativo), el cual señala que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho.

Ciertamente, en la norma común que rige los procedimientos administrativos, no se advierte una disposición que de manera expresa disponga algo similar. No obstante, de una lectura sistemática del TUO de la LPAG, se desprende que este mandato se halla especialmente en el contenido de uno de los principios administrativos: el principio de buena fe procedimental, el cual asevera que toda autoridad administrativa y los administrados deben actuar siempre guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. En dicha línea, esta norma contempla que los administrados tienen el deber general de abstenerse de formular articulaciones y/o pretensiones ilegales, de solicitar actuaciones dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental (artículo 67°, numeral 1). En tal sentido, se añade que ninguna

regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

Sobre el particular, por un lado, se presenta el derecho subjetivo de la empresa BACK ARC a ostentar de una existencia diferente a la de sus integrantes y, por otro, el legítimo interés de NEWMONT a no verse afectado por actos fraudulentos o uso indebido del derecho de ex trabajadores, tal como la utilización de la data a que han tenido acceso en el ejercicio de sus labores. De acuerdo con lo establecido por la doctrina, es necesario determinar si en el caso presente se hizo un uso abusivo del derecho constitucional a la libertad de empresa por parte del señor Márquez a través de la creación y uso de BACK ARC.

Como se desarrolló en los hechos del caso, BACK ARC presentó la solicitud del petitorio TACNA 101 el 13 de diciembre de 2006, siendo representado por su gerente general Esteban Salazar, quien contaba con amplias facultades de representación, conforme al artículo 188° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades. En este contexto, es importante advertir que las acciones llevadas a cabo por el administrador de la sociedad están necesariamente respaldadas por las decisiones previamente adoptadas por los accionistas de la empresa. En concreto, el Señor Márquez era dueño del 99.8% de las acciones de BACK ARC al momento en que esta solicitó TACNA 101, por lo que la adquisición de este derecho minero fue consecuencia directa de su voto favorable.

Además, según lo afirmado por NEWMONT y confirmado por el INDECOPI por medio de la Resolución N° 0063-2009/SCI-INDECOPI, este tuvo acceso a información relacionada con el valor minero del área donde se encontraba TACNA 101 debido a sus actividades como geólogo. Por lo tanto, al seguir un razonamiento de corte deductivo, se evidencian indicios que sugieren que el ex colaborador de NEWMONT podría haber abusado de su derecho constitucional a la libertad de empresa, al utilizar a BACK ARC para que sea quien formule el petitorio minero. Así, evitaría ser considerado un sujeto inhabilitado debido a su anterior relación laboral.

En cuanto al perjuicio causado a NEWMONT o la afectación a alguno de sus intereses, de la revisión de los actuados del expediente, se tiene que sí se verifica su ocurrencia. Al respecto, NEWMONT ha manifestado reiteradamente que, durante el período en que fue trabajador, se realizaron trabajos en el área de TACNA 101, lo cual fue corroborado por el Dictamen Pericial – CN 1042-2007-CP.CDL.CIP del Colegio de Ingenieros del Perú. Ello demuestra una clara intención de la referida empresa en conocer tanto la composición geológica como cualquier otra característica del área, lo cual implica un importante esfuerzo e inversión. En ese sentido, del hecho que NEWMONT invirtió sus recursos para obtener información respecto al área cuestionada, se colige lógicamente que éste ostentaba peculiar interés sobre la zona.

### **5.3.2. El fraude a la ley**

El fraude a la ley y el abuso del derecho comparten una cierta similitud, ya que ambos se originan en actos que, aparentemente, son conformes a la ley. No obstante, mediante esta institución se busca obtener, de manera indirecta, lo que la ley prohíbe hacer de manera directa. Al respecto, Spota (1947) sostiene que, “si bien se respeta la letra de la ley, se elude su espíritu, toda vez que se recurre a actos aparentemente lícitos que, en sí mismos o en su combinación, persiguen un resultado prohibido”. De manera similar, Rodríguez-Arias (2017) define el fraude como un artificio mediante el cual un individuo intenta evadir una obligación legal para alcanzar un resultado prohibido.

Este es considerado un principio general del derecho que permea todo el sistema, estrechamente relacionado con otros como la buena fe, el orden público y las buenas costumbres. Al igual que el instituto del abuso del derecho, implica un deber general para los sujetos de no violar el espíritu de la norma, el sentido jurídico de la misma y el propósito por el cual se promulgó, más allá de su literalidad. Como advierte Fernández (2018), “las normas jurídicas se integran dinámicamente con los valores, ya que los recogen y plasman con el fin de regular conductas intersubjetivas. Así, el valor intrínseco de la norma prevalece sobre su mera expresión escrita” (p. 162).

En el presente caso, se configura un supuesto de fraude a la ley, toda vez que se pretende recurrir a la literalidad del artículo 36° del TUO de la LGM para excluir a BACK ARC de la restricción para obtener concesiones mineras. Sin embargo, de la revisión de los hechos fácticos, se colige que en la realidad esta empresa era dirigida y controlada por uno de los sujetos inhabilitados: el señor Márquez en calidad de ex trabajador de NEWMONT. De esta forma, se pretenden obtener de forma indirecta un derecho que la ley ha dispuesto que sea restringido, habida cuenta que sobre la base se tutela la información confidencial que manejan las empresas mineras dedicadas a las actividades tendientes al descubrimiento de minerales.

Ello se refuerza, nuevamente, con el pronunciamiento de INDECOPI, el cual con ocasión de la emisión de la Resolución N° 0063-2009/SCI- INDECOPI declaró fundada la denuncia contra el señor Márquez por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de secretos comerciales, calificando su conducta como un supuesto de competencia prohibida. Si bien este pronunciamiento corresponde a una decisión de otro organismo conformante de la Administración Pública, lo cierto es que NEWMONT aportó como prueba documentos que allí fueron examinados y comunicó oportunamente a la autoridad minera sobre la tramitación del procedimiento administrativo que se seguía paralelamente, a fin de que esta pueda considerar lo discernido en tanto le confiera elementos de juicio relevantes para tomar la decisión final sobre la solicitud de sustitución.

Tal como establece el principio de verdad material que rige a todo procedimiento, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, de modo que tiene el deber de adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, incluso si estas no han sido propuestas por los administrados. En este caso, el Consejo de Minería del MINEM, tenía plena facultad para requerir información sobre el procedimiento paralelo, en consonancia con el principio-deber de colaboración que funge como una suerte de herramienta en el marco del procedimiento administrativo a fin de

resolver de una manera ágil el mismo o para llegar a alcanzar la verdad material (Martin, 2011, p. 313).

Teniendo en cuenta lo expuesto, se llega a la conclusión que la conducta del señor Márquez sí configuró abuso de derecho y fraude a la ley, instituciones que están proscritas en el derecho peruano.

