

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° E-2176,  
SOLICITUD DE SUSTITUCIÓN MINERA PRESENTADA POR NEWMONT PERU  
S.R.L. RESPECTO DEL DERECHO MINERO TACNA 101, IDENTIFICADO CON  
CÓDIGO ÚNICO N° 010521606**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de **ABOGADO**

**Autor**

Chávez Cano Rómulo José

**Código**

20130935

**Revisor**

Pazos Hayashida Javier Mihail

**Lima, 2021**

**RESUMEN DEL INFORME SOBRE EL EXPEDIENTE DE  
RELEVANCIA JURÍDICA N° E-2176**

El Expediente N° E-2176 discute la procedencia de la solicitud de sustitución presentada por NEWMONT PERU S.R.L. respecto de la titularidad de la concesión minera TACNA 101, la cual fue otorgada a favor de BACK ARC MINERALS S.A.C. Al respecto, NEWMONT PERU S.R.L. fundamenta su solicitud argumentando que Ever Jesús Marquez Amado, quien era accionista mayoritario de BACK ARC MINERALS S.A.C. y con quien tenía una relación laboral, usó indebidamente información confidencial para adquirir TACNA 101 a través de BACK ARC MINERALS S.A.C., puesto que la autonomía subjetiva y patrimonial de esta última evitaría la aplicación del artículo 65 de la Ley General de Minería, posteriormente unificado en el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. Considerando ello, en el presente informe se analiza principalmente: (i) la posibilidad de interpretar extensivamente la disposición legal antes mencionada con el propósito de entender a BACK ARC MINERALS S.A.C. como un sujeto inhabilitado para adquirir determinados derechos mineros; (ii) la viabilidad de integrar por analogía la situación jurídica de BACK ARC MINERALS S.A.C. para entenderla como un nuevo supuesto de hecho de la norma mencionada previamente; (iii) la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario para evitar una presunta desprotección jurídica; y (iv) la utilidad de la redacción del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería en relación al cumplimiento de la finalidad del derecho de sustitución. Sin perjuicio de concluir que a NEWMONT PERU S.R.L. no le corresponde sustituirse en la titularidad de TACNA 101, es importante realizar el ejercicio analítico que este caso permite para evidenciar que la evaluación y resolución de un caso exige que los operadores jurídicos utilicen, además de la normativa tipificada, otras herramientas legales de nuestro ordenamiento para poder emitir una opinión con arreglo a derecho.

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
<b>II. HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSI</b>	<b>6</b>
II.1. Antecedentes relacionados a la formulación del petitorio minero TACNA 101	6
II.2. Titulación del petitorio minero TACNA 101	7
II.3. Sustitución en la titularidad de la concesión minera TACNA 101	10
II.4. Datos adicionales relacionados a la concesión minera TACNA 101	19
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>20</b>
<b>IV. ANÁLISIS Y POSTURA FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS</b>	<b>21</b>
IV.1. Problema jurídico N° 1 – Interpretación extensiva del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería	21
IV.2. Problema jurídico N° 2 – Integración por analogía de la situación jurídica de BAM	35
IV.3. Problema jurídico N° 3 – Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario	42
IV.4. Problema jurídico N° 4 – Limitaciones en la regulación del derecho de sustitución minera	60
<b>V. CONCLUSIONES</b>	<b>63</b>
<b>VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>67</b>
<b>VII. ANEXOS</b>	<b>71</b>

## I. INTRODUCCIÓN

El Expediente N° E-2176 (“**Expediente**”), habilitado para optar por el título profesional de abogado mediante la sustentación de un informe sobre el mismo, contiene una importante variedad de temas relacionados principalmente a la teoría general del derecho, al derecho civil y al derecho administrativo en su rama minera.

La interacción que se genera entre la mencionada variedad de temas jurídicos hace que el análisis de este Expediente sea relevante y enriquecedor, puesto que a través de este caso resulta posible visibilizar la relación que guardan diferentes conceptos del derecho entre sí, y se permite evidenciar como estos se materializan en la realidad de las personas naturales y jurídicas. En este Expediente, por ejemplo, confluyen principalmente un concepto jurídico perteneciente al derecho minero, las características propias de la personalidad jurídica como creación del derecho civil e instituciones jurídicas inherentes a la teoría general del derecho.

En sintonía con la mencionada diversidad temática que caracteriza al Expediente, el razonamiento desarrollado en las siguientes líneas se verá sustentado principalmente por las normas jurídicas aplicables al caso, la doctrina sobre la materia y algunos pronunciamientos tanto administrativos como judiciales que se hayan emitido en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, Marcial Rubio Correa (2009), reconocido jurista peruano, advierte que es fundamental no adoptar respuestas parciales en relación al problema principal, por el contrario, se debe ir resolviendo cada uno de los problemas accesorios para que, con una visión general de estos, se pueda dar una respuesta final al caso materia de análisis (pag. 336). Por consiguiente, partiendo de la premisa que el presente informe no pretende pronunciarse respecto de todas las aristas contenidas en el Expediente, corresponde mencionar brevemente la estructura sobre la cual se sostendrá el análisis desarrollado en el presente trabajo académico.

De esta manera, inicialmente, se describirán los hechos más importantes con el fin de contextualizar el caso materia de análisis. Cabe precisar que, si bien esta primera sección será dedicada a una mera descripción fáctica, resulta oportuno iniciar este informe señalando también los argumentos usados por las partes y por las autoridades a lo largo del procedimiento, con la única intención de introducir los temas jurídicos que serán tratados en las siguientes secciones.

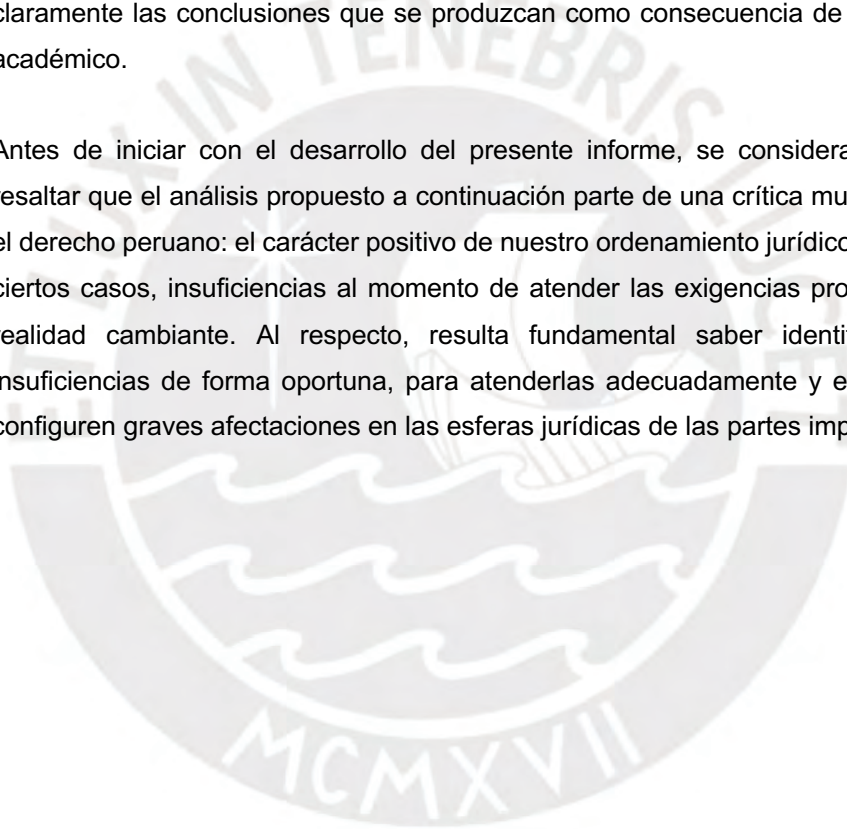
Luego de ello, habiendo contextualizado fácticamente el presente caso, se procederá a cuestionar los principales argumentos desarrollados por las partes intervinientes

para identificar los diferentes problemas jurídicos contenidos en el Expediente. Dicha labor servirá para delimitar los alcances del presente informe y para establecer las premisas que servirán de fundamento para resolver la interrogante principal del caso.

Posteriormente, se formulará una postura legal frente a cada uno de los elementos identificados previamente, para lo cual se reconocerán principalmente las normas legales aplicables y se verificará el cumplimiento de las mismas. En el marco de esta verificación es que se hará uso de la doctrina y de los pronunciamientos tanto administrativos como judiciales, puesto que lo que se pretende es formular respuestas con mayor contenido jurídico.

Por último, se realizará una síntesis de las ideas finales con la intención de evidenciar claramente las conclusiones que se produzcan como consecuencia de este trabajo académico.

Antes de iniciar con el desarrollo del presente informe, se considera importante resaltar que el análisis propuesto a continuación parte de una crítica muy vigente en el derecho peruano: el carácter positivo de nuestro ordenamiento jurídico genera, en ciertos casos, insuficiencias al momento de atender las exigencias propias de una realidad cambiante. Al respecto, resulta fundamental saber identificar dichas insuficiencias de forma oportuna, para atenderlas adecuadamente y evitar que se configuren graves afectaciones en las esferas jurídicas de las partes implicadas.



## II. HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA

En las próximas líneas se describirá cada uno de los hechos más relevantes del caso con el fin de ubicar la controversia en el tiempo y lugar en el que ocurrieron. Estos hechos serán agrupados en cuatro subdivisiones que permitirán un mejor entendimiento de la situación legal materia de análisis.

### II.1. Antecedentes relacionados a la formulación del petitorio minero TACNA 101

1. La empresa BACK ARC MINERALS S.A.C., identificada con RUC N° 20502883314 e inscrita en la Partida Registral N° 11303972 del Registro de Personas Jurídicas, Zona Registral N° IX, Sede Lima, fue constituida por escritura pública de fecha 11 de julio de 2001. Su objeto social permite el desarrollo de actividades mineras, incluyendo, pero no limitándose a la exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero (“**BAM**”).
2. De acuerdo con el asiento A00001 de la Partida Registral N° 11303972 del Registro de Personas Jurídicas, Zona Registral N° IX, Sede Lima, BAM tuvo un capital social inicial ascendente a S/ 1,000.00, dividido en 1,000 acciones nominativas de S/ 1.00 cada una, cuyos accionistas fundadores fueron los siguientes:

ACCIONISTA	ACCIONES	PARTICIPACIÓN (%)
Ever Jesús Marquez Amado	998	99.8%
Olavo Edgar Marquez Amado	1	0.1%
Amilcar Gumercindo Arana Amado	1	0.1%
<b>TOTAL</b>	<b>100</b>	<b>100%</b>

3. En la constitución de BAM se designó como gerente general a Ever Jesús Marquez Amado (“**Señor Marquez**”); sin perjuicio de lo cual, según lo señalado por BAM, con fecha 10 de octubre de 2002, Esteban Máximo Salazar Miranda, identificado con DNI N° 08187323, asumió la gerencia general de BAM.
4. Posteriormente, con fecha 1 de abril de 2007, de acuerdo con lo acreditado por BAM, Esteban Máximo Salazar Miranda adquirió del Señor Marquez el 99.8% de las acciones representativas del capital social de BAM, generando que el Señor Marquez dejara de ser accionista a partir de la mencionada fecha.
5. La empresa NEWMONT PERU S.R.L., identificada con RUC N° 20110345519 e inscrita en la Partida Registral N° 11020288 del Registro de Personas Jurídicas, Zona Registral N° IX, Sede Lima, es una empresa dedicada también al desarrollo de actividades mineras en el territorio peruano (“**NEWMONT**”).



6. Con fecha 3 de enero de 2006, NEWMONT formuló los siguientes derechos mineros ante el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero<sup>1</sup> (“**INACC**”), los cuales, como se detalla en el siguiente cuadro, serían posteriormente titulados<sup>2</sup> durante el 2008:

CONCESIÓN MINERA	CÓDIGO ÚNICO	TÍTULO DE CONCESIÓN MINERA	FECHA DEL TÍTULO
AYAHUANCA 478	010040006	R.P. N° 0625-2008-INGEMMET/PCD/PM	07/03/2008
AYAHUANCA 479	010040106	R.P. N° 0556-2008-INGEMMET/PCD/PM	07/03/2008
AYAHUANCA 480	010040206	R.P. N° 1376-2008-INGEMMET/PCD/PM	12/05/2008
AYAHUANCA 481	010040306	R.P. N° 1338-2008-INGEMMET/PCD/PM	12/05/2008

## II.2. Titulación del petitorio minero TACNA 101

7. Con fecha 13 de diciembre de 2006, BAM, debidamente representada por Esteban Máximo Salazar Miranda en calidad de gerente general, formuló ante el INACC, el petitorio minero TACNA 101, con código unico N° 010521606, ubicado en el distrito de Ticaco, provincia de Tarata, departamento de Tacna, cuya extensión inicial fue de 1,000.00 hectáreas (“**TACNA 101**”).
8. Mediante Informe N° 356-2007-INACC-DGCM-UT de fecha 10 de enero de 2007, la Unidad Técnica de la Dirección General de Concesiones Mineras (“**DGCM**”) evaluó la formulación de TACNA 101 y observó, entre otras cosas, lo siguiente:

<sup>1</sup> La oficina nacional del Registro Público de Minería era una institución pública descentralizada del Sector Energía y Minas, con personería jurídica de derecho público interno y autonomía técnica, económica y administrativa, conforme lo establece la Ley Orgánica del Registro Público de Minería, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 110 del 12 de junio de 1981.

Mediante Decreto Legislativo N° 708 del 6 de noviembre de 1991, se promulgó la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero; creando en el Registro Público de Minería la Oficina de Concesiones Mineras y otorgándole la atribución de tramitar y resolver las solicitudes de concesiones mineras a nivel nacional.

A través de la Resolución Jefatural N° 0109-2000-RPM/A del 24 de mayo de 2000, se ejecutó la transferencia del área registral del Registro Público de Minería a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (“**SUNARP**”).

El resto de funciones no relacionadas a temas registrales como otorgamiento de concesiones mineras, pronunciamiento sobre escritos presentados en los expedientes mineros, elaboración y publicación del Padrón Minero, entre otros, fueron desarrollados por el INACC, según lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 015-2001-EM del 28 de marzo de 2001.

Posteriormente, a través del artículo 1 del Decreto Supremo N° 008-2007-EM del 21 de febrero de 2007, se aprobó la fusión del INACC con el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (“**INGEMMET**”). La mencionada fusión se realizó bajo la modalidad de fusión por absorción, correspondiéndole al INGEMMET la calidad de entidad absorbente. En ese sentido, el INACC transfirió, entre otras cosas, sus bienes muebles e inmuebles, recursos, personal, obligaciones, pasivos y activos al INGEMMET. Asimismo, en el mencionado artículo del Decreto Supremo N° 008-2007-EM se reconoció que, una vez culminado el proceso de fusión, el INACC se extinguiría.

<sup>2</sup> Según la información registrada en el Sistema de Derechos Mineros y Catastro del INGEMMET, las concesiones mineras AYAHUANCA 478, AYAHUANCA 479, AYAHUANCA 480 y AYAHUANCA 481 se encuentran vigentes a la fecha de elaboración del presente informe.

- (i) TACNA 101 se encontraba parcialmente superpuesto sobre 3 cuadrículas (300.00 hectáreas) del derecho minero extinguido: MARIA MAGDALENA DE PALCA 16<sup>3</sup>, identificado con código N° 010051200.
  - (ii) El área a reducir no se encontraba sobre áreas protegidas.
  - (iii) La ubicación correcta del área a reducir es en el distrito de Tarata y Ticaco, provincia de Tarata y departamento de Tacna.
  - (iv) El área a reducir se encontraba dentro de los 50 km de la línea de frontera peruana de Bolivia y Chile.
9. Teniendo ello en cuenta, mediante Resolución de fecha 24 de enero de 2007, la cual se sustenta en el Informe N° 654-2007-INACC-DGCM-UL de fecha 10 de enero de 2007, la DGCM solicitó a BAM la presentación de una copia notarial de su Libro de Matrícula de Acciones, en el plazo de 30 días, con el fin de constatar la composición de su accionariado y verificar que no se haya configurado la disposición contenida en el artículo 71 de la Constitución Política del Perú, pues en el mencionado artículo se restringe para los extranjeros, sin hacer distinción entre personas naturales o jurídicas, el acceso a la titularidad sobre derechos mineros siempre que estos se encuentren ubicados dentro de los 50 kilómetros en la zona de frontera.
10. En ese sentido, mediante Escrito N° 01-002178-07-T, con fecha 26 de febrero de 2007, BAM cumplió con presentar una copia notarial de su Libro de Matrícula de Acciones, a través de la cual la autoridad minera pudo constatar la composición del accionariado de la sociedad.
11. Mediante Resolución de fecha 27 de marzo de 2007 se confirmó que los socios de BAM eran peruanos. Sin embargo, a efectos de constatar si es de aplicación o no el artículo 71 de la Constitución Política del Perú, se debía acreditar el estado civil de cada socio y verificar la nacionalidad de sus respectivas cónyuges, en caso corresponda. En ese sentido, se requirió a BAM que, en el plazo de 12 días hábiles, informara a la autoridad minera el estado civil de sus socios y la nacionalidad de sus cónyuges, de ser el caso.

---

<sup>3</sup> El artículo 12 de la Ley N° 26615, Ley del Catastro Minero Nacional, señala que las áreas de las concesiones mineras otorgadas bajo sistemas anteriores al regulado por el Decreto Legislativo N° 708, que se extingan contando con coordenadas UTM definitivas, serán declaradas y publicadas como de libre denunciabilidad y objeto de nuevo petitorio en su integridad. En consecuencia, siendo que TACNA 101 se encontraba parcialmente superpuesta sobre MARIA MAGDALENA DE PALCA 16, el cual es un derecho minero extinguido con coordenadas UTM definitivas, correspondía reducir la extensión original de TACNA 101 a 700.00 hectáreas (área a reducir).



12. Por consiguiente, con fecha 10 de abril de 2007, mediante Escrito N° 01-003660-07-T, BAM cumplió con acreditar que ningún extranjero tenía participación directa o indirecta en su composición accionaria, y adjuntó las copias notariales de las partidas de matrimonio civil de dos de sus accionistas y la copia notarial del DNI del tercer accionista, cuyo estado civil era soltero.
13. Continuando con el procedimiento ordinario minero de titulación de TACNA 101, mediante Resolución<sup>4</sup> de fecha 23 de abril de 2007, se determinó la reducción de oficio de la extensión de TACNA 101 de 1,000.00 hectáreas a 700.00 hectáreas por encontrarse superpuesto parcialmente (300.00 hectáreas) al derecho minero extinguido con coordenadas UTM definitivas, MARIA MAGDALENA DE PALCA 16.

Asimismo, habiendo logrado acreditar la nacionalidad peruana tanto de los accionistas de BAM como de sus cónyuges, y habiendo rectificado de oficio el dato relativo al distrito en el que se ubicaba TACNA 101, la autoridad minera ordenó la expedición de los carteles de aviso de petitorio de concesión minera, a fin de que el titular de TACNA 101 efectúe su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y en el diario local "Correo" de Tacna.

14. Con fecha 9 de mayo de 2007, BAM cumplió con publicar los avisos mencionados en el párrafo precedente, tanto en el Diario Oficial "El Peruano" como en el diario local "Correo" de Tacna. Por lo que, mediante Escrito N° 01-005144-07-T, con fecha 23 de mayo de 2007, BAM cumplió con comunicar y acreditar ante el INACC la realización de las mencionadas publicaciones.
15. Posteriormente, con fecha 27 de junio de 2007, se emitió el Informe Técnico Final N° 8411-2007-INACC-DGCM-UT, a través del cual, entre otras cosas, se determinó que la extensión correcta de TACNA 101 es de 700.00 hectáreas y se confirmó lo señalado en el Informe N° 356-2007-INACC-DGCM-UT de fecha 10 de enero de 2007.
16. Con fecha 31 de julio de 2007, se emitió el Informe N° 1332-2007-INGEMMET-DCM-UTN, a través del cual la autoridad minera determinó que siendo que no existe oposición en trámite y habiéndose vencido los plazos que establece el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM ("**TUO de la Ley General de Minería**"), se debía otorgar el título de concesión minera a TACNA 101 en favor de BAM.

---

<sup>4</sup> Resolución sustentada en el Informe N° 4983-2007-INACC-DGCM-UL de fecha 18 de abril de 2007.

17. Finalmente, culminando con el procedimiento ordinario minero de titulación de TACNA 101, mediante Resolución de Presidencia N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM de fecha 7 de septiembre de 2007, se otorgó a favor de BAM el título<sup>5</sup> de la concesión minera metálica TACNA 101 con código N° 010521606 y con una extensión de 700.00 hectáreas.

### **II.3. Sustitución en la titularidad de la concesión minera TACNA 101**

18. Con fecha 17 de septiembre de 2007, mediante escrito N° 01-008916-07-T, NEWMONT, debidamente representada por el ingeniero Oscar Bernuy Verand, identificado con DNI N° 10491805, presentó ante el INGEMMET una solicitud para sustituirse en la titularidad de TACNA 101 ("**Solicitud de Sustitución**"). Al respecto, la Solicitud de Sustitución se fundamentó principalmente en lo siguiente:
- (i) TACNA 101 se ubica dentro del radio de diez kilómetros calculado desde el perímetro que encierra el área de AYAHUANCA 478, AYAHUANCA 479, AYAHUANCA 480 y AYAHUANCA 481, derechos mineros solicitados por NEWMONT el 3 de enero de 2006 ("**Derechos Mineros de NEWMONT**"), muchos meses antes que BAM solicitara TACNA 101.
  - (ii) Siendo trabajador<sup>6</sup> de NEWMONT y desempeñando labores como geólogo senior desde el 15 de octubre de 2002 hasta el 14 de junio de 2007, el Señor Marquez tuvo conocimiento de las actividades mineras que NEWMONT desarrollaba en la zona donde se encontraba TACNA 101. La mencionada concesión minera fue posteriormente formulada por BAM, empresa que fue creada por el Señor Marquez (99.8% de acciones a su nombre) con el propósito de burlar la ley en perjuicio de NEWMONT.
  - (iii) En el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería se establece, entre otras cosas, que el impedimento contenido en este dispositivo legal se extiende también a los parientes de la persona natural inhábil, pero no aclara si el mismo impedimento se puede extender a las personas jurídicas en los casos que exista una relación de control ya sea directo o indirecto.

---

<sup>5</sup> Con fecha 16 de marzo de 2011, se emitió el Certificado N° 1883-2011-INGEMMET-UADA, a través del cual se dejó constancia que la Resolución de Presidencia N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM, la cual otorgó el título de concesión minera a TACNA 101, se encontraba consentida al 8 de marzo de 2011.

<sup>6</sup> NEWMONT adjuntó la siguiente documentación para acreditar la relación laboral que tenía con el Señor Marquez: (i) Certificado de retenciones por aportes al sistema de pensiones (2006 y 2007), (ii) Certificado de rentas y retenciones por rentas de quinta categoría (2006 y 2007), (iii) Liquidación de beneficios sociales, (iv) Certificado de trabajo, (v) Orden de NEWMONT al Banco de Crédito del Perú para hacer efectivo el pago de la CTS, de fecha 14 de junio de 2007, y (vi) Copia del cheque por el pago de la liquidación, de fecha 13 de junio de 2007.

- (iv) El presente caso es un supuesto de vacío legal que debe ser resuelto aplicando los principios generales del derecho, pues, de lo contrario, se estaría permitiendo la posibilidad de burlar la ley a través de la constitución de una persona jurídica con el único propósito de cometer un ilícito.
19. Con fecha 11 de octubre de 2007, NEWMONT presentó el escrito N° 01-010001-07-T, a través del cual amplió los argumentos presentados en la Solicitud de Sustitución. A través de dicho escrito ampliatorio, se mencionaron las siguientes ideas:
- (i) La intención del Señor Marquez al constituir BAM fue evitar la sustitución de NEWMONT en el procedimiento ordinario minero de titulación de TACNA 101. En la medida que el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería establece la prohibición de adquirir para sí determinadas concesiones, entre otros, a los trabajadores de las personas jurídicas dedicadas a la actividad minera; la prohibición no alcanzaría al Señor Marquez, puesto que quien solicitó TACNA 101 fue BAM y esta última no tiene ninguna relación con NEWMONT. Ello representa un acto contrario a la buena fe y no puede ser amparado por los operadores jurídicos.
  - (ii) Importante doctrina nacional e internacional reconoce el principio de la relatividad de la personalidad jurídica y señala que para que éste proceda debemos encontrarnos ante supuestos de abuso de derecho o fraude a la ley:
    - (a) El abuso de derecho implica la existencia de un conflicto entre un derecho subjetivo y un interés legítimo. En este caso, BAM cuenta con el derecho subjetivo a gozar de una existencia distinta a la de sus miembros, y NEWMONT cuenta con el legítimo interés de no verse afectado por actos fraudulentos de las personas que hayan trabajado para esta empresa. La conducta dolosa del Señor Marquez configura el abuso del derecho al ser evidente la intención de exceder los límites de la personalidad jurídica de su empresa. Por consiguiente, la autoridad minera no debe interpretar ni literal ni restrictivamente el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería.
    - (b) La conducta del Señor Marquez también constituye un fraude a la ley, ya que el fraude a la ley implica la ejecución de un acto bajo el amparo de una norma que sirve de cobertura para evitar los efectos de otra norma. En este caso, el Señor Marquez ha pretendido eludir de manera dolosa los efectos del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería, al

solicitar TACNA 101 a través de BAM usando el artículo 78<sup>7</sup> del Código Civil como norma de cobertura.

- (iii) Siendo que se ha configurado el supuesto de abuso de derecho y el fraude a la ley, existen motivos suficientes para desestimar la autonomía de la persona jurídica, relativizarla y proceder al levantamiento del velo societario, pues el abuso se ha perpetrado creando una sociedad para eludir lo dispuesto en el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería.
  - (iv) No existen parámetros determinados legalmente para proceder con el levantamiento del velo societario de la persona jurídica, pero la doctrina uniformemente propone las siguientes cuatro condiciones para proceder con la mencionada desestimación: (a) situación de control sobre la sociedad; (b) actuación ilícita o fraudulenta; (c) perjuicio; y, (d) respeto al principio de subsidiariedad. Las mencionadas condiciones son perfectamente aplicables al caso en cuestión.
  - (v) Entidades públicas (Tribunal Fiscal, Juzgados de Trabajo, entre otros) en nuestro país han producido jurisprudencia en la que establecen criterios para desbaratar actuaciones fraudulentas de personas que utilizan normas de mala fe y de manera dolosa.
  - (vi) A modo de conclusión, el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería no debe ser interpretado de manera restrictiva sino de manera extensiva, pues de lo contrario se dejaría de lado el sentido de la norma antes citada, la cual busca evitar el aprovechamiento de una condición laboral favorable para el trabajador en perjuicio del empleador.
20. Posteriormente, mediante Informe N° 4754-2007-INGEMMET-DCM-UTO e Informe N° 4746-2007-INGEMMET-DCM-UTN, ambos de fecha 22 de octubre de 2007, el INGEMMET confirmó que, TACNA 101 se encontraba ubicada dentro de un radio de diez kilómetros a partir de los Derechos Mineros de NEWMONT.
21. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 143 del TUO de la Ley General de Minería, mediante Resolución del 24 de octubre de 2007, se determinó citar a BAM y a NEWMONT a una Audiencia de Comparendo, la cual se llevaría a cabo el miércoles 21 de noviembre de 2007.

---

<sup>7</sup> "Artículo 78.- Diferencia entre la persona jurídica y sus miembros  
La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas."

En la mencionada fecha se llevó a cabo la Audiencia de Comparendo a las 15:00 horas en la avenida De Las Artes N° 220, San Borja. Como consecuencia de lo anterior, se suscribió un acta en la cual consta, entre otras cosas, que NEWMONT se ratificó en la Solicitud de Sustitución, pues las partes manifestaron no haber llegado a ningún acuerdo.

22. Con fecha 28 de noviembre de 2007, BAM presentó el escrito N° 01-011882-07-T, a través del cual indicó sus descargos ante el INGEMMET, los cuales son resumidos en las siguientes líneas:

- (i) No existe ningún vacío legal ni ninguna laguna del derecho, pues el legislador si ha contemplado supuestos similares al de este caso y ha decidido regularlos de acuerdo a la regla general, la misma que establece que cualquier persona puede ser titular de un derecho minero.
- (ii) El artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería es una norma que tiene por función restringir derechos y, en ese sentido, no es posible extender su aplicación a supuestos que no se encuentren contemplados de manera expresa en la misma. Tampoco es posible aplicar dicha norma a través de la analogía, puesto que que existe el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos. Lo mencionado se encuentra regulado en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú como una garantía de la función jurisdiccional. Del mismo modo, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que aquellas leyes que establezcan excepciones o restrinjan derechos no podrán ser aplicadas por analogía.
- (iii) El Consejo de Minería se ha pronunciado respecto de este tema en las Resoluciones N° 139-2003-EM/CM, N° 175-2004-MEM/CM y N° 179-2004-MEM/CM desestimando pedidos de sustitución por: (a) distinguir la existencia de la persona jurídica respecto de los miembros que la componen, (b) no haberse acreditado ninguno de los supuestos establecidos expresamente en el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería, y (c) no ser posible aplicar por analogía o interpretación las normas que restringen derechos.
- (iv) No es posible que se haya configurado un supuesto de fraude a la ley, puesto que ello implicaría la realización de un acto al amparo de una norma de cobertura con el fin de evitar los efectos de otra norma aplicable. BAM interviene en el presente caso como una empresa constituida en el 2001 que formuló un petitorio minero por decisión de su gerente general. Por lo tanto, BAM actuó en perfecto cumplimiento del ordenamiento vigente, el cual



permite que todos los que están en ejercicio de sus derechos civiles puedan solicitar al Estado el otorgamiento de concesiones mineras.

- (v) Tampoco es posible afirmar que se haya configurado el abuso de derecho, puesto que para que este se configure debe producirse el ejercicio irregular de un derecho y, en este caso, BAM ha actuado con plenas facultades civiles para solicitar derechos mineros como cualquier persona jurídica. Por lo tanto, BAM ha actuado dentro de los límites de la legalidad y ha ejercido sus derechos dentro del marco del ordenamiento jurídico.
  - (vi) Como toda persona jurídica, BAM cuenta con el derecho a que se le reconozca una existencia diferente a la de sus accionistas. En este caso, quien ha solicitado TACNA 101 es BAM y no el Señor Marquez. Al respecto, NEWMONT no tiene en cuenta que lo dispuesto en el artículo 78 del Código Civil sí fue tomado en cuenta para redactar el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería, motivo por el cual se dejó intencionalmente a las personas jurídicas fuera de la exclusión establecida por dicha norma.
23. Teniendo en cuenta lo indicado en el acta de la Audiencia de Comparendo del 21 de noviembre de 2007 y teniendo como sustento el Informe N° 6851-2007-INGEMMET-DCM-UTN de fecha 10 de diciembre de 2007, se determinó abrir a prueba el procedimiento de sustitución por el plazo de 30 días.
24. En respuesta a lo indicado por BAM en el escrito N° 01-011882-07-T, NEWMONT, con fecha 10 de marzo de 2008, presentó ante el INGEMMET el escrito N° 01-003452-08-T, a través del cual contradijo los argumentos planteados por su contraparte. A continuación, un breve resumen de las afirmaciones de NEWMONT en el mencionado escrito:
- (i) El Señor Marquez ha empleado de manera ilegítima información confidencial<sup>8</sup> contenida en la base de datos de NEWMONT, generando un perjuicio económico para ésta última y vulnerando el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería.
  - (ii) Sin perjuicio de la distinción entre la persona jurídica y las personas naturales que la integran, no es adecuado respetar los principios de la autonomía subjetiva y patrimonial de la persona jurídica de manera absoluta, pues

---

<sup>8</sup> Según NEWMONT, al mencionar "información confidencial" se refiere a: (i) resultados de los análisis geoquímicos obtenidos de las muestras recogidas por ingenieros de NEWMONT, (ii) informes elaborados en base a dichos análisis; e, (iii) información que se encuentra registrada en la base de datos de NEWMONT y que se relaciona con la identificación de zonas de potencial minero.

cuando estamos ante supuestos en los cuales existe fraude a la ley o abuso del derecho (como ocurre con el Señor Marquez), está permitido levantar el velo societario y con ello evitar el uso abusivo de los privilegios formales que le corresponden a la sociedad como entidad independiente.

- (iii) La autoridad no puede realizar una interpretación literal y restrictiva del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería. Debe realizarse una interpretación finalista del mencionado artículo considerando el espíritu de la norma.
  - (iv) Si bien el Consejo de Minería no ha aplicado la doctrina del abuso de la personalidad jurídica, debe tomar en consideración que otras entidades públicas de nuestro país sí lo han hecho con el único fin de impedir la comisión de acciones fraudulentas.
  - (v) Es evidente que el Señor Marquez, a través de BAM, intentó adquirir para sí mismo TACNA 101, puesto que (i) ha quedado demostrado con pruebas que el Señor Marquez era titular del 99.8% de las acciones de BAM en la fecha en la que se formuló TACNA 101, y (ii) si bien la solicitud de TACNA 101 fue hecha por la gerencia general, este es un órgano societario jerárquicamente subordinado a las decisiones de los accionistas.
  - (vi) Resulta ilógico intentar demostrar una relación directa entre BAM y NEWMONT, pues precisamente esa desvinculación es la herramienta por la cual el Señor Marquez ha pretendido eludir los efectos del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería.
25. Como consecuencia de lo indicado previamente y teniendo en cuenta los argumentos sostenidos tanto por NEWMONT como por BAM, mediante Resolución de fecha 30 de abril de 2008, emitida por la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET, y sustentada en el Informe N° 4509-2008-INGEMMET-DCM-UTN de fecha 18 de abril de 2008, se declaró infundada la Solicitud de Sustitución de acuerdo con lo siguiente:
- (i) En línea con el artículo 77 del Código Civil, BAM tiene existencia propia al encontrarse inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la SUNARP y es una persona jurídica por el solo hecho de su constitución.
  - (ii) No corresponde invocar la identidad de los accionistas y/o directores de una persona jurídica toda vez que, de acuerdo al artículo 78 del Código Civil, la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros.

- (iii) La correcta aplicación del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería tiene en cuenta el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el cual determina que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía o interpretación.
- (iv) Siendo que BAM no es socio, director, representante ni ninguno de los supuestos que se señala en el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería, no corresponde a NEWMONT sustituirse en la titularidad de TACNA 101.

26. En virtud de lo establecido por el artículo 154 del TUO de la Ley General de Minería, mediante escrito N° 01-006787-08-T de fecha 3 de junio de 2008, NEWMONT interpuso un recurso de revisión contra la Resolución emitida por INGEMMET, a través de la cual se declaró infundada la Solicitud de Sustitución (“**Recurso de Revisión**”). A continuación, un breve resumen del sustento legal que llevó a NEWMONT a presentar el mencionado recurso:

- (i) El inciso 2<sup>9</sup> del artículo 10 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (“**LPAG**”), sanciona con nulidad los actos administrativos que omitan algún requisito de validez. El inciso 2<sup>10</sup> del artículo 3 de la LPAG reconoce al objeto o contenido del acto administrativo como un requisito de validez. A su vez, el artículo 5.4<sup>11</sup> de la LPAG indica que el contenido del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones planteadas por los administrados. Entonces, siendo que la resolución impugnada ha sido dictada sin pronunciarse sobre todos los argumentos expuestos por NEWMONT, ésta debe ser declarada nula.
- (ii) El inciso 4<sup>12</sup> del artículo 3 de la LPAG reconoce a la motivación del acto administrativo como uno de los requisitos de validez. Al respecto, en

---

<sup>9</sup> “Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho los siguientes:

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.”

<sup>10</sup> “Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.”

<sup>11</sup> “Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor.”

<sup>12</sup> “Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.”

aplicación del artículo 6.1<sup>13</sup> de la LPAG no se deberá admitir como motivación, la exposición de fórmulas generales o sin fundamentación o aquellas fórmulas que, por ser oscuras, vagas, contradictorias o insuficientes, no sean esclarecedoras para la motivación del acto. Entonces, siendo que la resolución impugnada se limita a aplicar una fórmula general sin detenerse a hacer un análisis de todos los fundamentos, ésta debe ser declarada nula.

27. Mediante Informe N° 6185-A-2008-INGEMMET-DCM-UTN y Resolución de la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET del 11 de junio de 2008, se concedió el Recurso de Revisión y conjuntamente se determinó elevar los autos del expediente de TACNA 101 al Consejo de Minería.
28. Posteriormente, mediante escrito N° 1892309, con fecha 9 de junio de 2009, BAM reiteró los argumentos que presentó en la primera instancia para fundamentar su posición y solicitó que se confirme la Resolución de fecha 30 de abril de 2008, emitida por la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET.
29. Mediante escrito N° 1987755 de fecha 6 de mayo de 2010, NEWMONT reiteró sus argumentos ante el Consejo de Minería en el marco del Recurso de Revisión y añadió dos importantes puntos a tener en cuenta, los cuales se detallan brevemente a continuación:
  - (i) Mediante Dictamen Pericial – CN° 1042-2007-CP.CDL.CIP del Colegio de Ingenieros del Perú se ha demostrado de manera incuestionable que la información de las coordenadas geográficas correspondientes a los lugares en los que el Señor Marquez tomó muestras de rocas, bulk leach extractable gold y sedimentos, coinciden con el área petitionada por el Señor Marquez a través de BAM.
  - (ii) El Señor Marquez habría utilizado BAM con el objeto de evitar tanto la aplicación de la Ley de Competencia Desleal como el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Compromiso de Confidencialidad suscrito con NEWMONT. Mediante 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, el INDECOPI declaró fundada la denuncia presentada por NEWMONT por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de secretos comerciales

---

<sup>13</sup> "Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado."

y también declaró que la conducta del Señor Marquez calificaba como un supuesto de competencia prohibida por encontrarse en el marco de una relación laboral con NEWMONT.

30. Habiéndose vencido el plazo sin haberse expedido resolución en el caso, se determinó programar la vista de causa. En ese sentido, mediante Decreto de Presidencia N° 669-2010-MEM/CM, se programó la vista de causa para el 30 de junio de 2010.
31. En el marco de lo señalado previamente, tanto NEWMONT como BAM solicitaron, el 8 de junio de 2010 y el 25 de junio de 2010, respectivamente, el uso de la palabra y acreditaron a sus abogados para exponer sus argumentos en la vista de causa.
32. De manera previa a la emisión de la resolución que resolvería el Recurso de Revisión, con fecha 9 de julio de 2010, BAM presentó el escrito N° 02009201, a través del cual adjuntó copia de la Resolución N° 873-96-EM/CM, en la cual el Consejo de Minería resolvió, en la misma línea de los argumentos presentados por BAM, un pedido similar al realizado por NEWMONT en la Solicitud de Sustitución.
33. Teniendo en cuenta los argumentos presentados por las partes, con fecha 20 de julio de 2010, se emitió la Resolución N° 272-2010-MEM/CM, a través de la cual el Consejo de Minería resolvió declarar infundado el Recurso de Revisión, con el voto discrepante del Vocal Augusto A. Velásquez Manrique. La mencionada resolución se encuentra fundamentada principalmente en los siguientes argumentos:
  - (i) El derecho de sustitución contenido en el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería aparece como una excepción o limitación al principio que señala que todos los que se encuentren en ejercicio de sus derechos civiles pueden solicitar que se les otorgue concesiones mineras. Por ello, el legislador ha restringido de manera expresa aquellos casos de inhabilidad contemplados en el texto de la norma.
  - (ii) Teniendo en cuenta el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, no es jurídicamente correcto aplicar por analogía o interpretación las inhabilidades contempladas en el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería a supuestos no expresamente previstos en el texto de la norma.
  - (iii) La relación laboral que se alega como uno de los fundamentos de la Solicitud de Sustitución se configura entre el Señor Marquez y NEWMONT, no entre BAM y NEWMONT. Siendo que no se ha acreditado que BAM sea socio,



director, representante, trabajador o contratista de NEWMONT, no es de aplicación el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería.

34. Con fecha 2 de febrero de 2011, se emitió el Certificado N° 1026-2011-INGEMMET-UADA, a través del cual se dejó constancia que la Resolución emitida por la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET de fecha 30 de abril de 2008 que declara infundada la Solicitud de Sustitución, confirmada por la Resolución N° 272-2010-MEM/CM de fecha 20 de julio de 2010, se encontraba ejecutoriada.