#### **5.4. Problema secundario 2: la potestad de la autoridad administrativa de resolver en deficiencia de la ley**

El Derecho, como fenómeno histórico, de carácter práctico y valorativo, se encuentra omnipresente en la sociedad, toda vez que no hay relación social que no este o pueda estar regulada jurídicamente. Siendo así, la interpretación de sus reglas representa un papel central, en tanto el derecho no está simplemente dado a priori en las leyes, sino que requiere la práctica consistente en atribuir sentido a estos materiales (Atienza, 2001, p. 40). En el caso materia de análisis, las autoridades competentes que debieron efectuar la interpretación jurídica de la norma analizada son (i) la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET, responsable de resolver la solicitud de sustitución en primera instancia, y (ii) el Consejo de Minería, órgano colegiado encargado de resolver el recurso de revisión en segunda instancia.

Landa (2016) menciona que la evolución del Derecho impregnado de valores democráticos ha traído consigo un enfoque menos formalista y aterrizado en la ciencia jurídica, lo cual “se concreta con la expansión del respeto a los derechos fundamentales frente al legislador y los tribunales, así como ante la autoridad administrativa” (p. 202). Dicha expansión tuvo un impacto significativo en el principio de legalidad y en la noción de validez de la norma, a los que se encuentra intrínsecamente ligado el Derecho Administrativo.

#### **5.4.1. El rol de la Administración en el marco del Estado Constitucional de Derecho**

La Administración Pública va más allá de ser un mero centro de autoridad, convirtiéndose en una herramienta fundamental para la satisfacción de derechos y necesidades. En base a esta perspectiva funcional, la actividad administrativa no debe centrarse en la mera producción de actos, sino en responder adecuadamente a las demandas de los ciudadanos. De forma correlativa, no se puede considerar al ciudadano simplemente como un receptor pasivo de normas y órdenes.

Como advierte Guzmán Napurí (2009), “el Derecho Administrativo opera sobre la base de la presunción de que la Administración actúa conforme al interés general” (p. 229). Este mandato se encuentra plasmado en el artículo III del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el mismo que propugna que el propósito de esta norma es el establecimiento del régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública se enfoque en la protección del interés general, garantizando al mismo tiempo los intereses y derechos de los ciudadanos.

A partir de ello, se desprende que el papel del derecho administrativo en la actualidad debe centrarse en lograr un equilibrio adecuado entre los intereses mencionados, conciliación que racea como labor fundamental de la Administración. De ahí que el artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG indica de forma expresa que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, incluso en deficiencia de sus fuentes normativas. En estos casos, deben revisarse los principios del procedimiento administrativo, o, en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo en tanto le sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Seguidamente, se advierte que, cuando la deficiencia de regulación lo haga necesario, además de resolver el caso en cuestión, la autoridad preparará y propondrá a la entidad correspondiente la creación de una norma que de manera

general solucione esta situación, siguiendo el mismo enfoque de la resolución emitida para el caso específico.

Ahora bien, el principio de legalidad, es concebido como el pilar fundamental del Derecho Administrativo, ya que dictamina que todas las autoridades que forman parte del Estado deban actuar en estricto cumplimiento de la Constitución, la Ley y el derecho. El inciso 1.1. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG precisa que esta actuación debe realizarse dentro de las facultades que les han sido asignadas y de acuerdo con los fines para los que estas facultades fueron conferidas.

Al respecto, se verifica que la Administración debe someterse especialmente a la ley como norma emanada de quienes representan a la sociedad en su conjunto: el Congreso de la República. Dentro del modelo de estado peruano, la Administración se define esencialmente como ejecutiva, encontrando en la Ley tanto su fundamento como el límite de su actuación (Guzmán, 2009, p.230). Adicionalmente, toda vez que la Administración emite actos administrativos que generan efectos sobre la esfera jurídica de los administrados, debe ajustarse al contenido de las normas reglamentarias de carácter general, las cuales complementan a las disposiciones legales que las sustentan. De ahí que la discrecionalidad administrativa se reduce, lo cual es coherente con la teoría administrativa moderna y está respaldado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

#### **5.4.2. Las autoridades administrativas en minería**

Primigeniamente, el Decreto Legislativo N° 109 que aprobó la Ley General de Minería dispuso, en su artículo 176°, que correspondía a la jurisdicción minera el conocimiento de las cuestiones procesales, así como sustantivas que eran de su materia. Sin embargo, esta disposición fue derogada por la Décima Cuarta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 708, el cual aprobó la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero. En virtud de esta última norma, se expidió el TUO de la LGM, el cual no establece claramente si la jurisdicción administrativa minera solo se limita a cuestiones meramente procedimentales.

De acuerdo de con los artículos del 93° al 105° del TUO de la LGM, se advierten dos tipos de órganos resolutores en cuestiones mineras: (i) los órganos unipersonales que son la Dirección General de Minería, Dirección de Fiscalización Minera y Registro Público de Minería; y (ii) el órgano colegiado que viene a ser el Consejo de Minería. Esta última instancia reviste de particular importancia, en tanto se encarga de abordar de manera especializada las cuestiones mineras, continuando una larga tradición histórica que data desde 1785 con la creación del Tribunal de Minería que se impulsó como remedio para frenar los desórdenes entre los mineros y los jueces ordinarios (Baldeón, 2016, p. 368).

Conforme se ha demostrado, nos encontramos frente a una discusión sobre el alcance del artículo 36° del TUO de la LGM. El señor Márquez, prácticamente, es dueño del vehículo societario empleado para petitionar el derecho minero y contó con pleno conocimiento de la información privilegiada de NEWMONT. Como analizamos previamente, de la revisión del expediente administrativo se advierte la existencia de abuso de derecho y fraude a la ley con el uso del BACK ARC.

Siendo así, correspondía que las instancias administrativas que resolvieron el caso, tanto en primera como segunda instancia, no solo se limiten a una lectura literal del texto de la norma, sino que desarrollen una interpretación basada en la ratio legis para lo cual estaban plenamente facultadas dentro del principio de legalidad que las obliga a actuar de acuerdo a los fines de la ley.

#### **5.5. Problema secundario 3: la propuesta de mejora de la redacción del artículo 36° del TUO de la LGM**

La sociedad contemporánea reviste de un dinamismo particular, habida cuenta que devienen realidades nuevas que se imponen inevitablemente, lo cual requiere de una actitud abierta y receptiva para afrontar, de ser el caso, las reformas precisas. Esta actitud amerita realzar ideas innovadoras a partir del conocimiento del pasado, sus antecedentes, los conceptos y significados de las palabras, entre otros (Rebollo, 2018, p. 115). En el caso, las deficiencias en la

redacción del artículo 36° del TUO de la LGM obstaculizan su capacidad para cumplir efectivamente con el propósito de proteger el derecho de sustitución en un entorno en constante cambio, por lo que amerita ser cuestionada a fin de hallar una propuesta que precise su alcance.

Es crucial recordar que esta disposición fue promulgada en un contexto social que precede significativamente a la controversia materia del presente informe, toda vez que se constata que este texto se mantiene igual inclusive desde la emisión del Decreto Ley N° 18880 promulgado el año 1971. En tal sentido, corresponde válidamente plantear el cuestionamiento respecto a si, a la fecha, realmente se cautelan los intereses de los titulares mineros. Es probable que en el contexto social en el que se dictaron estas normas sí se satisfacía este acometido. Sin embargo, con el paso de los años, este marco legal ha demostrado ser cada vez menos efectivo y funcional, especialmente ante el aumento y la creatividad en el uso de personas jurídicas en el mercado peruano.

El caso abordado ejemplifica esta falta de eficacia en la aplicación de la norma minera, toda vez que la situación jurídica de BACK ARC pareciera a primera impresión que no se ajusta a ninguno de los supuestos de hecho establecidos expresamente en la ley. Como se ha expuesto, según los hechos, el señor Márquez tenía el poder de controlar a su empresa, con lo que instruyó la adquisición de TACNA 101 para intentar evitar ser considerado como un sujeto inhabilitado. El hecho que el Consejo de Minería haya omitido dicho hecho demuestra que, aunque la sustitución minera pretende proteger el desarrollo de proyectos mineros por parte de sus titulares, en la práctica, se presentan casos en donde no lograría cumplir adecuadamente su función.

En consecuencia, después de identificar las limitaciones prácticas del citado artículo por el uso generalizado de la interpretación literal, se propone considerar su modificación a fin de hacer expreso que la restricción aplica para los sujetos mencionados en la norma, sea que soliciten los petitorios mineros a su nombre directamente o a través de personas jurídicas de la cual son accionistas. En este sentido, para garantizar mayor seguridad jurídica, se plantea como referencia la definición de control contenida en el artículo 6 de la Resolución SMV N° 019-

2015-SMV-01, que establece que existe "control" cuando hay una influencia significativa y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica (Chávez, 2021, pp. 61).

Esta precisión sobre el alcance de la norma es necesaria de efectuarse en consonancia con el principio de seguridad jurídica, de modo que se prevengan futuras discusiones como la analizada en el presente informe. En tanto se ha corroborado que el texto del artículo no ha variado en más de 50 años, resulta pertinente que el legislador considere la mejora de la ley comentada.

## **VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

- Se ha configurado los supuestos de fraude a la ley y abuso de derecho. Se pretende eludir la restricción contenida en la norma minera al dar apariencia de legalidad a una operación que, en realidad, tiene como objetivo burlar las disposiciones legales. Se utiliza la autonomía de la persona jurídica como una cobertura indebida para obtener ventajas que van en contra del ordenamiento jurídico y de los intereses legítimos de terceros.
- Las autoridades, incluso en el ámbito administrativo, están obligadas a resolver en deficiencia de sus fuentes, a fin de que se preserve el marco normativo vigente dentro del modelo de Estado Constitucional de Derecho. Adicionalmente, se cuenta con un sistema administrativo de fuentes que debe prevalecer, en concordancia con los principios generales del derecho, cuando existan carencias en la legislación.
- Es necesario efectuar un análisis continuo de la norma minera, dado que el contexto de esta industria es cambiante y los artificios legales tienden a aumentar con el avance del derecho. Pueden surgir nuevas estrategias legales que busquen vulnerar la norma, por lo que es fundamental que la

autoridad administrativa colabore con el legislador a fin de promover cambios normativos cuando sean necesarios.

- Resulta viable amparar la interpretación del artículo 36° del TUO de LGM tomando en consideración resguardar la finalidad de la norma a través de la aplicación de los principios generales del derecho. De no ser así, una aplicación cuasi mecánica de la misma podría no abarcar todas las aristas del caso, brindando una solución inequitativa e injusta. Por tanto, la postura final del presente Informe es la objeción a la decisión del Consejo de Minería del MINEM, debido su falta de profundidad argumentativa respecto a los hechos del caso.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### Doctrina

Aguado, M. (2009). *La concesión minera. Jurisdicción y procedimiento*. Lima: Revista de Derecho Administrativo N° 8, pp. 25-45

Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Baca, E. (2019). *Estudio sobre marco normativo minero en Perú*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana.

Balbín, C. (2015). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial La Ley S.A.E.

Baldeón, J. (2016). *Tratado de derecho minero peruano*. Lima: Editorial Jurista Editores E.I.R.L.

Barnes, J. (2011). *Las transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo.

Borda, G. (1990). *El abuso del derecho*. Lima: Revista Ius Et Praxis N° 15, pp. 11-21.

Carhuaoto, H. (2005). *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*. Lima: Jurista Editores.

Cavada, J. (2015). *Legislación minera comparada: Aspectos generales en Chile, Perú, Ecuador y otros países*.

Celis, G. (2009). *La interpretación jurídica en el derecho administrativo contemporáneo*. Chile: Nomos - Universidad de Viña del Mar. N° 3, pp. 41 – 81.

Chávez, R. (2021). *Informe sobre expediente de relevancia jurídica N° E-2176, solicitud de sustitución minera presentada por NEWMONT PERÚ S.R.L. respecto del derecho minero Tacna 101, identificado con código único N° 010521606*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de abogado.

Cuellar, M. (2013). *Procedimiento ordinario minero*.

Danós, J. y Morón J. (2018). *Estudios de Derecho Administrativo. El derecho administrativo iberoamericano innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Espinoza, J. (2001). *Naturaleza jurídica del legítimo interés hacia el rescate de su autonomía conceptual*. Lima: Revista Derecho y Sociedad N° 16.

Fernández, C. (2018). *Abuso del derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Editorial Motivensa S.R.L.

García, V. (2003). *Valores, principios, fines e interpretación constitucional*. Lima: Revista Derecho & Sociedad N° 21, pp. 190-209.

Gonzales, G. (2015). *El abuso del derecho: entre la modernidad y la posmodernidad*. España: Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia.

Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Guastini, R. (2016). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Guzman, C. (2002). *Los Principios generales del Derechos Administrativo*. Lima: Ius Et Veritas (38), 228-249.

Huapaya, R. (2014). *El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano*. Revista de Derecho Administrativo N° 14, pp. 327-339.

Landa, C. (2016). *La constitucionalización del derecho administrativo*. Lima: Themis Revista de Derecho N° 69, pp. 199-217.

Martin, R. (2011). *Reformas a los mecanismos de colaboración administrativa a propósito de los diez años de vigencia de la ley 27444*. Lima: Revista de la facultad de Derecho PUCP N° 67, pp. 309-32.

Mercado, D. y Echevarría, M. (2015). *La interpretación en el derecho: El lenguaje como constructor de la realidad jurídica*. Cartagena: Universidad Libre.

MINJUSDH (2014). *Guía práctica sobre la validez y eficacia de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*.

Morales, F. (2002). *Principios Jurídicos y Sistemas Normativos*. Lima: Foro Jurídico, (01), 149-156.

Morón, J. (2009). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.

Novak, F. (1997). *Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho*. Lima: Agenda Internacional.

Nazario, A. (2021). *Régimen legal de las personas inhábiles para realizar actividades mineras en el Perú: análisis y propuesta de modificación al artículo 36 del TUO de la Ley General De Minería*. Lima: Universidad San Ignacio de Loyola. Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado.

Peyrano, J. (1994). *El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil*. Lima: Themis Revista de Derecho N° 27-28.