#### **II.4. Datos adicionales relacionados a la concesión minera TACNA 101**

35. Si bien lo descrito a continuación no forma parte integrante del Expediente, esta información guarda relación directa con la situación legal de TACNA 101. Con fecha 29 de octubre de 2010, NEWMONT interpuso una demanda contencioso administrativa contra el Ministerio de Energía y Minas y contra BAM, planteando como pretensión la nulidad de la Resolución N° 272-2010-MEM/CM de fecha 20 de julio de 2010, y que como consecuencia de ello se declare fundado su pedido de sustitución respecto de TACNA 101.
36. Con fecha 14 de noviembre de 2013, el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo emitió la Resolución N° 20, mediante la cual declaró infundada la demanda contencioso administrativa mencionada en el párrafo precedente.
37. En lo relacionado a la vigencia de TACNA 101, mediante Resolución de Presidencia N° 057-2017-INGEMMET/PCD del 31 de marzo de 2017, se declaró la caducidad de la mencionada concesión minera por el no pago oportuno de la penalidad de los años 2015 y 2016.
38. En ese sentido, mediante Certificado N° 4910-2017-INGEMMET-UADA de fecha 18 de diciembre de 2017, se declaró que la Resolución de Presidencia N° 057-2017-INGEMMET/PCD se encontraba consentida al 23 de noviembre de 2017.
39. Finalmente, con fecha 8 de febrero de 2018 quedó inscrita en el Asiento 2 de la Partida Registral N° 11189790 del Libro de Derechos Mineros, Zona Registral N° XII, Sede Arequipa, la extinción de TACNA 101 por la causal de caducidad, declarada mediante Resolución de Presidencia N° 057-2017-INGEMMET/PCD.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Las próximas líneas serán dedicadas a responder, con el apoyo de las normas legales, la doctrina y la jurisprudencia correspondiente, el siguiente principal problema jurídico: **¿procede la sustitución de NEWMONT en la titularidad de TACNA 101 de acuerdo con el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería?**

La solución a esta pregunta será obtenida en concordancia con la estructura planteada en la sección introductoria. Por ello, habiendo contextualizado el presente caso desarrollando cada uno de los hechos más relevantes que lo conforman, corresponde de manera previa cuestionar los principales argumentos desarrollados durante el procedimiento de sustitución.

Dicho ejercicio permitirá la identificación y posterior resolución de los problemas jurídicos subyacentes, los cuales son descritos a continuación:

- (i) **Problema jurídico N° 1:** ¿Podría efectuarse excepcionalmente una interpretación extensiva del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería?
- (ii) **Problema jurídico N° 2:** ¿Es viable considerar la situación jurídica de BAM como un nuevo supuesto inhabilitante del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería a través de la integración por analogía para aplicar la consecuencia jurídica ahí prevista?
- (iii) **Problema jurídico N° 3:** ¿Es posible aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario para evitar alguna afectación en la esfera jurídica de NEWMONT?
- (iv) **Problema jurídico N° 4:** ¿La redacción del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería permite, en la práctica, cumplir verdaderamente con la finalidad del derecho de sustitución?

Las respuestas a las interrogantes señaladas previamente serán las premisas que permitirán formular una postura con arreglo a derecho frente al principal problema jurídico identificado en el párrafo inicial.

#### IV. ANÁLISIS Y POSTURA FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

En línea con lo señalado en la sección introductoria, luego de describir detalladamente los hechos del caso y habiendo identificado los problemas jurídicos a tratar en el presente informe, en las próximas líneas se procederá a realizar el análisis jurídico de los mismos con el fin de proponer posteriormente una postura final respecto del caso materia de análisis.

##### IV.1. Problema jurídico N° 1 – Interpretación extensiva del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería

A. *En relación a la identificación de la norma objeto de interpretación:*

Antes de analizar si corresponde o no utilizar la interpretación extensiva en el presente caso, es necesario identificar y conocer el contenido de aquella norma que pretende ser objeto de interpretación. Al respecto, como se señaló en el apartado 18 de la Sección II, NEWMONT presentó ante el INGEMMET la Solicitud de Sustitución basándose en el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería, el mismo que se describe a continuación:

“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 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.” [Subrayado propio]

Al respecto, corresponde señalar que a través de actividades mineras como el cateo, la prospección y la exploración se pueden conocer los indicios de mineralización y las características mineralógicas de determinadas zonas del territorio nacional, salvo ciertos lugares indicados expresamente por el legislador.

Cabe resaltar que, si bien los estudios realizados por los titulares o futuros titulares mineros para determinar la composición del suelo tienen como objeto de análisis principalmente las zonas que componen la extensión del área peticionada o del área a peticionar, es altamente probable que los resultados obtenidos en esas áreas coincidan con las características de las zonas aledañas por su ubicación colindante.

Sin embargo, conocer el valor del suelo a través de las actividades mineras señaladas previamente implica necesariamente un importante esfuerzo y una significativa inversión por parte de los privados que se encuentren interesados. Por ello, el legislador ha sabido advertir la importancia de esta información obtenida en el desarrollo de las actividades del sector y ha determinado que ésta merece una protección legal. Dicha protección se ha visto materializada inicialmente con la entrada en vigencia del artículo 65<sup>14</sup> del Decreto Legislativo N° 109 (“**Ley General de Minería**”), el cual fue posteriormente sistematizado por el citado artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería (“**Norma Minera**”).

De ambos dispositivos legales se desprende que la afectación por la cual se puede ejercer el derecho de sustitución se origina con la adquisición de determinados derechos mineros por parte de los sujetos inhabilitados (socios, directores, representantes, trabajadores, contratistas, entre otros). En consecuencia, lo que se busca a través de las citadas normas es castigar, dentro del plazo establecido, una adquisición que genera perjuicios a otros titulares de derechos mineros relacionados.

Sin embargo, es importante resaltar que de la citada regulación se desprende una diferencia no menor para los efectos del presente caso. A diferencia del vigente artículo 65 de la Ley General de Minería, el cual permite la sustitución sobre derechos mineros ubicados dentro del radio de diez kilómetros respecto de otros derechos mineros; la vigente Norma Minera restringe el ejercicio del derecho de sustitución únicamente sobre las concesiones que se encuentren dentro del radio de diez kilómetros respecto de otras concesiones.

Cabe recordar que en el presente caso se está ante una concesión minera (TACNA 101), ubicada dentro del radio de diez kilómetros calculado desde el perímetro que encierra los Derechos Mineros de NEWMONT, los cuales tuvieron la calidad de petitorios hasta mucho tiempo después de la presentación de la Solicitud de

---

<sup>14</sup> “Artículo 65.- Los socios, directores, representantes, trabajadores y contratistas de personas naturales o jurídicas dedicadas a la actividad minera, no podrán adquirir para sí, derechos mineros en un radio de diez kilómetros de cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubiquen los derechos mineros de las personas a las cuales están vinculadas, salvo autorización expresa del titular. Esta prohibición comprende a los parientes que dependen económicamente del impedido.

Las personas afectadas tiene el derecho a sustituirse en el expediente respectivo dentro de un plazo de noventa días de efectuada la última publicación a que se refiere el Artículo 221. Si la persona afectada no hiciese uso de este derecho en el plazo antes señalado, desaparecerá el impedimento.”

Sustitución. En consecuencia, aparentemente no tendría mucho sentido hablar de la Norma Minera en el presente caso, pues la protección legal se origina solo cuando se está frente a concesiones.

No obstante, corresponde tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico peruano los textos únicos ordenados tienen una finalidad meramente compiladora y unificadora de normas y que, la emisión de estos no busca innovar el contenido de las mismas. Ello genera una obligación de diligencia en los operadores jurídicos, quienes deben contrastar lo dispuesto en la norma matriz que dio origen al texto unificador y lo dispuesto en el texto único ordenado, con la finalidad de advertir alguna variación<sup>15</sup> en la norma que no responda a una modificación legal debidamente aprobada de manera previa.

En esa línea, soy de la opinión que la Norma Minera debe leerse y aplicarse sin hacer esa distinción entre petitorio o concesión minera, teniendo en cuenta aquella apertura hacia los derechos mineros en general que caracteriza a la regulación del artículo 65 de la Ley General de Minería, pues dicha norma matriz no ha sufrido modificación alguna en ese aspecto.

Prueba del carácter compilador y unificador del TUO de la Ley General de Minería es la vigente Novena Disposición Transitoria de la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, aprobada por Decreto Legislativo N° 708. A través de dicha disposición legal se aprobó la creación de este texto único ordenado, utilizando en su redacción el verbo “incorporar” para reunir las disposiciones del mencionado decreto legislativo y obviamente el contenido de la Ley General de Minería.

Asimismo, pareciera ser que la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET entiende la Norma Minera en un sentido similar al señalado previamente, pues el Informe N° 4509-2008-INGEMMET-DCM-UTN, usado como sustento de la resolución que declaró infundada la Solicitud de Sustitución, recoge dos importantes afirmaciones: en primer lugar, “la Unidad Técnico Operativa señala que en el área del petitorio minero TACNA 101, con código N° 01-05216-06 se advierten cuatro derechos mineros colindantes (...), quedando acreditada la proximidad existente entre los mencionados derechos” [subrayado propio]; y, en segundo lugar, “El

---

<sup>15</sup> La doctrina nacional ha señalado que: “En ningún caso puede implicar la innovación del ordenamiento vigente. El autor de una consolidación no debe introducir una nueva regla con un nuevo enunciado normativo y no puede modificar el significado (la regla) expresa del enunciado aun cuando el texto sea el mismo (...) El ejercicio de la técnica de ordenación y unificación de normas legales por el Poder Ejecutivo, no se encuentra exento de problemas y contrariedades. (...) Tales desviaciones pueden presentarse en dos formas esenciales: las infracciones a los límites extrínsecos y las infracciones a los límites intrínsecos. (...) Las infracciones a los límites intrínsecos, se presentan cuando el texto unificado presenta contradicción con las normas legales vigentes (...), es excesiva con las normas legales vigentes (...) o por defecto (ej. Si omite normas de la ley base o de las leyes modificadoras que no han sido derogadas)”. [Subrayado propio] (Morón Urbina 2003: pag. 228 – 230).



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 (...) [subrayado propio].

Si la autoridad minera hubiera entendido que únicamente es posible proteger al sujeto afectado a través del derecho de sustitución cuando se está frente a concesiones mineras, no se hubiera realizado todo un análisis partiendo de las afirmaciones citadas en el párrafo precedente.

Además, teniendo en cuenta que, a través de la sustitución dentro de los noventa días de efectuada la publicación de los avisos, lo que se busca con la Norma Minera es evitar el perjuicio originado por una adquisición, no tendría mucho sentido restringir los efectos de esta norma solo a casos de concesiones mineras, pues no se cumpliría con la finalidad protectora, por ejemplo, en los casos de adquisición de petitorios mineros o en los casos en los que la administración se demoró más de noventa días para emitir el título de concesión minera.

*B. En relación al contenido legal de la norma objeto de interpretación:*

La interpretación jurídica es una herramienta del derecho utilizada para comprender el sentido de una norma con mayor claridad; sin embargo, es importante señalar que ésta se encuentra "(...) destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma." [subrayado propio] (Rubio Correa 2009: pag. 220).

En otras palabras, la interpretación jurídica será requerida en los casos en los que el contenido de la norma no sea lo suficientemente claro luego de haber realizado un análisis lógico-jurídico interno. Dicho análisis permite identificar de manera inmediata aquella hipótesis señalada en la norma (S) que, de configurarse, desencadenaría una consecuencia jurídica preestablecida (C), pues en el texto de la norma existe un nexo lógico (→) que vincula de manera directa al supuesto y a la consecuencia (S → C).

Por ello, a continuación se realizará el análisis lógico-jurídico de la Norma Minera para constatar si la sola lectura de su contenido permite evidenciar si se ha configurado o no alguna hipótesis que desencadenaría en NEWMONT la posibilidad de ejercer el derecho de sustitución minera sobre TACNA 101. Al respecto, una solicitud de sustitución presentada en el año 2007, como ocurrió con la Solicitud de Sustitución,

podía haber sido declarada fundada por la autoridad minera si el presentante de la misma hubiese acreditado que:

- (i) No existió ninguna autorización expresa por parte de la persona que alega tener derecho a sustituirse hacia la persona que es titular del derecho minero objeto de sustitución.
- (ii) No transcurrieron más de 90 días hábiles<sup>16</sup> contados desde la publicación del aviso del petitorio minero o de la notificación del mismo al peticionario.
- (iii) El derecho minero objeto de sustitución se encuentra dentro de un radio de diez kilómetros calculado desde cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubican los derechos mineros de quien alega tener derecho a sustituirse.
- (iv) El titular del derecho minero objeto de sustitución es socio, director, representante, trabajador, contratista de quien alega tener derecho a sustituirse, o es algún pariente económicamente dependiente de los anteriores.

En relación al apartado (i) señalado previamente y en línea con lo señalado en la Sección II del presente informe, ninguna de las partes ofreció pruebas o elaboró argumentos que acreditaran la existencia de alguna autorización expresa por parte de NEWMONT hacia BAM para que este último formulara TACNA 101 sin impedimento alguno.

En relación al apartado (ii), teniendo en cuenta que el 9 de mayo de 2007 se publicaron los avisos de TACNA 101 como petitorio minero tanto en el Diario Oficial "El Peruano" como en el diario local "Correo" de Tacna, y que la Solicitud de Sustitución se presentó el 17 de septiembre de 2007, se puede advertir que el límite de 90 días hábiles<sup>17</sup> establecido por la norma minera no fue excedido.

---

<sup>16</sup> TUO de la Ley General de Minería:

"Artículo 159: "Cuando en esta Ley los plazos se señalen por días, se entiende por éstos los que son hábiles para la administración pública.

El plazo señalado por meses se cumple en el mes de vencimiento y en el día de éste correspondiente al día del mes inicial. La misma regla se aplicará cuando el plazo se señale por años. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple con el último día de dicho mes.

Quando el último día del plazo sea inhábil se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente." [Subrayado propio]

<sup>17</sup> Entre el 9 de mayo de 2007 y el 17 de septiembre de 2007, teniendo en cuenta el artículo 158 del TUO de la Ley General de Minería, transcurrieron 131 días, de los cuales 38 fueron fines de semana, 5 fueron feriados adicionales (28 de junio, 29 de junio, 30 de julio, 30 de agosto y 31 de agosto) y 88 fueron hábiles para la administración.

En relación al apartado (iii), como lo demostró el INGEMMET, TACNA 101 sí se encontraba ubicada dentro del radio de los diez kilómetros calculado desde cualquier punto del perímetro que encierra el área de los Derechos Mineros de NEWMONT.

Sobre el cumplimiento de lo establecido en el mencionado apartado, es fundamental recordar lo señalado en el apartado A precedente respecto de los textos únicos ordenados que se aprueban en el ordenamiento jurídico peruano. Si se tuviera en cuenta únicamente el contenido del artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería, se podría concluir erróneamente que, como el texto del citado artículo se refiere a concesiones mineras, las pretensiones de NEWMONT debieron haber sido desestimadas sin mayor análisis, pues, a la fecha de la presentación de la Solicitud de Sustitución (momento en el que ya se había configurado el perjuicio para el solicitante), los Derechos Mineros de NEWMONT no contaban con título de concesión.

Sin embargo, en línea con el análisis realizado en el apartado A precedente, es fundamental tener en cuenta lo dispuesto por la norma matriz que da origen al texto único ordenado correspondiente. Por lo tanto, es oportuno resaltar que el INGEMMET hizo lo correcto al no realizar mayor declaración respecto del estado de los Derechos Mineros de NEWMONT al momento de evaluar la Solicitud de Sustitución.

En relación al apartado (iv) señalado líneas arriba, ni los hechos descritos en la Sección II del presente informe ni las pruebas que ambas partes presentaron ante el INGEMMET, permiten determinar que BAM, en calidad de sujeto de derecho con personalidad jurídica independiente, es o ha sido en algún momento socio, director, representante, trabajador, contratista de NEWMONT o pariente económicamente dependiente de los anteriores.

En resumen, como consecuencia de un análisis lógico-jurídico, es posible afirmar que no se ha logrado configurar ninguna hipótesis que genere en NEWMONT la posibilidad de ejercer la sustitución minera en el expediente de TACNA 101. Sin embargo, en este caso conviene recordar que la interpretación jurídica hace su entrada en la aplicación del derecho no solo cuando el texto de la norma no es suficientemente claro sino también cuando su aplicación en un caso en concreto resulta bastante oscura<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> En la doctrina existe una larga discusión sobre si la interpretación jurídica es aplicable en todos los casos o solo cuando la lectura de la norma no produce claridad sobre la misma. Como se habrá podido evidenciar, en el presente informe me adhiero a la postura propuesta por Marcial Rubio Correa y opto por la vertiente que señala que la interpretación debe ser aplicada cuando el sentido de la norma no es lo suficientemente claro; ya sea que ello se haya determinado de la lectura inicial del texto de la norma o de la aplicación de la misma en un caso en concreto.

Elo es así, puesto que “lo que caracteriza a la norma como unidad de análisis es que la proposición, una parte de esta o un conjunto de proposiciones tenga(n) relación con determinados hechos concretos, que son los que, por decirlo de alguna manera, delimitan sus alcances.” (Zusman Tinman 2018: pag. 38). En consecuencia, al ser los hechos los elementos que enmarcan los efectos de una norma en la realidad, estos también deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar si corresponde o no el uso de la interpretación jurídica.

En resumen, en la medida que no sea posible identificar plenamente los componentes del texto de una norma en un nivel abstracto o en la medida que los alcances de la aplicación de la norma en un caso concreto resulten oscuros, corresponderá hacer uso de la interpretación jurídica.

Habiendo dicho ello, cabría la posibilidad de hacer uso de la interpretación jurídica en la Norma Minera si se entiende que la aplicación de ésta en el caso en concreto no resulta lo suficientemente clara. Al respecto, NEWMONT ha señalado que la Norma Minera debe ser aplicada sobre los hechos del presente caso aunque de manera indirecta, pues se tiene que un trabajador de NEWMONT (sujeto inhábil) ha adquirido para sí TACNA 101 (prohibición), pero a través de BAM, una sociedad en la que éste es el accionista mayoritario.

Entendiendo que, según NEWMONT, en el presente caso cabría el uso de la interpretación jurídica, en estricto la fórmula legal de la Norma Minera que habría que interpretar por el rol del Señor Marquez, sería la siguiente:

<p><i>Si uno de los trabajadores de una persona jurídica dedicada a la actividad minera adquiere para sí derechos mineros en un radio de diez kilómetros calculado desde cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubiquen los derechos mineros de la persona jurídica a la cual se encuentra vinculado, y no existe autorización expresa,</i></p>	<p><b>Nexo (→)</b></p>	<p><i>la persona jurídica afectada tendrá el derecho a sustituirse en el expediente respectivo dentro de un plazo de noventa días.</i></p>
<p><b>Supuesto de Hecho (S)</b></p>		<p><b>Consecuencia Jurídica (C)</b></p>

C. *En relación a las autoridades competentes para realizar la interpretación:*

Antes de determinar el tipo de interpretación jurídica aplicable sobre la Norma Minera, es oportuno establecer quiénes son los autorizados para realizar dicho ejercicio legal. Para ello es conveniente tener en cuenta la regulación vigente durante el 2007 contenida en la LPAG, norma administrativa que resulta de aplicación a los procedimientos mineros por lo dispuesto en los incisos 1<sup>19</sup> y 2<sup>20</sup> del artículo II de su Título Preliminar.

En el presente caso, las autoridades que pudieron haber hecho uso de la interpretación jurídica son las siguientes: (i) la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET, quien resuelve la Solicitud de Sustitución en primera instancia, y (ii) el Consejo de Minería, quien resuelve el Recurso de Revisión en segunda instancia.

Al respecto, el inciso 8<sup>21</sup> del artículo 75 de la LPAG señala que, en el marco del procedimiento administrativo, las autoridades tienen del deber de interpretar las normas atendiendo el fin público al que éstas se dirigen y preservando los derechos de los administrados. En adición a ello, el inciso 2<sup>22</sup> del artículo 75 de la LPAG señala también que el desempeño de las funciones de la autoridad administrativa debe verse guiada necesariamente por los principios del procedimiento administrativo, los cuales se encuentran previstos en el Título Preliminar de la LPAG.

En ese sentido, el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG menciona un listado no taxativo de principios que sustentan el procedimiento administrativo, en el cual se encuentra el Principio de Legalidad. El inciso 1.1<sup>23</sup> del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG reconoce al Principio de Legalidad como aquel mandato a través del cual las autoridades administrativas deben actuar teniendo necesariamente en cuenta a la Constitución Política del Perú, a la ley y al derecho.

---

<sup>19</sup> "Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades."

<sup>20</sup> "Artículo II.- Contenido

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto."

<sup>21</sup> "Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

8. Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados."

<sup>22</sup> "Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

2. Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de esta Ley."

<sup>23</sup> "Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. 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."



En otras palabras, toda actuación que provenga de las autoridades administrativas debe acatar los límites que la ley ha previsto y las facultades que le fueron atribuidas, puesto que dichos parámetros sirven de garantía para el administrado.

Aplicando las normas antes citadas, al ser la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET<sup>24</sup> y el Consejo de Minería<sup>25</sup> autoridades en el marco de un procedimiento administrativo, ambas cuentan con las facultades para interpretar la Norma Minera, siempre que lo hayan considerado adecuado.

*D. En relación al tipo de interpretación aplicable:*

Teniendo en claro que las autoridades administrativas intervinientes en este caso se encontraban facultadas para utilizar la interpretación como herramienta, corresponde analizar la clasificación de los tipos de interpretación jurídica propuestos por la doctrina para determinar si la interpretación extensiva era la vía idónea para afirmar que a NEWMONT le correspondía ejercer el derecho de sustitución minera en el expediente de TACNA 101.

Al respecto, hay autores que han considerado que los tipos de interpretación se pueden clasificar de la siguiente manera:

“Hay dos tipos fundamentales de interpretación: de un lado, la interpretación que suele llamarse “literal” o “declarativa”; de otro, la interpretación que, conforme a la tradición, podemos llamar “correctora”.

Los dos conceptos son mutuamente excluyentes (no puede haber una interpretación que sea al mismo tiempo literal y correctora) y conjuntamente exhaustivos (no puede haber una interpretación que no sea ni literal ni correctora). Además, los dos conceptos son lógicamente interdependientes, puesto que la interpretación correctora se define por oposición a la literal. El concepto de interpretación literal es, por tanto, “primario”; mientras que el de

---

<sup>24</sup> A diferencia del Reglamento de Procedimientos Mineros vigente en la actualidad, aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2020-EM, el reglamento vigente durante el 2007 aplicable a este caso y aprobado por el Decreto Supremo N° 018-92-EM, no regulaba de manera específica el procedimiento de sustitución minera. En consecuencia, el procedimiento de sustitución se llevó a cabo como un procedimiento general según lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley General de Minería, posteriormente unificado en el artículo 143 del TUO de la Ley General de Minería.

Asimismo, el artículo 24 del Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET, aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-2007-EM y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de julio de 2007, señala que la Dirección de Concesiones Mineras tiene a su cargo, entre otras cosas, la tramitación y en su caso resolver las denuncias por internamiento en derecho ajeno, sustitución y reducción de áreas.

<sup>25</sup> El artículo 273 de la Ley General de Minería, posteriormente unificado por el artículo 154 del TUO de la Ley General de Minería señala desde su entrada en vigencia hasta la fecha que los administrados podrán interponer un recurso de revisión siempre que el acto que se desea impugnar sea una resolución directoral emitida en primera instancia.

Asimismo, el artículo 36 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2007-EM y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de junio de 2007, señala que el Consejo de Minería es el órgano encargado de conocer y resolver, en última instancia administrativa, los recursos de revisión sobre los asuntos mineros.

interpretación “correctora” es “secundario”, en el sentido de que es lógicamente dependiente del otro.” (Guastini 2016: pag. 25).

En relación a la interpretación correctora, el mismo autor, Riccardo Guastini (2016) opina que “un significado distinto del literal sólo puede ser más restringido que el literal o más amplio que el literal. Se dan, pues, dos, y solo dos, tipos de interpretación correctora que requieren análisis independientes: la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva.” (pag. 32).

Del mismo modo, hay autores que han considerado que, según el resultado, la interpretación jurídica se puede clasificar en las siguientes tres clases: estricta, extensiva y restrictiva. Al respecto, se señala lo siguiente:

“La interpretación es estricta cuando la conclusión interpretativa final es la que aparece de la aplicación del método literal sin ninguna otra consideración. Algunas veces hacer esto es posible, otras no.

La interpretación es extensiva cuando la conclusión interpretativa final es aquella en la que la norma interpretada se aplica a más casos que los que su tenor literal estricto parecería sugerir. La interpretación extensiva no implica integración jurídica, sino solo una extensión interpretativa de la frontera fáctica a la cual se aplica el supuesto de la norma para permitir que se produzca la necesidad lógico-jurídica de la consecuencia. (...)

La interpretación es restrictiva cuando la conclusión interpretativa final, es que la norma interpretada se aplica solo y estrictamente a los casos en los que no existe ni la menor duda. (...) La interpretación restrictiva se aplica sobre todo, a las normas especiales y a las normas prohibitivas. Cualquier método puede ser utilizado para este fin.” (Rubio Correa 2009: pag. 257).

A pesar que en apariencia pareciera que un autor discrepa del otro en sus propuestas para clasificar los tipos de interpretación jurídica, en el fondo ambos sostienen clasificaciones bastante similares. Ello puede ser reflejo de un sano e importante entendimiento a nivel doctrinario, pues, sin perjuicio de ser autores provenientes de distintos ordenamientos jurídicos, ambos promulgan similitudes en la clasificación de la interpretación jurídica basándose en la finalidad de esta herramienta.

Como se ha verificado en el apartado B, NEWMONT habría logrado acreditar el cumplimiento de casi todos los requisitos establecidos en la Norma Minera, salvo por la vinculación que necesariamente debía tener con BAM, pues esta última no se

subsumía ni siquiera en el supuesto de hecho descrito al final del apartado B (trabajador inhabilitado).

Para resolver dicho problema, NEWMONT argumentó en el escrito ampliatorio N° 01-010001-07-T que la autoridad no debía realizar ni una interpretación literal ni una interpretación restrictiva de los supuestos de hecho de la Norma Minera. Dicho ejercicio sería, para NEWMONT, deficiente teniendo en cuenta que la autoridad contaba con argumentos suficientes para excepcionalmente extender los alcances de la mencionada norma a través de una interpretación extensiva.

Efectivamente, el uso de la interpretación extensiva en este caso hubiera traído resultados favorables para NEWMONT, pues con esta herramienta se pueden extender los efectos de una norma a casos no previstos inicialmente. En esa misma línea, Riccardo Guastini (2016) afirma que “se llama extensiva a aquella interpretación que extiende el significado prima facie de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él.” (pag. 34).

Por el contrario, a partir de la interpretación restrictiva<sup>26</sup> se podrán atribuir los alcances de una norma únicamente a los casos previstos por ésta en los que no exista ni la menor duda respecto de su compatibilidad, lo cual puede resultar ciertamente insuficiente en algunos casos, pero legalmente adecuado si se tiene en cuenta la naturaleza de la norma materia de análisis.

En consecuencia, habiendo identificado la norma objeto de análisis y el contenido de la misma que sería materia de interpretación, habiendo determinado cuáles son las autoridades competentes para realizar la labor interpretativa y teniendo en cuenta los alcances de los diferentes tipos de interpretación, en respuesta al primer problema jurídico identificado, corresponde afirmar que no resulta posible interpretar extensivamente la Norma Minera ni siquiera de forma excepcional, por los siguientes argumentos<sup>27</sup>:

- (i) Por un lado, en línea con lo propuesto por Marcial Rubio Correa (2009), la conclusión producto del uso de la interpretación extensiva debe ser aquella en la que la norma materia de análisis se aplique a más casos de los que el texto escrito pareciera sugerir (pag. 257) [Subrayado propio]. Es decir, el texto

---

<sup>26</sup> Según la clasificación realizada por Marcial Rubio Correa en su publicación denominada “El sistema jurídico: Introducción al Derecho”.

<sup>27</sup> Los dos argumentos aquí señalados son un reflejo ordenado de las dos razones que, según lo señalado en el presente informe, pueden originar el uso de la interpretación jurídica: en primer lugar, la falta de claridad en el texto de la norma; y, en segundo lugar, la oscuridad al momento de aplicar la norma en un caso en concreto.

de la Norma Minera debe, de alguna forma, al menos sugerir la inclusión de otros supuestos para intentar interpretarla extensivamente.

Sin embargo, al realizar un análisis lógico-jurídico del texto de la Norma Minera, se puede advertir que el legislador no optó por una redacción ambigua al momento de determinar supuesto por supuesto de inhabilitación. Es tan notoria la precisión del legislador al momento de regular ese aspecto de la Norma Minera que en ésta se hace mención incluso a los parientes económicamente dependientes de los sujetos inhabilitados.

La falta de ambigüedad y la precisión en la identificación de estos sujetos inhabilitados demuestran un alto nivel de intencionalidad en el proceso de regulación de las excepciones a la regla general<sup>28</sup> que permite el libre acceso a la actividad minera a través del sistema de concesiones.

En consecuencia, en un nivel abstracto, es posible concluir que la redacción utilizada por el legislador permite evidenciar cierta intención de excluir de los efectos de la Norma Minera cualquier otro supuesto que no se encuentre expresamente subsumido en los supuestos de hecho de la misma.

- (ii) Por otro lado, siguiendo lo señalado por Martín Belaunde (1998), la Norma Minera es un dispositivo legal que por su naturaleza restringe derechos, pues regula casos de inhabilitación al prohibir que ciertos sujetos adquieran para sí derechos mineros en la medida que se acrediten los requisitos establecidos en dicha norma (pag. 135).

El artículo IV<sup>29</sup> del Título Preliminar del Código Civil señala literalmente que las leyes cuya naturaleza busque restringir derechos no pueden ser aplicadas por analogía. En relación a ello, concordando con lo señalado por la doctrina, el sentido<sup>30</sup> de una norma como ésta debe ser entendido de una manera mucho más amplia, impidiendo a través de ella no solo la aplicación por analogía sino también la interpretación extensiva<sup>31</sup> de las disposiciones con

---

<sup>28</sup> Artículo VII del Título Preliminar del TUO de la Ley General de Minería:

“VII. El ejercicio de las actividades mineras, excepto el cateo, la prospección y la comercialización, se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son de orden público. Las concesiones se otorgan tanto para la acción empresarial del Estado, cuanto de los particulares, sin distinción ni privilegio alguno.” [Subrayado propio]

<sup>29</sup> “Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley

La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.”

<sup>30</sup> Lo que se busca a través de este artículo es impedir de forma general la aplicación de normas, ya sea por analogía o por interpretación extensiva, a los casos que no se desprendan del texto de la misma, independientemente del rango de éstas, siempre que restrinjan derechos y regulen excepciones. En otras palabras, la norma limitadora por naturaleza, no debe producir mayores consecuencias jurídicas que las que específicamente se señalan en ésta, justamente por su carácter excepcional.

<sup>31</sup> En palabras de Marcial Rubio (2018) respecto del artículo IV del Código Civil, “en la tradición jurídica el sentido de una norma como esta ha sido no solamente el impedir la analogía sino incluso la interpretación extensiva. (...) Esta posición



rango de ley y también de las normas con rangos diferentes<sup>32</sup>. En otras palabras, se debe entender que, a través de este artículo, lo que se busca es interpretar restrictivamente<sup>33</sup> este tipo de normas para evitar generar más efectos de los previstos expresamente, prohibiendo así el uso de la analogía e incluso el uso de la interpretación extensiva.

Con relación a ello, en el caso en concreto, BAM es una sociedad debidamente constituida bajo las normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo accionista mayoritario, el Señor Marquez, fue trabajador de NEWMONT en el momento en el que esta última solicitó TACNA 101. Si bien la situación jurídica del Señor Marquez sí se subsume en el supuesto de hecho<sup>34</sup> de la Norma Minera señalado al final del apartado B; la situación jurídica de BAM, sujeto de derecho distinto a sus accionistas, no logra subsumirse en ninguno de los supuestos de hecho de la Norma Minera.

En consecuencia, aunque los hechos parecieran sugerir lo contrario, se puede concluir que, en un nivel más concreto, por la aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, los efectos de la Norma Minera se ven impedidos legalmente de alcanzar la situación jurídica de BAM a través de la interpretación extensiva.

Habiendo determinado que, resulta inviable extender los efectos de cualquiera de los supuestos de hecho de la Norma Minera, corresponde señalar el tipo de interpretación adecuada para esta norma, pues como se determinó líneas arriba, su aplicación en los hechos del presente caso puede no resultar suficientemente clara.

Al respecto, teniendo en cuenta la naturaleza limitadora del dispositivo legal, lo más adecuado en este caso es interpretarla de forma restrictiva. Por lo tanto, corresponde aplicar la Norma Minera solo a aquellos supuestos de hecho en los que no exista duda alguna sobre su configuración en la realidad.

---

es respaldada por Puig Brutau en la siguiente afirmación: "(...) Se considera que la norma de Derecho singular, por su carácter excepcional, no ha de producir más consecuencias que las específicamente determinadas por la ley. Por ello se estima que no es susceptible la interpretación extensiva" (Puig Brutau, 1981, p.24)" (pag. 41 – 42) [Subrayado propio].

<sup>32</sup> También en palabras de Marcial Rubio (2018) respecto del artículo IV del Código Civil, "Cuando el artículo habla de la "ley" no debe entenderse que se refiere solo las disposiciones con rango de ley sino incluso, y con mayor razón aún, las que puedan ser emitidas mediante cuerpos normativos de rango inferior, como los decretos y resoluciones". (pag. 42) [Subrayado propio].

<sup>33</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de febrero de 2005 se señaló que "El Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, ha sostenido, sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos (...)" [Subrayado propio] (Expediente N° 2235-2004-AA/TC, Fundamento 8).

<sup>34</sup> Si uno de los trabajadores (Señor Marquez) de una persona jurídica dedicada a la actividad minera (NEWMONT) adquiere para sí derechos mineros (TACNA 101) en un radio de diez kilómetros calculado desde cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubiquen los derechos mineros de la persona jurídica a la cual se encuentra vinculado (Derechos Mineros de NEWMONT), y no existe autorización expresa, la persona jurídica afectada tendrá el derecho a sustituirse en el expediente respectivo dentro de un plazo de noventa días.



En ese sentido, se puede afirmar que, sin perjuicio que tanto la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET como el Consejo de Minería tenían facultades para interpretar la Norma Minera, estos no hubieran podido resolver este caso efectuando excepcionalmente una interpretación extensiva por las razones señaladas previamente. Por consiguiente, a través de la utilización de esta herramienta jurídica no se habría permitido que NEWMONT ejerciera el derecho de sustitución sobre la titularidad de TACNA 101.

Habiendo resuelto el primer problema jurídico identificado, en las siguientes líneas se procederá a determinar si la situación jurídica de BAM pudo haber sido considerada como un nuevo supuesto inhabilitante de la Norma Minera a través de la integración por analogía para poder aplicar la consecuencia jurídica ahí prevista.



#### **IV.2. Problema jurídico N° 2 – Integración por analogía de la situación jurídica de BAM**

Antes de iniciar con el desarrollo de este problema jurídico, es apropiado establecer que existe una diferencia sutil, pero bastante importante entre la interpretación jurídica analizada previamente y la integración jurídica como herramientas en la aplicación del derecho. Al respecto, Ignacio Galindo Garfias (2006) señala acertadamente que “la interpretación supone la existencia de un precepto jurídico; mediante la integración, se trata de elaborar el precepto.” (pag. 16).

Es decir, en contraste con la interpretación, la integración es una herramienta jurídica que busca elaborar una nueva fórmula legal como respuesta a aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico no ha previsto una salida legal de manera previa para el caso en concreto.

Teniendo en cuenta el mencionado matiz, corresponde desarrollar la integración por analogía como herramienta para considerar a la situación jurídica de BAM como un nuevo supuesto inhabilitante de la Norma Minera. Para ello, resulta pertinente hacer una breve introducción sobre los alcances de esta herramienta legal. Al respecto, Marcial Rubio Correa (2009) define la integración jurídica de la siguiente manera:

“La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo.” (pag. 260).

Dicho de otra forma, la integración jurídica toma protagonismo en aquellas situaciones sociales en las que el derecho ha guardado absoluto silencio y no ha previsto una solución jurídica de manera previa. Como bien advierte el citado autor, la función de la integración jurídica es la producción normativa ante la inexistencia de una respuesta legal para un supuesto determinado.

Asimismo, esta herramienta integradora tiene sentido y demuestra su utilidad al entender que es imposible que el legislador pueda prever todos los supuestos de hecho que se podrían configurar en un contexto en el que las relaciones humanas tienen variantes infinitas. Estas situaciones que no pudieron ser previstas por el legislador son las denominadas lagunas del derecho.

Por lo señalado líneas arriba, resulta coherente afirmar que para analizar la integración jurídica es necesario conocer el significado de las lagunas del derecho. En relación a ello, “existe una laguna del Derecho (o, también en el Derecho) cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual el juez pueda referirse para resolver una determinada controversia” (Bobbio, 1963, citado por Segura Ortega 1989, pag. 288). En esa misma línea, Carlos Nino (2003) considera que “hay, en cambio una laguna del derecho cuando el sistema carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa.” (pag. 281). Del mismo modo, Marcial Rubio Correa (2009) define a la laguna del derecho “como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico.” (pag. 261).

En línea con los autores citados previamente, una definición de las lagunas del derecho que responda a lo señalado por la doctrina, entendería a éstas como aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico no ha previsto norma alguna que se pueda aplicar, pero en las que sí resulta necesario obtener una respuesta por parte del derecho.

En esa misma línea, Galiano Maritan y González Milián (2012), se pronuncian en relación a la búsqueda de soluciones cuando se está ante las denominadas lagunas del derecho, señalando lo siguiente:

“La solución principal para colmar estas lagunas está en las manos del legislador si lo vemos desde un sentido estricto, pero sabemos que es una pretensión muy difícil que puede que no suceda nunca, pues se trata de un proceso complejo en el cual vienen a tomar partido cuestiones de índole política, así como determinadas prioridades legislativas, e incluso, la prudencia y complejidad de los órganos que ostentan esta función.

Por ello, los operadores del Derecho juegan un papel emprendedor en esta cuestión, ellos no van a crear nuevas normas que eliminen las algunas, pero sí pueden accionar en la búsqueda de su solución.” (pag. 437).

En efecto, si bien existe una función legislativa que debe identificar lo que ocurre en la realidad y regularlo de la forma más clara y eficiente posible, el resultado siempre será imperfecto, por lo que los operadores jurídicos deben asumir un rol activo para lidiar con dicha imperfección y dar respuesta a todos los problemas legales que surjan de la actividad humana.

Sin perjuicio de ello, es oportuno advertir que abusar de la integración jurídica puede llegar a representar un peligro para un sistema jurídico en el cual los encargados de emitir normas son aquellos organismos del Estado que cuentan con función normativa. Teniendo en cuenta ello, es importante considerar que esta herramienta debe ser utilizada de forma restrictiva, diferenciando a aquellas situaciones que requieren del uso de la integración jurídica de aquellas situaciones que no deben ser reguladas.

En línea con lo dicho hasta el momento, es posible afirmar de forma concluyente que el derecho ha previsto la integración de normas jurídicas como una solución ante la existencia de una laguna del derecho en los términos ya definidos, pero ¿qué ocurre con aquellas situaciones que no se encuentran reguladas por el derecho y tampoco deben estarlo?

Dichas situaciones han sido denominadas por la doctrina nacional como vacíos del derecho y sobre las mismas Marcial Rubio Correa (2009) ha señalado lo siguiente:

“Es el vacío del Derecho, entendiéndolo por tal un suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el Derecho rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos aplicables y que en el Derecho son fundamentalmente dos a estos efectos:

1. El de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (literal a. del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución), para aquellas situaciones en las que el agente se rige por el principio de la libertad personal y,
2. El de que solo puede hacerse lo que está expresamente atribuido, con ejercicio de la discrecionalidad cuando es aplicable, en los casos en que rige el principio de la competencia asignada.” (pag. 261).

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo señalado hasta el momento, es posible afirmar que, ante la ausencia de un dispositivo legal que resuelva una situación determinada de la realidad, se podría: (i) aplicar la integración como herramienta jurídica para suplir dicha ausencia (laguna del derecho) o (ii) no hacerlo argumentando que dicho caso no ameritaría regulación por parte del derecho (vacío del derecho).

Al respecto, según BAM no es posible afirmar que el presente caso represente una laguna del derecho, ya que el supuesto materia de análisis sí se encuentra regulado

en una de las normas más importantes<sup>35</sup> del derecho minero, el artículo VII del Título Preliminar del TUO de la Ley General de Minería. Por consiguiente, si el presente caso, según BAM, ha sido atendido por el ordenamiento jurídico peruano, tampoco sería posible afirmar que este representa un vacío del derecho de acuerdo a lo señalado previamente. Sin embargo ¿es cierto que el derecho peruano sí ha previsto una solución para este caso?

Al respecto, pareciera que la situación jurídica de BAM debiera subsumirse por defecto en aquella regla general del derecho minero que establece que los privados también pueden ser titulares de una concesión minera; sin embargo, es necesario evidenciar que el supuesto de hecho de este caso representa aquello que materialmente la Norma Minera busca castigar, pero que formalmente no ha podido regular.

Como se analizará en la Subsección IV.3., existen muchos indicios para considerar que en este caso las intenciones del Señor Marquez de adquirir TACNA 101 se vieron materializadas a través de la instrumentalización de BAM, puesto que si este hubiera petitionado el derecho minero de forma directa, se encontraría directamente subsumido en el supuesto de hecho de la Norma Minera y, por lo tanto, hubiera calificado como un sujeto impedido de adquirir para sí TACNA 101.