Rebollo, L. (2018). *Actitudes, retos y tendencias ante el Derecho Administrativo en tiempos de reformas*. En Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano Innovación y Reforma. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Rodríguez-Arias, L. *El abuso del derecho. Teoría de los actos anti normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Rodríguez Arana, J. (2017). *Los principios generales del derecho administrativo como fuentes del derecho*. Revista Andaluza de Administración Pública N° 70.

Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

San Martín, D. (2022). *El Derecho Minero*. Lima: Colección Lo Esencial del Derecho N° 60. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Spota, A. (1947). *Tratado de derecho civil. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.

### Jurisprudencia

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC. José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos, contra el Congreso de la República.

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el expediente N° 047-2004-AI-TC. José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín contra el Congreso de la República.

Tribunal Constitucional del Perú (2008). Sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-HC/TC. Giuliana Flor de María Llamuja Hilares contra la sentencia expedida por la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Tribunal Constitucional del Perú (2012). Sentencia recaída en el Expediente N° 03891-2011-PA/TC. César José Hinostroza Pariachi contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERIA	
FOLIO	213
NUMEROS	
Decreto Frece	

## RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM

Lima, 20 de julio de 2010

*[Handwritten mark]*  
**VISTOS**, el recurso de revisión interpuesto por Newmont Perú S.R.L. contra la Resolución de fecha 30 de abril del 2008, emitida por el Director de Concesiones Mineras del INGEMMET, que declara infundada el pedido de sustitución de Newmont Perú S.R.L. efectuado mediante escrito N° 01-008916-07;

### **CONSIDERANDO:**

*[Handwritten mark]*  
Que, la resolución venida en revisión se sustenta en el informe N° 4509-2008-INGEMMET, que señala que Back Arc Minerals S.A.C. titular del petitorio minero "TACNA 101", código 01-05216-06, no es socio director, representante y tampoco es contratista de Newmont Peru S.R.L. por lo que no esta comprendido dentro de los alcances del artículo 36° del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería, emitiéndose la resolución materia del grado;

*[Handwritten mark]*  
Que, la recurrente fundamenta su recurso de revisión mediante escrito N° 01-006787-08-T, presentado con fecha 3 de junio de 2007, y ampliatorio N° 1987755, de fecha 6 de mayo de 2010, manifestando, entre otros aspectos, que: la resolución recurrida fundamenta la negativa a su solicitud de sustitución en los artículos 77° y 78° del Código Civil, al señalar que Back Arc Minerals S.A.C. tiene existencia propia por estar inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la SUNARP; es una persona jurídica por el solo hecho de su constitución; que el hecho que concurren como accionistas o miembros de sus directorios y de sus gerencias sean las mismas personas no constituyen una misma persona; no siendo pertinente invocar la identidad de accionistas y directores entre una persona natural y una persona jurídica, toda vez que la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros; y que el derecho de sustitución otorgado por el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería constituye una restricción para solicitar pedimentos y tiene naturaleza temporal y en los casos taxativamente previstos por ley, debiéndose tener presente el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil; por lo que, no le corresponde solicitar la sustitución, por cuanto Back Arc Minerals S.A.C. tiene una existencia distinta a la de los accionistas que la integran, toda vez que ésta no es socio, director, representante o contratista de Newmont Perú S.R.L., no encontrándose comprendido dentro de los alcances del citado artículos 36°; el señor Ever Márquez trabajó como geólogo en la empresa recurrente, bajo la obligación de guardar confidencialidad sobre la información obtenida, en virtud del delicado cargo que desempeñaba; obligación que asumió el 5 de febrero de 2005 mediante un expreso compromiso de confidencialidad, por el cual todas las informaciones correspondientes o vinculadas a Newmont Perú S.R.L. no podrían ser utilizadas personalmente por él, ni ser transmitidas, comentadas o reveladas a terceros, ni menos aun a empresas mineras de la competencia; sin embargo, lejos de guardar la confidencialidad requerida, el señor Márquez utilizó y explotó a través de su empresa Back Arc Minerals S.A.C. información de propiedad de la empresa recurrente; si bien el artículo 78° del Código Civil contiene los principios rectores en materia de personas jurídicas (autonomía subjetiva y autonomía patrimonial), también existen excepciones al respecto, estos son los que se verifican cuando las personas integrantes de personas jurídicas cometen actos lesivos a intereses de terceros a través de personas colectivas; de esta manera existen casos en los que personas naturales utilizan las ventajas que otorga la personalidad jurídica, a fin de obtener beneficios



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERIA	
FOLIO	214
NUMEROS	
Doseientos Catorce	
LETRAS	

**RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM**

para sí, al margen de los propios intereses de la persona colectiva; por lo que, en atención a lo desarrollado, el señor Márquez ha utilizado a Back Arc Minerals S.A.C., de la que es titular del 99.8% de las acciones representativas del capital social, con fines ilícitos; esto es, con el objeto de evitar la aplicación de la Ley de Competencia Desleal y el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el compromiso de confidencialidad; y la legislación y la jurisprudencia de otras ramas del derecho ya han incorporado la figura del fraude a la ley, así se menciona en materia tributaria a la Resolución del Tribunal Fiscal N° 18464, donde ha primado la realidad económica a efectos de evitar actos fraudulentos por parte de los contribuyentes; en materia laboral a la Ejecutoria del 3 de marzo de 1944, en donde se identifica como se haría primar la realidad sobre el "disfraz jurídico" elaborado por una persona jurídica para evadir sus obligaciones o burlar a las normas;

Que, revisado el expediente se tiene que el petitorio minero "TACNA 101", código 01-05216-06, fue formulado con fecha 13 de diciembre de 2006, por 1000 hectáreas, por Back Arc Minerals S.A.C.; y, luego de su evaluación técnica y legal correspondiente, se emiten los avisos del petitorio para su publicación y entrega, los mismos que se efectuaron en el Diario Oficial "El Peruano" y en el diario local "Correo" del departamento de Tacna;

Que, continuando con el trámite, mediante Resolución Jefatural N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM, de fecha 7 de setiembre de 2007, el Presidente del Consejo Directivo del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico otorga el título de concesión minera metálica "TACNA 101", código 01-05216-06, a favor de Back Arc Minerals S.A.C.;

Que, con escrito N° 01-008916-07-T de fecha 17 de setiembre de 2007, obrante a fojas 47, y ampliatorio N° 01-019991-07-T, presentado con fecha 11 de octubre de 2007, Newmont Perú S.R.L. solicita sustituirse en el procedimiento de titulación del derecho minero "TACNA 101", formulado por Back Arc Minerals S.A.C., toda vez que el mencionado derecho es colindante y por tanto se ubica dentro del radio de 10 kilómetros del perímetro que encierra el área de sus petitorios "AYAHUANCA 478", "AYAHUANCA 479", "AYAHUANCA 480" y "AYAHUANCA 481", los cuales fueron solicitados el 3 de enero de 2006; manifestando que el señor Ever Jesús Márquez Amado constituyó la empresa Back Arc Minerals S.A.C. (de la que es titular de 998 acciones) con el propósito de burlar la ley en perjuicio suyo, ya que trabajó en Newmont Perú S.R.L., desde el 15 de octubre de 2002 hasta el 14 de junio de 2007, como geólogo senior, teniendo en ejercicio de sus funciones conocimiento de las actividades mineras que ésta venía desarrollando en la zona donde se formuló el petitorio "TACNA 101";

Que, a fojas 81 corre la resolución de fecha 16 de octubre de 2007 del Director de Concesiones Mineras, que dispone se remitan los actuados a la Unidad Técnico Operativa de la Dirección General de Concesiones Mineras, la que emite el Informe N° 4754-2007-INGEMMET-DCM-UTO, de fecha 22 de octubre de 2007, el cual señala que se ha determinado que un radio de 10 km., a partir del petitorio "TACNA 101", la existencia de los derechos mineros "AYAHUANCA 478", código 01-00400-06; "AYAHUANCA 479", código 01-00401-06; "AYAHUANCA 480", código 01-00402-06; y "AYAHUANCA 481", código 01-00403-06, cuyo titular es Newmont Perú S.R.L.;

Que, a fojas 85 vuelta obra la resolución de fecha 24 de octubre de 2007 del Director de Concesiones Mineras, que cita al titular del derecho minero "TACNA 101", código 01-05216-06, y a Newmont Perú S.R.L., titular de los derechos mineros "AYAHUANCA 478", código



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

3

FOLIO ..... 215 .....  
NUMEROS  
Diciembre quince  
LETRAS

**RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM**

01-00400-06; "AYAHUANCA 479", código 01-00401-06; "AYAHUANCA 480", código 01-00402-06; y "AYAHUANCA 481", código 01-00403-06, a audiencia de comparendo a llevarse a cabo el día 21 de noviembre de 2007, a las 15:00 horas; en la cual dichos titulares no se llegó a acuerdo alguno, según acta de comparendo que corre a fojas 88;

Que, al respecto, el artículo 36° del Título Cuarto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, señala que los socios, directores, representantes, trabajadores y contratistas de personas naturales o jurídicas dedicadas a la industria minera, no podrán adquirir para sí, concesiones en un radio de diez kilómetros de cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubiquen las concesiones de las personas a las cuales están vinculadas, salvo autorización expresa del titular. Esta prohibición comprende a los parientes que dependan económicamente del impedido;

Que, el derecho de sustitución que otorga el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería antes acotado, constituye una excepción o limitación al principio de que todos los que están en ejercicio de sus derechos civiles pueden solicitar al Estado se les otorgue concesiones en cualquier parte del territorio nacional, razón por la cual el legislador ha restringido los casos de inhabilidad sólo a aquellos expresamente contemplados en el texto de dicho artículo;

Que, para la correcta aplicación del mencionado dispositivo, resulta pertinente citar el principio contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil de acuerdo al cual la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía;

Que, en consecuencia, no cabe aplicar por analogía o interpretación las inhabilidades contempladas en el citado artículo 36° a supuestos no expresamente previstos en el texto de la norma;

Que, en el presente caso se tiene que la relación laboral, sustento de la sustitución, vincula a Newmont Perú S.R.L. con Ever Jesús Amado Marquez y no con el peticionario del petitorio minero "TACNA 101", Back Arc Minerals S.A.C, quien no tiene ningún vínculo contractual con Newmont Perú S.R.L., no acreditando la recurrente vinculación con los tipos especificados en el artículo 36° de la norma antes citada; es decir, no ha demostrado que Back Arc Minerals S.A.C., sea socio, director, representante, trabajador o contratista de Newmont Perú S.R.L.; por tanto no se encuentra comprendido dentro de los alcances del artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, de donde se tiene que la resolución cuestionada se encuentra arreglada a Ley;

Que, por las consideraciones expuestas, el Consejo de Minería debe declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por Newmont Perú S.R.L. contra la Resolución de fecha 30 de abril del 2008, emitida por el Director de Concesiones Mineras del INGEMMET, la que debe confirmarse;



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERIA	
FOLIO	216
NUMEROS	
Decreto Decreto	
LETRAS	

**RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM**

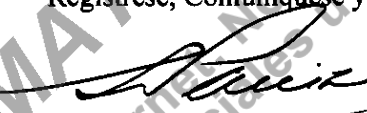
Estando con el voto aprobatorio de los miembros del Consejo de Minería que suscriben;

**SE RESUELVE:**

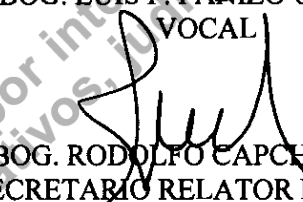
Declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por Newmont Perú S.R.L. contra la Resolución de fecha 30 de abril del 2008, emitida por el Director de Concesiones Mineras del INGEMMET, la que se confirma.

Regístrese, Comuníquese y Archívese.

  
ING. DANIEL HIACCO OVIEDO  
PRESIDENTE

  
ABOG. LUIS F. PANZO URIARTE  
VOCAL

  
ABOG. LUIS F. SOLLER RODRÍGUEZ  
VOCAL

  
ABOG. RODOLFO CAPCHA ARMAS  
SECRETARIO RELATOR DETRADO

**VOTO DISCREPANTE**

**VOTO SINGULAR DEL SEÑOR VOCAL ABOGADO AUGUSTO A. VELÁSQUEZ MANRIQUE, EN LA VISTA DE LA CAUSA DENOMINADO "TACNA 101", CÓDIGO 01-05216-06;**

**CONSIDERANDO:**

Que, la resolución venida en revisión se sustenta en el Informe N° 4509-2008-INGEMMET-DCM-UTN, de fecha 18 de abril de 2008, de la Unidad Técnica Normativa de la Dirección de Concesiones Mineras, el cual señala que mediante escrito N° 01-008916-07-T, de fecha 17 de setiembre de 2007, y ampliatorio N° 01-010001-07-T, de fecha 11 de octubre de 2007, Newmont Perú S.R.L., titular de los petitorios "AYAHUANCA 478", "AYAHUANCA 479", "AYAHUANCA 480" y "AYAHUASCA 481", solicita sustituirse en el expediente del petitorio "TACNA 101", código 01-05216-06, en atención a que Even Jesús Amado Márquez, siendo empleado de Newmont en el 2006, a través de su empresa Back Arc Minerals S.A.C. solicitó el petitorio en cuestión; por lo que, se procedió a tramitar la solicitud de sustitución de acuerdo al artículo 143° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, advirtiéndose que con Informe N° 4754-2007-INGEMMET-DCM-UTO, de fecha 22 de octubre de 2007, la Unidad Técnico Operativa señala que en el área del petitorio "TACNA 101", código 01-05216-06, se advierten cuatro derechos colindantes ("AYAHUANCA 478", "AYAHUANCA 479", "AYAHUANCA 480" y "AYAHUANCA 481"), quedando acreditada la proximidad existente entre los mencionados derechos; que por resolución de fecha 24 de octubre de 2007, se cita a