Teniendo ello en cuenta y considerando que el propósito del artículo VII del Título Preliminar del TUO de la Ley General de Minería es permitir e incentivar la participación ordenada por parte de los privados en las actividades mineras siempre que ésta se desarrolle a través de acciones con arreglo al derecho peruano en su totalidad, resulta necesario advertir que una eventual instrumentalización de BAM no debe verse amparada en la regla general del libre acceso a la actividad minera.

En consecuencia, contrario a lo argumentado por BAM, el siguiente análisis partirá de entender que si bien la situación jurídica de BAM no ha sido contemplada por el legislador en la Norma Minera, ésta sí merece ser atendida por el ordenamiento jurídico peruano, convirtiéndose así en una laguna del derecho.

En ese sentido, ¿qué se debe hacer cuando se está frente a una laguna del derecho? Al respecto, uno de los recursos más utilizados para superar las lagunas del derecho es la integración por analogía, la cual, según Carlos Nino (2003), “consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como

---

<sup>35</sup> La importancia de la mencionada norma radica en la realidad de la economía peruana donde la minería juega un rol fundamental. Dicha realidad económica ha sido materializada a través de una regla general que no solo permite sino que también incentiva la participación ordenada en la actividad minera por parte de los privados.



relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos.” [Subrayado propio] (pag. 285).

Por su parte, Manuel Segura (1989) afirma que “siguiendo la clásica distinción de Carnelutti se puede hablar de dos modos de solucionar las lagunas: la autointegración y la heterointegración. (...) Dentro del método de la autointegración se suele hacer referencia a la analogía y a los principios generales del Derecho. Por otra parte, lo medios típicos de la heterointegración son el recurso al Derecho natural y a la equidad. (...) Puede decirse que la autointegración, esto es, el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho es mucho más frecuente que la heterointegración, entre otras razones, porque en todos los ordenamientos subsiste la pretensión de dar respuesta a todos los problemas jurídicos sin necesidad de acudir a instancias que se encuentren fuera del mismo”. [Subrayado propio] (pag. 310 – 311).

Teniendo en cuenta a los autores previamente citados y sumando lo advertido por Marcial Rubio Correa<sup>36</sup> en relación a los recursos para superar el problema de las lagunas del derecho, se puede señalar que hay un aparente consenso doctrinario en utilizar la analogía para salvar la ausencia de regulación en los supuestos que sí requerirían verse atendidos por el derecho.

Al respecto, la analogía, en palabras de Marcial Rubio Correa (2009), “es 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.” (pag. 264). En concordancia con el citado autor y con Carlos Nino, se encuentra Víctor Emilio Anchondo (2012) quien señala en relación a la analogía que ésta “permite trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero, tiene una concepción tradicional, según la cual es permitido colmar lagunas con una base en la identidad de razón (...)” (pag. 51).

Habiendo definido conceptualmente esta herramienta jurídica con el uso de la doctrina, corresponde advertir que la regulación de la analogía en nuestro ordenamiento jurídico contiene limitaciones importantes que, al igual como ocurrió con la interpretación extensiva, juegan un rol fundamental en la búsqueda de una solución para el presente caso.

---

<sup>36</sup> Marcial Rubio Correa (2009) señala que: “1. Cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad que es sustantivamente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos son fenoménicamente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, tienen una esencia común o una lógica encadenada. Elo nos lleva a la analogía y a la ratio legis que la sustenta.” [Subrayado propio] (262 – 263).

Una de estas limitaciones y quizás la más importante es aquella que se encuentra regulada en nuestro vigente Código Civil. Como se señaló en el apartado D de la Subsección IV.1., el artículo IV del Título Preliminar del mencionado cuerpo normativo no solo impide la interpretación extensiva de aquellas normas que restringen derechos, también prohíbe la aplicación por analogía de este tipo de normas en aquellos supuestos de hecho no regulados expresamente en el texto de las mismas.

Sin perjuicio de ello, es oportuno advertir que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto otra limitación igual de importante que la señalada en el párrafo precedente. Al respecto, el inciso 9<sup>37</sup> del artículo 139 de la Constitución Política del Perú también reconoce, entre los principios que conforman la función jurisdiccional, al principio de inaplicabilidad por analogía tanto de la ley penal como de las normas que restringen derechos. Al respecto, el Tribunal Constitucional<sup>38</sup> ha reconocido oportunamente que los alcances del mencionado principio no deben verse limitados solo a la rama penal del derecho, sino que son de aplicación a todo el ordenamiento jurídico peruano en su integridad.

En ese sentido, como se señaló en el apartado D de la Subsección IV.1., la Norma Minera es un dispositivo legal que restringe derechos, pues en vez de permitir con apertura el acceso de los particulares a los recursos naturales a través del sistema de concesiones, esta norma impide que aquellos sujetos de derecho subsumidos en los supuestos de hecho estalecidos puedan adquirir para sí derechos mineros circunscritos en determinada zona.

En relación a esta característica de la Norma Minera, es oportuno tener presente a Marcial Rubio Correa (2009), quien señala que “no procede utilizar la analogía a partir de normas prohibitivas, excepcionales, especiales, o de las que restringen derechos, pues son normas cuya *ratio legis* implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva.” (pag. 269).

Por ello, si se tiene en cuenta: (i) la conclusión obtenida luego del análisis realizado en el apartado D de la Subsección IV.I. respecto de la aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, (ii) el análisis realizado en la presente subsección

---

<sup>37</sup> “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.”

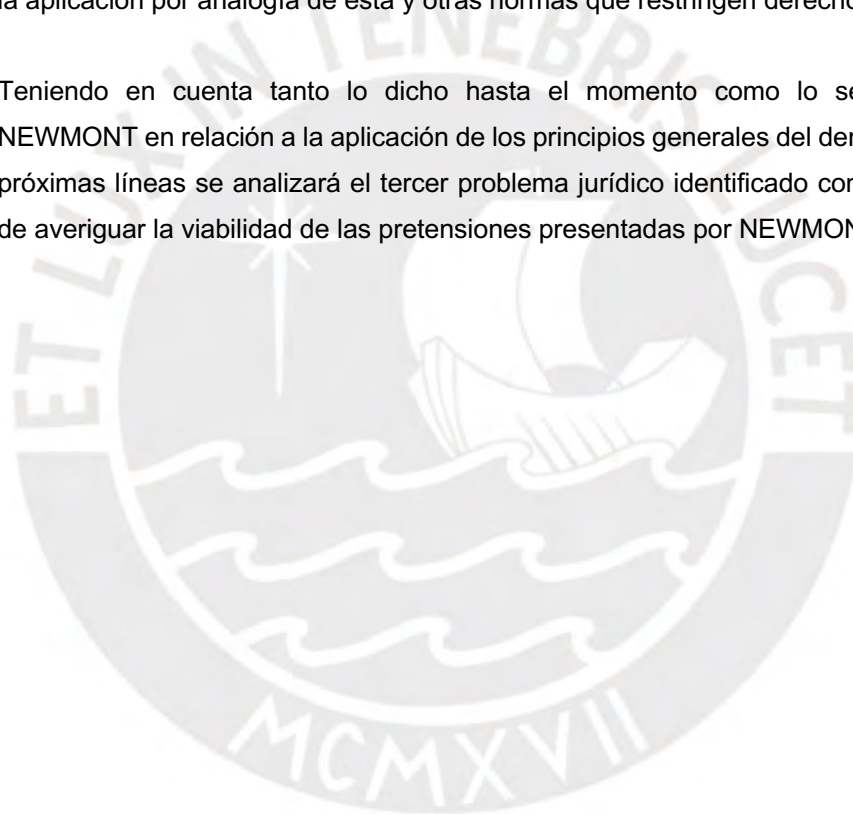
<sup>38</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de febrero de 2005 se señaló lo siguiente: “Ese es el sentido general con el que debe entenderse el artículo 139°, inciso 9) de la Constitución, según el cual constituye uno de los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional, pero también un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

En efecto, los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes sólo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos.” [Subrayado propio] (Expediente N° 2235-2004-AA/TC, Fundamento 8).

respecto de los alcances del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; y (iii) la opinión de la doctrina en relación al uso de la analogía, a diferencia de lo realizado en la subsección anterior, en esta oportunidad no resulta necesario averiguar si la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET o el Consejo de Minería, en su calidad de autoridades administrativas, contaban con las competencias suficientes para integrar normas jurídicas por analogía, pues la naturaleza de la Norma Minera hubiera impedido la aplicación del derecho a través de esta vía.

En consecuencia, es posible concluir que, al igual que lo ocurrido con la interpretación extensiva, el uso de la integración por analogía tampoco hubiera sido de utilidad para considerar la situación jurídica de BAM como un nuevo supuesto inhabilitante de la Norma Minera, puesto que el ordenamiento jurídico peruano ha considerado inviable la aplicación por analogía de ésta y otras normas que restringen derechos.

Teniendo en cuenta tanto lo dicho hasta el momento como lo señalado por NEWMONT en relación a la aplicación de los principios generales del derecho, en las próximas líneas se analizará el tercer problema jurídico identificado con la finalidad de averiguar la viabilidad de las pretensiones presentadas por NEWMONT.



### **IV.3. Problema jurídico N° 3 – Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario**

#### *A. En relación al concepto de los principios generales del derecho:*

Antes de iniciar con el análisis de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en el presente caso como lo requirió NEWMONT, corresponde contextualizar el significado de los principios generales del derecho y tener en cuenta sus alcances en el ordenamiento jurídico peruano.

Los principios generales del derecho son definidos como “las normas de justicia objetiva, de las cuales el Derecho puro saca su fundamento. (...) son los principios de orden superior, que están en la conciencia jurídica de los hombres, reconocidos en general por las naciones civilizadas en el respectivo derecho interno.” (Novak Talavera 1997: pag. 111).

Parte de la doctrina argentina considera que “son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria.” (Díaz Couselo 1971, pag. 79).

Al respecto, según los autores citados previamente, es posible comprender a los principios generales del derecho como aquellos preceptos que anteceden a las normas positivas y fundamentan su creación.

En esa misma línea, en una sentencia del Tribunal Constitucional se desarrolló el contenido de los principios generales del derecho de la siguiente manera:

“42. Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte de núcleo central el sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico.

Conforme al artículo 139.º, inciso 8 de la Constitución, un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del derecho.

(...)

Así, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece:

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.

43. Los principios generales, en relación a las normas y a los valores, han adquirido gran importancia para la interpretación jurídica, además de su indispensable aplicación para fines de integración jurídica. En ese contexto, un sector importante de la doctrina considera que los principios generales también pueden ser considerados como normas, aun cuando en algunos casos los principios no sean expresos. Hay casos en que los principios adoptan expresamente la estructura jurídica de normas; por ejemplo, cuando el principio es incorporado a la disposición o texto normativo.” [Subrayado propio] (Expediente N° 047-2004-AI/TC, Fundamentos 42 y 43).

En relación a la mencionada cita, tanto el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú como el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil permiten llegar a una misma conclusión legislativa: los principios generales del derecho son aquellas disposiciones omnipresentes que deben ser usadas para evitar que ciertas situaciones de la realidad no sean atendidas por el derecho.

Ello cobra más sentido si se tiene en cuenta la jerarquía de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, pues al ser estos los que inspiran la legislación positiva, se convierten en la fuente a la que habría que remitirse cuando las normas no prevean una solución para determinadas situaciones sociales.

Tal es la importancia de estas disposiciones que, como bien advierte el Tribunal Constitucional, los principios generales del derecho pueden encontrarse regulados o no en un ordenamiento jurídico y ello no le otorga ni mayor ni menor validez. Al respecto, si bien no existe una lista taxativa de estos preceptos legales, entre los más utilizados merecen una especial atención para este caso el abuso del derecho y el fraude a la ley.

En relación a estos dos principios, NEWMONT ha señalado categóricamente, tanto en la Solicitud de Sustitución como en el Recurso de Revisión y en los escritos complementarios, que en el presente caso se configuraron tanto el abuso del derecho como el fraude a la ley. En consecuencia, según NEWMONT, existían motivos suficientes para desestimar la personalidad jurídica de BAM con el fin de evidenciar



a las personas naturales que se encontraban detrás de esta figura jurídica, principalmente al Señor Marquez, y evitar un uso fraudulento de la mencionada sociedad.

*B. En relación a la desestimación de la personalidad jurídica:*

Al igual que NEWMONT, parte de la doctrina ha advertido que para desestimar o relativizar la personalidad jurídica de las sociedades es posible aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, la cual procede cuando se configuran cualquiera de los siguientes principios generales del derecho: el abuso del derecho o el fraude a la ley.

En relación a la doctrina del levantamiento del velo societario, sobre la cual no existe regulación expresa en la legislación peruana, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“Es una doctrina de origen anglosajón denominada **“disregard of legal entity”** o **“piercing the corporate veil”** cuya utilización nos permite prescindir de la estructura formal de la persona jurídica de modo tal, que se puede llegar a romper la radical separación entre persona jurídica y sus miembros componentes, en los casos en que su personalidad haya sido utilizada de manera abusiva, como una “pantalla” o “máscara” de cobertura, con el propósito de impedir que se lleve a cabo el resultado contrario a Derecho que con dicha conducta se persigue, descorriendo su velo.” [Subrayado propio] (Casanova Claros 2007: pag. 129).

En otras palabras, a través de la aplicación de la doctrina del denominado levantamiento del velo societario es posible desestimar<sup>39</sup> la existencia de la persona jurídica para ir más allá de las formas legales y encontrar a los verdaderos sujetos de derecho encargados de tomar las decisiones.

Del mismo modo, Fernando de Trazegnies Granda (2004), miembro del Comité Consultivo de IUS ET VERITAS, advierte lo siguiente:

“Tal “desvelamiento” solo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad

---

<sup>39</sup> Es importante señalar que se suele confundir la aplicación del levantamiento del velo societario en los casos de responsabilidad por parte de los administradores de una persona jurídica, puesto que se piensa que es posible recurrir a dicha doctrina cuando los órganos que administran la sociedad son responsables por ilícitos. Sin embargo, hay que dejar en claro que la responsabilidad de dichos administradores nace del incumplimiento o un mal ejercicio de sus deberes, que puede ser calificado, según lo señala Oswaldo Hundskopf Exebio, profesor y Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, como un acto excesivo o un mal desempeño del cargo. Es evidente que dichos supuestos no ameritan la aplicación del levantamiento del velo societario, pues no significan la instrumentalización de la persona jurídica, al menos de manera directa, por iniciativa de sus accionistas (pag. 156).

anónima como persona jurídica; lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, (...). En principio, la doctrina sostiene que la sociedad debe ser ignorada como una existencia separada cuando ello es necesario para “hacer justicia básica”. Dado que esta es una formulación todavía muy genérica y discutible (¿qué es justicia básica?), la doctrina ha ido más lejos a través de casos concretos sentando los fundamentos de la nueva institución en dos conceptos claves: evitar el fraude y controlar el abuso del derecho.” [Subrayado propio] (pag. 13).

En la cita anterior, Fernando de Trazegnies advierte que el uso de la desestimación de la personalidad jurídica como recurso debe ser excepcional. Al respecto, cabe precisar que, la personalidad jurídica es una creación legal que genera muchos beneficios justamente por ser un sujeto de derecho distinto al de sus accionistas con su propia autonomía subjetiva y patrimonial. Por ello, se habla de prescindir y desconocer este ficticio legal solo cuando la personalidad jurídica es utilizada indubitablemente con fines contrarios al derecho.

Siguiendo la línea doctrinaria citada previamente, Rafael Artieda Aramburú (2010), abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que “tanto la figura del abuso del derecho (en su especie de “abuso de la personalidad jurídica”) como la figura del fraude a la ley (en su especie de “fraude a la personalidad jurídica”) pueden ser aplicadas en el Derecho Peruano y, eventualmente, conducir al levantamiento del velo societario, siempre que no exista otra solución disponible en el ordenamiento jurídico.” (pag. 231).

Por su parte, según Enrique Palacios Pareja (2008), “el levantamiento del velo societario encuentra sustento en la figura del abuso del derecho, con lo cual la diferencia entre la personalidad de la sociedad y de los integrantes no constituye un derecho absoluto, por estar sujetos a las teorías de fraude a los acreedores y abuso del derecho.” (pag. 169).

En concordancia con estos autores, es posible afirmar que, una parte de la doctrina nacional considera que el levantamiento del velo societario debe ser aplicado con el fin de desestimar la personalidad jurídica de las empresas que han sido instrumentalizadas en aquellos casos en los que se ha logrado configurar el abuso del derecho o el fraude a la ley.

Antes de determinar si correspondía o no relativizar la personalidad jurídica de BAM a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, corresponde analizar si alguno de estos dos principios generales del derecho lograron

configurarse en el presente caso tal y como lo señaló NEWMONT tanto en la Solicitud de Sustiución como en el Recurso de Revisión y en lo escritos complementarios presentados ante la autoridad minera.

*C. En relación al abuso del derecho:*

Este concepto ha sido analizado a través del tiempo por diferentes autores, por ejemplo, Gunther Gonzales Barrón (2015), Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que “la jurisprudencia sobre abuso del derecho revela diversas hipótesis en las cuales 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.” (pag. 14).

Por su parte, Diego Miranda Reyes (2016), asociado en la oficina de Santiago de Chile del Estudio Jurídico Philippi, Prieto – Carrizosa, Ferrero, DU & Uría, señala que “cuando nos referimos a la figura del abuso del derecho hacemos alusión a situaciones en que observamos el ejercicio de un derecho subjetivo que, en una primera lectura, aparece como formalmente legítimo, sin embargo, existe en dicho ejercicio alguna modalidad que nos conduce a sostener su ilicitud.” (pag. 31).

En esa misma línea, Roberto Obando Blanco (2017), abogado, magíster y doctorando por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quien se apoya en lo señalado por el profesor Gustavo Ordoqui Castilla al explicar el abuso de derecho como principio general del derecho, señala que “en la experiencia jurídica, se advierte que un derecho subjetivo está genéricamente condicionado por el respeto al derecho o interés de “los otros” y al de la sociedad en general. El principio del abuso de derecho surge así como un límite al ejercicio anormal o irregular de un derecho subjetivo de parte de su titular.” (pag. 91). Asimismo, para Juan Espinoza Espinoza (2001), “el denominado abuso de derecho no es más que el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés.” (pag. 289).

Teniendo en cuenta lo señalado por los autores citados previamente, es posible afirmar que el abuso del derecho hace su aparición en el mundo jurídico identificando aquellas conductas aparentemente correctas, pero sustancialmente contrarias al derecho.

Este principio parte de la idea de que los derechos subjetivos no son absolutos y al integrarse en un contexto jurídico lleno de relaciones intersubjetivas, su ejercicio

extralimitado no puede ser amparado, pues éste debe enmarcarse en los parámetros que el ordenamiento jurídico impone.

Por lo tanto, se puede deducir que ésta es una institución legal cuya aplicación no se encuentra limitada únicamente al campo del derecho civil<sup>40</sup>, sino que tiene efectos sobre todo nuestro ordenamiento jurídico, pues además de su amplia naturaleza jurídica como uno de los principios generales del derecho, ésta se encuentra reconocida en el artículo 103<sup>41</sup> de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, en línea con lo señalado por Marcial Rubio Correa (2018), son dos las evidentes conclusiones a las que se llega con la regulación del abuso del derecho en el sistema jurídico peruano: (i) el abuso del derecho no es amparado por la legislación nacional, y (ii) quien se ve afectado por el abuso del derecho puede solicitar la implementación de medidas para evitar afectaciones (pag. 20).

En relación al abuso del derecho en el presente caso, NEWMONT afirmó que éste se habría configurado con la intervención dolosa del Señor Marquez, accionista mayoritario de BAM, cuando éste influyó directamente en la decisión de formular TACNA 101 aprovechándose así de la existencia independiente de BAM y perjudicando el legítimo interés de NEWMONT a no verse afectado por la comisión de actos fraudulentos de sus trabajadores. Sin embargo, corresponde preguntarse lo siguiente ¿es verdad que el abuso del derecho se configuró tal y como lo afirmó NEWMONT?

Siguiendo lo señalado por la doctrina, el abuso del derecho se configura cuando el ejercicio de un derecho subjetivo entra en conflicto con el interés de otro sujeto de derecho generándole algún perjuicio. En relación al primer elemento, corresponde determinar si en el presente caso se utilizó de manera abusiva el derecho constitucional a la libertad de empresa<sup>42</sup> del Señor Marquez, el cual se vió materializado con la creación de BAM y con la existencia de ésta como persona jurídica.

---

<sup>40</sup> Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.-

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

<sup>41</sup> Artículo 103.-

“(…) La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

<sup>42</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 6 de diciembre de 2010 se señaló lo siguiente: “En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución. (...) De este modo, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.” [Subrayado propio] (Expediente N° 01405-2010-PA/TC, Fundamentos 13 y 15).

En relación a ello, BAM formuló TACNA 101 el 13 de diciembre de 2006 a través de un requerimiento presentado ante el INACC por su gerente general, Esteban Máximo Salazar Miranda, quien en línea con lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley General de Sociedades, aprobada por la Ley N° 26887, gozaba de amplias facultades de representación por ocupar un cargo de administración en la sociedad.

Sin perjuicio de ello, es necesario tener en cuenta que las acciones ejecutadas tanto por un gerente general como por cualquier otro administrador de la sociedad, se encuentran necesariamente motivadas y fundamentadas en las decisiones que los dueños de la empresa, en este caso los accionistas de BAM, adoptaron previamente.

Al respecto, es oportuno recordar que el Señor Marquez fue propietario del 99.8% de las acciones de BAM cuando esta última solicitó TACNA 101. En ese sentido, la adquisición del mencionado derecho minero por parte de BAM, a través de las acciones de su gerente general, fue necesariamente una consecuencia del voto favorable del Señor Marquez como accionista de la sociedad.

Asimismo, según lo señalado por NEWMONT y lo constatado posteriormente por el INDECOPI mediante Resolución N° 0063-2009/SCI-INDECOPI, el Señor Marquez tuvo acceso a la información referida al valor minero del área en la que se ubicaba TACNA 101 por sus labores como geólogo.

En consecuencia, siguiendo un razonamiento deductivo, existen indicios que permitirían señalar que el Señor Marquez sí abusó de su derecho constitucional a la libertad de empresa, según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, al utilizar indebidamente determinada información geológica sobre el área de TACNA 101 como motivación para aprobar la formulación de este derecho minero a través de BAM con el fin de evitar ser calificado como un sujeto inhabilitado por la relación laboral que tenía con NEWMONT.

En relación al segundo elemento que permitiría afirmar la configuración del abuso del derecho en el presente caso, corresponde determinar si la solicitud de TACNA 101 a través de BAM generó algún perjuicio para NEWMONT o lesionó alguno de los intereses que este último pudiera tener.

Al respecto, NEWMONT ha reconocido expresamente que, durante el período en el que el Señor Marquez fue su trabajador (15 de octubre de 2002 – 14 de junio de 2007), se realizaron trabajos en el área de TACNA 101, lo cual ha sido confirmado



mediante el Dictamen Pericial – CN° 1042-2007-CP.CDL.CIP del Colegio de Ingenieros del Perú.

Lo señalado en el párrafo precedente demuestra una clara intención por parte de NEWMONT en conocer tanto la composición geológica como cualquier otra característica del área sobre la que se situaba TACNA 101. Tal y como se señaló en el apartado A de la Subsección IV.1., conocer el potencial minero del suelo en el Perú implica para los privados un importante esfuerzo y una considerable inversión que el legislador ha intentado proteger a través del derecho de sustitución minera.

Que NEWMONT haya invertido sus recursos para obtener información respecto de la zona en la que se ubicaba TACNA 101 implica lógicamente que éste tenía interés sobre el lugar, de lo contrario no habría invertido tiempo y dinero en la zona.

En contraposición a ello, como se señaló en la Subsección II.4., el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo emitió la Resolución N° 20 mediante la cual afirmó que:

“no se advierte que la demandante hubiera formulado un petitorio sobre dicha zona pese a que su estudio sería anterior al petitorio de la co-demandada, por lo cual no se aprecia que hubiera tenido interés en su explotación, sin embargo, contradictoriamente sí pretendió sustituirse a la co-demandada una vez concedido su petitorio, como si la realización de aquel estudio fuese una suerte de prioridad en cuanto al derecho a formular petitorios mineros, lo cual obviamente no tiene ningún sustento legal.” [Subrayado propio] (Expediente N° 07057-2010-0-1801-JR-CA-08).

Al respecto, cabe advertir que el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo no toma en cuenta que el hecho de que NEWMONT no haya formulado TACNA 101 antes que BAM puede deberse a muchísimos otros factores, por ejemplo, una decisión comercial de formular derechos mineros recién en los meses siguientes o la demora en la elaboración de un nuevo proyecto minero que incluya el área de TACNA 101.

En ese sentido, a diferencia de lo señalado por el juzgado antes mencionado, la sola demora en la formulación de TACNA 101 no es razón suficiente para afirmar que NEWMONT no haya tenido algún interés respecto el derecho minero en cuestión. Todo lo contrario, la realización de estudios por parte de NEWMONT en el área en la que se ubicaba TACNA 101 demuestra evidentemente la existencia de un interés de éste en la zona materia de análisis.

Por consiguiente, habiendo determinado que existen indicios que permitirían señalar que el Señor Marquez ejerció irregularmente su derecho constitucional a la libertad de empresa perjudicando un manifiesto interés de NEWMONT sobre el área en la que se situaba TACNA 101, es posible afirmar que el abuso del derecho sí se habría configurado en el presente caso.

En concordancia con la doctrina citada en la presente subsección, alegando la configuración del abuso del derecho, correspondería determinar quiénes eran las autoridades competentes para relativizar la personalidad jurídica de BAM e identificar a los accionistas responsables; sin embargo, atendiendo a los fines académicos del presente informe, se analizará de manera previa la configuración del fraude a la ley en este caso.

*D. En relación al fraude a la ley:*

Luis Díez-Picazo y Ponce de León (1992), catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, señala en relación al fraude a la ley que:

“Los autores del fraude realizan una *circumventio legis* o, si se prefiere, una “*circunvolución*” de la ley, esto es, utilizan un medio indirecto para eludir la aplicación de la norma, tratando de ampararse en otra ley que sólo de manera aparente protege el acto realizado. El mecanismo de la *circumventio legis* presupone la existencia de dos normas: la llamada ley de cobertura y la ley defraudada, de tal manera que para eludir la segunda se busca por un medio indirecto la protección de la primera. Este es el verdadero mecanismo del fraude de la ley, en su versión actual (...)” (pag. 12).

Por su parte, el jurista Carlos Fernández Sessarego (1992) señala lo siguiente:

“El fraude a la ley resulta así un principio general del derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se encuentra estrechamente vinculado con otros principios generales como la buena fe, las buenas costumbres, el orden público. Se trata, en consecuencia, y al igual que el abuso de derecho, de un deber jurídico a cargo del sujeto de derecho y que consiste en no violar el espíritu de la norma, su sentido jurídico, el propósito para el que fue promulgada más allá de su literalidad.” (pag. 22).

Siguiendo esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en relación al fraude a la ley:

“Que de otro lado este Tribunal también advierte que la demanda en la forma en que ha sido postulada entraña una pretensión que en la teoría general del derecho se le denomina fraude a la ley. Se entiende por fraude a la ley a “una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada norma cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (norma defraudada)” (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Editorial Trotta, Madrid, segunda edición 2006, p. 74). En concreto, la figura de fraude a la ley se produce mediante la utilización de una norma jurídica válidamente posible, pero a la vez aparente, para lograr con ella fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico.” [Subrayado propio] (Expediente N° 00018-2009-PI/TC, Fundamento 12).

De lo descrito previamente, se puede advertir que, para que se produzca el fraude a la ley tiene que existir necesariamente lo siguiente: (i) una ley de cobertura utilizada como un ropaje legal del ilícito, sobre la que aparentemente se actúa; y, (ii) una ley defraudada, la cual no participa directamente en el ilícito, pues precisamente son sus efectos los que se buscan evitar.

En relación a lo requerido para la configuración del fraude a la ley, Cecilia Fresnedo de Aguirre (1998), profesora en la facultad de derecho de la Universidad de la República de Uruguay, advierte que un sector de la doctrina, el cual ciertamente no es el mayoritario, considera que para que se configure el fraude a la ley debe presentarse el siguiente elemento fáctico: el sujeto de derecho que se sirve de la ley de cobertura debe intentar hacer valer el resultado del fraude a la ley ante las autoridades pertenecientes al ordenamiento jurídico correspondiente (pag. 41 y 42).

Sin perjuicio de que, para los efectos del presente informe, el mencionado elemento fáctico no sea tomado en cuenta -pues como se señaló previamente no es un requisito uniformemente aceptado para analizar la configuración del fraude a la ley-; es oportuno señalar que BAM logró formular TACNA 101 ante el INACC, lo que implica que incluso el requisito en cuestión estaría presente en este caso.

En el caso materia de análisis, según NEWMONT, el Señor Marquez constituyó BAM con el fin de crear un sujeto de derecho distinto a sus miembros integrantes para que a través de éste se solicitara TACNA 101 y se evitara la aplicación del mandato legal contenido en la Norma Minera. En esa línea, el Señor Marquez habría usado como cobertura el artículo 78 del Código Civil, pues este es el dispositivo legal que reconoce jurídicamente la distinción entre una persona jurídica y los miembros que la

conforman. Sin embargo, corresponde realizar la siguiente pregunta ¿es verdad que el fraude a la ley se configuró como lo señala NEWMONT?

Al respecto, como se indicó en la Subsección II.1., BAM es una sociedad anónima cerrada constituida por escritura pública de fecha 11 de julio de 2001 e inscrita en la Partida Registral N° 11303972 del Registro de Personas Jurídicas, Zona Registral N° IX, Sede Lima. Por su parte, el Señor Marquez fue trabajador de NEWMONT durante el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2002 y el 14 de junio de 2007.

Si se tienen en cuenta las fechas antes señaladas, no resulta posible afirmar que tanto el Señor Marquez como Olavo Edgar Marquez Amado y Amilcar Gumercindo Arana Amado hayan decidido constituir BAM para formular TACNA 101 en perjuicio de NEWMONT; puesto que, en línea con la argumentación y las pruebas presentadas por las partes, el Señor Marquez solo pudo tener conocimiento de las características del área donde se ubicaba TACNA 101 desde que éste empezó a trabajar para NEWMONT, es decir, aproximadamente 15 meses después de la constitución de BAM.

Por lo tanto, evidentemente BAM no pudo haber sido constituida con el fin de eludir la disposición legal contenida en la Norma Minera, puesto que la supuesta motivación para su constitución ni siquiera existía en dicha fecha.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, la instrumentalización de BAM para eludir los efectos de la Norma Minera merece un análisis distinto al realizado previamente. Como se desprende de los hechos descritos en la Sección II del presente informe, TACNA 101 fue formulada el 13 de diciembre de 2006. Para dicha fecha (i) el Señor Marquez aún tenía un contrato laboral con NEWMONT como geólogo, (ii) el Señor Marquez aún seguía siendo accionista mayoritario de BAM (99.8% de acciones), y (iii) el procedimiento ordinario de titulación de los Derechos Mineros de NEWMONT ya había iniciado.

Al respecto, aquella relación laboral con NEWMONT le permitió al Señor Marquez, por su cargo en la empresa, conocer el valor mineral del suelo en el que se situaba TACNA 101, y su control casi absoluto sobre BAM le permitió decidir la formulación de este derecho minero de forma indirecta. Asimismo, si bien la fecha de formulación de TACNA 101 antecede a las publicaciones<sup>43</sup> de los avisos de los Derechos Mineros de NEWMONT en los diarios correspondientes, es altamente probable que la posición

---

<sup>43</sup> AYAHUANCA 478: 25 y 26 de noviembre de 2007  
AYAHUANCA 479: 28 de noviembre de 2007  
AYAHUANCA 480: 13 de octubre de 2007  
AYAHUANCA 481: 29 de noviembre de 2007

del Señor Marquez en NEWMONT le haya permitido conocer<sup>44</sup> que esta última ya había formulado los Derechos Mineros de NEWMONT dentro de un radio de 10 kilómetros.

Teniendo en cuenta lo señalado previamente y recordando que la Norma Minera - para los efectos de este caso- impide que los trabajadores de NEWMONT adquieran para sí derechos mineros ubicados en un radio de 10 kilómetros calculado desde cualquier punto del perímetro que encierre el área de los Derechos Mineros de NEWMONT, es posible afirmar que las intenciones del Señor Marquez de adquirir TACNA 101 se vieron materializadas a través de la instrumentalización de BAM para evitar ser considerado como un sujeto impedido.

Sin embargo, de acuerdo a los alegatos presentados, hay un elemento que no es plenamente identificable: el momento exacto en el que el Señor Marquez tomó conocimiento, a través de las muestras de rocas, *bleg* y sedimentos, del valor de la zona en la que se encontraba TACNA 101. Desde el 13 de diciembre de 2006, fecha en la que BAM solicitó TACNA 101, hasta el 14 de junio de 2007, fecha en la que el Señor Marquez dejó de ser trabajador de NEWMONT, transcurrieron 184 días calendario en los que el Señor Marquez pudo haber tomado conocimiento de aquella información.

En ese sentido, solo sería posible afirmar indubitablemente que se configuró el fraude a la ley si se demostrara que el Señor Marquez tomó conocimiento del valor del área en la que se situaba TACNA 101 antes de la fecha en la que BAM formuló el mencionado derecho minero. Si se determinara que el Señor Marquez tuvo conocimiento del valor del área de TACNA 101 luego de que BAM peticionara el mencionado derecho minero, no tendría sentido hablar de una instrumentalización de la persona jurídica, puesto que la supuesta motivación (el valor mineral de la zona) que llevó al Señor Marquez a solicitar la adquisición de TACNA 101 a través de BAM no hubiera estado a su alcance.

En la medida que exista la posibilidad de que el Señor Marquez haya tomado conocimiento del valor del área en la que se situaba TACNA 101 luego de que BAM formulara el mencionado derecho minero, no sería diligente reconocer de manera definitiva la configuración de un fraude a la ley.

---

<sup>44</sup> Sin perjuicio de ello, es oportuno señalar que la Norma Minera no exige demostrar que el impedido de adquirir derechos mineros para sí tenga conocimiento de que en un radio no mayor a 10 kilómetros existen otros derechos mineros formulados por aquella persona con la que tiene alguno de los vínculos señalados en la Norma Minera. En consecuencia, como se señaló en el apartado B de la Subsección IV.1., basta con acreditar la mencionada cercanía entre las áreas en las que se ubicaban los derechos mineros vinculados.



Sin embargo, atendiendo únicamente a los fines académicos que el presente informe conlleva, se asumirá que el Señor Marquez tuvo conocimiento del valor del área de TACNA 101 antes de que BAM formulara el mencionado derecho minero con el fin de permitir la calificación de este acto como un fraude a la ley. En consecuencia, resultará posible afirmar que, en el presente caso, bajo el amparo del artículo 78 del Código Civil (norma de cobertura), el Señor Marquez habría pretendido evitar la aplicación de la Norma Minera (norma defraudada).

Si bien en apariencia, BAM, una sociedad con personería jurídica distinta a la de sus socios, solicitó un derecho minero del mismo modo en el que muchas otras sociedades lo hacen día a día; en este caso en particular se debe tener en cuenta que los actos realizados por esta persona jurídica son necesariamente la materialización de la voluntad del socio mayoritario, el cual tomó conocimiento del valor mineral de una determinada zona y aprovechó dicha información de forma irregular.

De acuerdo con la doctrina citada en el presente informe, la configuración del abuso del derecho advertida en el apartado C de la Subsección IV.3. y la configuración del fraude a la ley según lo analizado en el presente apartado, permitirían aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario en el presente caso. Por lo tanto, en las próximas líneas se evaluará quiénes eran las autoridades competentes para relativizar la personalidad jurídica de BAM a través del método antes mencionado.

*E. En relación a las autoridades competentes para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario:*

Como se desprende de las siguientes citas, parte de la doctrina nacional ha considerado que relativizar la personalidad jurídica de las sociedades es una técnica meramente judicial. En relación a ello, Fernando de Trazegnies Granda (2004) señala que “los jueces pueden ignorar la existencia de la persona jurídica para ir más allá de las formas legales hasta encontrar a los verdaderos centros de decisión de los intereses económicos y, consecuentemente, revelar aquellos que son en última instancia responsables de las consecuencias de la operación.” [Subrayado propio] (pag. 14).

En esa misma línea, Enrique Elías Laroza (1999), reconocido jurista peruano, ha comentado que:

“los jueces disponen el “levantamiento del velo societario” no tanto para dilucidar hechos cometidos u ocultados por la sociedad, sino por los socios. En

forma general sirve para evitar que, usando la cobertura formal de una sociedad, se cometan u oculten delitos o se lesionen intereses de terceros. Al levantarse el velo se hace posible que el juez conozca la realidad de las operaciones realizadas por los socios bajo la pantalla de la sociedad.” [Subrayado propio] (pag. 34).

Del mismo modo, Mariela Casanova Claros (2007), magíster y catedrática en la Universidad de San Martín de Porres, comenta que:

“(…) en términos estrictos, sería posible extender estos principios y, sustentándose en ellos, los jueces podrían evitar o sancionar los actos antijurídicos que sean realizados a través de organizaciones colectivas, (...) hay que tener en cuenta lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 184 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que a falta de norma jurídica pertinente, los magistrados deben resolver aplicando los principios generales del Derecho y preferentemente los que inspiran el Derecho Peruano.” [Subrayado propio] (pag. 138).

De las citas anteriores se puede evidenciar que reconocidos autores de la doctrina consideran que los jueces son quienes tendrían, de alguna forma, mayores facultades para excepcionalmente relativizar la personalidad jurídica con el fin de hacer prevalecer los principios generales del derecho. Sin embargo, corresponde hacernos la pregunta ¿la doctrina del levantamiento del velo societario es solo una técnica que podría ser empleada por los jueces o puede ser aplicada también en instancia administrativa?

En línea con Oswaldo Hundskopf Exebio (2009), quien hace referencia a lo señalado por María Elena Guerra Cerrón en su tesis doctoral, la doctrina del levantamiento del velo societario, con las limitaciones que presenta en el ordenamiento jurídico peruano, sería pasible de ser aplicada por los jueces (pag. 158). En el Perú, los jueces ejercen la llamada función jurisdiccional en base a ciertos principios reconocidos por la Constitución Política del Perú, entre los cuales se encuentran el principio de independencia<sup>45</sup>, de unidad y de exclusividad<sup>46</sup>.

El primero de estos principios es una de las expresiones concretas de la esencia del Estado de Derecho, pues la función jurisdiccional se debe ejercer en independencia de las funciones legislativas y administrativas. Si el juez actuara como *boca de la ley*

---

<sup>45</sup> “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (..)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.”

<sup>46</sup> “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. (...)”

limitándose a aplicar lo que la literalidad de la norma expresa, no reflejaría una verdadera independencia respecto de la función legislativa. Por lo tanto, el juez debe asignarle un valor agregado a la resolución de los casos que se le encomienden, pues la norma es solo una propuesta que se origina de la función legislativa, cuyo contenido debe ser complementado por el juez al aplicarla.

En línea con Marcial Rubio Correa (2009), es en este ejercicio en el que hace su aparición la discrecionalidad del juez, la cual le permite actuar con mayor amplitud y dotar de mayor contenido sus decisiones, a través del uso de fuentes como la doctrina para brindar soluciones a las deficiencias de las normas legislativas (pag. 199 – 200).

En relación a los principios de unidad<sup>47</sup> y exclusividad<sup>48</sup> de la función jurisdiccional, se señala que no puede existir jurisdicción alguna independiente a la que ejerce el Poder Judicial por autonomasia, salvo por la militar y la arbitral. Teniendo en cuenta las excepciones antes señaladas, en el Perú solo los jueces tienen permitido ejercer aquella función jurisdiccional con esa discrecionalidad que la caracteriza y con los límites que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido.

En consecuencia, los jueces son quienes por sus amplias prerrogativas para impartir justicia podrían de manera muy excepcional, sin que resulte necesaria una regulación expresa que los faculte, aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario para sancionar actos ilícitos y evitar que una situación de indefensión se perpetúe.

Por el contrario, la función administrativa se encuentra principalmente sujeta al principio de legalidad, lo que significa que la administración solo puede actuar bajo las competencias que legal y expresamente le fueron asignadas. Dicho principio circunscribe toda actuación de la administración a lo estipulado en el ordenamiento jurídico. En palabras de Juan Carlos Morón (2009):

“Se exige, además, [de la simple relación de no contradicción] una relación de subordinación [con el ordenamiento jurídico]. O sea, que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe

---

<sup>47</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 16 de marzo de 2004 se señaló lo siguiente: “El principio de unidad de la función jurisdiccional es, esencialmente, una parte basilar de carácter organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado “Poder Judicial.” [Subrayado propio] (Expediente N° 0017-2003-AI/TC, Fundamentos 113).

<sup>48</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 16 de marzo de 2004 se señaló lo siguiente: “El principio de exclusividad, que en algunos ordenamientos jurídicos forma parte del principio de unidad, es directamente tributario de la doctrina de la separación de poderes, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del Estado deben estar distribuidas en órganos estatales disímiles y diferenciados, siendo también distintos los funcionarios jurisdiccionales a quienes se ha confiado su ejercicio. En ese sentido, el principio de exclusividad afecta, de un lado, al status jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria.” [Subrayado propio] (Expediente N° 0017-2003-AI/TC, Fundamentos 116).

ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento.”  
(pag. 60).

En lo que respecta a la función administrativa, *todo lo que no está permitido está prohibido*. Es decir, la función administrativa debe necesariamente ser ejercida siempre bajo el amparo de las competencias expresamente atribuidas a la entidad competente para evitar alguna actuación arbitraria en el marco del respeto de la seguridad jurídica.

Teniendo en cuenta que, a la fecha, la posibilidad de relativizar la personalidad jurídica de las sociedades a través de la doctrina del levantamiento del velo societario no ha sido positivizada ni para el INGEMMET ni para el Consejo de Minería, este método no podría haber sido aplicado en instancia administrativa.

Al respecto, por ejemplo, en el Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET<sup>49</sup> no se señala que la Dirección de Concesiones Mineras tenga las facultades para desconocer la personalidad jurídica de las sociedades. Del mismo modo, ni en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas<sup>50</sup> ni en la Ley General de Minería<sup>51</sup>, posteriormente unificada por el TUO de la Ley General de Minería, se faculta al Consejo de Minería a desconocer la autonomía que caracteriza a las personas jurídicas al momento de resolver una controversia.

En línea con lo señalado previamente, el Tribunal Fiscal ha advertido oportunamente lo siguiente:

“Que lo afirmado respecto a que el valor impugnado tuvo como base jurídica para imputarle la responsabilidad solidaria, la denominada Teoría del Levantamiento del Velo Societario, sin embargo, tal procedimiento no se encuentra recogido en el derecho positivo peruano, menos en el tributario, no resulta atendible, por cuanto conforme con lo antes expuesto, la atribución de responsabilidad tributaria se realizó en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 17 del Código Tributario, siendo que posteriormente, como consecuencia de la transmisión a título universal que opero con la reorganización simple llevada a cabo, adquirió con ella la obligación tributaria que correspondía a Gremco Publicidad S.A. y que si bien la Administración mencionó la citada teoría, esto fue con la finalidad de darle mayores

---

<sup>49</sup> El artículo 24 del Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET, aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-2007-EM, contiene las funciones de la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET.

<sup>50</sup> El artículo 36 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2007-EM, contiene las funciones del Consejo de Minería.

<sup>51</sup> El artículo 179 de la Ley General de Minería, posteriormente unificada en el artículo 94 del TUO de la Ley General de Minería, contiene también las funciones del Consejo de Minería.

argumentos a la determinación de la atribución de responsabilidad, sin que hubiera sido el elemento determinante para efectuarla, debiéndose precisar que corresponde a este Tribunal, como instancia resolutoria, aplicar la norma jurídica pertinente.” [Subrayado propio] (Resolución N° 04079-2-2019).

La citada resolución del Tribunal Fiscal evidencia la limitación con la que se enfrentan incluso las últimas instancias administrativas respecto a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. El mencionado tribunal administrativo ha reconocido recientemente que, basándose en el no reconocimiento legal de la doctrina del levantamiento del velo societario en nuestro ordenamiento jurídico, ésta ha podido ser utilizada únicamente para enriquecer la argumentación, pues este órgano tributario no cuenta con las atribuciones expresas para aplicar dicha doctrina y se encuentra obligado a resolver solo en base a una norma jurídica debidamente aprobada.

En la medida que estas entidades administrativas mineras encuentran sometidas sus atribuciones al principio de legalidad y siendo que no existe cuerpo normativo que reconociera dentro de sus facultades la posibilidad de desconocer la personalidad jurídica de las sociedades, es posible concluir que, a pesar de la configuración del abuso del derecho y del fraude a la ley, ninguna de las autoridades mineras intervinientes hubiera podido desconocer la personalidad jurídica de BAM a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario al momento de resolver la Solicitud de Sustitución y el Recurso de Revisión.

Sin perjuicio de ello, es oportuno advertir que la Constitución Política del Perú reconoce que las resoluciones emitidas en última instancia administrativa pueden ser impugnadas mediante la acción contencioso administrativa<sup>52</sup>, vía a través de la cual el Poder Judicial puede controlar y pronunciarse sobre las decisiones administrativas cuestionadas.

En ese sentido, solo con fines ilustrativos del derecho de acción antes mencionado, es oportuno recordar que en la Subsección II.4. se señaló que, con fecha 29 de octubre de 2010, NEWMONT interpuso una demanda contencioso administrativa contra BAM y el Ministerio de Energía y Minas planteando como pretensión la nulidad de la Resolución N° 272-2010-MEM/CM, a través de la cual el Consejo de Minería resolvió declarar infundado el Recurso de Revisión.

---

<sup>52</sup> “Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.”



En consecuencia, teniendo en cuenta esta vía de impugnación y recordando las limitadas facultades otorgadas a las autoridades mineras que intervienen en el presente caso, es oportuno señalar que NEWMONT logró materializar la opción que tienen todos los administrados de recurrir al fuero judicial para solicitar que la jurisdicción atienda las pretensiones que le sean planteadas.



#### **IV.4. Problema jurídico N° 4 – Limitaciones en la regulación del derecho de sustitución minera**

En las subsecciones anteriores se ha analizado el uso de la interpretación extensiva, la viabilidad de la integración por analogía y la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, puesto que son los problemas jurídicos sobre los cuales las partes intervinientes argumentaron principalmente durante el desarrollo del presente caso.

Sin embargo, es oportuno mencionar que esos fueron los métodos elegidos para intentar relacionar directa o indirectamente la situación jurídica de BAM con el contenido de la Norma Minera, dado que el texto de esta última sufre de evidentes limitaciones que impiden que dicho dispositivo legal sea verdaderamente útil para los titulares mineros afectados.

Dicha situación conduce al último de los problemas jurídicos identificados en el presente informe: las limitaciones en la redacción de la Norma Minera que, desde una opinión personal, impiden cumplir verdaderamente con la finalidad protectora del derecho de sustitución en el marco de una realidad cambiante.

Al respecto, es importante recordar que tanto el artículo 65 de la Ley General de Minería del año 1981 como la Norma Minera del año 1992, fueron pensados y publicados en un contexto social que antecede por mucho tiempo al inicio de la controversia materia de análisis del presente informe. Como se indicó en el apartado A de la Subsección IV.1., el legislador supo advertir que la información obtenida por los titulares mineros en el desarrollo de las actividades del sector ameritaba cierta protección, la cual se vio materializada a través de los dispositivos legales antes mencionados.

En relación a ello, corresponde cuestionarse lo siguiente: ¿las limitaciones de la regulación de la sustitución minera permiten proteger verdaderamente los intereses de los titulares mineros?

Probablemente haya sido posible postular una respuesta afirmativa en el contexto social en el que las mencionadas normas fueron publicadas; sin embargo, desde hace varios años este dispositivo legal ha resultado poco eficiente y cada vez menos funcional ante, por ejemplo, el incremento y la creatividad en el uso de las personas jurídicas dentro del mercado peruano.

Como muestra de esta falta de utilidad y funcionalidad se encuentra el caso materia de análisis en el presente informe. Efectivamente, la situación jurídica de BAM no se encuentra subsumida en ninguno de los supuestos de hecho de la Norma Minera, pero es innegable que el Señor Marquez, ejerciendo control casi absoluto sobre BAM, instruyó la adquisición de TACNA 101, para evitar ser un sujeto inhabilitado según los términos de la Norma Minera.

Ello demuestra que, si bien la sustitución minera tiene una vocación acertada respecto de la protección de los intereses de los titulares mineros, en la actualidad no resulta ser una institución jurídica lo suficientemente eficiente al momento de cumplir con su función. El caso materia de análisis es muestra clara de que existen otros supuestos, además de los regulados expresamente en la Norma Minera, que merecen ser atendidos por el mencionado dispositivo legal.

En consecuencia, luego de haber identificado que el contenido textual de la Norma Minera padece de limitaciones que afectan su funcionalidad en la actualidad, se propone evaluar una modificación de la Norma Minera con el fin de incluir como uno de los supuestos de inhabilitación a aquellos casos en los que los sujetos impedidos ejerzan control sobre las personas jurídicas que formulen derechos mineros para sí.

Al respecto, como parte de la propuesta antes señalada, se considera apropiado tener como referencia la definición de control contenida en el artículo 6<sup>53</sup> de la Resolución SMV N° 019-2015-SMV-01, la cual establece a grandes rasgos que existe “control” cuando hay una influencia importante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

---

<sup>53</sup> “Artículo 6.- CONTROL

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico.

Para la aplicación del presente artículo se deberá tomar en cuenta lo siguiente:

6.1 Existe control cuando se tiene la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones o participaciones representativas del capital social, y en el caso de entes jurídicos a través de aquellas modalidades de aportes que otorguen derechos similares.

6.2 Se presume, salvo prueba en contrario, que las personas que controlan un grupo económico, controlan también a una entidad cuando la mayoría de los miembros de directorio de esta última están vinculados a aquellas.

6.3 Se presume, salvo prueba en contrario, para el caso de personas jurídicas constituidas en el extranjero y que tengan acciones al portador que quienes ejercen los cargos de apoderados, representantes legales, directores o gerentes de dicha persona jurídica ejercen el control sobre ella.

6.4 Se presume, salvo prueba en contrario, que una persona, ente jurídico o grupo de personas ejerce control sobre una entidad aun cuando no se ejerza más de la mitad del poder de voto cuando puede:

i) Adoptar, directa o indirectamente, acuerdos en las juntas generales de accionistas o asamblea de partícipes u órganos equivalentes de una entidad;

ii) Dirigir, directa o indirectamente, la administración o las principales políticas de una entidad, a través de cualquier acto jurídico, o;

iii) Nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del directorio de una entidad.

La SMV, por razones prudenciales, podrá establecer, mediante norma de carácter general, presunciones adicionales a las consideradas en el presente artículo.”

Cabe resaltar que la mencionada propuesta pretende atender principalmente a la limitación evidenciada en el análisis realizado en el presente informe. Sin embargo, la Norma Minera contiene muchas más deficiencias que salen a la luz cuando se configuran otros supuestos.

Por ejemplo, de acuerdo a lo resuelto por el Consejo de Minería en la Resolución N° 873-96-EM/CM, la celebración de un joint venture no permite entender a los participantes del contrato de riesgo compartido como socios, por lo que no sería aplicable la Norma Minera en dicha situación. La mencionada decisión del Consejo de Minería abre una ventana al debate de cuál debe ser el entendimiento que se tiene que tener en relación a quienes calificarían como socios para los efectos del derecho de sustitución minera.

Como se ha podido evidenciar con el ejemplo antes mencionado y con el análisis del caso contenido en el presente informe, si bien el ejercicio del derecho de sustitución minera tiene como vocación la protección de los intereses de los titulares mineros afectados por la acciones de sujetos vinculados a ellos, su regulación actual no resulta eficiente al momento de atender supuestos de hecho que en el fondo son sustancialmente similares a los expresamente contemplados en el texto de la Norma Minera.

Prueba de ello son las numerosas resoluciones del Consejo de Minería<sup>54</sup> en las que este órgano se ha visto obligado a resolver diversos casos de sustitución refiriéndose únicamente a los impedimentos legales que la naturaleza restrictiva de la Norma Minera conlleva, dejando de lado el análisis de una enorme variedad de factores que confluyen en la realidad y podrían generar respuestas muy distintas por parte de la administración.

---

<sup>54</sup> Resoluciones N° 873-96-EM/CM, N° 139-2003-EM/CM, N° 175-2004-MEM/CM, N° 179-2004-MEM/CM, N° 244-2020-MINEM/CM, N° 247-2020-MINEM/CM y N° 249-2020-MINEM/CM.

## V. CONCLUSIONES

Como se señaló en la Sección III del presente informe, a lo largo de este trabajo académico se ha buscado determinar si procede o no la sustitución de NEWMONT en la titularidad de TACNA 101 de acuerdo con lo establecido en la Norma Minera. Para ello, luego del análisis realizado en el presente trabajo, corresponde identificar en las próximas líneas a modo de síntesis las respuestas a los cuatro problemas jurídicos planteados inicialmente como base de la interrogante principal.

En primer lugar, la precisión utilizada por el legislador en la redacción de la Norma Minera evidencia cierta intención de excluir de los efectos de este dispositivo legal a cualquier otro caso que no se encuentre expresamente subsumido en los supuestos de hecho de la misma. Sin embargo, su aplicación en el procedimiento de sustitución iniciado por NEWMONT puede generar resultados confusos, por lo que resulta oportuno utilizar la interpretación jurídica para comprender los alcances de la Norma Minera.

Al respecto, a través del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil se debe entender que no es posible interpretar de forma extensiva aquellas normas cuya naturaleza busque restringir derechos. Por lo tanto, siendo que la Norma Minera es un dispositivo legal que por su naturaleza restringe derechos, ésta no podrá ser excepcionalmente interpretada de forma extensiva con el fin de aplicar sus efectos en el caso materia de análisis.

Siempre que se esté frente a este tipo de dispositivos legales, se deberá hacer uso de la interpretación restrictiva para evitar que se produzcan más efectos de los regulados expresamente. Por consiguiente, NEWMONT no podrá sustituirse en la titularidad de TACNA 101 a través del uso de la interpretación extensiva.

En segundo lugar, es importante advertir que, contrario a lo señalado por BAM en los escritos que éste presentó, evidentemente la situación jurídica de BAM no ha querido ser contemplada por el legislador en la regla general del derecho minero que permite que cualquier privado pueda ser titular de una concesión minera.

Teniendo ello en cuenta y siendo que la situación jurídica de BAM no se encuentra regulada en ningún supuesto de hecho de la Norma Minera, es oportuno resaltar que ésta sí merece ser atendida por el ordenamiento jurídico peruano, convirtiéndose así en una laguna del derecho.



Sin embargo, al igual que lo establecido en relación a la interpretación extensiva, en el presente caso el uso de la integración por analogía también se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico peruano para normas cuya naturaleza busque restringir derechos. Dicha restricción proviene no solo de la aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, sino también de la aplicación del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Por lo tanto, tampoco resulta posible utilizar la integración por analogía para considerar la situación jurídica de BAM como un nuevo supuesto inhabilitante de la Norma Minera.

En tercer lugar, la doctrina del levantamiento del velo societario es una herramienta jurídica que no ha sido regulada positivamente en el Perú, por lo tanto, para determinar si corresponde o no relativizar la personalidad jurídica de BAM a través de la aplicación de este método, se ha realizado un análisis teniendo en cuenta lo señalado por la doctrina.

Al respecto, se ha determinado que para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario es necesario constatar si el abuso del derecho o el fraude a la ley se configuraron en el caso materia de análisis.

Luego de la revisión de los hechos señalados en la Sección II, se ha determinado que el abuso del derecho sí se habría configurado en el presente caso, puesto que existen indicios que permitirían afirmar que el Señor Marquez ejerció de forma irregular su derecho constitucional a la libertad de empresa en perjuicio de un manifiesto interés de NEWMONT sobre el área en la que se ubicaba TACNA 101.

En relación al análisis sobre el fraude a la ley, es posible establecer que éste sí logró configurarse en el presente caso solo si se demostrara que el Señor Marquez tomó conocimiento del valor del área en la que se ubicaba TACNA 101 antes de la fecha en la que BAM formuló el mencionado derecho minero.

Si se determinara que el Señor Marquez tomó conocimiento del valor del área en cuestión luego de que BAM peticionara TACNA 101, no sería posible hablar de una instrumentalización de BAM, puesto que la motivación que llevó al Señor Marquez a encargar la adquisición de TACNA 101 a través de BAM no hubiera estado a su alcance.

Sin embargo, incluso afirmando categóricamente que tanto el abuso del derecho como el fraude a la ley se configuraron en el presente caso, no resulta posible

relativizar la personalidad jurídica de BAM aplicando la doctrina del levantamiento del velo societario en instancia administrativa, puesto que ni la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET ni el Consejo de Minería contaban con facultades para proceder de esa manera.

En lo que respecta a la función administrativa, *todo lo que no está permitido está prohibido*. Es decir, en la medida que no exista una disposición legal expresa que habilite a las entidades administrativas mineras a desconocer la autonomía de las personas jurídicas, éstas tendrán que verse limitadas a resolver los casos basándose únicamente en las competencias que le fueron asignadas en concordancia con la seguridad jurídica.

En cuarto lugar, es necesario advertir que la Norma Minera padece de importantes limitaciones que le impiden cumplir verdaderamente con la finalidad protectora del derecho de sustitución en el marco de una realidad cambiante. Resulta necesario destacar que hoy en día la sustitución minera como figura jurídica no genera una protección legal suficiente si es comparada con la realidad social que pretende atender.

El mundo actual presenta muchas variantes que no se encuentran reguladas en la Norma Minera, como el presente caso lo demuestra, y el carácter restrictivo de la misma impide el uso de soluciones que atiendan el universo de supuestos que pueden generarse en el sector minero.

Al respecto, por ejemplo, crear y utilizar personas jurídicas se ha vuelto una costumbre cada vez más importante en los privados al momento de participar en el mercado peruano. Dicha costumbre ha propiciado que el uso de personas jurídicas sea cada vez más novedoso, generando que la Norma Minera se convierta en un dispositivo legal cada vez más desfasado, con menos funcionalidad y poca eficiencia al momento de defender los intereses de titulares mineros contra estructuras legales más creativas.

Teniendo ello en cuenta y siendo conscientes de la enorme variedad de limitaciones que presenta la Norma Minera, con el fin de atender únicamente lo sucedido en el presente caso, se propone evaluar una modificación de la Norma Minera con el fin de incluir como uno de los supuestos de inhabilitación a aquellos casos en los que los sujetos impedidos ejerzan control, según el artículo 6 de la Resolución SMV N° 019-2015-SMV-01, sobre las personas jurídicas que formulen derechos mineros para sí.

En consecuencia, teniendo en cuenta todas las conclusiones alcanzadas a lo largo del presente trabajo académico, es posible formular una respuesta a la interrogante

principal de este caso señalando que, en el marco de las instancias administrativas, no resulta posible argumentar a favor de la procedencia de la sustitución de NEWMONT en la titularidad de TACNA 101 de acuerdo con lo señalado en el texto de la Norma Minera.



## VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

### DOCTRINA NACIONAL:

ARTIEDA-ARAMBURÚ, Rafael

2010 “La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú”. Lima: Revista ADVOCATUS N° 22.

BELAUNDE MOREYRA, Martín

1998 “Derecho Minero y Concesión”. Lima: Editorial San Marcos.

CASANOVA CLAROS, Mariela

2007 “El velo societario”. Lima: Revista Vox Juris N° 14.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

2004 “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. Lima: IUS ET VERITAS N° 29.

ELÍAS LAROZA, Enrique

1999 “Derecho societario peruano: La Ley general de sociedades del Perú”. Lima: Editora Normas Legales.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2001 “Naturaleza jurídica del legítimo interés hacia el rescate de su autonomía conceptual”. Lima: Revista Derecho y Sociedad N° 16.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo

2009 “Controversias relacionadas con la pretensión de levantamiento del velo societario, en procesos arbitrales” en Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Lima: Palestra Editores.

MIRANDA REYES, Diego

2016 “Hacia una delimitación del abuso del Derecho a partir de sus fundamentos”. España: Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez N° 44.

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2003 “Las peculiaridades de los texto únicos ordenados en nuestro sistema de fuentes del derecho (¿Facultad legislativa subrepticia del Poder Ejecutivo?)”. Lima: Revista ADVOCATUS N° 9.

2009 “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” Lima: Gaceta Jurídica. Octava edición.

NOVAK TALAVERA, Fabián

1997 “Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho”. Lima: Agenda Internacional.

OBANDO BLANCO, Roberto

2017 “El abuso de derecho y la buena fe: principios generales del derecho”. Lima: Actualidad Civil N° 37.

PALACIOS PAREJA, Enrique

2008 “El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral”. Lima: Revista ADVOCATUS N° 18.

RUBIO CORREA, Marcial

2009 “El sistema jurídico: Introducción al Derecho” Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Décima edición, aumentada.

2018 “El título preliminar del Código Civil” Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Undécima edición.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana

2018 “La interpretación de la ley : teoría y métodos” Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

#### DOCTRINA INTERNACIONAL:

ANCHONDO PAREDES, Víctor

2012 “Métodos de interpretación jurídica”. México: Revista Quid Iuris.

DÍAZ COUSELO, José María

1971 “Los principios generales del derechos”. Buenos Aires: Plus Ultra.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis

1992 “El abuso de derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones”. Lima: IUS ET VERITAS N° 3.



- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos  
1992 "Abuso del derecho". Buenos Aires: Editorial Astrea
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia  
1998 "Fraude a la ley". Uruguay: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de República N° 14.
- GALIANO MARITAN, Grisel y GONZÁLEZ MILIÁN, Deyli  
2012 "La integración de Derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho". Bogotá: Universidad de La Sabana.
- GALIENDO GARFIAS, Ignacio  
2006 "Interpretación e integración de la ley" México: UNAM, Facultad de Derecho.
- GONZALES BARRÓN, Gunther  
2015 "El abuso del derecho: Entre la modernidad y la posmodernidad". España: Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia.
- GUASTINI, Riccardo  
2016 "Estudios sobre la interpretación jurídica" (Marina Gascón y Miguel Carbonell, Trad.) México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Obra original publicada en 1999).
- GUTIÉRREZ MENDIVIL, Indira  
2013 "Textos Únicos Ordenados (TUO)". Lima: Cuadernos Parlamentarios, Revista especializada del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios del Congreso de la República.
- NINO, Carlos  
2003 "La interpretación de las normas jurídicas" en Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea.
- SEGURA ORTEGA, Manuel  
1989 "El problema de las lagunas del derecho" en Anuario de Filosofía del Derecho. España: Ministerio de Justicia.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS:

- 2004 “Exp. 017-2003-AI/TC”. Sentencia: 16 de marzo de 2004  
Consulta: 20 de julio de 2021  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>
- 2005 “Expediente N° 2235-2004-AA/TC”. Sentencia: 18 de febrero de 2005  
Consulta: 15 de julio de 2021  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf>
- 2006 “Expediente N° 047-2004-AI/TC”. Sentencia: 24 de abril de 2006  
Consulta: 16 de julio de 2021  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- 2010 “Expediente N° 00018-2009-PI/TC”. Sentencia: 23 de marzo de 2010  
Consulta: 19 de julio de 2021  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00018-2009-AI%20Resolucion.html>
- 2010 “Expediente N° 01405-2010-PA/TC”. Sentencia: 6 de diciembre de 2010  
Consulta: 19 de julio de 2021  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>
- 2013 “Resolución N° 20 emitida por el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo en el Expediente N° 07057-2010-0-1801-JR-CA-08”. 14 de noviembre de 2013.  
Consulta: 20 de julio de 2021
- 2019 “Resolución del Tribunal Fiscal N° 04079-2-2019”. 2 de mayo de 2019  
Consulta: 20 de julio de 2021  
[http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu\\_fisc/Tribunal\\_Fiscal/PDFS/2019/2/2019\\_2\\_04079.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/2/2019_2_04079.pdf)

## VII. ANEXOS

ANEXO I	- Resolución de Presidencia N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM	- 07/09/2007
ANEXO II	- Solicitud de Sustitución (Escrito N° 01-008916-07-T)	- 17/09/2007
ANEXO III	- Escrito N° 01-010001-07-T ampliatorio a la Solicitud de Sustitución	- 11/10/2007
ANEXO IV	- Escrito N° 01-011882-07-T en respuesta a la Solicitud de Sustitución	- 28/11/2007
ANEXO V	- Escrito N° 01-003452-08-T en respuesta al escrito N° 01-011882-07-T	- 10/03/2008
ANEXO VI	- Informe N° 4509-2008-INGEMMET-DCM-UTN y Resolución que declara infundada la Solicitud de Sustitución	- 30/04/2008
ANEXO VII	- Recurso de Revisión (Escrito N° 01-006787-08-T)	- 03/06/2008
ANEXO VIII	- Escrito N° 1892309 solicitando que se confirme la Resolución de fecha 30 de abril de 2008	- 09/06/2009
ANEXO IX	- Escrito N° 1987755 adicionando nuevos argumentos a los presentados en el Recurso de Revisión	- 06/05/2010
ANEXO X	- Escrito N° 02009201 adjuntando copia de la Resolución N° 873-96-EM/CM	- 09/07/2010
ANEXO XI	- Resolución N° 272-2010-MEM/CM que declara infundado el Recurso de Revisión	- 20/07/2010
ANEXO XII	- Resolución N° 20 que declara infundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por NEWMONT	- 14/11/2013



# **ANEXO I**



SECTOR ENERGIA Y MINAS  
INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO

*Resolución de Presidencia* N° **0830** -2007-INGEMMET/PCD/PM

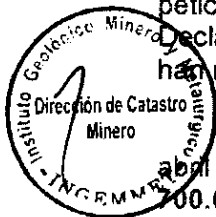
Lima, 07 SEP 2007

VISTO, el expediente del petitorio minero TACNA 101 con código N° 01-05216-06, presentado con fecha 13 de diciembre del 2006, a las 11:35 horas, ante la mesa de partes de la sede central del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, por BACK ARC MINERALS S.A.C., inscrita en la Partida Electrónica 11303972 del Registro de Personas Jurídicas a cargo de la Zona Registral N° IX-Sede Lima, comprendiendo 1000 hectáreas de extensión, por sustancias metálicas, ubicado en el Distrito TICACO, Provincia TARATA y departamento TACNA;



CONSIDERANDO:

Que, el petitorio se encuentra dentro del sistema de cuadrículas, las cuadrículas peticionadas están libres, se cumplió con presentar el Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada de conformidad con el artículo 1° del Decreto Supremo No.042-2003-EM, se han realizado las publicaciones conforme a Ley y no existe oposición en trámite;



Que, de acuerdo a la resolución del Director de Concesiones Mineras de fecha 23 de abril del 2007, se aprueba la reducción del petitorio TACNA 101 con código No.01-05216-06 a 100.0000 hectáreas y se tiene presente el lugar donde se encuentra ubicado el presente petitorio minero, confirmándose que el nombre del distrito y la Carta Nacional correctos son TARATA/TICACO y RIO MAURI, para todos sus efectos legales;



Que, conforme a la resolución de fecha 31 de julio de 2007 se rectifica la resolución de fecha 23 de abril del 2007, en el extremo del nombre de la Carta Nacional siendo lo correcto RIO MAURI/TARATA 35-X/35-V, para todos sus efectos legales;

Que, la Unidad Técnico Operativa de la Dirección de Concesiones Mineras determina que el presente petitorio minero se ubica dentro del rango de los 50 kilómetros de la zona de frontera con la República de Bolivia y Chile, por lo tanto, el titular deberá tener presente lo dispuesto en el Artículo 71 de la Constitución Política del Perú, respecto a que dentro de cincuenta (50) kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía directa ni indirectamente, ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido, exceptuando el caso de necesidad pública expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros;

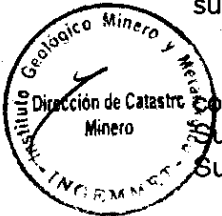
Que, la Unidad Técnico Operativa de la Dirección de Concesiones Mineras, señala que aparecen superpuestas parcialmente las cuadrículas del petitorio mineros TACNA 101 con código N° 01-05216-06, al derecho minero prioritario MARIA MAGDALENA DE PALCA 16 código 010051200, que cuenta con coordenadas UTM definitivas obtenidas de acuerdo al procedimiento señalado por la Ley No 26615, Ley del Catastro Minero Nacional;



Que, el artículo 12 de la Ley No 26615 – Ley del Catastro Minero Nacional, establece que las áreas de las concesiones mineras otorgadas bajo sistemas anteriores al normado por el Decreto Legislativo No 708, que se extingan contando con coordenadas UTM definitivas, serán declaradas y publicadas como de libre denunciabilidad y objeto de nuevo petitorio en su integridad, no siendo aplicable la limitación de área y de forma a que se refiere el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No 014-92-EM;



Que, de acuerdo con el numeral 1.2 del artículo 1º del Decreto Supremo No.010-2002-EM, el derecho de vigencia y/o penalidad se paga para el caso de concesiones mineras peticionadas conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo No.708, por el área no superpuesta a concesiones mineras prioritarias con coordenadas UTM definitivas;



Que, el petitorio se ha tramitado con sujeción al procedimiento minero ordinario contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-EM del 02 de junio de 1992 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 018-92-EM, de fecha 07 de septiembre de 1992;

Que de conformidad con la legislación expedida a partir del Decreto Legislativo N° 708, el título de la concesión minera no otorga por sí solo el derecho a iniciar actividades mineras de exploración o explotación, las cuales sólo pueden iniciarse una vez cumplidos los requisitos establecidos por las leyes y reglamentos pertinentes, bajo pena de sanción administrativa;

Que, procede otorgar el título en razón de haberse cumplido con las formalidades que la Ley establece;



Que, mediante Decreto Supremo No.008-2007-EM se aprobó la fusión del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero – INACC con el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – INGEMMET, bajo la modalidad de fusión por absorción, correspondiendo a ésta última la calidad de entidad incorporante;

Estando a los informes favorables de la Unidad Técnico Operativa y de la Unidad Técnico Normativa de la Dirección de Concesiones Mineras, y;

De conformidad con la atribución establecida en el inciso f) del artículo 105 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM;

#### SE RESUELVE:

**ARTICULO PRIMERO.-** Otorgar el título de la concesión minera metálica TACNA 101 con código N° 01-05216-06 a favor de **BACK ARC MINERALS S.A.C.**, ubicada en la Carta Nacional **TARATA / RIO MAURI**, comprendiendo **700.0000** hectáreas de extensión y cuyas coordenadas UTM correspondientes a la zona **19**, son las siguientes:



SECTOR ENERGIA Y MINAS  
INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO

COORDENADAS U.T.M. DE LOS VÉRTICES DE LA CONCESION

VÉRTICES	NORTE	ESTE
1	8 078 000.00	394 000.00
2	8 072 000.00	394 000.00
3	8 072 000.00	392 000.00
4	8 073 000.00	392 000.00
5	8 073 000.00	393 000.00
6	8 078 000.00	393 000.00



**ARTICULO SEGUNDO.**- De conformidad con el artículo 12 de la Ley N° 26615, Ley del Catastro Minero Nacional, el cual establece que las áreas de las concesiones mineras otorgadas bajo sistemas anteriores al normado por el Decreto Legislativo No 708, que se extingan cuando con coordenadas UTM definitivas, serán declaradas y publicadas como de libre disponibilidad y objeto de nuevo petitorio en su integridad; debe respetarse el área del derecho minero prioritario, de acuerdo con la siguiente información:



**MARIA MAGDALENA DE PALCA 16.**- código 010051200, de 1000.0005 hectáreas de extensión y con las siguientes coordenadas UTM a respetar:

COORDENADAS U.T.M. DE LOS VERTICES DEL AREA A RESPETAR

VERTICES	NORTE	ESTE
1	8 076 112.85	393 492.72
2	8 072 113.30	393 432.29
3	8 072 134.94	392 000.00
4	8 073 000.00	392 000.00
5	8 073 000.00	393 000.00
6	8 076 120.29	393 000.00



**ARTICULO TERCERO.**- El área disponible para efecto del pago del Derecho de Vigencia y/o penalidad, de ser el caso, es de **427.7153** hectáreas.

**ARTICULO CUARTO.**- La concesión minera que se otorga no autoriza en ningún caso a realizar actividades mineras en áreas donde la legislación lo prohíbe, así no estén dichas áreas expresamente advertidas o consignadas en la presente resolución. Adicionalmente, queda establecido que para poder iniciar actividades mineras de exploración o explotación es obligatorio cumplir previamente con los requisitos y obtener las autorizaciones que las leyes y reglamentos exigen para ello.

La trasgresión y/o incumplimiento de lo señalado en el párrafo precedente, da lugar a la aplicación de las sanciones y multas por parte de las autoridades fiscalizadoras, sin perjuicio de las demás responsabilidades atribuibles a los infractores.

Las restricciones y advertencias consignadas en la presente resolución son de carácter enumerativo y no limitativo, sin perjuicio por tanto de las demás normas legales aplicables que regulan y condicionan las actividades mineras de exploración y explotación.



**ARTICULO QUINTO.-** La titular de la concesión minera otorgada está obligado a respetar la integridad de los monumentos arqueológicos o históricos, Red Vial Nacional, oleoductos, cuarteles, puertos u obras de defensa nacional o Instituciones del Estado con fines de investigación científico-tecnológico que se encuentren dentro del área otorgada en concesión minera, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo No. 008-97-EM, que modifica al artículo 22 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo No. 018-92-EM, sustituido por el artículo 1 del Decreto Supremo No. 22-94-EM.



**ARTICULO SEXTO.-** El ejercicio de los derechos conferidos por el presente título de concesión minera se encuentra sujeto a lo dispuesto en la Ley No. 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, su modificatoria Ley No. 26570 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 017-96-AG, modificado por Decreto Supremo No. 015-2003-AG.

**ARTICULO SETIMO.-** El uso de las tierras eriazas de dominio del Estado que se encuentren dentro del conjunto de cuadrículas otorgadas, se sujetará a lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto Supremo No. 011-97-AG, modificado por el Decreto Supremo No. 020-98-AG, sustituido por el Decreto Supremo No. 027-99-AG.



**ARTICULO OCTAVO.-** El derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos y las acciones destinadas para la protección del medio ambiente, se sujetan a lo dispuesto por Ley No. 28611, Ley General del Ambiente, y adicionalmente al Decreto Supremo No. 016-93-EM, a su modificatoria aprobada por el Decreto Supremo No. 059-93-EM, y al Decreto Supremo No. 038-98-EM, en lo que no contravenga dicha ley.

De conformidad con el artículo 27° de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, el aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo se autoriza si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área, sin perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área y previa aprobación de los respectivos estudios ambientales por la autoridad competente.

**ARTICULO NOVENO.-** El presente título no otorga el derecho de extracción de los materiales que acarrear y depositen las aguas en sus álveos o cauces de los ríos que se ubiquen dentro del área de la concesión minera, de conformidad a lo establecido por la Ley N° 28221 y demás normas pertinentes que la regulen.

**ARTICULO DECIMO.-** La titular de la concesión minera deberá tener presente lo dispuesto en el Artículo 71 de la Constitución Política del Perú.

**ARTICULO DECIMO PRIMERO.-** La titular de la concesión minera que por la presente resolución se otorga, se encuentra sujeta a los derechos y obligaciones establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-EM, y sus Reglamentos.



SECTOR ENERGIA Y MINAS  
**INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO**



**ARTICULO DECIMO SEGUNDO.-** Notifíquese, publíquese y consentida o ejecutoriada sea la presente resolución, ingresen las coordenadas UTM de la presente concesión al Catastro Minero Nacional, y remítase los autos a la Dirección de Catastro Minero y a la Dirección de Derecho de Vigencia.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE**



*[Signature]*  
 JAIME CHÁVEZ RIVA GÁLVEZ  
 Presidente del Consejo Directivo  
 INGEMMET

**TRANSCRITO A:**  
**BACK ARC MINERALS S.A.C.**  
 JR. ATALAYA N° 146  
 BREÑA  
 LIMA 05

**COPIA INFORMATIVA**  
 Emitida a través de consultas por Internet. No tiene validez para trámites administrativos, judiciales u otros.

# ANEXO II







**Asunto: Solicita Sustitución en el procedimiento de titulación de petitorio minero.**

**Petitorio: Tacna 101  
Código: 01-05216-06**



INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO

**ESCRITO**  
01-008916-07-7

**SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO – INGEMMET:**

Newmont Perú S.R.L., en adelante en el presente escrito "Newmont", con RUC N° 20110345519, inscrita en la ficha N°039014 del Libro de Sociedades Contractuales y Otras Personas Jurídicas del Registro Minero integrada con la Partida Electrónica N° N°11020288 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, con domicilio en Calle 41 N° 894, San Isidro, Lima, debidamente representada por su apoderado ingeniero Oscar Bernuy Verand identificado con DNI N°10491805, según poder inscrito en el asiento A-10 de la Partida Electrónica antes citada, en el procedimiento de obtención de título de concesión minera del petitorio minero TACNA 101, a Usted decimos:

Que, en aplicación de lo establecido y dentro del plazo estipulado por el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería por el presente Newmont solicita LA SUSTITUCIÓN a su favor en el procedimiento de titulación del petitorio minero Tacna 101, formulado por la empresa Back Arc Minerals SAC, por los fundamentos de hecho y de Derecho que pasamos a exponer:

1. El petitorio Tacna 101, fue formulado el 13 de diciembre de 2006, por la empresa Back Arc Minerals SAC.
2. El petitorio Tacna 101 es un petitorio metálico, de 700.0000 hectáreas de extensión, que se ubica en el distrito de Titaco, provincia de Tarata, departamento de Tacna, dentro de los 50 kilómetros de la frontera sur del país.

La ubicación del petitorio Tacna 101, está determinada por las siguientes coordenadas UTM, correspondientes a la zona 19:

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
Cuentas de LETRAS  
42  
FOLIOS.....  
NUMERO.....

INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
17 SET. 2007  
REGISTRO FIRMA

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

3. El procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101 se encuentra en el estado en que mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del INGEMMET No. 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM de fecha 7 de setiembre del 2007, se ha aprobado el título de concesión minera a favor de la empresa Back Arc Minerals SAC.

Sin embargo desde que se ha expedido el título de concesión minera aún no han transcurrido los 90 días a que se refiere el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

4. El petitorio TACNA 101 es colindante y por tanto se ubica dentro del radio de diez (10) kilómetros del perímetro que encierra el área de los petitorios de Newmont: AYAHUANCA 478, AYAHUANCA 479, AYAHUANCA 480 y AYAHUANCA 481. Estos petitorios fueron solicitados el 03 de enero del 2006 mucho antes que el petitorio TACNA 101. Cabe señalar que en relación a los petitorios mencionados, el Gobierno Peruano mediante Decreto Supremo N° 040-2007-EM ha autorizado a Newmont a adquirir concesiones dentro de los 50 kilómetros de la frontera con Chile.

Se adjunta copia del Decreto Supremo y plano de detalle que acredita lo señalado respecto a la colindancia del petitorio TACNA 101 y los petitorios mineros AYAHUANCA 478, AYAHUANCA 479, AYAHUANCA 480 y AYAHUANCA 481.

5. La empresa Back Arc Minerals SAC, está conformada, por los siguientes accionistas:

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

*Caerit Ocho*  
LETRAS

FOLIOS.....*48*.....  
NUMEROS

- Ever Jesús Márquez Amado, titular de 998 acciones;
- Olavo Edgar Márquez Amado, titular de 1 acción;
- Amílcar Gumersindo Arana Amado, titular de 1 acción.

La composición accionaria de la referida sociedad es la misma desde su constitución formalizada por escritura pública extendida ante Notario de Lima doctor Sigifredo de Osambela Lynch de fecha 11 de julio de 2001, hasta la fecha, según se puede comprobar por lo declarado y probado por el gerente general de la empresa Back Arc Minerals SAC que corre a folios 17 a 20 del expediente del petitorio TACNA 101.

Queda claro pues que el señor Ever Jesús Márquez Amado constituyó la empresa Back Arc Minerals SAC con el propósito de burlar la Ley en perjuicio de Newmont.

6. El señor Ever Jesús Márquez Amado siendo empleado de Newmont en el 2006 a través de su empresa Back Arc Minerals SAC solicitó el petitorio TACNA 101. El señor Ever Márquez ha trabajado en Newmont desde el 15 de octubre del 2002 hasta el 14 de junio del 2007 como geólogo senior de Newmont. En el desempeño de sus funciones, el ingeniero Ever Jesús Márquez Amado tuvo conocimiento de las actividades mineras que Newmont venía desarrollando en la zona donde se formuló el petitorio minero TACNA 101, por la empresa Back Arc Minerals SAC de la que es propietario del 98% de las acciones.

Se adjunta la siguiente documentación que acredita la relación laboral entre el ingeniero Ever Jesús Marquez Amado y Newmont:

- Certificado de Retenciones por aportes al Sistema de Pensiones 2006 y 2007.
- Certificado de rentas y Retenciones por Rentas de Quinta Categoría 2006 y 2007.
- Liquidación de Beneficios Sociales. (15/10/2002 al 14/06/2007).
- Certificado de Trabajo.
- Orden de Newmont al Banco de Crédito del Perú para hacer efectivo el pago de la CTS, de fecha 14 de junio del 2007.
- Copia del cheque por el pago de la liquidación, de fecha 13 de junio del 2007.

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
*Ever Jesús Márquez Amado*  
.....  
LETRAS  
*49*  
FOLIOS.....  
NUMEROS

7. El artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería dispone que: "Los socios, directores, representantes, trabajadores y contratistas de personas naturales o jurídicas dedicadas a la actividad minera no podrán adquirir para si, 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.