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

FOLIO 217  
NUMEROS

*Dasecrista Drecasch*  
LETRAS

**RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM**

Back Arc Minerals S.A.C. y a Newmont Perú S.R.L., titulares de los derechos mineros antes mencionados, a audiencia de comparendo, en donde las partes involucradas no llegaron a acuerdo alguno; que por resolución de fecha 11 de diciembre de 2007, se abre a prueba el procedimiento de sustitución por el plazo de 30 días; procediéndose a verificar la partida registral de Back Arc Minerals S.A.C., la cual se encuentra debidamente inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos, en el asiento A 00001, de la partida electrónica N° 11303972; de lo que se desprende que la citada empresa tiene existencia propia por estar inscrita en el Registro de Personas Jurídicas; es una persona jurídica por el solo hecho de su constitución, así como por lo dispuesto en el artículo 78° del Código Civil, y que el hecho que las personas que concurren como accionistas o como miembros de sus directorios y de sus gerencias sean las mismas personas no constituyen una misma persona; de la misma manera no es pertinente invocar la identidad de accionistas y directores entre una persona natural y una persona jurídica, toda vez que de acuerdo al precitado artículo 78°, la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros; asimismo señala que el derecho de sustitución que otorga el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería constituye una restricción para solicitar pedimentos en área cercana a los derechos mineros de la persona con la cual tienen una relación contractual, teniendo presente que éste es temporal y sólo procede en los casos taxativamente previstos en la ley; y que conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil no cabe aplicar por analogía o interpretación la limitación contemplada en el citado artículo 36° a supuestos no expresamente previstos en el texto de la ley minera; por lo que, en el presente caso, no corresponde a Newmont Perú S.R.L. solicitar la sustitución sobre el derecho minero "TACNA 101", código 01-05216-06, por cuanto Back Arc Minerals S.A.C. tiene una existencia distinta a la accionista que integra y, por tanto, distintos derechos y deberes; consecuentemente, ésta al no ser socio, director, representante ni contratista de Newmont Perú S.R.L., no se encuentra dentro de los alcances del artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, debiéndose declarar infundado el pedido de sustitución de Newmont Perú S.R.L.;

Que, la recurrente fundamenta su recurso de revisión mediante escrito N° 01-006787-08-T, presentado con fecha 3 de junio de 2007, y ampliatorio N° 1987755, de fecha 6 de mayo de 2010, manifestando, entre otros aspectos, que: 1.- La resolución recurrida fundamenta la negativa a su solicitud de sustitución en los artículos 77° y 78° del Código Civil, al señalar que Back Arc Minerals S.A.C. tiene existencia propia por estar inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la SUNARP; es una persona jurídica por el solo hecho de su constitución; que el hecho que concurren como accionistas o miembros de sus directorios y de sus gerencias sean las mismas personas no constituyen una misma persona; no siendo pertinente invocar la identidad de accionistas y directores entre una persona natural y una persona jurídica, toda vez que la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros; y que el derecho de sustitución otorgado por el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería constituye una restricción para solicitar pedimentos y tiene naturaleza temporal y en los casos taxativamente previstos por ley, debiéndose tener presente el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil; por lo que, no le corresponde solicitar la sustitución, por cuanto Back Arc Minerals S.A.C. tiene una existencia distinta a la de los accionistas que la integran, toda vez que ésta no es socio, director, representante o contratista de Newmont Perú S.R.L., no encontrándose comprendido dentro de los alcances del citado artículos 36°; 2.- El señor Ever Márquez trabajó como geólogo en la empresa recurrente, bajo la obligación de guardar confidencialidad sobre la información obtenida, en virtud del delicado cargo que desempeñaba;



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERIA	
FOLIO	218
	NUMEROS
	<i>Societal Operado</i>
	LETRAS

**RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM**

obligación que asumió el 5 de febrero de 2005 mediante un expreso compromiso de confidencialidad, por el cual todas las informaciones correspondientes o vinculadas a Newmont Perú S.R.L. no podrían ser utilizadas personalmente por él, ni ser transmitidas, comentadas o reveladas a terceros, ni menos aun a empresas mineras de la competencia; sin embargo, lejos de guardar la confidencialidad requerida, el señor Márquez utilizó y explotó a través de su empresa Back Arc Minerals S.A.C. información de propiedad de la empresa recurrente; 3.- Si bien el artículo 78° del Código Civil contiene los principios rectores en materia de personas jurídicas (autonomía subjetiva y autonomía patrimonial), también existen excepciones al respecto, estos son los que se verifican cuando las personas integrantes de personas jurídicas cometen actos lesivos a intereses de terceros a través de personas colectivas; de esta manera existen casos en los que personas naturales utilizan las ventajas que otorga la personalidad jurídica, a fin de obtener beneficios para sí, al margen de los propios intereses de la persona colectiva; es en estos casos que se debe recurrir a la doctrina del abuso de la personalidad jurídica, la misma que constituye una especie del principio general del abuso del derecho; así, señala que el ejercicio abusivo de la personalidad jurídica se encuentra prohibido en nuestro ordenamiento, constituyendo especie del principio general del abuso del derecho previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil; al comprobarse que los integrantes de una persona jurídica han utilizado la misma para fines personales, abusando de la formalidad que otorga la personería jurídica, el remedio legal a aplicar es el "levantamiento del velo", también denominado "principio de relatividad de la persona jurídica"; en virtud a dicho remedio, los actos realizados por la persona jurídica, conducida de manera abusiva o fraudulenta por sus miembros, son directamente imputados a aquellos integrantes de la misma que han instrumentalizado su uso para perseguir intereses propios, sea porque los referidos miembros estaban contractualmente impedidos de realizar dichos actos de manera directa o porque la ley prohibía realizar los mismos; por lo que, en atención a lo desarrollado, el señor Márquez ha utilizado a Back Arc Minerals S.A.C., de la que es titular del 99.8% de las acciones representativas del capital social, con fines ilícitos; esto es, con el objeto de evitar la aplicación de la Ley de Competencia Desleal y el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el compromiso de confidencialidad; 4.- La legislación y la jurisprudencia de otras ramas del derecho ya han incorporado la figura del fraude a la ley, así se menciona en materia tributaria a la Resolución del Tribunal Fiscal N° 18464, donde ha primado la realidad económica a efectos de evitar actos fraudulentos por parte de los contribuyentes; en materia laboral a la Ejecutoria del 3 de marzo de 1944, en donde se identifica como se haría primar la realidad sobre el "disfraz jurídico" elaborado por una persona jurídica para evadir sus obligaciones o burlar a las normas; por lo que, si bien el Consejo de Minería no ha aplicado la doctrina del abuso de personalidad jurídica en anteriores oportunidades, debe tomar en consideración que otras entidades públicas sí la han aplicado, con la clara intención de impedir que acciones fraudulentas y de abuso del derecho, como el presente caso, dañen los intereses de terceras personas; resulta importante tomar en consideración las decisiones en los casos de vinculación económica, a fin de poder aplicar correctamente el artículo 36° de la Ley General de Minería; al respecto, advierte que al configurarse los supuestos de hecho de abuso del derecho y fraude a la ley, resulta contrario a la buena fe que la autoridad realice una interpretación literal y restrictiva del citado artículo 36°; además, la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica no implica una interpretación analógica, sino la aplicación de un principio que salva un vacío que el ordenamiento no ha previsto, pero que no puede permitir, como la conducta fraudulenta en la que ha incurrido el señor Márquez; en ese sentido, en este caso debe realizarse una interpretación distinta a la restrictiva, bajo una interpretación finalista (que no implica la