8. Es preciso señalar que el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería señala que el impedimento establecido en su artículo 36, se extiende a los parientes de la persona natural, sin aclarar que el mismo impedimento se extenderá a las personas jurídicas en los casos que exista una relación de control directo o indirecto, esto para evitar, tal como lo reconocen legislaciones relativas al Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, Ley General de Sociedades que vía la constitución de una persona jurídica se viole flagrantemente la Ley.
9. No consideramos que sea un caso de analogía, definido como semejanza entre cosas e ideas distintas, cuya aplicación se admite en Derecho para regular, mediante un caso previsto en la Ley, otro que siendo semejante, se ha omitido considerar en aquella. El presente caso se trata de un vacío legal que deberá ser resuelto por aplicación de los principios generales del Derecho, de otro modo, se estaría abriendo la posibilidad de burlar la Ley mediante el simple artificio de crear una persona jurídica con el sólo propósito de cometer un ilícito legal, como es el del presente caso.
10. Probamos nuestro pedido con la siguiente documentación:

10.1 El mérito del expediente administrativo del petitorio minero TACNA 101 que obra en el INGEMMET, en el que se podrá constar que: (i) el petitorio minero TACNA 101 se ubica en el distrito de Titaco, provincia de Tarata, departamento de Tacna; (ii) el petitorio minero TACNA 101 fue formulado por la empresa Ever Jesús Márquez Amado; (iii) el señor Ever Jesús Márquez Amado es propietario de 998 acciones de la empresa Back Ark Minerals SAC; (iv) la sustitución formulada se encuentra dentro del plazo de los 90 días que se establecen en el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

10.2 El mérito de los expedientes administrativos de los derechos mineros de Newmont, en los que se podrá constatar que: (i) los petitorios de Newmont se ubican en el distrito de Ticaco/Sitajara, provincia de Tarata, departamento de Tacna; (ii) Los petitorios mineros fueron formuladas por Newmont, (iii) Newmont es la actual titular de los petitorios mineros: AYAHUANCA 478 AYAHUANCA 479, AYAHUANCA 480 y AYAHUANCA 481.

10.3 El mérito del plano suscrito por ingeniero colegiado en el que se demuestra que el petitorio TACNA 101 se encuentra colindante y por tanto se ubica dentro del radio de diez (10) kilómetros del perímetro de los derechos de Newmont

10.4 El mérito de la siguiente documentación que acredita la relación laboral existente entre Newmont y el ingeniero Ever Jesús Marquez Amado, cuando efectuó el petitorio a nombre de la empresa: Back Arc Minerals SAC donde es accionista mayoritario con el 98 % de participación:

- Certificado de Retenciones por aportes al Sistema de Pensiones 2006 y 2007.
- Certificado de rentas y Retenciones por Rentas de Quinta Categoría 2006 y 2007.
- Liquidación de Beneficios Sociales. (15/10/2002 al 14/06/2007).
- Certificado de Trabajo.
- Orden de Newmont al Banco de Crédito del Perú para hacer efectivo el pago de la CTS, de fecha 14 de junio del 2007.

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
.....  
LETRAS  
FOLIOS.....  
NUMEROS



- Copia del cheque por el pago de la liquidación, de fecha 13 de junio del 2007.


**POR TANTO:**

A Usted Señor Presidente del Consejo Directivo del INGEMMET solicitamos que previo los tramites de ley se sirva resolver la **SUSTITUCIÓN a favor de Newmont Perú S.R.L. en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, formulado por la empresa Back Arc Minerals SAC.**

Otrosi Decimos: Se acompaña recibo de pago por los derechos de trámite correspondiente.

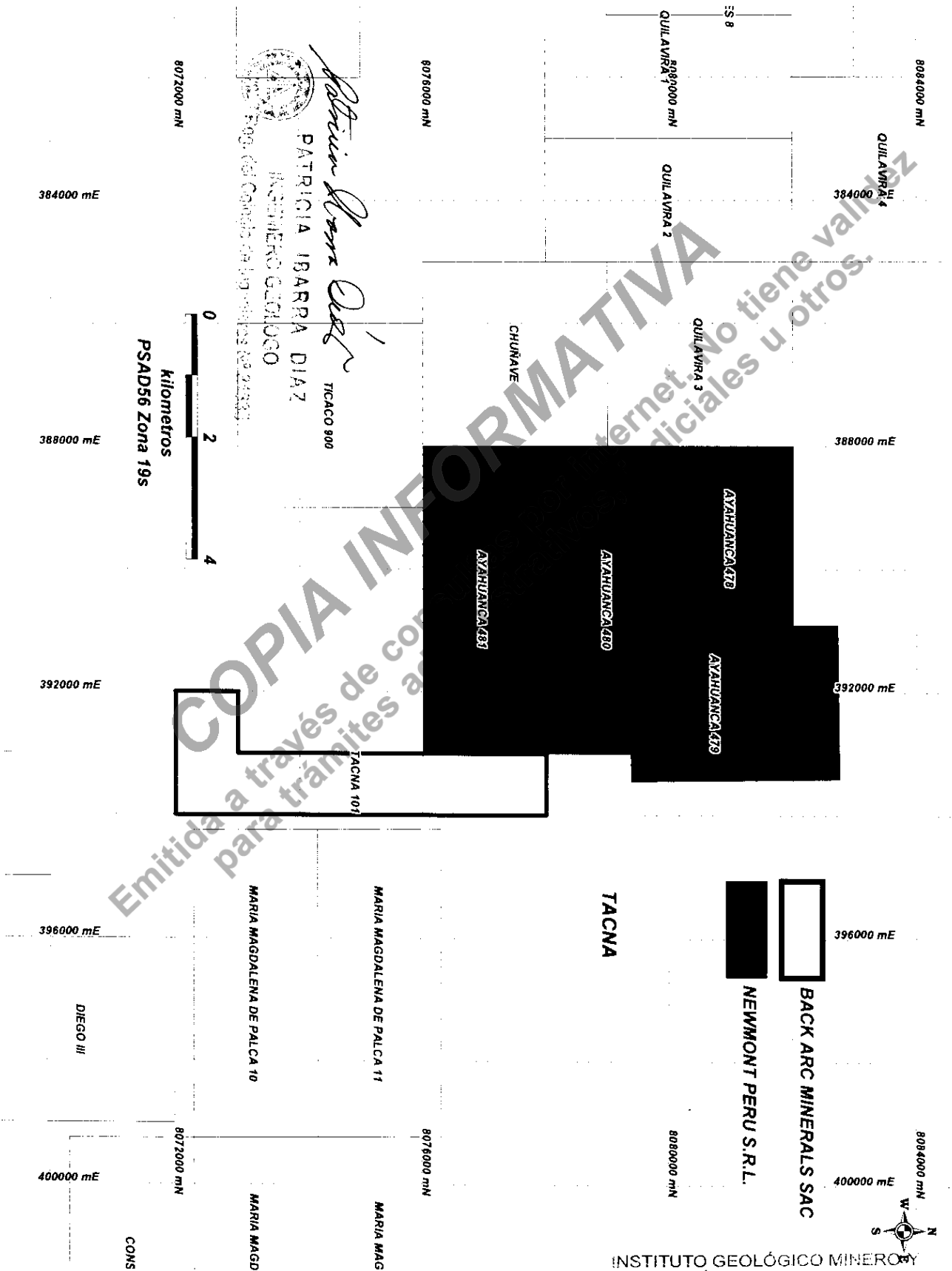
Lima 17 de setiembre del 2007


  
Oscar Bernuy Verand  
Apoderado

  
Xenia Forno Castro Pozo  
Reg. C.A.L. 8793

**COPIA INFORMATIVA**  
Emitida a través de consultas por internet. No tiene validez para trámites administrativos, judiciales u otros.

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
Cincuenta y dos  
LETRAS  
FOLIOS.....52.....  
NUMEROS



  
*Patricia Ibarra Diaz*  
**PATRICIA IBARRA DIAZ**  
 INGENIERO GEOLOGO  
 TIGACO 800  
 No. del Consejo de Ingeñeros 09 24233

0 2 4  
 Kilometros  
 PSAD56 Zona 19S

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO - INGEMMET  
 Dirección de Concesiones Mineras

Cincuentos  
 LETRAS

Oficina: LIMA, Partida: 11303972, Pag. 1/5



OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO N° Partida: 11303972  
 OFICINA LIMA  
**INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS**  
**BACK ARC MINERALS SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA**  
**BAM S.A.C**

**REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS**  
**RUBRO : CONSTITUCION**  
**A 00001**

Por **ESCRITURA PÚBLICA** del 11/07/2001 otorgada ante Notario SIGIFREDO DE OSAMBEL VYNCH en la ciudad de LIMA.

**SOCIOS FUNDADORES Y APORTES :**

1. **EVER JESUS MARQUEZ AMADO**.-Peruano, casado con Lisset Angélica Guadalupe Castañeda Alva, ingeniero geólogo, suscribe 998 acciones.
2. **OLAVO EDGAR MARQUEZ AMADO**.-Peruano, soltero, estudiante, suscribe 1 acción.
3. **AMILCAR GUMERCINDO ARANA AMADO**.-Peruano, soltero, candidato, suscribe 1 acción.

**OBJETO :** Dedicarse a la actividad minera, como son la explotación, explotación, beneficio, labor general y transporte minero, con tal finalidad solicitará al Estado el otorgamiento de concesiones mineras, concesiones de beneficio, concesiones de labor general y concesiones de transporte minero, ya sea por cuenta propia o de terceros, presta asesoría técnica minera o de otro orden; importar, exportar, distribuir y comercializar toda clase de maquinarias e implementos para la minería, celebrar toda clase de contratos mineros. También podrá dedicarse a la comercialización, fabricación, compraventa, consignación, importación y exportación de cualquier clase de bienes, prestación de servicios en general y representaciones tanto en el mercado nacional como en el extranjero, ya sea por cuenta propia y/o de terceros. También podrá adquirir acciones o participaciones en cualquier sociedad, inclusive en aquellas que tengan una actividad distinta a las antes señaladas, inclusive asociarse en consorcio, participación, joint venture o bajo cualquier otra modalidad, con cualquier persona natural o jurídica.

**INICIO DE LAS OPERACIONES SOCIALES :** A partir de la fecha de la suscripción de la minuta de constitución (04.07.2001).

**DURACION :** Indeterminada.

**DOMICILIO :** Lima, pudiendo establecer sucursales en cualquier lugar del país o del extranjero.

**CAPITAL SOCIAL :** S/ 1,000,000 Nuevos Soles, dividido en 1,000 acciones nominativas de S/ 1.00 nuevos soles cada una, íntegramente suscrito y pagado.

**RÉGIMEN DE LA JUNTA GENERAL :**

**Convocatoria.** La convocatoria de la junta general se realiza conforme el art. 245° de la L.G.S.  
**Quórum y adopción de acuerdos de la junta general.** El Quórum y adopción de acuerdos es conforme a los Arts. 125°, 126° y 127° de la Ley General de Sociedades.  
 Los socios podrán hacerse representar en las reuniones de la junta general, por medio de otro accionista, su cónyuge o dependiente o descendiente en primer grado o por cualquier persona que designe para tal efecto mediante documento escrito o por carácter especial para cada junta, salvo que se trate de poderes otorgados por Escritura Pública.  
 La **Junta Obligatoria Anual** se reúne obligatoriamente cuando menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico con el objeto de pronunciarse sobre la gestión y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior, resolver sobre la aplicación de las utilidades, si las hubiera; elegir cuando corresponda a los gerentes y fijar

Oficina: LIMA. Partida: 11303972. Pag. 2/5



**OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO** N° Partida: 11303972  
**OFICINA LIMA**  
**INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES ANONIMAS**  
**BACK ARC MINERALS SOCIEDAD ANONIMA CERRADA**  
**BAM S.A.C**

su retribución; designar auditores externos cuando corresponda y resolver sobre los demás asuntos que le sean propios conforme al estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria. A la Junta General le compete remover a los gerentes y designar a sus reemplazantes, modificar el estatuto, aumentar o reducir el capital social; emitir obligaciones; acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el 50% del capital de la sociedad; disponer investigaciones y auditorias especiales; acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación; y, resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social.

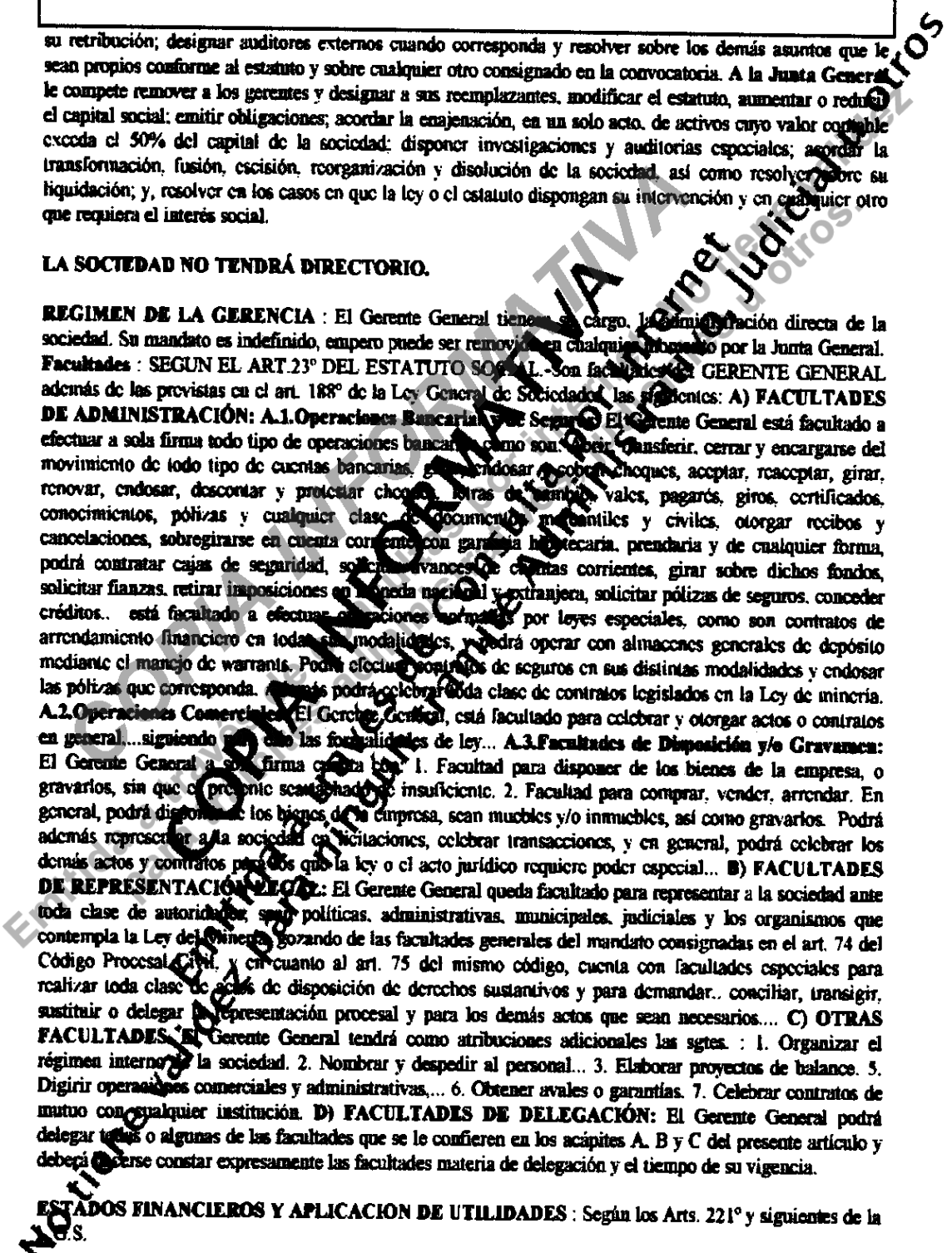
**LA SOCIEDAD NO TENDRÁ DIRECTORIO.**

**REGIMEN DE LA GERENCIA :** El Gerente General tiene a su cargo, la administración directa de la sociedad. Su mandato es indefinido, empero puede ser removido en cualquier momento por la Junta General.

**Facultades :** SEGUN EL ART.23° DEL ESTATUTO SOCIAL.-Son facultades del GERENTE GENERAL además de las previstas en el art. 188° de la Ley General de Sociedades, las siguientes: A) **FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN:** A.1.Operaciones Bancarias y de Seguros: El Gerente General está facultado a efectuar a sola firma todo tipo de operaciones bancarias como son: abrir, transferir, cerrar y encargarse del movimiento de todo tipo de cuentas bancarias, girar, endosar y cobrar cheques, aceptar, reacceptar, girar, renovar, endosar, descontar y protelar cheques, letras de cambio, vales, pagarés, giros, certificados, conocimientos, pólizas y cualquier clase de documentos, mercantiles y civiles, otorgar recibos y cancelaciones, sobregirarse en cuenta corriente con garantía hipotecaria, prendaria y de cualquier forma, podrá contratar cajas de seguridad, solicitar avances de cuentas corrientes, girar sobre dichos fondos, solicitar fianzas, retirar imposiciones en moneda nacional y extranjera, solicitar pólizas de seguros, conceder créditos.. está facultado a efectuar operaciones permitidas por leyes especiales, como son contratos de arrendamiento financiero en todas sus modalidades, y podrá operar con almacenes generales de depósito mediante el manejo de warrants. Podrá efectuar contratos de seguros en sus distintas modalidades y endosar las pólizas que corresponda. Además podrá celebrar toda clase de contratos legislados en la Ley de minería.

A.2.Operaciones Comerciales: El Gerente General, está facultado para celebrar y otorgar actos o contratos en general...siguiendo para ello las formalidades de ley... A.3.Facultades de Disposición y/o Gravamen: El Gerente General a sola firma cuenta con: 1. Facultad para disponer de los bienes de la empresa, o gravarlos, sin que el presente sea limitado de insuficiente. 2. Facultad para comprar, vender, arrendar. En general, podrá disponer de los bienes de la empresa, sean muebles y/o inmuebles, así como gravarlos. Podrá además representar a la sociedad en licitaciones, celebrar transacciones, y en general, podrá celebrar los demás actos y contratos para los que la ley o el acto jurídico requiere poder especial... B) **FACULTADES DE REPRESENTACIÓN PROCESAL:** El Gerente General queda facultado para representar a la sociedad ante toda clase de autoridades, sean políticas, administrativas, municipales, judiciales y los organismos que contempla la Ley del Ómnibus, gozando de las facultades generales del mandato consignadas en el art. 74 del Código Procesal Civil, y en cuanto al art. 75 del mismo código, cuenta con facultades especiales para realizar toda clase de actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar.. conciliar, transigir, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que sean necesarios.... C) **OTRAS FACULTADES:** El Gerente General tendrá como atribuciones adicionales las sgtes. : 1. Organizar el régimen interno de la sociedad. 2. Nombrar y despedir al personal... 3. Elaborar proyectos de balances. 5. Dirigir operaciones comerciales y administrativas,... 6. Obtener avales o garantías. 7. Celebrar contratos de mutuo con cualquier institución. D) **FACULTADES DE DELEGACIÓN:** El Gerente General podrá delegar total o algunas de las facultades que se le confieren en los acápites A. B y C del presente artículo y deberá darse constar expresamente las facultades materia de delegación y el tiempo de su vigencia.

**ESTADOS FINANCIEROS Y APLICACION DE UTILIDADES :** Según los Arts. 221° y siguientes de la L.S.



ORLC

Página Número 2

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 124-97 SUNARP

**COPIA INFORMATIVA**  
Emitida a través de consultas por internet. No tiene validez para trámites administrativos, judiciales u otros.

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
.....  
LETRAS  
FOLIOS.....56.....  
NÚMEROS



Oficina: LIMA. Partida: 11303972. Pag. 3/5



OFICINA REGISTRAL DE LIMA Y CALLAO	Nº Partida: 11303972
OFICINA LIMA	
<b>INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS</b> <b>BACK ARC MINERALS SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA</b> <b>BAM S.A.C</b>	

**RÉGIMEN PARA LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD** : Según los Arts. 407º al 420º de la L.G.S.

**GERENTE GENERAL** : EVER JESUS MARQUEZ AMADO.

El título fue presentado el 23/07/01 a las 11:10:00 horas, bajo el Nº 2001-00133651 del Tomo Diario 0415.  
Derechos : S/. 53.00 con recibo Nº00032457 y 00019181.- LIMA, 10 A08/2001.-ect.

*[Handwritten Signature]*  
 LIMA - LIMA - CAMPOS 10/08/2001  
 Registrador Público  
 ORLC

COPIA INFORMATIVA  
 Emitida a través de Consulta por Internet  
 No tiene validez para ningún trámite Administrativo, Judicial u otros.

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO - INGEMMET  
 Dirección de Concesiones Mineras  
*Crucesiete*  
 LETRAS  
 FOLIOS.....*5*.....  
 NUMEROS

ORLC Página Número 3  
 Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nº 124-97 SUNARP

**Autorizan a empresa minera a realizar actividades dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera**

**DECRETO SUPREMO  
N° 040-2007-EM**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 71° de la Constitución Política del Perú, establece que dentro de los cincuenta (50) kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir o poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido y que se exceptúa el caso de necesidad pública, expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a Ley;

Que, NEWMONT PERÚ S.R.L., empresa peruana en la cual tienen 99.99974% de participación Newmont Perú Limited, y 0.00026% de participación Newmont Investment Holdings LLC, las dos constituidas bajo las leyes del Estado de Delaware de los Estados Unidos de Norteamérica, ha solicitado autorización para adquirir cuatro (4) derechos mineros ubicados en la zona de frontera con Chile del departamento de Tacna;

Que, el numeral V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM, dispone que la industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en la actividad minera es de interés nacional;

Que, el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y sus normas reglamentarias, autoriza a que se declare de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en la zona de fronteras del país;

Que, la solicitud formulada por la empresa NEWMONT PERÚ S.R.L., se encuentra incluida dentro del supuesto de necesidad pública establecido en el artículo 71° de la Constitución Política del Perú, dado que el interés en establecer la titularidad del derecho minero solicitado trasciende al interés privado, incidiendo de manera importante en el bienestar de la comunidad, toda vez que mediante dicha excepción, se trata de lograr el desarrollo de las zonas de frontera, con el consiguiente aumento del nivel de vida en la zona de incidencia de las actividades mineras, descritas en el presente Decreto Supremo;

Que, la solicitud de NEWMONT PERÚ S.R.L., cuenta con la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas emitida mediante Oficio N° 011 EM/CFFAA-D4/PLN MOV de fecha 10 de enero de 2007 del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas;

De conformidad con lo establecido por el inciso 2) del artículo 3° de la Ley del Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N° 580, y, en uso de las atribuciones previstas en los numerales 8) y 24) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

**Artículo 1°.- Objeto**

Declarar de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras, a fin que NEWMONT PERÚ S.R.L., pueda adquirir y poseer concesiones y derechos sobre minas y recursos complementarios para el mejor desarrollo de sus actividades productivas, dentro de los cincuenta (50) kilómetros de la frontera sur del país, en los lugares donde se ubican los derechos mineros que se detallan en el artículo 2° del presente Decreto Supremo.

**Artículo 2°.- Autorización de adquirir derechos mineros**

Autorizar a NEWMONT PERÚ S.R.L., a adquirir cuatro (4) derechos mineros, ubicados en el departamento

de Tacna, en la zona de frontera con Chile, detallado a continuación:

N°	NOMBRE	CÓDIGO	ÁREA (Has.)	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO
1	AYAHUAYCA	478 01-00400-06	600	Has. Tico co/Silajara/Susapaya	Tarata	Tacna
2	AYAHUAYCA	479 01-00401-06	656.869	Has. Tico co	Tarata	Tacna
3	AYAHUAYCA	480 01-00402-06	1000	Has. Tico co/Silajara	Tarata	Tacna
4	AYAHUAYCA	481 01-00403-06	1000	Has. Tico co/Silajara	Tarata	Tacna

**Artículo 3°.- Autorizaciones para actividades mineras**

La autoridad minera otorgará las autorizaciones para las actividades mineras en los derechos mineros a que se refiere el artículo segundo, en favor de empresa NEWMONT PERÚ S.R.L., previo cumplimiento de las disposiciones y requisitos legales aplicables y con estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales del Perú.

**Artículo 4°.- Sanción**

La transferencia de la posesión o propiedad de los bienes a que se refiere el presente Decreto Supremo a otros inversionistas extranjeros que no cuenten con la correspondiente autorización, dará lugar a la pérdida del derecho adquirido, en beneficio del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 71° de la Constitución Política del Perú.

**Artículo 5°.- Refrendo**

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas y el Ministro de Defensa.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de julio del año dos mil siete.

ALAN GARCÍA PÉREZ  
Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ  
Presidente del Consejo de Ministros

JUAN VALDIVIA ROMERO  
Ministro de Energía y Minas

ALLAN WAGNER TIZÓN  
Ministro de Defensa

86230-3

**Aprueban prórroga del plazo de ejecución de obras de la Central Térmica Kallpa y modifican R.M. N° 125-2006-MEM/DM**

**RESOLUCIÓN MINISTERIAL  
N° 317-2007-MEM/DM**

Lima, 4 de julio de 2007

VISTO: El Expediente N° 33145006, organizado por GLOBELEQ PERU S.A., persona jurídica inscrita en la Partida N° 11767758 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, sobre solicitud de modificación de autorización para generación de energía eléctrica;

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Resolución Ministerial N° 125-2006-EM/DM, publicada el 24 de marzo de 2006, se otorgó a favor de GLOBELEQ PERU S.A. la autorización para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica en la Central Térmica Kallpa, con una potencia instalada de 190,40 MW, ubicada en el distrito de Chilca, provincia de Cañete y departamento de Lima, con la obligación de poner en servicio dicha central a fines de mayo de 2007, de acuerdo con el



**CERTIFICADO DE RETENCIONES POR APORTES  
AL SISTEMA DE PENSIONES**

(Ley . Nro 27605)

**EJERCICIO GRAVABLE  
2006**

NEWMONT PERU S.R.L., con RUC Nro.20110345519, con domicilio legal en Calle 41 Nro 894  
San Isidro

**CERTIFICA**

Que al Sr(ita) : **MARQUEZ AMADO EVER JESUS** identificado(a) con CUSP (CE)231211EMAQD6

se le ha retenido por concepto de aportes al Sistema Privado de Pensiones, correspondiente  
al ejercicio 2006, el importe de **S/. 33,530.50**  
calculado de acuerdo con las siguientes remuneraciones asegurables:

[Redacted]

Total del Monto de las remuneraciones asegurables del Ejercicio (a) **278,044.52**  
(Que sirvieron de base de cálculo para el pago de la aportación)

[Redacted]

Total de retenciones efectuadas por el SPP **33,530.50**

**TOTAL RETENIDO 33,530.50**

OBSERVACIONES:

[Signature]  
NEWMONT PERU S.R.L.  
Representante Legal

[Signature]  
TRABAJADOR  
Lima, 30 de Enero del 2007

*Certifico: Que esta copia fotostática es idéntica a  
su original.  
Doy fe. Lima,*

**14 SET. 2007**

[Signature]  
**Jaime A. Murguía Cavero**  
NOTARIO DE LIMA

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
*Concento Nueve*  
LETRAS  
FOLIOS.....*59*.....  
NUMEROS

**CERTIFICADO DE RENTAS Y RETENCIONES POR RENTAS DE 5TA. CATEGORIA**

( D.Leg.Nro. 774 art. 34)

**EJERCICIO GRAVABLE  
2006**

NEWMONT PERU SRL, con RUC Nro.20110345519, con domicilio legal en Calle 41 Nro 894-Corpac San Isidro

**CERTIFICA**

Que, a Don (a): **EVER JESUS MARQUEZ AMADO** identificado(a) con DNI/C.E. **07228206**  
y domicilio en **AV.MIAMI,PASAJE 5,L-8-SOL DE LA MO**, Que labora en nuestra  
empresa como **Senior Geologist**, se le ha abonado y retenido las sgtes  
sumas por los servicios prestados a la empresa durante el Ejercicio 2006:

**Rentas de 5ta categoría devengadas y puestas a disposición del trabajador en el Ejercicio 2006**

a Sueldos, Gratificación, Incremento AFP (10.23%) Asig. Familiar, otros	(a)	278,567.63
i Participación en la Utilidades	(b)	2,671.77
ii Cláusulas de Salvaguarda	(c)	0.00
9 Rentas de otros empleadores	(d)	0.00

REMUNERACION BRUTA TOTAL { suma de (a) hasta (d) }	(A)	281,239.40
--	-----	------------

DEDUCCION ESPECIAL SOBRE LAS RENTAS DE 5TA CAT. ( 7 UIT )	(B)	23,800.00
---	-----	-----------

RENDA NETA IMPONIBLE { (A) - (B) }		257,439.40
------------------------------------	--	------------

IMPUESTO A LA RENTA (15% hasta 27 UIT, 21% hasta 54 UIT y 30% por el exceso)		55,200.00
--	--	-----------

**CREDITOS CONTRA EL IMPUESTO:**

<input type="checkbox"/> Retenciones efectuadas durante el ejercicio	(i)	55,200.00
<input type="checkbox"/> Otros créditos o retenciones	(j)	0.00
<input type="checkbox"/> Retenciones efectuadas al momento del cese	(k)	0.00

TOTAL DE CREDITOS { suma de (i) + (j) + (k) }		55,200.00
---	--	-----------

TOTAL DE IMPUESTO RETENIDO		55,200.00
----------------------------	--	-----------

**OBSERVACIONES:**  
La suma consignada en la casilla i) equivale al importe del crédito a que tiene derecho el trabajador en el ejercicio 2006, por las retenciones por rentas de Quinta Categoría.

*Certifico: Que esta copia fotostática es idéntica a su original.*  
 [Firma] **NEWMONT PERU S.R.L.**  
 Luis Echevarria Botti  
 DNI 08798051 *Doy fé. Lima,* **14 SET. 2007**  
 [Firma] **TRABAJADOR**  
 Lima, 30 de Enero del 2007

*Jaime A. Murguía Cavero*  
 NOTARIO DE LIMA

INSTITUTE GEOLOGICAL METALLURGICAL - INGENIERIA  
 Dirección de Concesiones Mineras  
 [Firma]  
 LETRAS  
 FOLIOS  
 NUMEROS

# NEWMONT

## Newmont Perú S.R.L.

### CERTIFICADO DE RENTAS Y RETENCIONES POR RENTAS DE 5TA. CATEGORIA

(D.Leg.Nro. 774 art. 34)

EJERCICIO GRAVABLE  
2007

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

NEWMONT PERU SRL, con RUC Nro.20110345519, con domicilio legal en Calle 41 Nro 894-Corpac  
San Isidro

.....  
LETRAS  
61  
.....  
FOLIOS  
NUMEROS

### CERTIFICA

Que, a Don (a): **EVER JESUS MARQUEZ AMADO** identificado(a) con DNI/C.E. **07228206**  
y domicilio en **AV.MIAMI,PASAJE 5,L-8-SOL DE LA MO**, Que labora en nuestra  
empresa como **Senior Geologist**, se le ha abonado y retenido las sgtes  
sumas por los servicios prestados a la empresa durante el Ejercicio 2007:

#### Rentas de 5ta categoría devengadas y puestas a disposición del trabajador en el Ejercicio 2007

Sueldos, Gratificación, Incremento AFP (10.23%) Asig. Familiar, otros	(a)	207,269.42
Participación en la Utilidades	(b)	14,257.75
Cláusulas de Salvaguarda	(c)	0.00
Rentas de otros empleadores	(d)	0.00

REMUNERACION BRUTA TOTAL { suma de (a) hasta (d) } (A) 221,527.17

DEDUCCION ESPECIAL SOBRE LAS RENTAS DE 5TA CAT. ( 7 UIT ) (B) 24,150.00

RENTA NETA IMPONIBLE { (A) - (B) } 197,377.17

IMPUESTO A LA RENTA (15% hasta 27 UIT, 21% hasta 54 UIT y 30% por el exceso) 36,857.16

#### CREDITOS CONTRA EL IMPUESTO:

Retenciones efectuadas durante el ejercicio	(i)	36,857.16
Otros créditos o retenciones	(j)	0.00
Retenciones efectuadas al momento del cese	(k)	0.00

TOTAL DE CREDITOS {suma de (i) + (j) + (k) } 36,857.16

TOTAL DE IMPUESTO RETENIDO 36,857.16

#### OBSERVACIONES:

La suma consignada en la casilla i) equivale al importe del crédito a que tiene derecho el trabajador en el ejercicio 2007, por las retenciones por rentas de Quinta Categoría.

*Certifico: Que esta copia fotostática es idéntica a su original.*

Doy fé. Lima, 14 SET. 2007

NEWMONT PERU S.R.L.  
Luis Echevarria Botto  
DNI 08798051

TRABAJADOR

*Imine A. Murguía Caveró*

Lima, 14 de Junio del 2007

**NEWMONT.**

Newmont Perú S.R.L.

**CERTIFICADO DE RETENCIONES POR APORTES  
AL SISTEMA DE PENSIONES**

(Ley . Nro 27605)

**EJERCICIO GRAVABLE**

2007

NEWMONT PERU S.R.L., con RUC Nro.20110345519, con domicilio legal en Calle 41 Nro 894  
San Isidro

**CERTIFICA**

Que al Sr(ita) : **MARQUEZ AMADO EVER JESUS** identificado(a) con CUSP (CE) 231211EMAQD5

se le ha retenido por concepto de aportes al Sistema Privado de Pensiones, correspondiente  
al ejercicio 2007, el importe de **S/. 20,964.28**  
calculado de acuerdo con las siguientes remuneraciones asegurables:

**REMUNERACIONES ASEGURABLES**

Total del Monto de las remuneraciones asegurables del Ejercicio (a) **172,512.16**  
(Que sirvieron de base de cálculo para el pago de la aportación)

**RETENCIONES**

Total de retenciones efectuadas por el SPP **20,964.28**

**TOTAL RETENIDO**

**20,964.28**

**OBSERVACIONES:**

**INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET**  
Dirección de Concesiones Mineras

*Sesentidos*  
LETRAS

FOLIOS *61*  
NUMEROS

NEWMONT PERU S.R.L.  
Representante Legal

TRABAJADOR

*Certifico: Que esta copia fotostática es idéntica  
su original.*

*Doyle Lima*

**14 SET. 2007**

Lima, 14 de Junio del 2007

*Jaime A. Murguía Caveró*

NOTARIO DE LIMA



# NEWMONT LIQUIDACION DE BENEFICIOS SOCIALES

Apellidos y Nombres	MARQUEZ AMADO EVER JESUS	
Ocupación	SENIOR GEOLOGIST	
Fecha de Ingreso	15/10/2002	
Fecha de Cese	14/06/2007	
Motivo de Cese	RENUNCIA	
Tiempo de Servicio Prestado	4 años, 8 meses	
Sueldo Básico	S/	18,584.71 (tipo cambio 3.173 )
Asignacion familiar		62.50
Ultima Gratificación		18,910.79

**1.- COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS** S/ 2,664.38

CTS hasta Abril 2007 :  
Depositos efectuados en el Banco de Crédito

CTS Del 01 de Mayo 2007 al 14 Junio 2007 :  
Remuneración Computable S/ 18,647.21  
1/6 Gratificación 3,151.80  
Remuneracion Computable 21,799.01

**2.- VACACIONES** 21,133.50

Remuneración Computable S/ 18,647.21

Período 2005 - 2006  
14 días ( 18,647.21 / 30 \* 14 ) 8,702.03

Record Trunco Vacacional período 2006 - 2007  
8 meses ( 18,647.21 / 360 \* 240 días ) 12,431.47

**3.- GRATIFICACION TRUNCA DE FIESTAS PATRIAS** 15,539.34

Remuneración Computable 18,647.21

5/6 Remuneración Computable 15,539.34

**4.- GRATIFICACION EXTRAORDINARIA AL CESE** 621.57  
De acuerdo al art. 57 TUO Ley de Compensación por Tiempo de Servicio

**5.- DESCUENTO POR TRIBUTOS** -13,211.56

a) Impto. a la Renta de 5ta. cat. (Inc.d, art. 41 D.S. 122-94 EF)

Renta Bruta:

Meses de Enero a Junio 2007	184,232.77	
Vacaciones Truncas	21,133.50	
Gratificación Trunca de Fiestas Patrias	15,539.34	
Gratificación Extraordinario al Cese	621.57	
<b>Total Renta Bruta</b>	<b>221,527.19</b>	
Deducción 7 UIT	-24,150.00	
<b>Renta Neta</b>	<b>197,377.19</b>	

I.Renta 5ta. categoria 36,857.16 (a)

**Total Retenido ( Enero a Junio 2007 ) 28,028.00 (b)**

impto. a la Renta por Retener (a) - (b) -8,829.16

b) AFP HORIZONTE 36,672.85 -4,382.41

**CERTIFICO QUE ESTA COPIA FOTOSTATICA  
ES IDENTICA A SU ORIGINAL.**

LIMA, 17 SEP 2007

*Manuel Reátegui T*  
Notario Abogado

Lima-Peru

Calle 41 N° 894 San Isidro, Lima 27 - Perú Telf.: 51-1 226-4300 Fax: 51-1-226-4343

Inscrita en la Ficha N° 45108 del Registro Mercantil de Lima y en la Ficha N° 039014 del Registro Público de Minería

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO  
METALURGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

*Sesant (Phe)*  
LETRAS

FOLIOS..... 63 .....  
NUMEROS

*[Handwritten Signature]*

# NEWMONT

Aporte Obligatorio 10%	3,667.28
Comisión variable 1.95 %	715.12
Prima de Seguros 0.88%	0.00

c) Aportaciones del empleador ( B. Imponible	36,672.85 )	3,300.56
ESSALUD 9%		3,300.56

<b>6.- RESUMEN:</b>	
COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS	2,664.38
VACACIONES	21,133.50
GRATIFICACION TRUNCA DE FIESTAS PATRIAS	15,539.34
GRATIFICACION EXTRAORDINARIA AL CESE	621.57
DESCUENTO AFP HORIZONTE	-4,382.41
DESCUENTO DE 5TA CATEGORIA	-8,829.16
	<hr/> 26,747.24
TOTAL US \$ ( T.C. 3.181)	US \$ <hr/> 8,408.44

Declaro que después de revisar la presente liquidación la encuentro conforme en su contenido y en tal sentido, no existe reclamo alguno contra NEWMONT PERU SRL.

En consecuencia con la suscripción de la presente recibo la totalidad de los derechos y beneficios laborales que me adeuda la empresa, que ascienden a la suma de US \$ 8,408.44 Dólares Americanos mediante Cheque ..... del del Banco de Crédito.

MARQUEZ AMADO EVER JESUS  
DNI Nro 07228206  
Dirección  
Fecha:

**CERTIFICO: QUE ESTA COPIA FOTOSTATICA  
ES IDENTICA A SU ORIGINAL.**

LIMA, 17 SEP 2007

  
Manuel Reátegui 1  
Notario-Abogado  
Lima-Peru

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
.....  
LETRAS  
FOLIOS.....64.....  
NUMEROS

**CERTIFICADO DE TRABAJO**

El que suscribe, Gerente de Administración y Finanzas de **NEWMONT PERU S.R.L.**,  
Certifica:

Que el Sr. **EVER JESUS MARQUEZ AMADO**, se ha desempeñado en el Cargo de **SENIOR GEOLOGIST**, de nuestra empresa desde el **15 DE OCTUBRE DEL 2002 AL 14 DE JUNIO DEL 2007**.

Así mismo dejamos expresa constancia que durante el periodo de permanencia en nuestra empresa, el señor **EVER JESUS MARQUEZ AMADO**, se ha desempeñado con responsabilidad, puntualidad y eficiencia en las labores encomendadas.

Se expide el presente certificado para los fines que se estime conveniente.

San Isidro, 14 de Junio del 2007

NEWMONT PERU S.R.L.

  
LUIS ECHEVARRIA BOTTO  
GERENTE DE ADMINISTRACION Y FINANZAS

CERTIFICO: QUE ESTA COPIA FOTOSTATICA  
ES IDENTICA A SU ORIGINAL.

LIMA, 17 SEP 2007

  
Manuel Reátegui T  
Notario-Abogado

Lima-Peru

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

Sesent. Cinco

LETRAS

FOLIOS.....

65

NUMEROS

**NEWMONT**  
Newmont Perú S.R.L.

San Isidro, 14 de Junio del 2007

Señores  
BANCO DE CREDITO DEL PERU  
Departamento CTS  
Ciudad

De nuestra consideración :

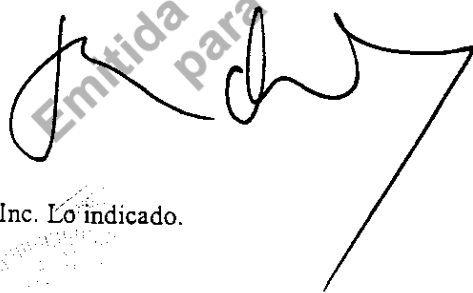
**NEWMONT PERU SRL** , identificada con RUC Nro 20110345519, código de Cliente 332971, ante Ud. Con el debido respeto nos presentamos y decimos:

Que con fecha 30 de Abril del 2007, el Sr. **EVER JESUS MARQUEZ AMADO** , identificado con DNI. Nro. 07228206 ha dejado de laborar en nuestra compañía por lo que, de conformidad con el art. 47 del Decreto Legislativo 650 solicitamos se proceda al pago de la Compensación por Tiempo de Servicios acumulada a la fecha en su Cuenta de Depósito CTS de Vuestra Institución, para lo cual adjuntamos el formulario correspondiente.

Sin otro particular por el momento, nos despedimos,

Atentamente,

NEWMONT PERU SRL



Inc. Lo indicado.

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

..... Sesentidas .....  
LETRAS  
FOLIOS..... 66 .....  
NUMEROS

**CERTIFICO: QUE ESTA COPIA FOTOSTATICA  
ES IDENTICA A SU ORIGINAL.**

LIMA, 17 SEP 2007

  
Manuel Reátegui I  
Notario-Abogado

Lima-Peru



NEWMONT PERU S.R.L.  
D.O.I.: 20110345519

San Isidro, 17/06/2007

US\$

8,408.41

N° 00008830 2 002 193 0640470103 16

UESE A  
ORDEN DE MARQUEZ AMADO EVER J.

UMA DE OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHO CON 44 /100

DOLARES  
AMERICANOS

co de Crédito »BCP»

FIRMAS AUTORIZADAS

NO ESCRIBIR NI FIRMAR DEBAJO DE ESTA LINEA

00008830 002 193 0640470103

VOUCHER DE PAGO

\*\*\*\*\*

CUENTA 3005999

FECHA DE PAGO: 13/06/2007

PERFIL PAGO: EVENTO

NOMBRE CUENTA: MARQUEZ AMADO EVER J.

NRO CHECKE: 000008830

NRO ASIGNACION: 000041077

FECHA	REFERENCIA	PERIODO	DIARIO TIPO NRO.	DESCRIPCION	FECHA VENCIMIENTO	IMPORTE S./	IMPORTE USD.
13/06/2007	LIDUJIDACTO	06/2007	ADEL# 36,082	MARQUEZ AMADO EVER J.	13/06/2007	26,679.98	8,408.41

CERTIFICO: QUE ESTA COPIA FOTOSTATICA  
ES IDENTICA A SU ORIGINAL.

LIMA, 17 SEP 2007

Manuel Reátegui I  
Notario-Abogado

Lima-Peru

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

Seoastishe

LETRAS

FOLIOS

67

NUMEROS

HECHO POR

REVISADO

RECIBI CONFORME



Sector Energía y Minas  
**INGEMMET**  
 Instituto Geológico Minero y Metalúrgico

**RECIBO DE INGRESO**

002693  
~~0002693~~

R.U.C. Nº 20112919377

REF. EXP:

USUARIO :  
 CODIGO : NEWMONT PERU S.R.L.  
 DIRECCIÓN : 530216  
 R.U.C. : CALLE 41 N° 894 CORPAC SAN ISIDRO  
 DEFECHO MINERO :  
 OBSERVACION :  
 FECHA DE EMISION : 17/09/2007 14:40

CANCELADO  
 17 SEPT 2007  
 TRESORERO  
 INGEMMET

CODIGO	TRAMITES	CANTIDAD	PREC. UNITARIO	TOTAL
18	OTROS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS		690.00	690.00

SI. TOTAL S/. 690.00

002693

EXPEDIENTE

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO - INGEMMET  
 Dirección de Concesiones Mineras  
 .....  
 LETRAS  
 FOLIOS ..... 68 .....  
 NUMEROS



# ANEXO III





Asunto: **Ampliamos argumentos para SUSTITUCIÓN** INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO

Petitorio: **TACNA 101**  
Código: **01-05216-06**



**ESCRITO**  
  
**01-010001-07-T**

**SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO – INGEMMET:**

Newmont Perú S.R.L., en adelante en el presente escrito "Newmont", con RUC N° 20110345519, inscrita en la ficha N° 039014 del Libro de Sociedades Contractuales y Otras Personas Jurídicas del Registro Minero integrada con la Partida Electrónica N° N°11020288 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, con domicilio en Calle 41 N° 894, San Isidro, Lima, debidamente representada por su apoderado ingeniero Oscar Bernuy Verand identificado con DNI N° 10491805, según poder inscrito en el asiento A-10 de la Partida Electrónica antes citada, en el procedimiento de sustitución del petitorio minero **TACNA 101**, a Usted decimos:

Que, con fecha 17 de setiembre de 2007, Newmont solicitó a su despacho **LA SUSTITUCIÓN a su favor en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, formulado por la empresa Back Arc Minerals SAC**, en adelante "Back Arc", en aplicación de lo establecido por el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, en adelante "la Ley", siendo que por la presente ampliamos los argumentos esgrimidos en dicha oportunidad, en virtud de los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que pasamos a exponer:

1. Tal como lo señalamos la solicitud aludida en el encabezado, el señor Ever Jesús Márquez Amado, en adelante "el señor Márquez" constituyó la empresa Back Arc con el propósito de burlar la Ley en perjuicio de Newmont. Tal como se ha acreditado en el recurso de sustitución el señor Márquez trabajó en Newmont desde el 15 de octubre del 2002 hasta el 14 de junio del 2007 como geólogo senior, teniendo en el ejercicio de sus funciones conocimiento de las actividades mineras que Newmont venía desarrollando en la zona donde se formuló el petitorio minero TACNA 101.

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

*Seleni Uno*  
.....  
LETRAS

FOLIOS.....  
NUMEROS

INGEMMET Dirección de Concesiones Mineras <b>RECVTO</b>	
11 OCT. 2007	
REGISTRO 1780	FIRMA <i>Bladys</i>

2. En efecto, la intención del señor Márquez al constituir la empresa Back Arc fue evitar la sustitución de Newmont en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, en la medida que el artículo 36 de la Ley establece la prohibición de **adquirir para sí**, entre otros, a los trabajadores de las personas jurídicas dedicadas a la actividad minera, 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. Siendo ello así, la prohibición no alcanzaría al señor Márquez, pues quien solicitó el petitorio minero TACNA 101 fue la empresa Back Arc, siendo ésta un ente distinto de los socios que la conforman. Sin embargo, ello constituye un acto contrario a la buena fe que por la existencia de un vacío legal ha sido empleado de manera dolosa por el señor Márquez y que en ninguna medida puede ser amparado por los operadores jurídicos.
3. Reputada doctrina tanto nacional como internacional recoge el principio de la relatividad de la personalidad jurídica en supuestos en los que, como es el materia del presente escrito, se produce un acto fraudulento que intenta burlar las disposiciones de una norma o perjudicar a personas que actúan de buena fe. En ese sentido, Juan Espinoza señala que "(...) *la regla de la autonomía subjetiva y patrimonial de la persona jurídica encuentra su excepción en el principio de la relatividad, el cual se configura excepcionalmente en caso de abuso (**conflicto de un derecho subjetivo con un legítimo interés**) o el fraude (**realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa**), que se presentan, principalmente, respecto de la forma jurídica o de la responsabilidad limitada*"<sup>1</sup>. (El subrayado es nuestro).

De lo señalado en el párrafo anterior se desprende que para desestimar la autonomía de la persona jurídica tendríamos que estar ante supuestos de abuso de derecho o fraude a la ley.

<sup>1</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 5ª edición. Editorial Rodhas. Lima. 2006. P. 782.

4. El abuso de derecho implica la existencia de un conflicto entre un derecho subjetivo con un legítimo interés. Ello resulta aplicable a nuestro caso pues tenemos por un lado, el derecho subjetivo que tiene la empresa Back Arc a gozar de una existencia distinta a la de sus miembros (consagrado expresamente en el artículo 78 del Código Civil) y por otro, el legítimo interés de Newmont a no verse afectado por actos fraudulentos de las personas que hayan trabajado para dicha empresa utilizando información a la que hayan tenido acceso en el ejercicio de sus labores. Configurado el supuesto de hecho, la conducta dolosa del señor Márquez encaja dentro de la figura del abuso de derecho, por lo que la autoridad no debería hacer una interpretación literal y restrictiva del artículo 36 de la Ley, en la medida que, siendo el señor Márquez titular del 99.8% de las acciones de Back Arc resulta evidente que su intención fue la de abusar de la personalidad jurídica<sup>2</sup> de su empresa para eludir los efectos de la norma mencionada.
5. Por otro lado, la conducta desplegada por el señor Márquez constituye además un fraude a la ley, el mismo que implica la realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa. El señor Márquez ha pretendido eludir a través de su conducta dolosa el mandato imperativo del artículo 36 de la Ley, solicitando el petitorio TACNA 101 a través de su empresa, teniendo como "cobertura" al ya citado artículo 78 del Código Civil (norma que distingue a la persona jurídica de los miembros que la conforman).
6. Al haberse configurado tanto el supuesto de abuso de derecho como de fraude a la ley, se tiene motivos suficientes para relativizar la personalidad jurídica de la empresa y por tanto, cabe aplicar la desestimación de dicha personalidad jurídica a Back Arc, entendida por el profesor Dobson como "(...) *el conjunto de remedios jurídicos mediante los cuales resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Los problemas del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades y de las asociaciones importa en algunos casos la necesidad de prescindir de la*

<sup>2</sup> Es preciso destacar que el abuso de la personalidad jurídica o, en términos de Juan Espinoza, "la personalidad colectiva" es una especie del principio general del abuso de derecho.

*personalidad misma de la sociedad o de la asociación, ya que el abuso se hace con el uso de la forma jurídica*<sup>3</sup>.

7. Lo estipulado por Dobson guarda relación y se ve reforzado por la posición de Juan Espinoza quien citando a Serik, señala que, se puede desconocer la forma de la personalidad jurídica cuando se abusa de la misma. A su vez existirá abuso cuando, *"(...) a través del instrumento de la persona jurídica, se tratan de evitar los alcances de una ley o de sustraerse a las obligaciones contractuales o de dañar fraudulentamente a terceros. Es el caso de servirse de la persona jurídica para eludir la prohibición legislativa o contractual de concurrencia, ya que ello comportaría la identificación entre sociedad y socio que, controlándola, la disfruta para tal fin ilícito y por consiguiente se debe extender a la persona jurídica la prohibición de concurrencia"*<sup>4</sup>.
8. En el caso materia del pedido de sustitución existen razones fundadas para desestimar (en el caso específico materia del presente recurso) la personalidad jurídica de Back Arc pues en términos de Dobson, el abuso se ha perpetrado con el uso de la forma jurídica, es decir creando una empresa para eludir la disposición del artículo 36 de la Ley. El señor Márquez ha actuado en interés propio, por más que formalmente no haya sido específicamente él quien formulara el petitorio TACNA 101. En ese sentido, la autoridad debe analizar no sólo el aspecto formal en este caso sino también las verdaderas intenciones (claramente dolosas) que llevaron al señor Márquez ha formular el petitorio TACNA 101 utilizando la información que obtuvo en el ejercicio de sus funciones como ingeniero de Newmont. En palabras de Ricaro De Ángel, *"(...) cabe adentrarse en el seno de la persona jurídica (su substratum), para que de ese modo se ponga coto a los fraudes y abusos que por medio del manto protector de la persona jurídica se pueden cometer"*<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> DOBSON ALVAREZ, Juan. *El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985. p. 11-12.

<sup>4</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op.cit.* p.786.

<sup>5</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del "Levantamiento del Velo" de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*. Cuarta Edición, Civitas, Madrid, 1997. p. 62-63.

9. No existen parámetros determinados para proceder a la redhibición (levantamiento del velo o desestimación) de la personalidad jurídica para penetrar en la estructura real de la empresa, pese a lo cual, abundante doctrina se ha pronunciado al respecto y ha establecido que deben respetarse cuatro condiciones básicas para ello<sup>6</sup>.

- a) Situación de control sobre la sociedad (Vinculación empresarial o de accionista mayoritario, dominio de una sobre otra, control absoluto, dictatorial de uno o pocos socios).
- b) Actuación ilícita o fraudulenta (Abuso de Derecho). Es la llamada utilización disfuncional de la persona jurídica por la que la sociedad es usada para burlar la ley y "desbaratar los derechos de terceros". Debe considerarse al DOLO cuando se violan leyes de orden público, bastando la culpa cuando se menoscaba el derecho de terceros.
- c) Perjuicio.
- d) Respetar el principio de subsidiariedad (Última ratio).

Las cuatro condiciones recogidas de la doctrina por Gustavo Ruiz son perfectamente aplicables a nuestro caso, pues el señor Márquez, en su calidad de accionista mayoritario (cuenta con el 99.8% de las acciones de Back Arc) tiene un control absoluto sobre la sociedad, tanto en cuanto a derechos políticos (voto) como económicos. Además es preciso señalar que se cumple con el principio de subsidiariedad, pues si bien la desestimación de la personalidad jurídica de una empresa no puede configurarse como una regla general, contamos con argumentos fundados para exigir, con carácter excepcional que se interprete el artículo 36 de la Ley de manera extensiva, al existir pruebas suficientes de un actuar fraudulento por parte del señor Márquez. De no hacerlo se estaría convalidando una conducta dolosa y contraria a la buena fe que debe primar en la actuación de todo sujeto de derecho, abriendo las puertas para que otros sujetos con las mismas intenciones incurran en las mismas actuaciones fraudulentas.

<sup>6</sup> RUIZ TORRES, Gustavo. *EL ALLANAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA (O EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA)*. En *Hechos de la Justicia*. Agosto 2005.



10. La desestimación o negación de la persona jurídica es en suma una operación que se produce como consecuencia de una observación de la realidad sobre la base del abuso de la forma de la persona jurídica. En opinión de Serik, "(...) esta metodología no supone negar la personalidad jurídica, sino proceder de este modo sólo en el caso específico de una falta de adecuación a la realidad. A raíz de la constatación de la presencia de actos ilícitos en el seno de la persona jurídica se hacía necesario, con cierta frecuencia, superar la barrera impuesta por la "forma" de la persona jurídica, dejarla de lado, para poder individualizar e identificar a las personas naturales que le sirven de substrato existencial, las mismas que real y efectivamente actúan en nombre y representación de aquel hasta entonces considerado como un mero espectro formal"<sup>7</sup>.
11. Como se puede desprender de lo hasta aquí mencionado, varios y muy reconocidos autores reconocen a la desestimación de la personalidad jurídica (o levantamiento del velo societario) como un mecanismo para evitar actuaciones fraudulentas (puntuales y claramente identificadas como es el caso que nos ocupa) de las personas jurídicas en contra de otros sujetos de derecho. Este mecanismo bien puede ser aplicado por el operador jurídico en el caso del artículo 36 de la Ley, teniendo en cuenta que existe un vacío legal que ha permitido y podría seguir permitiendo que personas inescrupulosas se aprovechen dolosamente de él.
12. Sin perjuicio de lo hasta aquí afirmado, inclusive los más escépticos a la aplicación de este principio aceptan que "(...) su aplicación solo deberla darse en el caso de sociedades cerradas, familiares o con escasos accionistas"<sup>8</sup>. Ello refuerza aún más nuestro planteamiento puesto que Back Arc es una sociedad anónima cerrada integrada por parientes (el señor Márquez, su hermano y su cuñado), cuyo control casi absoluto lo ejerce el propio señor Márquez.
13. Jurisprudencia de algunas entidades públicas en nuestro país consigna en numerosas ocasiones criterios para evitar o desbaratar actuaciones fraudulentas

<sup>7</sup> SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Giuffrè. Milano. 1966. pág. 4-5.

<sup>8</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. ARA. Lima. 1996.

de diversos sujetos que, como en el caso del señor Márquez, utilizan las normas de mala fe y de manera dolosa. Ellos son los casos de vinculación económica entre empresas, que buscan utilizar de manera fraudulenta una situación jurídica determinada. Por ello, es oportuno tomar en cuenta dicha jurisprudencia, a efectos de formar un criterio que permita aplicar de manera adecuada el artículo 36 de la Ley.

14. La Resolución del Tribunal Fiscal N° 18464 de fecha 15 de junio de 1984, respecto del derogado patrimonio empresarial que consideraba como patrimonio de las sucursales de empresas extranjeras el saldo acreedor de la cuenta principal, declaró que sostener que ese saldo acreedor está limitado a dicha cuenta, excluyéndose por tanto el saldo acreedor con otras entidades vinculadas económicamente a la principal, tales como sucursales o filiales en otros países o en su caso matrices de la propia principal, sería admitir una utilización indebida de las formas jurídicas con el objeto de disfrazar la realidad económica. El mismo 15 de junio de 1984 se expidió la Resolución N° 18463, la misma que se hizo prevalecer el principio de la realidad económica en un caso de una empresa que prestó dinero a otra a través de su sucursal.
15. Como se puede apreciar, en los dos casos aludidos, el Tribunal Fiscal ha hecho primar la realidad económica a efectos de evitar actos fraudulentos por parte de los contribuyentes. Ello se condice con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Tributario vigente, el mismo que establece que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.
16. En materia laboral también podemos encontrar abundante jurisprudencia referida a criterios de vinculación económica que han utilizado los jueces para evitar actos que intenten trastocar los fines de las normas. En este ámbito, ello se ve reforzado por el artículo I de la Ley Procesal del Trabajo, la misma que establece que el proceso laboral se inspira, entre otros, en el principio de veracidad o realidad

(también llamado primacía de la realidad). Este principio, "(...) permitirá hacer responder a los efectivos titulares de la actividad empresarial, imputándoles a ellos las obligaciones laborales, careciendo de poder disuasorio la estructura formal construida"<sup>9</sup>.

17. La Ejecutoria del 3 de marzo de 1944 falló a favor de la acumulación de los períodos de servicio prestados a una empresa principal y su subsidiaria pues existía vinculación económica entre ellas, ordenando a Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus & Jhonston del Perú que paguen solidariamente los beneficios sociales del señor Alejandro Orihuela<sup>10</sup>. Esta resolución constituye un importante precedente que marca de la pauta de futuras resoluciones en las que se haría primar la realidad sobre el "disfraz jurídico" elaborado por una persona natural o jurídica para evadir sus obligaciones o burlar a las normas, tal como lo hizo el señor Márquez para eludir los efectos del artículo 36 de la Ley.
18. A continuación enunciaremos 3 sentencias adicionales que dan cuenta de la tendencia de los jueces laborales a respetar la realidad económica sobre la jurídica:
- Sentencia del Tribunal del Trabajo del 16 de octubre de 1985, en los seguidos por Rufino Dávila contra A y F Wiese y Wiese Representaciones, donde se señaló que para determinar si existía nexo causal entre las empresas a las que prestó servicio un trabajador que reclamaba se sumaran los tiempos de servicios prestados a una y otra, se debía verificar si una es subsidiaria o filial de la primera o si formaban parte de un grupo de empresas que se encontraban bajo el control común directo o indirecto de la empresa que poseía la propiedad del mayor número de acciones<sup>11</sup>.
  - Ejecutoria Suprema del 27 de abril de 1993, en los seguidos por Arturo Carhuayo Suárez contra el Grupo CESCA se dispone que cuando se

<sup>9</sup> Cita tomada de la Cfr. Sentencia del 18 de diciembre de 1992 de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla –La Mancha.

<sup>10</sup> MORALES CORRALES, Pedro y DE LOS HEROS, Alfonso. *Manual de Jurisprudencia Laboral*. Tomo I. Gráfico Nuevo Mundo. Lima.1998. p. 1.

<sup>11</sup> MORALES CORRALES, Pedro y DE LOS HEROS, Alfonso. Ob.cit. p. 245-258.

demande el pago de solidario de los beneficios sociales es necesario acreditar la vinculación existente entre las empresas emplazadas, pues si bien constituyen un conjunto de empresas autónomas, en los hechos no lo son cuando están sujetas a una dirección y control económico único. En esa medida, deben responder por los derechos sociales emergentes<sup>12</sup>.

- Sentencia del 28 de diciembre de 2001, emitida por el Sexto Juzgado Laboral de Lima, en la que el demandante Augusto Li Chan demostró la existencia de traspasos irregulares de personal en el grupo económico CESCO, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad se devela la existencia de un copatronato, razón por la que el juzgado determinó la responsabilidad solidaria entre el controlante ya las empresas dominadas.<sup>13</sup>

19. Todos los argumentos hasta aquí tratados nos llevan hacia una conclusión ineludible: Nuestra legislación y jurisprudencia han creado mecanismos para evitar que a través de los beneficios de los que goza una persona jurídica (diferenciación respecto de sus integrantes, responsabilidad limitada, etc) abuse de su situación y genere perjuicios a terceros de buena fe. Tanto en materia laboral como tributaria prevalece el principio de la realidad económica, que como hemos visto evita que las empresas trastoquen la intención que cada una de sus normas tienen. Así pues, en el caso que nos ocupa, pese a que el artículo 36 de la Ley establece la prohibición de "adquirir para sí" concesiones en el sector donde se ubiquen las concesiones de las personas a las cuales está vinculada la peticionante, no se debe interpretar de manera restrictiva el referido artículo, pues de lo contrario se trastocaría la intención del legislador (en este caso, evitar el aprovechamiento de una condición laboral para perjudicar al antiguo empleador).

20. Es evidente que el señor Márquez intenta adquirir para sí el petitorio minero TACNA 101 y que Back Arc solo fue creada para evitar sucumbir a los alcances de la norma, máxime si se tiene en cuenta que dicho señor es propietario del 99.8% de las acciones de la mencionada empresa. Por lo tanto, podemos concluir que el señor Márquez sí ha solicitado para sí el petitorio minero TACNA 101,

<sup>12</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *La utilización fraudulenta de la Persona Jurídica*. Jurista Editores. Lima. p. 248.

<sup>13</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. Ob.cit. p. 248.

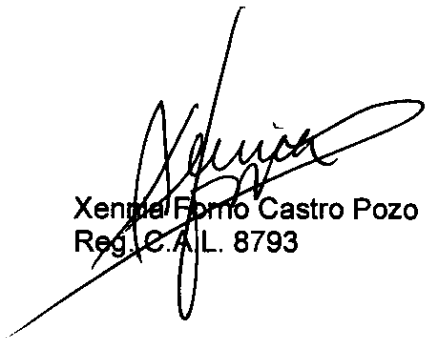
disfrazando dicha situación a través de una argucia legal que el legislador no concibió al promulgar la norma. Bien lo dice el profesor Serik, "(...) El hombre puede existir sin la persona jurídica, mientras ésta no puede subsistir sin los seres humanos. Es el espíritu humano que ha creado la persona jurídica, es la capacidad creadora del hombre que le ha dado forma y ésta debe así la propia existencia al ordenamiento jurídico"<sup>14</sup>.

**POR TANTO:**

A Usted Señor Presidente del Consejo Directivo del INGEMMET solicitamos de por presentado el presente escrito y tome en cuenta los argumentos en él esgrimidos para resolver la **SUSTITUCIÓN a favor de Newmont Perú S.R.L. en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, formulado por la empresa Back Arc Minerals SAC.**

Lima 05 de octubre de 2007

  
Oscar Bernuy Verand  
Apoderado

  
Xenia Forno Castro Pozo  
Reg. C.A.L. 8793

<sup>14</sup> SERICK, Rolf. Ob.cit. p. 299.

# ANEXO IV







Sumilla: Descargos  
Petitorio: TACNA 101  
Código: 01-05216-06

**SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO  
GEOLOGICO MINERO Y METALURGICO – INGEMMET:**

**BACK ARC MINERALS S.A.C.** (en adelante, “BAM”), con Registro Único de Contribuyentes (RUC) N° 20502883314, con domicilio para estos efectos en Jirón Atalaya 146, Breña, debidamente representada por su Gerente General, señor Esteban Máximo Salazar Miranda, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08187323, según poderes inscritos en el Asiento C00001 de la Partida Electrónica N° 11303972 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, a usted atentamente decimos:

Que con fecha 2 de noviembre de 2007 hemos sido notificados con el Informe N° 4746-2007-INGEMMET-DCM-UTN, en virtud del cual se nos comunica la solicitud de sustitución efectuada por Newmont Perú S.R.L. (en lo sucesivo, “Newmont”) mediante escrito N° 01-008916-07-T del 17 de septiembre de 2007, ampliado por escrito N° 01-010001-07-T del 11 de octubre de 2007, con respecto al derecho minero TACNA 101, con código N° 01-05216-06, por presunta infracción a lo dispuesto por el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería –aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM– (la “Ley de Minería”).

Al respecto, por medio del presente escrito negamos encontrarnos incurso en la infracción contenida en el artículo 36 de la Ley de Minería. Fundamentamos nuestra posición en los argumentos de hecho y de derecho que exponemos a continuación:

**I. ANTECEDENTES**

1. BAM fue constituida por Escritura Pública del 11 de julio de 2001 otorgada ante Notario Público de Lima, Dr. Sigifredo de Osambela Lynch e inscrita en la Partida N° 11303972 del Registro de Personas Jurídicas de Lima el 10 de agosto de 2001, siendo su objeto social dedicarse a la actividad minera. Sus socios fundadores fueron Ever Jesús Márquez Amado (el “señor Márquez”), Olavo Edgar Márquez Amado y Amilcar Gumersindo Arana Amado.
2. Con fecha 10 de octubre de 2002, el Sr. Esteban Salazar asumió la gerencia general de BAM. Posteriormente, con fecha 1° de abril de 2007, el Sr. Esteban Salazar adquirió del Señor Marquez el 99.8% de las acciones representativas del capital social de BAM, de forma tal que el Sr. Marquez dejó de ser accionista de BAM en la mencionada fecha.
3. Con fecha 13 de diciembre de 2006, BAM representada por su Gerente General, solicitó el petitorio minero TACNA 101, el mismo que se ubica en el distrito de Ticaco, provincia de Tarata, departamento de Tacna. Mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo de INGEMMET N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PC de fecha 7 de septiembre de 2007, se aprobó el título de concesión minera a favor de BAM.
4. Newmont alega ser titular de los derechos mineros AYAHUANCA 478, AYAHUANCA 479, AYAHUANCA 480 y AYAHUANCA 481 ubicados en el distrito

BACK ARC MINERALS S.A.C.  
Ing. Esteban Salazar Miranda  
Gerente General

de Ticaco-Sitajara, departamento de Tacna, los mismos que fueron solicitados con fecha 3 de enero de 2006.

5. De acuerdo a lo señalado por la Unidad Técnico Operativa de la Dirección de Concesiones Mineras a través del Informe N° 4754-2007-INGEMMET-DCM-UTO los derechos mineros AYAHUANCA 478, AYAHUANCA 479, AYAHUANCA 480 y AYAHUANCA 481 se encuentran dentro de un radio de 10 kilómetros con relación al derecho minero TACNA 101.
6. Con fecha 17 de septiembre de 2007, Newmont presenta a INGEMMET un escrito –que luego amplía el 11 de octubre de 2007– mediante el cual solicita sustituirse en la titularidad del derecho minero TACNA 101, al considerar que cuenta con ese derecho pues sostiene que BAM ha infringido el artículo 36 de la Ley de Minería.

## II. EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE MINERÍA

7. Debe tenerse en cuenta que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. No obstante, el aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones. En tal sentido, el principio general que rige las actividades mineras es el de libre acceso, de modo que cualquier particular que cumpla con las condiciones requeridas por las distintas disposiciones normativas que regulan el ejercicio de la actividad minera, tiene derecho a solicitar y a que se le otorgue una concesión minera para su explotación.
8. Por otro lado, como todo principio general, el de libre acceso a los derechos mineros cuenta con restricciones específicamente contempladas y desarrolladas por ley. Así, entre éstas tenemos a la prohibición que alcanza a autoridades del gobierno, autoridades políticas y a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales de ejercer actividades de la industria minera en determinadas circunstancias<sup>1</sup>. De igual manera, la Constitución Política del Perú contiene en su artículo 71 una restricción a la posesión de títulos sobre minas para los extranjeros cuando éstas se encuentren dentro de los 50 kilómetros de frontera.
9. En ese sentido, el artículo 36 de la Ley de Minería representa claramente una restricción al principio general, sobre todo si tenemos en cuenta que dicho artículo se encuentra dentro del Título Cuarto de la referida ley titulado “Personas inhábiles para ejercer actividad minera”.

En efecto, el artículo 36 de la Ley de Minería señala lo siguiente:

<sup>1</sup> La Ley de Minería señala lo siguiente:

Artículo 31.- No podrán ejercer actividades de la industria minera durante el ejercicio de sus funciones o empleos, el Presidente de la República, los Miembros del Poder Legislativo y del Poder Judicial, los Ministros de Estado y los funcionarios que tengan este rango, el Contralor General, los Procuradores Generales de la República y los funcionarios y empleados del Sector Energía y Minas nombrados o asignados a la Alta Dirección, al Consejo de Minería, a la Dirección General de Minería, Dirección de Fiscalización Minera, a los Organos Regionales de Minería y al Registro Público de Minería. Tampoco podrán ejercer actividades de la industria minera el personal de los organismos o dependencias del Sector Público Nacional y Organismos Públicos Descentralizados que ejerzan función jurisdiccional o que realicen actividad minera.

Artículo 32.- En el territorio de su jurisdicción no podrán ejercer actividades de la industria minera, las autoridades políticas y los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.

  
BACK ARC MINERALS S.A.C  
Ing. Esteban Salazar Miranda  
Gerente General

*“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 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”.*

10. Como se puede apreciar, la referida norma constituye un supuesto de excepción al principio general. Así, cualquier norma que restrinja derechos (como es el caso de lo establecido en el referido artículo 36 de la Ley General de Minería) deberá establecer con la debida claridad y precisión los supuestos específicos que se encuentran restringidos, debiéndose interpretar dicha norma de forma restrictiva conforme al artículo 139 de la Constitución y la norma IV del Título Preliminar del Código Civil, como desarrollamos mas adelante.
11. Así, la prohibición que dispone el artículo 36 de la Ley de Minería es aplicable únicamente para los supuestos contemplados por dicha norma, esto es, para las personas (y parientes que dependan económicamente de estas personas) que desempeñen los siguientes cargos o funciones respecto de personas (naturales o jurídicas) dedicadas a la actividad minera (los “Titulares”):
  - a. Directores
  - b. Representantes
  - c. Trabajadores
  - d. Contratistas
12. Las circunstancias bajo las cuales se darían los supuestos de prohibición son: (i) que el derecho minero solicitado se encuentre dentro del radio de 10 kilómetros de cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubican las concesiones de las personas a las cuales están vinculadas, es decir, de los Titulares y; (ii) que no cuenten con autorización expresa por parte de los Titulares para tener derechos mineros dentro de la zona señalada.
13. En consecuencia, únicamente las personas que se encuentran expresamente indicadas en el artículo 36 de la Ley de Minería se encuentran prohibidas de ser titulares de derechos mineros dentro del radio de 10 kilómetros de las concesiones de los Titulares, no siendo posible extender el supuesto hacia otras personas y forzar el sentido de la norma haciendo interpretaciones extensivas y analógicas que no se permiten en un supuesto de norma de excepción según lo antes señalado.

BACK ARC MINERALS S.A.C  
Ing. Estebán Salazar Miranda  
Gerente General

### III. LOS ARGUMENTOS DE NEWMONT

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y  
METALURGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

.....  
Noventidos  
LETRAS

14. Los argumentos de Newmont en su solicitud de sustitución son, fundamentalmente, los siguientes:

- a. El impedimento establecido en el artículo 36 debe ser extendido a las personas jurídicas cuando éstas mantengan una relación de vinculación o control directo o indirecto con alguna persona que se encuentre dentro del impedimento del artículo 36 de la Ley de Minería.
- b. Se trata de un caso de vacío legal y ante dicho vacío legal el ámbito de aplicación del artículo 36 de la Ley de Minería debe ser extendido a otros supuestos (como el del presente caso).
- c. El señor Marquez es accionista de BAM, empresa que fue constituida con el propósito de formular el petitorio minero TACNA 101 y burlar el artículo 36 de la Ley en perjuicio de Newmont.

15. En referencia a los primeros dos puntos de los argumentos de Newmont, debemos advertir a vuestro Despacho que en el presente caso es claro que no existe vacío legal alguno, pues el legislador sí ha contemplado supuestos como el presente y ha optado por regularlos expresamente de acuerdo a la regla general que establece que cualquier persona ser titular de un derecho minero.

Newmont pretende extender de forma indebida el supuesto del artículo 36 al presente caso, lo que claramente se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico vigente conforme demostramos a continuación.

16. Newmont pretende asimilar la presente situación a aquella conocida doctrinariamente como "Laguna de Derecho" la misma que consiste en "aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico"<sup>2</sup>. Sin embargo, como hemos indicado, no puede afirmarse que el presente caso nos encontremos frente a una "Laguna de Derecho", ya que el supuesto sí se encuentra regulado conforme a la regla general.

17. No obstante, cabe señalar que aún en el supuesto negado de que nos encontráramos frente a un vacío legal, Newmont pretende que una norma que restringe derechos, sea aplicada por analogía a otro supuesto no regulado por dicha norma (en el presente caso, el artículo 36 de la Ley de Minería).

18. Como hemos mencionado, el artículo 36 de la Ley de Minería es una norma excepcional que restringe derechos y, en ese sentido, no es posible extender su aplicación por analogía a supuestos no contemplados expresamente en la misma. Es más, el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos se encuentra expresamente recogido en el artículo 139 de la Constitución como una garantía de la función jurisdiccional.

19. Cabe mencionar que Newmont admite en su propio escrito que, a pesar de ser una norma que restringe derechos y de carácter excepcional, el artículo 36 de la Ley debe "interpretarse excepcionalmente de manera extensiva", sin tener en cuenta que por tratarse de una excepción dicha norma no puede "excepcionalmente" aplicarse de modo extensivo.

BACK ARC MINERALS S.A.C.  
Ing. Esteban Salazar Miranda  
Gerente General

<sup>2</sup> RUBIO CORREA, Marcial. "El sistema jurídico. Introducción al Derecho". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 286.

20. Como vemos la interpretación de propone Newmont va en contra de la Constitución y del Código Civil, cuyo artículo IV del Título Preliminar establece de manera expresa que “la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

21. En la misma línea, el reconocido tratadista Marcial Rubio Correa se ha pronunciado señalando que “las obligaciones y prohibiciones (...) sólo pueden establecerse por norma expresa a las personas en virtud de que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe<sup>3</sup>”. Asimismo, en el mismo sentido se vuelve a pronunciar al señalar que “no procede utilizar la analogía a partir de normas prohibitivas, excepcionales, especiales o de las que restringen derechos, pues son normas cuya ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva”<sup>4</sup>.

#### IV. INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE MINERÍA RESPECTO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE MINERÍA

22. Cabe mencionar que el Consejo de Minería concuerda plenamente con la interpretación que hemos explicado anteriormente, en referencia al ámbito de aplicación del artículo 36 de la Ley de Minería.

23. Así, en la Resolución N° 139-2003-EM/CM se ha pronunciado sobre el caso de la señora Leonor Caballero Vargas, quien solicitó la sustitución sobre el derecho minero JOTA 2 por considerar que Gabriel Enrique Carrión Carcelén se encontraba inmerso en la prohibición del referido artículo 36, ya que era uno de los socios de la empresa Agroindustrias Bioper S.A.C., la cual había celebrado una transferencia de acciones y derechos mineros con la solicitante. El Consejo de Minería declaró infundada la solicitud señalando que la persona jurídica tiene existencia distinta a sus miembros, que no cabe aplicar por analogía las inhabilidades contempladas en el artículo y 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 y, el derecho de sustitución, se confiere a aquella persona natural o jurídica directamente vinculada al infractor”.* (el resaltado es nuestro)

24. De la misma manera ha resuelto el Consejo en las Resoluciones N° 175-2004-MEM/CM y N° 179-2004-MEM/CM.

En el primero de estos casos, se declaró infundado el pedido de sustitución por no haberse acreditado ninguno de los tipos especificados en el artículo 36 de la Ley de Minería ya que la solicitante “no acredita ninguno de los tipos especificados en el artículo 36° de la norma antes citada; es decir, no ha demostrado fehacientemente que el titular del derecho minero antes mencionado o su padre, el señor Alfredo Lutgardo Urquiaga Vega, sean socio, director, representante, trabajador o contratista de la recurrente”.

<sup>3</sup> Ibid. p. 295.

<sup>4</sup> Ibidem.

En el segundo de los casos, se consideró que “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”.

25. Como se puede apreciar, el Consejo de Minería ha venido interpretando correctamente el artículo 36 de la Ley de Minería estableciendo: (i) la imposibilidad de aplicar por analogía normas que restringen derechos; (ii) restringir los supuestos de aplicación del artículo 36 de la Ley de Minería únicamente a los estrictamente establecidos, y; (iii) que las personas jurídicas tienen existencia distinta a la de sus miembros.

## V. SOBRE EL SUPUESTO FRAUDE A LA LEY Y EL ABUSO DE DERECHO


26. Por otro lado, Newmont ha señalado que el señor Márquez habría constituido la empresa BAM con el propósito de burlar el artículo 36 de la Ley de Minería en perjuicio de Newmont, puesto que el señor Márquez era titular del 99.8% de las acciones de BAM, por lo que resultaría evidente que su intención fue abusar de la personalidad jurídica de BAM para eludir los efectos del citado artículo. Según Newmont, ello habría sido posible en la medida en que el señor Márquez tuvo conocimiento de las actividades mineras que Newmont venía desarrollando en la zona.
27. Asimismo, Newmont sostiene que la actuación de BAM configura un supuesto tanto de fraude a la ley como de abuso de derecho.

### 5.1 La inexistencia de un fraude a la ley

28. Al respecto, rechazamos las afirmaciones de Newmont. Debemos señalar que no es posible que se configure un supuesto de fraude a la ley, puesto que el fraude a la ley implica la realización de un acto al amparo de una norma llamada de “cobertura” para evitar los efectos de una norma imperativa que es la aplicable.
29. En el presente caso, BAM ha actuado en perfecto cumplimiento de las disposiciones aplicables, toda vez que el ordenamiento vigente permite que todos los que están en ejercicio de sus derechos civiles puedan solicitar al Estado que se les otorgue concesiones mineras en cualquier parte del territorio nacional.
30. En el presente caso no se ha realizado ninguna maniobra con el objeto de burlar la ley. Como podemos apreciar, BAM es una empresa que opera desde el año 2001 y que, por decisión de su gerente general formuló el petitorio TACNA 101. Como hemos mencionado anteriormente, la formulación de dicho petitorio es totalmente lícita y permitida por el ordenamiento legal aplicable.
31. Newmont pretende desconocer la distinción entre las personas jurídicas y sus accionistas (o quienes fueron accionistas, como en el presente caso) y con ello plantear falsamente una situación de fraude que no existe.

### 5.2 Ausencia de un abuso de derecho

32. En el presente caso no existe abuso de derecho, pues para que se configure dicho supuesto debe producirse el ejercicio irregular de un derecho, lo que no ha ocurrido en este caso.

  
BACKARC MINERALS S.A.C  
Ing. Estebán Salazar Miranda  
Gerente General

En efecto, BAM cuenta con pleno derecho a solicitar y acceder a derechos mineros, y, asimismo, como toda persona jurídica, cuenta con el derecho a que se le reconozca una existencia distinta a la de sus accionistas (artículo 78 del Código Civil).

33. Adicionalmente, Newmont argumenta que BAM ha hecho uso de estos derechos con el fin de perjudicarlo, y que en consecuencia, deberá procederse a “levantar el velo societario”, pues en caso contrario se estaría amparando una actuación ilícita.
34. Lo anterior es absolutamente falso y rechazamos tales afirmaciones de Newmont. BAM ha actuado dentro de los límites de la legalidad y ha ejercido sus derechos dentro del marco del ordenamiento jurídico. BAM ha ejercido su derecho a ser titular de derechos mineros y ha solicitado estos derechos siguiendo el debido procedimiento establecido para ello, presentando toda la información requerida y cumpliendo con todos los requisitos exigidos.
35. Del mismo modo, Newmont pretende desconocer normas fundamentales del ordenamiento peruano al querer desconocer la separación entre BAM y sus accionistas. Al respecto, debemos recordar lo claro que resulta lo establecido por el artículo 78 del Código Civil:

***“Artículo 78.- Diferencia entre persona jurídica y sus miembros  
La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.”*** (el resaltado es nuestro)

36. Lo que no toma en cuenta Newmont es que dicha norma sí fue tomada en cuenta por el legislador al momento de redactar el artículo 36, motivo por el cual dejo intencionalmente a las personas jurídicas fuera de la exclusión establecida por dicha norma.
37. De otro lado, Newmont sostiene que el señor Márquez ha actuado de mala fe y de manera dolosa con el único objetivo de perjudicar a Newmont en provecho propio, y que, en ese sentido, ha recurrido al artificio de crear una persona jurídica con el propósito de cometer un ilícito legal. Ello resulta totalmente absurdo toda vez que BAM fue constituida en el año 2001, mucho antes de que el señor Marquez trabajara en Newmont y que los petitorios fueran solicitados.
38. Es muy importante dejar en claro que en el presente caso quien ha actuado (solicitando el petitorio TACNA 101) es BAM y no el señor Marquez como tendenciosamente pretende hacer creer Newmont.

Así, el señor Marquez no ha tenido ninguna participación en la solicitud de TACNA 101, puesto que BAM ha actuado (para tomar la decisión de formular el petitorio y para su solicitud) a través de su gerencia general según se aprecia en todas y cada una de las actuaciones administrativas conducentes al otorgamiento del petitorio, en donde interviene exclusivamente su Gerente General.

Tal como lo indica el artículo 78 del Código Civil, el señor Marquez y BAM son personas absolutamente independientes.