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

FOLIO 219  
NUMERO 219  
Doscientos Diecinueve  
LETRAS

### RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM

aplicación de un criterio analógico) del artículo 36° de la Ley General de Minería, considerando que la ratio legis o espíritu de la norma nos descubre que ésta tiene como finalidad última cautelar la protección de la información clasificada contenida en los proyectos de investigación que realizan las personas naturales y jurídicas para el estudio de los suelos, resultando claro entender que acciones como la realizada por el señor Márquez resultan contrarias a la finalidad de la citada norma; 5.- La resolución materia de alzada es nula porque frente a sus argumentos legales, fácticos, jurisprudenciales y de doctrina, la Oficina de Concesiones Mineras indica que no es “pertinente” invocar la identidad de accionistas y directores entre una persona natural y una persona jurídica, contraviniendo así lo dispuesto por los artículos 3° y 6° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que están ante un flagrante caso de falta de motivación; 6.- Una instancia administrativa ya se ha pronunciado sobre la vinculación entre el señor Marquez y Back Arc Minerals S.A.C., y el propósito ilícito de tal vinculación; al respecto se señala que la Resolución N° 0063-2009/SCI-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, en el expediente de Sala N° 001707-2008-TDC, declaró fundada la denuncia presentada por Newmont Perú S.R.L. por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de secretos comerciales, declarando la conducta del señor Ever Jesús Márquez Amado como un supuesto de competencia prohibida debido a que habría realizado las conductas imputadas mientras mantenía una relación laboral con la empresa recurrente; ello, debido a que de acuerdo con la legislación laboral peruana, la competencia entre trabajador y empleador constituye una conducta ilícita;

Que, revisado el expediente se tiene que el petitorio minero “TACNA 101”, código 01-05216-06, fue formulado con fecha 13 de diciembre de 2006, por 1000 hectáreas, por Back Arc Minerals S.A.C.; y, luego de su evaluación técnica y legal correspondiente, se emiten los avisos del petitorio para su publicación y entrega; los mismos que se efectuaron en el Diario Oficial “El Peruano” y en el diario local “Correo” del departamento de Tacna;

Que, continuando con el trámite, mediante Resolución Jefatural N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM, de fecha 7 de setiembre de 2007, el Presidente del Consejo Directivo del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico otorga el título de concesión minera metálica “TACNA 101”, código 01-05216-06, a favor de Back Arc Minerals S.A.C.;

Que, con escrito N° 01-008916-07-T de fecha 17 de setiembre de 2007, obrante a fojas 47, y ampliatorio N° 01-019991-07-T, presentado con fecha 11 de octubre de 2007, Newmont Perú S.R.L. solicita sustituirse en el procedimiento de titulación del derecho minero “TACNA 101”, formulado por Back Arc Minerals S.A.C., toda vez que el mencionado derecho es colindante y por tanto se ubica dentro del radio de 10 kilómetros del perímetro que encierra el área de sus petitorios “AYAHUANCA 478”, “AYAHUANCA 479”, “AYAHUANCA 480” y “AYAHUANCA 481”, los cuales fueron solicitados el 3 de enero de 2006; manifestando que el señor Ever Jesús Márquez Amado constituyó la empresa Back Arc Minerals S.A.C. (de la que es titular de 998 acciones) con el propósito de burlar la ley en perjuicio suyo, ya que trabajó en Newmont Perú S.R.L., desde el 15 de octubre de 2002 hasta el 14 de junio de 2007, como geólogo senior, teniendo en ejercicio de sus funciones conocimiento de las actividades mineras que ésta venía desarrollando en la zona donde se formuló el petitorio “TACNA 101”; en ese sentido, se advierte que la intención del señor Márquez al constituir su empresa fue evitar la sustitución de Newmont Perú S.R.L. en el procedimiento del derecho minero antes acotado;



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

FOLIO 220  
NUMEROS  
doscientos veinte  
LETRAS

8

**RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM**

Que, a fojas 81 corre la resolución de fecha 16 de octubre de 2007 del Director de Concesiones Mineras, que dispone se remitan los actuados a la Unidad Técnico Operativa de la Dirección General de Concesiones Mineras, a fin que se pronuncie; la que emite el Informe N° 4754-2007-INGEMMET-DCM-UTO, de fecha 22 de octubre de 2007, el cual señala que se ha determinado que un radio de 10 km., a partir del petitorio "TACNA 101", la existencia de los derechos mineros "AYAHUANCA 478", código 01-00400-06; "AYAHUANCA 479", código 01-00401-06; "AYAHUANCA 480", código 01-00402-06; y "AYAHUANCA 481", código 01-00403-06, cuyo titular es Newmont Perú S.R.L.;

Que, a fojas 85 vuelta obra la resolución de fecha 24 de octubre de 2007 del Director de Concesiones Mineras, que cita al titular del derecho minero "TACNA 101", código 01-05216-06, y a Newmont Perú S.R.L., titular de los derechos mineros "AYAHUANCA 478", código 01-00400-06; "AYAHUANCA 479", código 01-00401-06; "AYAHUANCA 480", código 01-00402-06; y "AYAHUANCA 481", código 01-00403-06, a audiencia de comparendo a llevarse a cabo el día 21 de noviembre de 2007, a las 15:00 horas; en la cual dichos titulares no se llegó a acuerdo alguno, según acta de comparendo que corre a fojas 88;

Que, por resolución de fecha 11 de diciembre de 2007, obrante a fojas 106, el Director de Concesiones Mineras dispone se abra a prueba el procedimiento de sustitución por el plazo de 30 días; emitiéndose posteriormente la resolución materia de revisión;

Que, el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario;

Que, el primer párrafo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho;

Que, el primer párrafo del artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden publico o a las buenas costumbres;

Que, el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil establece que, Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley;

Que, el primer párrafo del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, establece que, Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano;

Que, el artículo 190° del Código Civil establece que por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo;



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERIA	
FOLIO	221
NUMEROS	
Descientos Venturo	
LETRAS	

### RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM

Que, el artículo 191° del Código Civil establece que cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero;

Que, el artículo 192° del Código Civil establece que la norma del artículo 191° es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona;

Que, el artículo 219° del Código Civil, inciso 5, establece que el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta;

Que, el subnumeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 establece que por el principio de legalidad las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas;

Que, el artículo 111° de la Ley General de Sociedades, establece que la junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general;