BACKARC MINERALS S.A.C.  
Ing. Esteban Salazar Miranda  
Gerente General

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y  
METALURGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
.....*Boventis*.....  
LETRAS




39. Como puede apreciarse, Newmont pretende de forma absolutamente incorrecta confundir a BAM con el señor Marquez y así valerse indebidamente del derecho de sustitución dispuesto en el 36 de la Ley de Minería. Como hemos indicado previamente, la pretensión de Newmont no tiene asidero legal por lo siguiente:

- a) El artículo 78 del Código Civil dispone expresamente la separación entre las personas jurídicas y sus miembros (accionistas).
- b) El artículo 36 de la Ley de Minería no es aplicable al presente caso y no puede ser aplicado por analogía. BAM es una persona jurídica que no guarda ninguna relación con Newmont y por tanto no se encontraba prohibida de hacer el petitorio TACNA 101.
- c) El Consejo de Minería ha establecido en repetidas resoluciones que el artículo 36 de la Ley de Minería se aplica únicamente a los supuestos expresamente indicados por dicha norma y no puede aplicarse a otros supuestos (como indebidamente pretende Newmont).
- d) Newmont no ha ofrecido ningún medio probatorio ni argumento que relacione a BAM con Newmont (puesto que dicha relación no existe).

**POR TANTO:**

Solicitamos a Usted se sirva tener presente los argumentos expuestos y, en su oportunidad, declarar **INFUNDADA** la solicitud de sustitución efectuada por Newmont sobre el derecho minero TACNA 101.

Lima, 27 de setiembre de 2007

  
J. ANTONIO CASTRO ROCA  
ABOGADO  
REG. C.A.L. 14587

  
BACKARC MINERALS S.A.C  
Ing° Esteban Salazar Miranda  
Gerente General

# ANEXO V



**NEWMON**



INSTITUTO GEOLOGICO MINERO  
Y METALURGICO

**ESCRITO**



**01-003452-08-T**

Asunto: **Contradecimos argumentos de  
Back Arc**

Petitorio: **TACNA 101**  
Código: **01-05216-06**

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO  
METALURGICO - INGENIERIA  
DIRECCION DE CONCESIONES MINERAS

*Centocho*

*108*

**SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO GEOLOGICO MINERO  
Y METALURGICO - INGENMET:**

Newmont Perú S.R.L., en adelante ("Newmont"), con RUC N° 20110345519, inscrita en la ficha N° 039014 del Libro de Sociedades Contractuales y Otras Personas Jurídicas del Registro Minero integrada con la Partida Electrónica N° N°11020288 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, con domicilio en Calle 41 N° 894, San Isidro, Lima, debidamente representada por su apoderado ingeniero Oscar Bernuy Verand identificado con DNI N° 10491805, según poder inscrito en el asiento A-10 de la Partida Electrónica antes citada, en el procedimiento de obtención de título de concesión minera del petitorio minero TACNA 101, a Usted decimos:

Que, con fecha 28 de noviembre de 2007, Back Arc Minerals S.A.C., (en adelante "BAM"), presentó sus descargos al escrito que presentamos con fecha 17 de setiembre de 2007, el mismo que fue ampliado con fecha 11 de octubre de 2007, por el que solicitamos la sustitución a nuestro favor en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, (en adelante, "la Solicitud de Sustitución") formulado por BAM.

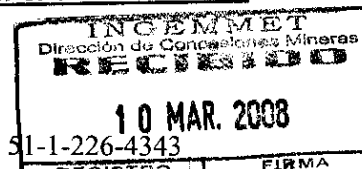
Al respecto, mediante el presente escrito, procedemos a contradecir los argumentos esgrimidos por BAM en su escrito aludido en el párrafo anterior, pronunciándonos sobre cada uno de ellos, argumentos que aludimos a continuación:

1. El artículo 78° del Código Civil dispone expresamente la separación entre las personas jurídicas y sus accionistas.
2. El artículo 36° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante, "LGM") no es aplicable al caso materia de autos, en la medida que está prohibida la aplicación analógica sobre normas que restringen derechos.
3. El Consejo de Minería ha establecido jurisprudencia que indica que el artículo 36° de la LGM se aplica a supuestos expresamente señalados por dicha norma.
4. Newmont no ha ofrecido ningún medio probatorio ni argumento que lo relacione con BAM.

Al respecto, respondemos cada uno de sus argumentos en el mismo orden en el que fueron expuestos en el párrafo anterior.

**1. Distinción entre la persona jurídica y sus miembros regulada en el artículo 78° del**

**Código Civil**



### 1.1. Breve Antecedente: Importancia de la exploración minera en la actividad que realiza Newmont

La exploración minera es una actividad crítica para Newmont, pues le permite identificar y conocer las características y potencial geológico de las distintas zonas, a efectos de poder llevar a cabo labores de explotación en el futuro. A tal efecto, Newmont requiere contar entre su personal con geólogos exploradores, entre los que se encontraba el señor Ever Jesús Márquez Amado (en adelante, "el señor Márquez"), cuyas funciones consisten en explorar - detectar áreas de potencial minero para su posterior explotación por parte de Newmont.

A fin de desempeñar sus labores, los geólogos exploradores cuentan con un equipo técnico que le es proporcionado por Newmont, y la información de campo recabada es luego almacenada en una base de datos, a fin de ser utilizada por Newmont en su labor de ubicación de nuevos yacimientos.

Esta información es vital y crítica para una empresa minera, ya que le permite conocer las potencialidades de ocurrencia de mineralización de cada zona para efectos de decidir desarrollar áreas mineralizadas, la celebración de contratos de Joint Venture, adquisición de concesiones o empresas u otras transacciones comerciales destinadas a evaluar y posteriormente viabilizar proyectos mineros que en muchos de los casos requieren inversiones de cientos e incluso miles de millones de dólares.

En consecuencia, los activos más valiosos de Newmont no sólo son sus concesiones mineras o activos fijos, sino también la inestimable información técnica recopilada por sus geólogos exploradores.

De lo expuesto, podemos concluir que la información obtenida en virtud de la exploración geológica es de vital importancia para el desempeño de las actividades de Newmont, puesto que el uso de dicha información implica el desarrollo de la actividad minera de Newmont. Por esta razón, los geólogos se obligan a guardar absoluta confidencialidad de la información que recaban por encargo de sus empleadores y se obligan, además, a no utilizar ni divulgar dicha información en su beneficio personal o en el de terceros.

Esta obligación de no utilizar ni divulgar, sin autorización del titular de la información, no sólo está contemplada en la ley sino que además es asumida expresamente por los geólogos a través de sendos convenios de confidencialidad, códigos de conducta

y otros documentos que los obliga a no revelar ni hacer uso indebido de dicha información.

Por ello, la explotación indebida de la información confidencial contenida en la base de datos de Newmont, por parte de terceros, constituye un perjuicio económico incalculable para los intereses comerciales de Newmont y una ventaja ilegítima para aquel que ha hecho uso de dicha información que le corresponde a Newmont en exclusividad.

En el presente caso, esta información confidencial divulgada y explotada ilegítimamente por el Sr. Márquez consiste en: (i) los resultados de los análisis geoquímicos obtenidos de las muestras recogidas por ingenieros de Newmont; (ii) los informes elaborados en base a dichos análisis; y, (iii) la información que se encuentra registrada en la base de datos de Newmont y que se relaciona con la identificación de zonas de potencial minero.

Es precisamente dicha información la que el señor Márquez ha empleado de manera ilegítima, con lo cual no sólo ha perjudicado a Newmont económicamente, sino también ha vulnerado el 36° de la LGM<sup>1</sup>. En efecto, tal como lo señalamos en la Solicitud de Sustitución, ha quedado acreditado que el señor Márquez constituyó BAM con el propósito de escapar de los efectos del artículo antes mencionado. Ello se sustenta en el hecho que, cuando el señor Márquez trabajaba para Newmont como ingeniero geólogo senior en la zona donde se formuló el petitorio minero TACNA 101, BAM ya estaba constituida como sociedad anónima y el señor Márquez controlaba dicha empresa pues era titular del 99.8% de sus acciones. Inclusive, y tal como lo hemos señalado y demostrado en la Solicitud de Sustitución, a través de BAM, formuló el petitorio TACNA 101 dentro del radio de diez kilómetros del perímetro que encierra el área del referido derecho, ubicado dentro de la zona que prohíbe el artículo 36° de la LGM.

<sup>1</sup> Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

**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 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.

## 1.2. Distinción de la persona jurídica y sus integrantes en el presente caso

Newmont reconoce que nuestro ordenamiento jurídico establece una distinción entre la persona jurídica y las personas naturales que la integran. Es así, que en nuestra legislación civil constituyen principios rectores en materia de personas jurídicas la autonomía subjetiva (es decir, la existencia de un sujeto de derechos distinto a sus integrantes) y la autonomía patrimonial (que implica la no confusión de patrimonios entre la persona jurídica y sus integrantes), ambos previstos en el artículo 78° del Código Civil.<sup>2</sup>

No obstante ello, no es correcto utilizar este principio de manera absoluta, pues cuando nos encontramos ante supuestos en los cuales existe fraude a la ley o abuso del derecho es posible retirar el velo societario para desenmascarar las verdaderas intenciones que esconde el actuar de la sociedad. Ello se encuentra ampliamente respaldado por doctrina nacional e internacional (que citamos en la Solicitud de Sustitución), la misma que ha tratado este tema en abundancia y que señala que la regla de la autonomía subjetiva y patrimonial de la persona jurídica no puede ser absoluta. En efecto, encuentra su excepción en el principio de la relatividad, el cual se configura en caso de abuso (conflicto de un derecho subjetivo con un legítimo interés) o el fraude (realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa), que se presentan, principalmente, respecto de la forma jurídica o de la responsabilidad limitada.

El señor Márquez ha incurrido en un fraude a la ley, el mismo que implica la realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa. En tal sentido, el señor Márquez, ha pretendido eludir a través de su conducta dolosa el mandato imperativo del artículo 36° de la LGM, solicitando el petitorio TACNA 101 a través de la empresa que controlaba, teniendo como "cobertura" al ya citado artículo 78° del Código Civil.

Asimismo, el abuso de derecho calza perfectamente en el caso materia de autos, puesto que dicho principio implica la existencia de un conflicto entre un derecho subjetivo de una parte, con el legítimo interés de otra. En nuestro caso, por un lado existe el derecho subjetivo que tiene la empresa BAM a gozar de una existencia distinta a la de sus miembros (regulado en el artículo 78° del Código Civil) y por otro, el legítimo interés de Newmont a no verse afectado por actos fraudulentos o abuso

<sup>2</sup> Código Civil

Artículo 78.- Distinción entre la persona jurídica y sus miembros.  
La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

del derecho de las personas que hayan trabajado para ella, utilizando información a la que hayan tenido acceso en el ejercicio de sus labores y bajo la cual tienen el deber de confidencialidad, tal como hemos referido en el punto 1.1.

Como podemos ver, 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<sup>3</sup>, la misma que constituye una especie del principio general del abuso de derecho<sup>4</sup>, entendido este último como el ejercicio o uso irregular de un derecho subjetivo frente a un interés legítimo, excediendo los límites de la buena fe.<sup>5</sup>

Así, cuando los integrantes de una persona jurídica utilizan la misma en forma abusiva o fraudulenta "(...) es cuando aparece en escena la aplicación de la doctrina del abuso de derecho en la persona jurídica. Esta teoría (...) impide el ejercicio anormal, disfuncional o antisocial de un derecho".<sup>6</sup>

Lo que busca evitar la doctrina del abuso de la personalidad jurídica es el uso vedado y ejercicio abusivo de los privilegios formales que el ordenamiento jurídico otorga a la persona jurídica. Las personas integrantes de la persona jurídica emplearían dichos privilegios en su favor, utilizando el "velo" de la personalidad jurídica a fin de ocultar su conducta indebida. Ése ha sido precisamente el "modus operandi" del señor Márquez, quien se ha escudado en BAM para actuar de manera ilegítima y desleal, contraviniendo lo preceptuado en el artículo 36° de la LGM.

Ahora bien, dado que es el señor Márquez (miembro de la persona jurídica) quien ha abusado de la formalidad de la misma a fin de cometer actos lesivos, resulta evidente

<sup>3</sup> Cabe señalar que la doctrina más autorizada señala que el uso de la expresión "abuso de la personalidad jurídica" es equivalente a los términos "levantamiento o allanamiento del velo" "abuso de la persona jurídica", "principio de relatividad de la persona jurídica", "desestimación de la personalidad", "redhibición de personalidad", "disregard of legal entity", "piercing of corporate veil" e "inoponibilidad de la persona jurídica", entre otros. Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Apuntes sobre el abuso de la personalidad jurídica". En: Revista Advocatus – Nueva Época No. 4. Lima: Mayo 2001, pp. 60-61; y, ESPINOZA ESPINOZA, op. cit., 788.

<sup>4</sup> La prohibición al ejercicio abusivo del derecho se encuentra consagrado legislativamente en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que señala que "la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

<sup>5</sup> En opinión de FERNÁNDEZ SESSAREGO, el abuso del derecho no es otra cosa que "(...) una conducta que sustentándose en un derecho subjetivo se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad". Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso del Derecho". Lima: Editorial Grijley, 1999, p. 163.

<sup>6</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. "La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica". Lima: Jurista Editores, 2005, p. 103.



que las consecuencias de dichos actos deben ser imputados a la esfera jurídica de dicho integrante. Así, "(...) cuando una persona jurídica se instrumentalice para cometer actos dirigidos a incumplir un contrato, vulnerar la buena fe, normas imperativas, el orden público o dañar a terceros, se extenderá la responsabilidad a los controlantes de la persona jurídica".<sup>7</sup>

Ello se sustenta en que en realidad son los socios o asociados de la persona jurídica quienes están cometiendo los actos materia de imputación, bajo el "velo" de la personería jurídica. En efecto, "(...) cuando se habla del ejercicio abusivo del derecho a través de la persona colectiva, podemos señalar que de manera mediata son los asociados quienes abusan del derecho de asociación que les ha otorgado el ordenamiento jurídico de manera expresa (...)".<sup>8</sup>

En virtud de lo anterior, resulta acertado señalar que el abuso de la personalidad jurídica es un remedio jurídico mediante el cual se puede prescindir de la forma de sociedad con que encuentra encubierta un grupo de personas, para así negar su autonomía como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular, en la medida que su actuar ha sido fraudulento.

Así, en caso la formalidad de la personalidad jurídica sea utilizada por sus integrantes de manera abusiva o fraudulenta, como la ha utilizado claramente el señor Márquez, el remedio jurídico consiste en levantar o allanar el "velo" de la misma a fin de imputar el actuar de la persona colectiva directamente a los integrantes de la misma. En efecto.

De lo expuesto líneas arriba se puede concluir 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

<sup>7</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, op. cit., p. 103.

<sup>8</sup> MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. "El Allanamiento de la Personalidad Jurídica o Levantamiento del Velo Societario". En: Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2005, p. 65.

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, como la prohibición establecida en el artículo 36° de la LGM, y que el señor Márquez ha pretendido desconocer, blindándose a través de BAM.

En el presente caso, el señor Márquez ha utilizado a BAM (de la cual era titular del 99.8% de las acciones representativas del capital social al momento de solicitar el petitorio TACNA 101) con fines ilícitos, esto es con el objeto de evitar la aplicación del artículo 36° de la LGM.

## 2. Aplicación del artículo 36° de la LGM

Tal como ya lo hemos expresado, el artículo 36° de la LGM dispone la prohibición de adquirir concesiones en un radio de diez kilómetros del perímetro del área en donde se ubiquen concesiones de las personas jurídicas o naturales a las cuales están vinculadas, siendo los agentes impedidos los directores, representantes, trabajadores y contratistas relacionados con estas.

Así, al encontrarnos frente a una norma de carácter restrictivo, es de aplicación lo señalado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que establece la prohibición de aplicar por analogía aquellas normas que restringen derechos.

Sin embargo, configurándose 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 artículo 36° de la LGM. Además, la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica (detallada en el punto 1.2) 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 este sentido, en este caso debe realizarse una interpretación distinta a la restrictiva, bajo una interpretación finalista (que no implica la aplicación de un criterio analógico) del artículo 36° de la LGM, considerando que la *ratio legis* o espíritu de la norma nos descubre que ésta tiene como finalidad última el 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 Marquez resultan contrarias a lo regulado por la norma imperativa, no pudiendo una autoridad (bajo el imperio del estado de derecho) amparar estas acciones, siendo contrarias a la finalidad de la citada norma. Máxime, si como lo hemos señalado en

el punto 1.1 la información obtenida en virtud de la exploración geológica es de vital importancia para el desempeño de una empresa minera, como lo es Newmont.

### 3. Jurisprudencia del Consejo de Minería

Si bien el Consejo de Minería no ha aplicado la doctrina del abuso de la personalidad jurídica en anteriores oportunidades, debe tomar en consideración que otras entidades públicas en nuestro país sí la han aplicado, con la clara intención de impedir que acciones fraudulentas y de abuso del derecho, como el caso del señor Márquez y BAM, 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 LGM.

#### Materia tributaria

La Resolución del Tribunal Fiscal N° 18464 de fecha 15 de junio de 1984, respecto del derogado patrimonio empresarial que consideraba como patrimonio de las sucursales de empresas extranjeras el saldo acreedor de la cuenta principal, declaró que sostener que ese saldo acreedor está limitado a dicha cuenta, excluyéndose por tanto el saldo acreedor con otras entidades vinculadas económicamente a la principal, tales como sucursales o filiales en otros países o en su caso matrices de la propia principal, sería admitir una utilización indebida de las formas jurídicas con el objeto de disfrazar la realidad económica. El mismo 15 de junio de 1984 se expidió la Resolución N° 18463, la misma que se hizo prevalecer el principio de la realidad económica en un caso de una empresa que prestó dinero a otra a través de su sucursal.

Como se puede apreciar, el Tribunal Fiscal ha hecho primar la realidad económica a efectos de evitar actos fraudulentos por parte de los contribuyentes. Ello se condice con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Tributario vigente, el mismo que establece que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

#### Materia laboral

En materia laboral es de aplicación para estos supuestos el artículo I de la Ley Procesal del Trabajo, la misma que establece que el proceso laboral se inspira, entre otros, en el principio de veracidad o realidad (primacía de la realidad). Este principio, "(...) permitirá hacer responder a los efectivos titulares de la actividad empresarial, imputándoles a ellos

las obligaciones laborales, careciendo de poder disuasorio la estructura formal construida”<sup>9</sup>.

Así, la Ejecutoria del 3 de marzo de 1944 falló a favor de la acumulación de los períodos de servicio prestados a una empresa principal y su subsidiaria pues existía vinculación económica entre ellas, ordenando a Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus & Jhonston del Perú que paguen solidariamente los beneficios sociales del señor Alejandro Orihuela<sup>10</sup>.

En esta resolución se identifica cómo se haría primar la realidad sobre el “disfraz jurídico” elaborado por una persona jurídica para evadir sus obligaciones o burlar a las normas, tal como lo hizo el señor Márquez para eludir los efectos del artículo 36 de la LGM.

Solo hemos mencionado un ejemplo en cada materia para hacer hincapié de la aplicación del principio del abuso de la personalidad jurídica en otras entidades y en otros casos. Sin embargo, vale recalcar que existe numerosa jurisprudencia al respecto (algunas mencionadas en la Solicitud de Sustitución) que señalan que ante supuestos de vinculación económica existente bajo el velo societario, la autoridad debe emitir un juicio de valor y distinguir cuando existe un uso abusivo de la personalidad jurídica, como sucede en el presente caso, en el que el señor Márquez ha utilizado el artículo 78° del Código Civil para eludir la finalidad de la norma imperativa del artículo 36° de la LGM.

#### **4. Newmont no ha ofrecido ningún medio probatorio ni argumento que lo relacione con BAM**

Con relación a los medios probatorios es importante realizar un resumen del orden lógico de nuestra defensa para desmentir la afirmación que BAM realiza en su escrito de descargo por el cual señala que nosotros no hemos presentado medio probatorio suficiente que permita sustentar nuestros argumentos.

En tal sentido, lo único que resulta importante demostrar y que no sólo ha sido demostrado a lo largo de nuestros escritos, sino que ha sido confirmado por la BAM en su escrito de descargo es que el señor Márquez era titular del 99.8% de las acciones representativas del capital social de BAM en la fecha en que ésta presentó la solicitud del petitorio de TACNA 101. Además es preciso hacer notar que BAM es una sociedad anónima cerrada integrada por personas relacionadas por vínculo familiar.

<sup>9</sup> Cita tomada de la Cfr. Sentencia del 18 de diciembre de 1992 de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla –La Mancha.

Quedando esto demostrado, resulta evidente que el señor Márquez a través de BAM intentó adquirir para sí el petitorio minero TACNA 101, siendo el accionista con amplia mayoría y con plenos poderes para tomar decisiones en la empresa, y no cómo trata de señalar BAM en su escrito de descargos al mencionar que la solicitud fue realizada por el Gerente General, señor Esteban Salazar, máxime si la Gerencia es un órgano societario que se encuentra jerárquicamente subordinado a las decisiones de la Junta General de Accionistas, la cual en el momento del petitorio era controlada totalmente por la voluntad del señor Márquez.

Sin perjuicio de lo afirmado en el párrafo anterior, siguiendo nuestra línea argumentativa, resultaría ilógico que encontremos una relación directa entre BAM y Newmont, en la medida que precisamente esa desvinculación directa ha sido la estrategia empleada por el señor Márquez para eludir los efectos del artículo 36° de la LGM. En ese sentido, lo que hemos argumentado con toda claridad es que, dado el abuso de la personalidad jurídica de BAM (detallado y demostrado tanto en este escrito como en los dos anteriores) debe levantarse el "velo societario" de BAM, con lo cual se demostrará que el accionista del 99.8% de las acciones de dicha empresa (es decir quien ejercía el control absoluto de la misma) al momento de formular el Petitorio TACNA 101, no era otro que el señor Márquez.

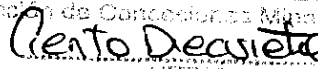
En este orden de ideas, y habiendo quedado demostrado el vínculo del señor Márquez con BAM y su relación con las decisiones que ésta optó tomó para transgredir el artículo 36° de la LGM, corresponde evitar éste tipo de argucias legales para esquivar la finalidad de la citada norma, contraviniendo el orden jurídico establecido en nuestro país.

POR TANTO:

A Usted Señor Presidente del Consejo Directivo del INGEMMET solicitamos de por presentado el presente escrito y tome en cuenta los argumentos en él esgrimidos para resolver la **SUSTITUCIÓN a favor de Newmont Perú S.R.L. en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, formulado por la empresa Back Arc Minerals SAC.**

Lima 6 de marzo de 2008.

  
Oscar Bernuy Verand  
Apoderado

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO  
METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
  
LETRAS  
FOLIOS 117

<sup>10</sup> MORALES CORRALES, Pedro y DE LOS HEROS, Alfonso. *Manual de Jurisprudencia Laboral*. Tomo I. Gráfico Nuevo Mundo. Lima. 1999.8. p. 1.

# ANEXO VI





SECTOR ENERGIA Y MINAS

INSTITUTO GEOLOGICO MINERO Y  
METALURGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
*Cento Alvarado*  
LETRAS .....  
FOLIOS.....  
NUMEROS ..... 118



PETITORIO : TACNA 101  
CODIGO : 01-05216-06

INFORME N° 4509 -2008-INGEMMET-DCM-UTN

Señor:

Revisado el expediente del petitorio minero **TACNA 101**, con código N° **01-05216-06**, formulado por **BACK ARC MINERALS S.A.C.**, cumpla con informarle lo siguiente:

El citado petitorio minero de sustancias metálicas peticionado por **BACK ARC MINERALS S.A.C.** inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registro Públicos en el asiento A 00001, de la partida electrónica N° 11303972, fue solicitado el 13 de diciembre del 2006, por 1000 hectáreas, y luego de la evaluación técnica y legal correspondiente se expiden los avisos de petitorio para su publicación, siendo efectuadas el 09 de mayo del 2007 en el Diario Oficial "El Peruano" y el 09 de mayo del 2007 en el Diario Local "Correo" del Departamento de Tacna.

Que, por Resolución de Presidencia N° 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM de fecha 07 de setiembre de 2007 se otorga el título de la concesión minera metálica **TACNA 101**, con código N° **01-05216-06**, a favor de **BACK ARC MINERALS S.A.C.**.

Mediante escrito N° 01-008916-07-T, de fecha 17 de setiembre del 2007 (fs. 47-68) y ampliado mediante escrito N° 01-010001-07-T, de fecha 11 de octubre del 2007 (fs. 71-80), **NEWMONT PERU S.R.L.**, titular de los petitorios mineros **AYAHUANCA 478**, **AYAHUANCA 479**, **AYAHUANCA 480** y **AYAHUANCA 481**, solicita sustituirse en el expediente del petitorio minero **TACNA 101**, con código N° **01-05216-06**, en atención a que don Ever Jesús Amado Márquez siendo empleado de Newmont en el 2006 a través de su empresa Back Arc Minerals SAC solicitó el petitorio TACNA 101.

Sobre el particular cabe señalar que se procedió a tramitar la solicitud de sustitución de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 143 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No.014-92-EM, advirtiéndose que con Informe N° 4754-2007-INGEMMET-DCM-UTO de fecha 22 de octubre del 2007 (fs. 82-84), la Unidad Técnico Operativa señala que en el área del petitorio minero **TACNA 101**, con código N° **01-05216-06** se advierten cuatro derechos mineros colindantes (**AYAHUANCA 478**, **AYAHUANCA 479**, **AYAHUANCA 480** y **AYAHUANCA 481**), quedando acreditada la proximidad existente entre los mencionados derechos.



Por resolución de fecha 24 de octubre del 2007, se **CITA** a **BACK ARC MINERALS S.A.C.**, titular del derecho minero **TACNA 101**, con código N° **01-05216-06** y a **NEWMONT PERU S.R.L.**, titular de los petitorios mineros **AYAHUANCA 478**, **AYAHUANCA 479**, **AYAHUANCA 480** y **AYAHUANCA 481** a **AUDIENCIA DE COMPARENDO** a llevarse a cabo el día miércoles 21 de noviembre de 2007, a las 15:00 horas, en la Dirección de Concesiones Mineras del **INSTITUTO GEOLOGICO Y METALURGICO**.

Mediante Acta de fecha 21 de noviembre del 2007 (fs.88), las partes involucradas no han llegado a acuerdo alguno, manteniendo sus posiciones, es así que **NEWMONT PERU S.R.L.**, titular de los petitorios mineros **AYAHUANCA 478**, **AYAHUANCA 479**, **AYAHUANCA 480** y **AYAHUANCA 481**, se ratifica en la denuncia de sustitución, en consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 143 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, correspondía la apertura de un periodo probatorio máximo de 30 días, después de los cuales pasaría a resolver la autoridad.

Por resolución de fecha 11 de diciembre del 2007, se abre a prueba el procedimiento de sustitución por el plazo de 30 días, luego del cual se emitirá la resolución que corresponda.

Al respecto debe indicarse, que el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, precisa 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 10 kilómetros de cualquier punto del perímetro que encierra el área en donde se ubiquen 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.

Es preciso señalar, que de acuerdo al convenio de la Institución y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, SUNARP y en aplicación de los principios de celeridad, eficacia y economía administrativas, se procedió a acceder a la partida registral de los Registros Mineros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, SUNARP, verificándose que **BACK ARC MINERALS S.A.C.**, se encuentra debidamente inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registro Públicos en el asiento A 00001, de la partida electrónica N° 11303972.

El artículo 77° del Código Civil señala que la existencia de la Persona Jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la Ley; y que tiene existencia distinta de sus miembros de acuerdo al artículo 78°.

El artículo 78° del Código Civil señala que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

**BACK ARC MINERALS S.A.C.** tiene existencia propia por estar inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos en el asiento A 00001, de la partida electrónica N° 11303972, es una persona jurídica, por el solo hecho de su constitución, así como por lo dispuesto en el artículo 78° del Código Civil antes citado; 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 artículo 78 del Código Civil, la persona Jurídica tiene existencia distinta de sus miembros.

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.

Para la correcta aplicación de la norma legal acotada, debe tenerse presente el principio plasmado 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 o interpretación.**


En ese sentido, no cabe aplicar por analogía o interpretación la limitación contemplada en el citado artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, a supuestos no expresamente previstos en el texto de la norma.


De todo lo anterior se tiene que en el presente caso, de acuerdo a las normas referidas no corresponde a **NEWMONT PERU S.R.L.** solicitar la sustitución sobre el derecho minero **TACNA 101**, con código N° **01-05216-06** por cuanto la empresa **BACK ARC MINERALS S.A.C.** tiene una existencia distinta a la de los accionistas que la integran y, por lo tanto, distintos derechos y deberes.

En consecuencia, se tiene que **BACK ARC MINERALS S.A.C.**, titular del petitorio minero **TACNA 101**, con código N° **01-05216-06**, no es socio, director, representante y tampoco es contratista de **NEWMONT PERU S.R.L.**; por lo que no está comprendido dentro de los alcances del artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

Por lo expuesto, los suscritos somos de opinión se declare infundado el pedido de sustitución de **NEWMONT PERU S.R.L.** efectuado mediante escrito N° 01-008916-07-T, de fecha 17 de setiembre del 2007 y ampliado mediante escrito N° 01-010001-07-T, de fecha 11 de octubre del 2007.

Lima, 18 de abril del 2008

  
EDILBERTO LOBATON MONTOYA  
Abogado de la Unidad Técnico Normativa  
Dirección de Concesiones Mineras

  
CAROLINA PALOMINO CABALLERO  
Directora de la Unidad Técnico Normativa  
Dirección de Concesiones Mineras

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO  
Y METALÚRGICO  
DIGITALIZADO  
22 MAYO 2008  
MANUEL CHINCHAY

Lima, 30 ABR 2008

De acuerdo con el informe que antecede: **DECLARESE** infundado el pedido de sustitución de **NEWMONT PERU S.R.L.** efectuado mediante escrito N° 01-008916-07-T, de fecha 17 de setiembre del 2007 y ampliado mediante escrito N° 01-010001-07-T, de fecha 11 de octubre del 2007.- **NOTIFIQUESE.**-



ANGEL CHAVEZ MENDOZA  
Dirección de la Dirección de Concesiones Mineras  
Instituto Geológico Minero y Metalúrgico

**TRANSCRITO A:**  
**BACK ARC MINERALS S.A.C.**  
JR. ATALAYA N° 146  
BREÑA  
LIMA 05

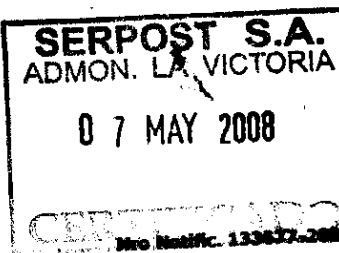
**NEWMONT PERU S.R.L.**  
CALLE 41 N° 894  
SAN ISIDRO  
LIMA 27

INFORME N° 4509 Y RESOLUCION DEL 30/04/2008

010521606 - TACNA 101

SRES.  
BACK ARC MINERALS S.A.C.  
JR. ATALAYA N° 146

BREÑA - LIMA - LIMA  
L-05



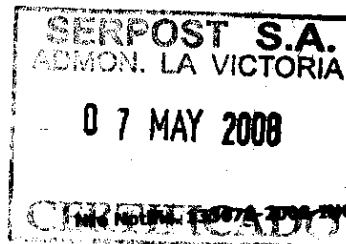
Mto. Núm. 133637-2008-INGEMMET

INFORME N° 4509 Y RESOLUCION DEL 30/04/2008

010521606 - TACNA 101

SRES.  
NEWMONT PERU S.R.L.  
CALLE 41 N° 894

SAN ISIDRO - LIMA - LIMA  
L-27



Mto. Núm. 133637-2008-INGEMMET

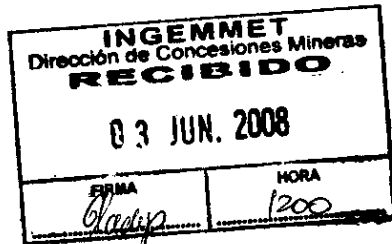
COPIA INFORMATIVA  
Emitida a través de consultas por internet. No tiene validez  
para trámites administrativos, judiciales u otros.

# ANEXO VII





**Asunto: Interpone Recurso de Revisión contra Resolución de la Dirección de Concesiones Mineras de fecha 30 de abril de 2008, que declara infundado pedido de sustitución.**



**Petitorio: Tacna 101**

**Código: 01-0521606.**

**Ref. Escrito N° 01-008916-07-T, ampliado por escrito N° 01-010001-07-T.**

**SEÑOR DIRECTOR GENERAL DE CONCESIONES MINERAS DEL INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO - INGEMMET:**

Newmont Perú S.R.L., en adelante en el presente escrito "Newmont", con RUC N° 20110345519, inscrita en la ficha N°039014 del Libro de Sociedades Contractuales y Otras Personas Jurídicas del Registro Minero integrada con la Partida Electrónica N° N°11020288 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, con domicilio en Calle 41 N° 894, San Isidro, Lima, debidamente representada por su apoderado ingeniero Oscar Bernuy Verand identificado con DNI N°10491805, según poder inscrito en el asiento A-10 de la Partida Electrónica antes citada, en el procedimiento de obtención de título de concesión minera del petitorio minero **TACNA 101**, a Usted decimos:

Que, al amparo de lo establecido en el artículo 154 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería ("Ley General de Minería"), interponemos RECURSO DE REVISIÓN contra la Resolución de la Dirección de Concesiones Mineras de fecha 30 de abril de 2007, que declara infundado pedido de sustitución presentado por Newmont en el procedimiento de titulación del petitorio minero Tacna 101, Código 01-05216-06.

La resolución recurrida agravia el interés de Newmont por cuanto ha sido dictada en contravención a los principios generales del derecho y sin tener en cuenta los argumentos expresados por Newmont, por lo que incurre en causal de nulidad que se tipifica en los incisos 1 y 2 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, N° 27444 ("LPAG"), según pasamos a fundamentar:



## ANTECEDENTES:

1. Con fecha 17 de setiembre de 2007, Newmont solicitó la sustitución como titular del petitorio minero Tacna 101, presentado por la empresa Back Arc Minerals S.A.C. ("Back Arc") sustentada en que dicho petitorio se encuentra ubicado dentro del radio de los 10 kilómetros de ubicación de sus concesiones mineras Ayahuanca 478, Ayahuanca 479, Ayahuanca 480 y Ayahuanca 481 y que el accionista mayoritario de la empresa Back Arc, señor Ever Jesús Márquez Amado (el "señor Márquez") se desempeñaba como geólogo de Newmont, de cuya base de datos obtuvo la información necesaria para formular el petitorio Tacna 101.
2. En efecto, tal como se demostró en el pedido de Newmont y sus ampliatorias, la empresa Back Arc peticionaria del petitorio Tacna 101, está conformada por los siguientes accionistas: el señor Márquez, titular de 998 acciones; Olavo Edgar Márquez Amado, titular de 1 acción; y, Amílcar Gumersindo Arana Amado, titular de 1 acción.
3. Es el caso que, tal como se ha demostrado en el pedido de sustitución, el señor Márquez se desempeñaba como ingeniero geólogo de Newmont en el momento en que la empresa de la que es accionista mayoritario solicitó el petitorio minero Tacna 101, que está dentro de los 10 kilómetros de la ubicación de las concesiones Ayahuanca 478, Ayahuanca 479, Ayahuanca 480 y Ayahuanca 481 que son de Newmont.
4. En la solicitud de sustitución, Newmont precisó que la Ley General de Minería señala que el impedimento establecido en su artículo 36, se extiende a los parientes de la persona natural, sin aclarar que el mismo impedimento se extenderá a las personas jurídicas en los casos que exista una relación de control directo o indirecto, esto para evitar, tal como lo reconocen legislaciones relativas al Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, Ley General de Sociedades que vía la constitución de una persona jurídica se viole flagrantemente la Ley.

Se hizo hincapié en que la autoridad al momento de resolver el pedido de sustitución no debía considerar que se trataba de un caso de analogía, definido





encuentra su excepción en el principio de la relatividad, el cual se configura excepcionalmente en caso de abuso (conflicto de un derecho subjetivo con un legítimo interés) o el fraude (realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa), que se presentan, principalmente, respecto de la forma jurídica o de la responsabilidad limitada”<sup>1</sup>. (El subrayado es nuestro).

De lo señalado en el párrafo anterior se desprende que para desestimar la autonomía de la persona jurídica tendríamos que estar ante supuestos de abuso de derecho o fraude a la ley.

8. El abuso de derecho implica la existencia de un conflicto entre un derecho subjetivo con un legítimo interés. Ello resulta aplicable al caso que presentó Newmont pues se tiene por un lado, el derecho subjetivo que tiene la empresa Back Arc a gozar de una existencia distinta a la de sus miembros (consagrado expresamente en el artículo 78 del Código Civil) y por otro, el legítimo interés de Newmont a no verse afectado por actos fraudulentos de las personas que hayan trabajado para dicha empresa utilizando información a la que hayan tenido acceso en el ejercicio de sus labores. Configurado el supuesto de hecho, la conducta dolosa del señor Márquez encaja dentro de la figura del abuso de derecho, por lo que la autoridad no debió hacer una interpretación literal y restrictiva del artículo 36 de la Ley, en la medida que, siendo el señor Márquez titular del 98% de las acciones de Back Arc resulta evidente que su intención fue la de abusar de la personalidad jurídica<sup>2</sup> de su empresa para eludir los efectos de la norma mencionada.
9. Por otro lado, la conducta desplegada por el señor Márquez constituyó además un fraude a la ley, el mismo que implicó la realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa. El señor Márquez pretende eludir a través de su conducta dolosa el mandato imperativo del artículo 36 de la Ley General de Minería, solicitando el petitorio Tacna 101 a través de su empresa, teniendo como “cobertura” al ya citado

<sup>1</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 5ª edición. Editorial Rodhas. Lima. 2006. P. 782.

<sup>2</sup> Es preciso destacar que el abuso de la personalidad jurídica o, en términos de Juan Espinoza, “la personalidad colectiva” es una especie del principio general del abuso de derecho.

artículo 78 del Código Civil (norma que distingue a la persona jurídica de los miembros que la conforman).

10. Al haberse configurado tanto el supuesto de abuso de derecho como de fraude a la ley, se tiene motivos suficientes para relativizar la personalidad jurídica de la empresa y por tanto, cabe aplicar la desestimación de dicha personalidad jurídica a Back Arc, entendida por el profesor Dobson como *"(...) el conjunto de remedios jurídicos mediante los cuales resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Los problemas del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades y de las asociaciones importa en algunos casos la necesidad de prescindir de la personalidad misma de la sociedad o de la asociación, ya que el abuso se hace con el uso de la forma jurídica"*<sup>3</sup>.
11. Lo estipulado por Dobson guarda relación y se ve reforzado por la posición de Juan Espinoza quien citando a Serik, señala que, se puede desconocer la forma de la personalidad jurídica cuando se abusa de la misma. A su vez existirá abuso cuando, *"(...) a través del instrumento de la persona jurídica, se tratan de evitar los alcances de una ley o de sustraerse a las obligaciones contractuales o de dañar fraudulentamente a terceros. Es el caso de servirse de la persona jurídica para eludir la prohibición legislativa o contractual de concurrencia, ya que ello comportaría la identificación entre sociedad y socio que, controlándola, la disfruta para tal fin ilícito y por consiguiente se debe extender a la persona jurídica la prohibición de concurrencia"*<sup>4</sup>.
12. En el pedido de sustitución se sustentaron razones fundadas para desestimar la personalidad jurídica de Back Arc pues en términos de Dobson, el abuso se ha perpetrado con el uso de la forma jurídica, es decir creando una empresa para eludir la disposición del artículo 36 de la Ley. El señor Márquez ha actuado en interés propio, por más que formalmente no haya sido específicamente él quien formulara el petitorio Tacna 101. En ese sentido, la autoridad debió analizar no sólo el aspecto formal en este caso sino también las verdaderas intenciones

<sup>3</sup> DOBSON ALVAREZ, Juan. *El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985. p. 11-12.

<sup>4</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op.cit.* p.786.

(claramente dolosas) que llevaron al señor Márquez a formular el petitorio Tacna 101 utilizando la información que obtuvo en el ejercicio de sus funciones como ingeniero de Newmont. En palabras de Ricaro De Ángel, "(...) cabe adentrarse en el seno de la persona jurídica (su substratum), para que de ese modo se ponga coto a los fraudes y abusos que por medio del manto protector de la persona jurídica se pueden cometer"<sup>5</sup>.

13. No existen parámetros determinados para proceder a la redhibición (levantamiento del velo o desestimación) de la personalidad jurídica para penetrar en la estructura real de la empresa, pese a lo cual, abundante doctrina se ha pronunciado al respecto y ha establecido que deben respetarse cuatro condiciones básicas para ello<sup>6</sup>:
- a) Situación de control sobre la sociedad (Vinculación empresarial o de accionista mayoritario, dominio de una sobre otra, control absoluto, dictatorial de uno o pocos socios).
  - b) Actuación ilícita o fraudulenta (Abuso de Derecho). Es la llamada utilización disfuncional de la persona jurídica por la que la sociedad es usada para burlar la ley y "desbaratar los derechos de terceros". Debe considerarse al DOLO cuando se violan leyes de orden público, bastando la culpa cuando se menoscaba el derecho de terceros.
  - c) Perjuicio.
  - d) Respetar el principio de subsidiariedad (Última ratio).

Las cuatro condiciones recogidas de la doctrina por Gustavo Ruiz son perfectamente aplicables a nuestro caso, pues el señor Márquez, en su calidad de accionista mayoritario (cuenta con el 98% de las acciones de Back Arc) tiene un control absoluto sobre la sociedad, tanto en cuanto a derechos políticos (voto) como económicos. Además es preciso señalar que se cumple con el principio de subsidiariedad, pues si bien la desestimación de la personalidad jurídica de una empresa no puede configurarse como una regla general, contamos con argumentos fundados para exigir, con carácter excepcional que se interprete el artículo 36 de la Ley de manera extensiva, al existir pruebas suficientes de un

<sup>5</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del "Levantamiento del Velo" de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*. Cuarta Edición, Civitas, Madrid, 1997. p. 62-63.