Que, el artículo 36° del Título Cuarto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece lo siguiente: Los socios, directores, representantes, trabajadores y contratistas de personas naturales o jurídicas dedicadas a la actividad minera, no podrán adquirir para sí, concesiones en un radio de diez kilómetros de cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubiquen las concesiones de las personas a las cuales están vinculadas, salvo autorización expresa del titular; esta prohibición comprende a los parientes que dependan económicamente del impedido; las personas afectadas tienen el derecho a sustituirse en el expediente respectivo, dentro de un plazo de noventa días de efectuada la publicación del aviso, o de la notificación, a que se refiere el artículo 122° de la presente Ley. Si la persona afectada no hiciese uso de este derecho en el plazo antes señalado desaparecerá el impedimento;

### Ratio Legis del artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

Que, ahora bien, el artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, y que corre inserto en su título cuarto, denominado **personas inhábiles para ejercer actividad minera**, tiene como Ratio Legis, evitar el abuso del derecho, la arbitrariedad, la simulación y otras formas fraudulentas para ejercer la actividad minera, como competencia desleal, afectando a quienes con todo derecho y sacrificio cumplen con los requisitos exigidos para tal fin; dentro de este espectro de malas artes muchas personas elaboran estructuras legalistas como la constitución de empresas, a efectos de llevar adelante simuladamente una actividad, que si bien es cierto puede ser legal, no es menos cierto que constituye una competencia desleal, aprovechándose del tecnicismo genérico contenido en



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA  
CONSEJO DE MINERIA

FOLIO 222  
NUMERO  
Dobientes Veintidos  
LETRAS

10

**RESOLUCIÓN Nº 272-2010-MEM/CM**

la literalidad del artículo 36° bajo análisis, como sucede en el presente caso donde Don Ever Marquez Amado, geólogo de profesión y conocedor de la actividad minera, funda en el año 2001 la empresa Back Arc Minerals S.A.C., para dedicarse a la actividad minera y afines, cuyo capital social fue de S./ 1,000.00 nuevos soles dividido en 1,000 acciones nominativas de S./ 1.00 nuevo sol cada una, suscribiendo esta persona 998 acciones, hecho que virtualmente lo hace dueño absoluto de la referida empresa (casi el 100% de acciones), resultando la existencia de los demás partipacionistas como instrumental e irrelevante (interposita persona); luego, sintomáticamente, esta persona ingresa a trabajar en el año 2002 a la empresa recurrente, desempeñándose como geólogo senior, donde tuvo contacto con actividades mineras que Newmont Perú S.R.L., venia desarrollando en la zona donde se formulo el petitorio minero Tacna 101 a cargo de la empresa Back Arc Minerals S.A.C. Es cierto que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos tiene derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas; lo que significa una diferencia desde el punto de vista patrimonial; sin embargo esto no quiere decir que el accionista este completamente desligado de ella pues de por medio están los derechos y obligaciones societarias; no obstante, nos encontramos frente a lo que justamente el artículo 36° bajo análisis prohíbe, es decir, quienes no pueden ejercer actividad minera en determinada circunscripción territorial, como sucede en el presente caso que, prácticamente el dueño de la peticionante del derecho minero en cuestión, es decir, quien dirige los destinos de la empresa haya sido a la vez empleado de la empresa Newmont Perú S.R.L., con pleno conocimiento de información privilegiada, y que ahora su empresa pretenda instalar una concesión minera dentro del radio de 10 kilómetros donde se ubican las concesiones de su ex patronal; y, todo en un tiempo histórico coetáneo a la existencia de los derechos implicados; lo que no significa que el derecho a la libertad de trabajo, asociación, comercio e industria, estén en cuestión en el presente caso; pues lo que se ventila en esta causa administrativa es la inhabilitación de persona para ejercer la actividad minera en determinada zona o área territorial; y no obstante que en el presente caso los hechos son claros y no requieren de mayor análisis para evidenciar la existencia de abuso de derecho y competencia desleal, mediante acto simulado; y pudiendo existir vacío de la ley minera; la autoridad competente esta en la obligación de aplicar el principio constitucional de la administración de justicia de no dejar de administrar justicia por vacío o defecto de la ley, en cuyo caso deberá aplicar los principios generales del derecho; teniendo en cuenta que el derecho minero que proviene de la Constitución y los sustantivo, civil y penal, tiene que observar estas disposiciones matrices; lo que no significa analogía, en consecuencia, siendo Ever Marquez Amado accionista fundador mayoritario de la persona jurídica que el dirige y que es titular del expediente Tacna 101, mantiene una vinculación directa con esta y por lo tanto incurso su empresa dentro de las prohibiciones para ejercer la minería dentro del radio de 10 kilómetros de las concesiones de su ex patronal; dándose en el presente caso los requisitos que son parte del presupuesto del artículo 36° bajo análisis para que la sustitución sea procedente como es el caso de la AFECTACIÓN de la que es directamente alcanzada por la recurrente frente a una competencia desleal flagrante; lo que le da interés y legitimidad para obrar; y la VINCULACIÓN que existe entre el virtual dueño de la empresa titular del expediente, sus actividades y sus incompatibilidades, así como la vinculación de estos con la empresa sustituta. En virtud de lo cual, resulta fundado el recurso de revisión de la recurrente;

Que, por lo expuesto, mi opinión es porque el Consejo de Minería debe declarar fundado el recurso de revisión interpuesto por Newmont Perú S.R.L. contra la resolución de fecha 30 de abril de 2008, emitida por el Director de Concesiones Mineras del Instituto



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

**RESOLUCIÓN N° 272-2010-MEM/CM**

Geológico Minero y Metalúrgico-INGEMMET, la que debe revocarse; sustituyéndose en el expediente Tacna 101, código 01-05216-06 como nueva titular a la empresa Newmont Perú S.R.L.

*Augusto Velásquez Manrique*  
ABOG. AUGUSTO VELÁSQUEZ MANRIQUE  
VOCAL

De lo que doy fe.

*Rodolfo Capcha Armas*  
ABOG. RODOLFO CAPCHA ARMAS  
SECRETARIO RELATOR LETRADO

COPIA INFORMATIVA  
Emitida a través de consultas administrativas en internet. No tiene validez judiciales u otros.

**CORREO DEL PERU**

**TACNA 101**  
**REF:** RESOLUCION N° 272-2010-MEM/CM  
**DESTINATARIO:** NEWMONT PERU S.R.L.  
**DESTINO** Calle 41 N° 894 - San Isidro  
**LUGAR** Lima 27

**CONCESION N° 1004-95**

26 JUL. 2010

**MINISTERIO DE  
ENERGIA Y MINAS**

10021799

**CORREO DEL PERU**

**TACNA 101**  
**REF:** RESOLUCION N° 272-2010-MEM/CM  
**DESTINATARIO:** BACK ARC MINERALS S.A.C.  
**DESTINO** Jr. Atalaya N° 146 - Breña  
**LUGAR** Lima 05

**CONCESION N° 1004-95**

26 JUL. 2010

**MINISTERIO DE  
ENERGIA Y MINAS**

10021800

**MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA**

223

FOLIO .....  
 NUMEROS .....  
*inscriptos verificados*