<sup>6</sup> RUIZ TORRES, Gustavo. EL ALLANAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA (O EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA). En *Hechos de la Justicia*. Agosto 2005.

actuar fraudulento por parte del señor Márquez. De no hacerlo se estaría convalidando una conducta dolosa y contraria a la buena fe que debe primar en la actuación de todo sujeto de derecho, abriendo las puertas para que otros sujetos con las mismas intenciones incurran en las mismas actuaciones fraudulentas.

14. La desestimación o negación de la persona jurídica es en suma una operación que se produce como consecuencia de una observación de la realidad sobre la base del abuso de la forma de la persona jurídica. En opinión de Serik, "(...) esta metodología no supone negar la personalidad jurídica, sino proceder de este modo sólo en el caso específico de una falta de adecuación a la realidad. A raíz de la constatación de la presencia de actos ilícitos en el seno de la persona jurídica se hacía necesario, con cierta frecuencia, superar la barrera impuesta por la "forma" de la persona jurídica, dejarla de lado, para poder individualizar e identificar a las personas naturales que le sirven de substrato existencial, las mismas que real y efectivamente actúan en nombre y representación de aquel hasta entonces considerado como un mero espectro formal"<sup>7</sup>.
15. Como se acredita en el expediente de sustitución, varios y muy reconocidos autores reconocen a la desestimación de la personalidad jurídica (o levantamiento del velo societario) como un mecanismo para evitar actuaciones fraudulentas (puntuales y claramente identificadas como es el caso que nos ocupa) de las personas jurídicas en contra de otros sujetos de derecho. Este mecanismo bien puede ser aplicado por el operador jurídico en el caso del artículo 36 de la Ley, teniendo en cuenta que existe un vacío legal que ha permitido y podría seguir permitiendo que personas inescrupulosas se aprovechen dolosamente de él.
16. Sin perjuicio de lo afirmado, inclusive los más escépticos a la aplicación de este principio aceptan que "(...) su aplicación solo debería darse en el caso de sociedades cerradas, familiares o con escasos accionistas"<sup>8</sup>. Ello refuerza aún más nuestro planteamiento puesto que Back Arc es una sociedad anónima cerrada integrada por parientes (el señor Márquez, su hermano y su cuñado), cuyo control casi absoluto lo ejerce el propio señor Márquez.

<sup>7</sup> SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Giuffrè. Milano. 1966. pág. 4-5.

<sup>8</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. I.P.A. Lima. 1956.

17. Jurisprudencia de algunas entidades públicas de nuestro país consignan en numerosas ocasiones criterios para evitar o desbaratar actuaciones fraudulentas de diversos sujetos que, como en el caso del señor Márquez, utilizan las normas de mala fe y de manera dolosa. Ellos son los casos de vinculación económica entre empresas, que buscan utilizar de manera fraudulenta una situación jurídica determinada. Por ello, es oportuno tomar en cuenta dicha jurisprudencia, a efectos de formar un criterio que permita aplicar de manera adecuada el artículo 36 de la Ley.
18. La Resolución del Tribunal Fiscal N° 18464 de fecha 15 de junio de 1984, respecto del derogado patrimonio empresarial que consideraba como patrimonio de las sucursales de empresas extranjeras el saldo acreedor de la cuenta principal, declaró que sostener que ese saldo acreedor está limitado a dicha cuenta, excluyéndose por tanto el saldo acreedor con otras entidades vinculadas económicamente a la principal, tales como sucursales o filiales en otros países o en su caso matrices de la propia principal, sería admitir una utilización indebida de las formas jurídicas con el objeto de disfrazar la realidad económica. El mismo 15 de junio de 1984 se expidió la Resolución N° 18463, la misma que se hizo prevalecer el principio de la realidad económica en un caso de una empresa que prestó dinero a otra a través de su sucursal.
19. En los dos casos aludidos, el Tribunal Fiscal hizo primar la realidad económica a efectos de evitar actos fraudulentos por parte de los contribuyentes. Ello se condice con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Tributario vigente, el mismo que establece que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.
20. En materia laboral también se ha emitido abundante jurisprudencia referida a criterios de vinculación económica que han utilizado los jueces para evitar actos que intenten trastocar los fines de las normas. En este ámbito, ello se ve reforzado por el artículo I de la Ley Procesal del Trabajo, la misma que establece que el proceso laboral se inspira, entre otros, en el principio de veracidad o realidad (también llamado primacía de la realidad). Este principio, "(...) *permitirá hacer responder a los efectivos titulares de la actividad empresarial,*

*imputándoles a ellos las obligaciones laborales, careciendo de poder disuasorio la estructura formal construida*<sup>9</sup>.

21. La Ejecutoria del 3 de marzo de 1944 falló a favor de la acumulación de los periodos de servicio prestados a una empresa principal y su subsidiaria pues existía vinculación económica entre ellas, ordenando a Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus & Jhonston del Perú que paguen solidariamente los beneficios sociales del señor Alejandro Orihuela<sup>10</sup>. Esta resolución constituye un importante precedente que marca de la pauta de futuras resoluciones en las que se haría primar la realidad sobre el "disfraz jurídico" elaborado por una persona natural o jurídica para evadir sus obligaciones o burlar a las normas, tal como lo hizo el señor Márquez para eludir los efectos del artículo 36 de la Ley.
22. Se enunció 3 sentencias adicionales que dan cuenta de la tendencia de los jueces laborales a respetar la realidad económica sobre la jurídica:
  - Sentencia del Tribunal del Trabajo del 16 de octubre de 1985, en los seguidos por Rufino Dávila contra A y F Wiese y Wiese Representaciones, donde se señaló que para determinar si existía nexo causal entre las empresas a las que prestó servicio un trabajador que reclamaba se sumaran los tiempos de servicios prestados a una y otra, se debía verificar si una es subsidiaria o filial de la primera o si formaban parte de un grupo de empresas que se encontraban bajo el control común directo o indirecto de la empresa que poseía la propiedad del mayor número de acciones<sup>11</sup>.
  - Ejecutoria Suprema del 27 de abril de 1993, en los seguidos por Arturo Carhuayo Suárez contra el Grupo CESCO se dispone que cuando se demande el pago de solidario de los beneficios sociales es necesario acreditar la vinculación existente entre las empresas emplazadas, pues si bien constituyen un conjunto de empresas autónomas, en los hechos no lo son cuando están sujetas a una dirección y control económico único. En esa medida, deben responder por los derechos sociales emergentes<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cita tomada de la Cfr. Sentencia del 18 de diciembre de 1992 de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

<sup>10</sup> MORALES CORRALES, Pedro y DE LOS HEROS, Alfonso. *Manual de Jurisprudencia Laboral*. Tomo I. Gráfico Nuevo Mundo. Lima. 1998. p. 1.

<sup>11</sup> MORALES CORRALES, Pedro y DE LOS HEROS, Alfonso. Ob.cit. p. 245-258.

<sup>12</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *La utilización fraudulenta de la Persona Jurídica*. Jurista Editores. Lima. p. 248.

- Sentencia del 28 de diciembre de 2001, emitida por el Sexto Juzgado Laboral de Lima, en la que el demandante Augusto Li Chan demostró la existencia de traspasos irregulares de personal en el grupo económico CESCA, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad se devela la existencia de un copatronato, razón por la que el juzgado determinó la responsabilidad solidaria entre el controlante ya las empresas dominadas.<sup>13</sup>
23. Todos los argumentos tratados en la argumentación de Newmont condujeron hacia una conclusión ineludible: Nuestra legislación y jurisprudencia han creado mecanismos para evitar que a través de los beneficios de los que goza una persona jurídica (diferenciación respecto de sus integrantes, responsabilidad limitada, etc) abuse de su situación y genere perjuicios a terceros de buena fe. Tanto en materia laboral como tributaria prevalece el principio de la realidad económica, que como hemos visto evita que las empresas trastoquen la intención que cada una de sus normas tienen. Así pues, en el caso que nos ocupa, pese a que el artículo 36 de la Ley establece la prohibición de “adquirir para sí” concesiones en el sector donde se ubiquen las concesiones de las personas a las cuales está vinculada la peticionante, no se debe interpretar de manera restrictiva el referido artículo, pues de lo contrario se trastocaría la intención del legislador (en este caso, evitar el aprovechamiento de una condición laboral para perjudicar al antiguo empleador).
  24. Tal como lo señalamos la solicitud aludida en el encabezado, el señor Ever Jesús Márquez Amado, en adelante “el señor Márquez” constituyó la empresa Back Arc con el propósito de burlar la Ley en perjuicio de Newmont. Tal como se ha acreditado en el recurso de sustitución el señor Márquez trabajó en Newmont desde el 15 de octubre del 2002 hasta el 14 de junio del 2007 como geólogo senior, teniendo en el ejercicio de sus funciones conocimiento de las actividades mineras que Newmont venía desarrollando en la zona donde se formuló el petitorio minero TACNA 101.
  25. En efecto, la verdadera intención del señor Márquez al constituir la empresa Back Arc fue evitar la sustitución de Newmont en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, en la medida que el artículo 36 de la Ley establece la prohibición de **adquirir para sí**, entre otros, a los trabajadores de las

<sup>13</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. Ob.cit. p. 248.



personas jurídicas dedicadas a la actividad minera, 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. Siendo ello así, la prohibición no alcanzaría al señor Márquez, pues quien solicitó el petitorio minero TACNA 101 fue la empresa Back Arc, siendo ésta un ente distinto de los socios que la conforman. Sin embargo, ello constituye un acto contrario a la buena fe que por la existencia de un vacío legal ha sido empleado de manera dolosa por el señor Márquez y que en ninguna medida puede ser amparado por los operadores jurídicos.

26. Reputada doctrina tanto nacional como internacional recoge el principio de la relatividad de la personalidad jurídica en supuestos en los que, como es el materia del presente escrito, se produce un acto fraudulento que intenta burlar las disposiciones de una norma o perjudicar a personas que actúan de buena fe. En ese sentido, Juan Espinoza señala que "(...) *la regla de la autonomía subjetiva y patrimonial de la persona jurídica encuentra su excepción en el principio de la relatividad, el cual se configura excepcionalmente en caso de abuso (**conflicto de un derecho subjetivo con un legítimo interés**) o el fraude (**realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa**), que se presentan, principalmente, respecto de la forma jurídica o de la responsabilidad limitada*"<sup>14</sup>. (El subrayado es nuestro).

De lo señalado en el párrafo anterior se desprende que para desestimar la autonomía de la persona jurídica tendríamos que estar ante supuestos de abuso de derecho o fraude a la ley.

27. El abuso de derecho implica la existencia de un conflicto entre un derecho subjetivo con un legítimo interés. Ello resulta aplicable a nuestro caso pues tenemos por un lado, el derecho subjetivo que tiene la empresa Back Arc a gozar de una existencia distinta a la de sus miembros (consagrado expresamente en el artículo 78 del Código Civil) y por otro, el legítimo interés de Newmont a no verse afectado por actos fraudulentos de las personas que hayan trabajado para dicha empresa utilizando información a la que hayan tenido acceso en el ejercicio de

<sup>14</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 5ª edición. Editorial Realidad, Lima, 2006. P. 782.

sus labores. Configurado el supuesto de hecho, la conducta dolosa del señor Márquez encaja dentro de la figura del abuso de derecho, por lo que la autoridad no debería hacer una interpretación literal y restrictiva del artículo 36 de la Ley, en la medida que, siendo el señor Márquez titular del 98% de las acciones de Back Arc resulta evidente que su intención fue la de abusar de la personalidad jurídica<sup>15</sup> de su empresa para eludir los efectos de la norma mencionada.

28. Por otro lado, la conducta desplegada por el señor Márquez constituye además un fraude a la ley, el mismo que implica la realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa. El señor Márquez ha pretendido eludir a través de su conducta dolosa el mandato imperativo del artículo 36 de la Ley, solicitando el petitorio TACNA 101 a través de su empresa, teniendo como "cobertura" al ya citado artículo 78 del Código Civil (norma que distingue a la persona jurídica de los miembros que la conforman).
29. Al haberse configurado tanto el supuesto de abuso de derecho como de fraude a la ley, se tiene motivos suficientes para relativizar la personalidad jurídica de la empresa y por tanto, cabe aplicar la desestimación de dicha personalidad jurídica a Back Arc, entendida por el profesor Dobson como "(...) *el conjunto de remedios jurídicos mediante los cuales resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Los problemas del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades y de las asociaciones importa en algunos casos la necesidad de prescindir de la personalidad misma de la sociedad o de la asociación, ya que el abuso se hace con el uso de la forma jurídica*"<sup>16</sup>.
30. Lo estipulado por Dobson guarda relación y se ve reforzado por la posición de Juan Espinoza quien citando a Serik, señala que, se puede desconocer la forma de la personalidad jurídica cuando se abusa de la misma. A su vez existirá abuso

<sup>15</sup> Es preciso destacar que el abuso de la personalidad jurídica o, en términos de Juan Espinoza, "la personalidad colectiva" es una especie del principio general del abuso de derecho.

<sup>16</sup> DOBSON ALVAREZ, Juan. *El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985. p. 11-12.

cuando, "(...) a través del instrumento de la persona jurídica, se tratan de evitar los alcances de una ley o de sustraerse a las obligaciones contractuales o de dañar fraudulentamente a terceros. Es el caso de servirse de la persona jurídica para eludir la prohibición legislativa o contractual de concurrencia, ya que ello comportaría la identificación entre sociedad y socio que, controlándola, la disfruta para tal fin ilícito y por consiguiente se debe extender a la persona jurídica la prohibición de concurrencia"<sup>17</sup>.

31. En el caso materia del pedido de sustitución existen razones fundadas para desestimar (en el caso específico materia del presente recurso) la personalidad jurídica de Back Arc pues en términos de Dobson, el abuso se ha perpetrado con el uso de la forma jurídica, es decir creando una empresa para eludir la disposición del artículo 36 de la Ley. El señor Márquez ha actuado en interés propio, por más que formalmente no haya sido específicamente él quien formulara el petitorio TACNA 101. En ese sentido, la autoridad debe analizar no sólo el aspecto formal en este caso sino también las verdaderas intenciones (claramente dolosas) que llevaron al señor Márquez ha formular el petitorio TACNA 101 utilizando la información que obtuvo en el ejercicio de sus funciones como ingeniero de Newmont. En palabras de Ricaro De Ángel, "(...) cabe adentrarse en el seno de la persona jurídica (su substratum), para que de ese modo se ponga coto a los fraudes y abusos que por medio del manto protector de la persona jurídica se pueden cometer"<sup>18</sup>.
32. Es evidente y se demostró en el procedimiento de sustitución que el señor Márquez intentó adquirir para sí el petitorio minero Tacna 101 y que Back Arc solo fue creada para evitar sucumbir a los alcances de la norma, máxime si se tiene en cuenta que dicho señor es propietario del 98% de las acciones de la mencionada empresa. Por lo tanto, podemos concluir que el señor Márquez sí ha solicitado para sí el petitorio minero Tacna 101, disfrazando dicha situación a través de una argucia legal que el legislador no concibió al promulgar la norma. Bien lo dice el profesor Serik, "(...) El hombre puede existir sin la persona jurídica, mientras ésta no puede subsistir sin los seres humanos. Es el espíritu

<sup>17</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op.cit.* p.786.

<sup>18</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del "Levantamiento del Velo" de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*. Cuarta Edición, Civitas, Madrid, 1997. p. 62-63.

humano que ha creado la persona jurídica, es la capacidad creadora del hombre que le ha dado forma y ésta debe así la propia existencia al ordenamiento jurídico"<sup>19</sup>. Es evidente que el señor Márquez intentó adquirir para sí el petitorio minero Tacna 101 y que Back Arc solo fue creada para evitar sucumbir a los alcances de la norma, máxime si se tiene en cuenta que dicho señor es propietario del 98% de las acciones de la mencionada empresa. Por lo tanto, podemos concluir que el señor Márquez sí ha solicitado para sí el petitorio minero Tacna 101, disfrazando dicha situación a través de una argucia legal que el legislador no concibió al promulgar la norma. Bien lo dice el profesor Serik, "(...) El hombre puede existir sin la persona jurídica, mientras ésta no puede subsistir sin los seres humanos. Es el espíritu humano que ha creado la persona jurídica, es la capacidad creadora del hombre que le ha dado forma y ésta debe así la propia existencia al ordenamiento jurídico"<sup>20</sup>.

33. Luego de seguido el procedimiento establecido en la Ley General de Minería, se emite la resolución materia del presente recurso de revisión, por la que se declara infundado el pedido de sustitución, sustentada en el informe N° 4509-2008-INGEMMET-DCM-UTN, DE LA Unidad Técnica Normativa, que concluye que no corresponde a Newmont solicitar la sustitución por cuanto la empresa Back Arc tiene una existencia distinta a la de sus accionistas. La conclusión se sustenta en lo siguiente:

44.1 El artículo 36 de la Ley General de Minería establece las causales en las que procede la sustitución.

44.2 Back Arc se encuentra inscrita en el Registro de Personas Jurídicas.

44.3 Los artículos 77 y 78 del Código Civil señala que la existencia de la persona jurídica comienza el día de su inscripción en el registro respectivo y que su existencia es distinta a la de sus miembros y que ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

44.4 Back Arc tiene existencia propia por lo señalado en el inciso anterior.

44.5 No es pertinente invocar la identidad de accionistas y directores de acuerdo al artículo 78 del Código Civil.

44.6 El derecho de sustitución es una restricción, por lo que debe tenerse presente lo señalado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil

<sup>19</sup> SERICK, Rolf. Ob.cit. p. 299.

<sup>20</sup> SERICK, Rolf. Ob.cit. p. 299.

**ANALISIS DE LA RESOLUCION DIRECTORAL DE LA DIRECCIÓN DE CONCESIONES MINERAS DE FECHA 30 DE ABRIL DE 2008, POR LA QUE SE DECLARA INFUNDADA LA SOLICITUD DE SUSTITUCIÓN PRESNETADA POR ENWMONT EN EL PROCEDIMIENTO DEL PETITORIO MINERO TACNA 101**

La Resolución cuya revisión se solicita por el presente escrito, debe ser revocada por haber incurrido en las causales de nulidad, que pasamos a detallar:

1. **La Resolución recurrida no se pronuncia sobre los argumentos expuestos por Newmont y como consecuencia de ello incurre en causal de nulidad tipificada en el inciso 2 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, N° 27444 ("LPAG").**

El artículo 10 de la LPAG establece que son nulos los actos administrativos que omitan algunos de los requisitos de su validez.

El artículo 3 de la LPAG señala que es requisito de validez del acto administrativo el objeto o contenido, el mismo que se debe ajustar a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente y comprender las cuestiones jurídicas de la motivación. A su vez el artículo 5 de la misma norma, indica que el acto administrativo debe pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas en el proceso.

En el presente caso la autoridad ha declarado improcedente la solicitud de sustitución presentada por Newmont, sin haber analizado los argumentos presentados por la empresa, como son el abuso del derecho y el fraude a la Ley, muy por el contrario se limita a aplicar una formula general y vaga utilizada en todos los casos de sustitución.

Por lo tanto, la resolución impugnada es nula por haber incurrido en causal de nulidad prevista en el inciso 2 del artículo 10 de la LPAG al haberse dictado en contravención a los artículos 3 y 5 de la ley mencionada.

2. **La Resolución recurrida carece de la debida motivación, requisito de validez del acto administrativo y como consecuencia de ello incurre en causal de nulidad tipificada en el inciso 2 del artículo 10 de la LPAG**

Instituto Geológico Minero y  
Metalúrgico - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras

Ciento treinta y cinco  
LETRAS

FOLIOS ..... 135 15

Conforme lo dispone el inciso 4 del artículo 3 de la LPAG uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es su motivación. Para cumplirse con este requisito de validez, el artículo 6 de la misma ley dispone que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. En tal sentido, no se admiten como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto, lo que se conoce como motivación aparente.


La debida motivación implica que el acto administrativo debe estar motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. En el presente caso la resolución materia del grado, se limita a aplicar la fórmula ya conocida respecto de la sustitución sin detenerse a hacer un análisis de los fundamentos expresados por Newmont y que se reseñan en el presente recurso de revisión.

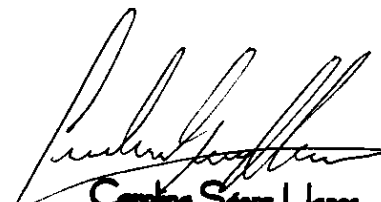

Por tanto la resolución recurrida es nula por carecer de la debida motivación.

**POR LO EXPUESTO:**

A Usted Señor Director de Concesiones Mineras del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico, solicitamos se sirva admitir el presente recurso de revisión, concederlo y elevarlo al Consejo de Minería en donde obtendremos su revocatoria.

Lima, 2 de Junio de 2008

  
Newmont Perú S.R.L.  
Oscar Bernuy Verand  
Apoderado

  
Carolina Sáenz Llanos  
INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO - INGEMMET  
Dirección de Concesiones Mineras  
  
LETRAS  
FOLIOS.....136.....  
NUMEROS.....

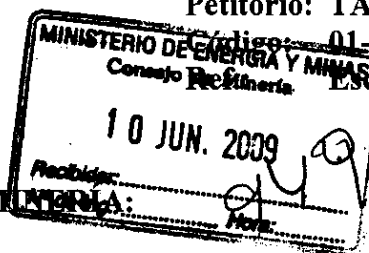
# **ANEXO VIII**



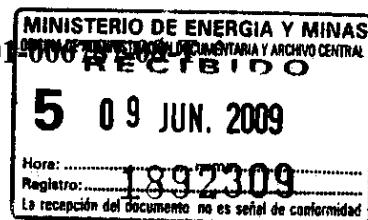


Sumilla: Presentamos descargos

Petitorio: TACNA 101



Edicto: 01-05216-06  
Escrito No. 01-0006



SEÑORES CONSEJO DE MINERIA:

BACK ARC MINERALS S.A.C. (en adelante, "BAM"), con Registro Único de Contribuyentes (RUC) No. 20502883314, con domicilio para estos efectos en Jirón Atalaya 146, Breña, debidamente representada por su Gerente General, señor Esteban Máximo Salazar Miranda, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 08187323, según poderes inscritos en el Asiento C00001 de la Partida Electrónica No. 11303972 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, a usted atentamente decimos:

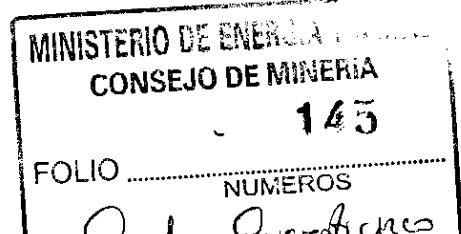
Que, con fecha 3 de junio de 2008, NEWMONT PERÚ S.R.L. (en adelante, "Newmont"), interpuso Recurso de Revisión contra la Resolución de fecha 30 de abril de 2007, emitida por la Dirección de Concesiones Mineras.

Que, con fecha 14 de junio de 2008 fuimos notificados con la Resolución del Director de la Dirección de Concesiones Mineras del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET) de fecha 11 de junio de 2008, la misma que concede el Recurso de Revisión interpuesto por Newmont, elevando los autos del expediente al Consejo de Minería.

Que, sin perjuicio de haber sido notificados con la mencionada Resolución que concede el Recurso de Revisión hace casi un año y a pesar de los múltiples requerimientos de nuestra parte para que el expediente se tramitado con mayor rapidez, a la fecha no hemos sido notificados con el Recurso de Revisión a que se hace referencia en el párrafo precedente.

Que, en vista de lo anterior y con el objeto de hacer valer nuestros derechos, nos hemos visto en la necesidad de solicitar a través de los mecanismos de acceso a la información que prevé nuestra legislación, una copia del mencionado Recurso de Revisión de Newmont.

Que, de conformidad con el Principio del Debido Procedimiento, establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.





MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA	
CONSEJO DE MINERÍA	
FOLIO	147
NUMEROS	
LETRAS	

**II. EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA NO RESULTA APLICABLE AL PRESENTE CASO**

8. El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones. En tal sentido, el principio general que rige las actividades mineras es el de libre acceso, de modo que cualquier particular que cumpla con las condiciones requeridas por las distintas disposiciones normativas que regulan el ejercicio de la actividad minera, tiene derecho a solicitar y a que se le otorgue una concesión minera para su explotación.
9. Dicho principio ha sido expresamente recogido y desarrollado por el artículo VII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-EM (en adelante, la "LGM") el cual dispone que:

*"VII. El ejercicio de las actividades mineras, excepto el cateo, la prospección y la comercialización, se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son de orden público. Las concesiones se otorgan tanto para la acción empresarial del Estado, cuanto de los particulares, sin distinción ni privilegio alguno." (el subrayado es nuestro)*

En ese sentido, tanto los particulares como las empresas del Estado tienen la facultad de realizar actividades mineras, salvo aquellas excepciones expresamente establecidas en la LGM.

10. Como todo principio general, el de libre acceso a concesiones mineras y a la actividad minera en general cuenta con restricciones específicamente contempladas y desarrolladas por ley. Así, entre éstas tenemos las prohibiciones que alcanzan a autoridades del gobierno, autoridades políticas y a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales de ejercer actividades de la industria minera en determinadas circunstancias<sup>1</sup>. De igual manera, la

<sup>1</sup> La LGM señala lo siguiente:

Artículo 31.- No podrán ejercer actividades de la industria minera durante el ejercicio de sus funciones o empleos, el Presidente de la República, los Miembros del Poder Legislativo y del Poder Judicial, los Ministros de Estado y los funcionarios que tengan este rango, el Contralor General, los Procuradores Generales de la República y los funcionarios y empleados del Sector Energía y Minas nombrados o asignados a la Alta Dirección, al Consejo de Minería, a la Dirección General de Minería, Dirección de Fiscalización Minera, a los Organos Regionales de Minería y al Registro Público de Minería.

Tampoco podrán ejercer actividades de la industria minera el personal de los organismos o dependencias del Sector Público Nacional y Organismos Públicos Descentralizados que ejerzan función jurisdiccional o que realicen actividad minera.

Artículo 32.- En el territorio de su jurisdicción no podrán ejercer actividades de la industria minera, las autoridades políticas y los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.

Constitución Política del Perú contiene en su artículo 71 una restricción a la posesión de títulos sobre minas para los extranjeros cuando éstas se encuentren dentro de los 50 kilómetros de frontera.

11. En esa misma línea, el artículo 36 de la LGM, representa una clara restricción al principio general, sobre todo si tenemos en cuenta que dicho artículo se encuentra dentro del Título Cuarto de la referida ley titulado “Personas inhábiles para ejercer actividad minera”.

En efecto, el artículo 36 de la LGM señala lo siguiente:

*“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 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”.*

12. Como se puede apreciar, la referida norma constituye un supuesto de excepción al principio general. Así, cualquier norma que restrinja derechos (como es el caso de lo establecido en el referido artículo 36 de LGM) deberá establecer con la debida claridad y precisión los supuestos específicos que se encuentran restringidos, debiéndose interpretar dicha norma de forma restrictiva conforme al artículo 139 de la Constitución y la norma IV del Título Preliminar del Código Civil, como desarrollamos mas adelante.
13. Así, la prohibición que dispone el artículo 36 de la LGM es aplicable únicamente para los supuestos contemplados por dicha norma, esto es, para las personas (y parientes que dependan económicamente de estas personas) que desempeñen los siguientes cargos o funciones respecto de personas (naturales o jurídicas) dedicadas a la actividad minera (los “Titulares”):

- a. Directores
- b. Representantes
- c. Trabajadores

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERÍA	
148	
FOLIO .....	NUMEROS
Creado	Eventuado

d. Contratistas

14. Las circunstancias bajo las cuales se darían los supuestos de prohibición son: (i) que el derecho minero solicitado se encuentre dentro del radio de 10 kilómetros de cualquier punto del perímetro que encierre el área en donde se ubican las concesiones de las personas a las cuales están vinculadas, es decir, de los Titulares y; (ii) que no cuenten con autorización expresa por parte de los Titulares para tener derechos mineros dentro de la zona señalada.
15. En consecuencia, únicamente las personas que se encuentran expresamente indicadas en el artículo 36 de la LGM se encuentran prohibidas de ser titulares de derechos mineros dentro del radio de 10 kilómetros de las concesiones de los Titulares, no siendo posible extender el supuesto hacia otras personas y forzar el sentido de la norma haciendo interpretaciones extensivas y analógicas que no se permiten en el caso de una norma de excepción según lo antes señalado.
16. En consecuencia, el supuesto establecido en el artículo 36 de la LGM no resulta aplicable a BAM, puesto que, como resulta claro, ésta no es representante, trabajador, director ni contratista de Newmont.

**III. LOS ARGUMENTOS DE NEWMONT**

17. Los argumentos de Newmont en su solicitud de sustitución y en el Recurso de Revisión son, fundamentalmente, los siguientes:
  - (i) El impedimento establecido en el artículo 36 de la LGM debe ser extendido a las personas jurídicas cuando éstas mantengan una relación de vinculación o control directo o indirecto con alguna persona que se encuentre dentro supuesto del referido artículo.
  - (ii) Se trata de un caso de vacío legal y ante dicho vacío legal el ámbito de aplicación del artículo 36 de la LGM debe ser extendido a otros supuestos (como el del presente caso).
  - (iii) El señor Márquez es accionista de BAM, empresa que fue constituida con el propósito de formular el petitorio minero TACNA 101 y burlar la aplicación del artículo 36 de la LGM en perjuicio de Newmont.
  - (iv) BAM ha realizado actos fraudulentos y de abuso de derecho por lo que no le debe ser aplicable lo establecido en el artículo 78 del Código Civil, el mismo que establece el derecho subjetivo de la persona jurídica a gozar de una existencia distinta a la de sus miembros. En consecuencia, la falta de aplicación el artículo 36 de la LGM a BAM.

18. En referencia a los puntos (i) y (ii) de los argumentos de Newmont, debemos señalar que en el presente caso es claro que no existe vacío legal alguno, pues el legislador sí ha contemplado supuestos como el presente y ha optado por regularlos expresamente de acuerdo a la regla general contemplada en la LGM que establece que cualquier persona puede ser titular de un derecho minero.

Newmont pretende extender de forma indebida el supuesto del artículo 36 de la LGM al presente caso, lo que claramente se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico vigente conforme demostraremos a continuación.

19. Newmont pretende asimilar la presente situación a aquella conocida doctrinariamente como “Laguna de Derecho” la misma que consiste en “aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico”<sup>2</sup>. Sin embargo, como hemos indicado, no puede afirmarse que el presente caso nos encontremos frente a una “Laguna de Derecho”, ya que el supuesto sí se encuentra regulado conforme a la regla general contemplada en la LGM.

20. No obstante, cabe señalar que aún en el supuesto negado de que nos encontráramos frente a un vacío legal, Newmont pretende que una norma que restringe derechos, sea aplicada por analogía a otro supuesto no regulado por dicha norma.

21. Como hemos mencionado, el artículo 36 de la Ley de Minería es una norma excepcional que restringe derechos y, en ese sentido, no es posible extender su aplicación por analogía a supuestos no contemplados expresamente en la misma. Es más, el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos se encuentra expresamente recogido en el artículo 139 de la Constitución como una garantía de la función jurisdiccional.

22. Cabe mencionar que Newmont admite que, a pesar de ser una norma que restringe derechos y de carácter excepcional, el artículo 36 de la LGM debe “interpretarse excepcionalmente de manera extensiva”, sin tener en cuenta que por tratarse de una excepción dicha norma no puede “excepcionalmente” aplicarse de modo extensivo.

23. Como vemos, la interpretación que propone Newmont va en contra de la Constitución y del Código Civil, cuyo artículo IV del Título Preliminar establece de manera expresa que “la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

24. En la misma línea, el reconocido tratadista Marcial Rubio Correa se ha pronunciado señalando que “las obligaciones y prohibiciones (...) sólo pueden establecerse por norma expresa a las personas en virtud de que “nadie está obligado a hacer lo que la

<sup>2</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “El sistema jurídico. Introducción al Derecho”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 286.

ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe<sup>3</sup>". Asimismo, en el mismo sentido se vuelve a pronunciar al señalar que "no procede utilizar la analogía a partir de normas prohibitivas, excepcionales, especiales o de las que restringen derechos, pues son normas cuya *ratio legis* implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva"<sup>4</sup>.

25. En consecuencia, en vista que la *ratio legis* del artículo 36 de la LGM es restringir el desarrollo de la actividad minera por parte de determinadas personas y en determinados supuestos, no resulta posible que dicho supuesto sea "extendido" a situaciones que no se encuentran previstas en el mismo, ya que, ello atentaría contra de la seguridad jurídica, así como en contra de las garantías otorgadas por nuestro ordenamiento jurídico.
26. En consecuencia, aún en el supuesto negado de que nos encontráramos frente a un vacío legal como indica Newmont (el cual como hemos indicado reiteradamente no existe por cuanto el caso bajo análisis se encuentra perfectamente enmarcado dentro de la regla general) dicho vacío no podría ser "cubierto" con una norma que establezca excepciones o restrinja derechos como es el caso del artículo 36 de la LGM.

#### IV. INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE MINERÍA RESPECTO DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE MINERÍA

27. Cabe mencionar que el Consejo de Minería concuerda plenamente con la interpretación que hemos explicado anteriormente, en referencia al ámbito de aplicación del artículo 36 de la Ley de Minería.
28. Así, en la Resolución N° 139-2003-EM/CM se ha pronunciado sobre el caso de la señora Leonor Caballero Vargas, quien solicitó la sustitución sobre el derecho minero JOTA 2 por considerar que Gabriel Enrique Carrión Carcelén se encontraba inmerso en la prohibición del referido artículo 36, ya que era uno de los socios de la empresa Agroindustrias Bioper S.A.C., la cual había celebrado una transferencia de acciones y derechos mineros con la solicitante. El Consejo de Minería declaró infundada la solicitud señalando que la persona jurídica tiene existencia distinta a sus miembros, que no cabe aplicar por analogía las inhabilidades contempladas en el artículo y 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*

<sup>3</sup> Ibid. p. 295.

<sup>4</sup> Ibidem.

*legislador ha restringido los casos de inhabilidad sólo a aquellos expresamente contemplados en el texto de dicho artículo y, el derecho de sustitución, se confiere a aquella persona natural o jurídica directamente vinculada al infractor".* (el resaltado es nuestro)

29. De la misma manera ha resuelto el Consejo en las Resoluciones N° 175-2004-MEM/CM y N° 179-2004-MEM/CM.

En el primero de estos casos, se declaró infundado el pedido de sustitución por no haberse acreditado ninguno de los tipos especificados en el artículo 36 de la Ley de Minería ya que la solicitante "no acredita ninguno de los tipos especificados en el artículo 36° de la norma antes citada; es decir, no ha demostrado fehacientemente que el titular del derecho minero antes mencionado o su padre, el señor Alfredo Lutgardo Urquiaga Vega, sean socio, director, representante, trabajador o contratista de la recurrente".

En el segundo de los casos, se consideró que "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".

30. Como se puede apreciar, el Consejo de Minería ha venido interpretando correctamente el artículo 36 de la Ley de Minería estableciendo: (i) la imposibilidad de aplicar por analogía normas que restringen derechos; (ii) restringir los supuestos de aplicación del artículo 36 de la Ley de Minería únicamente a los estrictamente establecidos, y; (iii) que las personas jurídicas tienen existencia distinta a la de sus miembros.

#### V. **SOBRE EL SUPUESTO FRAUDE A LA LEY Y EL ABUSO DE DERECHO**

31. Por otro lado, Newmont ha señalado que el señor Márquez habría constituido la empresa BAM con el propósito de burlar el artículo 36 de la Ley de Minería en perjuicio de Newmont, puesto que el señor Márquez era titular del 99.8% de las acciones de BAM, por lo que resultaría evidente que su intención fue abusar de la personalidad jurídica de BAM para eludir los efectos del citado artículo. Según Newmont, ello habría sido posible en la medida en que el señor Márquez tuvo conocimiento de las actividades mineras que Newmont venía desarrollando en la zona.

32. Asimismo, Newmont sostiene que la actuación de BAM configura un supuesto tanto de fraude a la ley como de abuso de derecho.

#### 5.1 La inexistencia de un fraude a la ley

CONSEJO DE MINERÍA	152
FOLIO .....	NÚMEROS
Punto Encuentro del	



33. Al respecto, rechazamos las afirmaciones de Newmont. Debemos señalar que no es posible que se configure un supuesto de fraude a la ley, puesto que el fraude a la ley implica la realización de un acto al amparo de una norma llamada de “cobertura” para evitar los efectos de una norma imperativa que es la aplicable.
34. En el caso concreto, Newmont señala que BAM se “cubre” con la aplicación del artículo 78 del Código Civil, puesto que, según Newmont, se constituyó con la finalidad de cometer un ilícito legal.
35. Al respecto, es importante señalar que BAM fue constituida por Escritura Pública de fecha 11 de julio de 2001. Por otro lado, el señor Márquez trabajó en Newmont desde el 15 de octubre de 2002. En consecuencia, BAM fue constituida con anterioridad a que el señor Márquez entrara a trabajar a Newmont, motivo por el cual Newmont no puede alegar que BAM fue constituida con la finalidad de cometer un ilícito legal.
36. Más aún, BAM ha actuado en perfecto cumplimiento de las disposiciones aplicables, toda vez que el ordenamiento vigente permite que todos los que están en ejercicio de sus derechos civiles puedan solicitar al Estado que se les otorgue concesiones mineras en cualquier parte del territorio nacional.
37. En el presente caso no se ha realizado ninguna maniobra con el objeto de burlar la ley. Como podemos apreciar, BAM es una empresa que opera desde el año 2001 y que, por decisión de su gerente general formuló el petitorio TACNA 101. Como hemos mencionado anteriormente, la formulación de dicho petitorio es totalmente lícita y permitida por el ordenamiento legal aplicable.
38. Newmont pretende desconocer la distinción entre las personas jurídicas y sus accionistas (o quienes fueron accionistas, como en el presente caso) y con ello pretender plantear una situación de fraude que no existe.

## 5.2 Ausencia de un abuso de derecho

39. En el presente caso no existe abuso de derecho, pues para que se configure dicho supuesto debe producirse el ejercicio irregular de un derecho, lo que no ha ocurrido en este caso.

En efecto, BAM cuenta con pleno derecho a solicitar y acceder a derechos mineros, y, asimismo, como toda persona jurídica, cuenta con el derecho a que se le reconozca una existencia distinta a la de sus accionistas (artículo 78 del Código Civil).

CONSEJO DE MINERÍA	
153	
FOLIO	NUMEROS
Creto	Presuntivo

40. Adicionalmente, Newmont argumenta que BAM ha hecho uso de estos derechos con el fin de perjudicarlo, y que en consecuencia, deberá procederse a “levantar el velo societario”, pues en caso contrario se estaría amparando una actuación ilícita.

41. Lo anterior es absolutamente falso y rechazamos tales afirmaciones de Newmont. BAM ha actuado dentro de los límites de la legalidad y ha ejercido sus derechos dentro del marco del ordenamiento jurídico. BAM ha ejercido su derecho a ser titular de derechos mineros y ha solicitado estos derechos siguiendo el debido procedimiento establecido para ello, presentando toda la información requerida y cumpliendo con todos los requisitos exigidos.

42. Del mismo modo, Newmont pretende desconocer normas fundamentales del ordenamiento peruano al querer desconocer la separación entre BAM y sus accionistas. Al respecto, debemos recordar lo claro que resulta lo establecido por el artículo 78 del Código Civil:

***“Artículo 78.- Diferencia entre persona jurídica y sus miembros  
La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.”*** (el resaltado es nuestro)

43. Lo que no toma en cuenta Newmont es que dicha norma sí fue tomada en cuenta por el legislador al momento de redactar el artículo 36, motivo por el cual dejo intencionalmente a las personas jurídicas fuera de la exclusión establecida por dicha norma.

44. De otro lado, Newmont sostiene que el señor Márquez ha actuado de mala fe y de manera dolosa con el único objetivo de perjudicar a Newmont en provecho propio, y que, en ese sentido, ha recurrido al artificio de crear una persona jurídica con el propósito de cometer un ilícito legal. Ello resulta totalmente absurdo toda vez que BAM fue constituida con anterioridad a que el señor Márquez trabajara en Newmont y que los petitorios fueran solicitados.

45. Es muy importante dejar en claro que en el presente caso quien ha actuado (solicitando el petitorio TACNA 101) es BAM y no el señor Márquez como tendenciosamente pretende hacer creer Newmont.

Así, el señor Márquez no ha tenido ninguna participación en la solicitud de TACNA 101, puesto que BAM ha actuado (para tomar la decisión de formular el petitorio y para su solicitud) a través de su gerencia general según se aprecia en todas y cada una de las actuaciones administrativas conducentes al otorgamiento del petitorio, en donde interviene exclusivamente su Gerente General.

Tal como lo indica el artículo 78 del Código Civil, el señor Márquez y BAM son personas absolutamente independientes.

46. Como puede apreciarse, Newmont pretende de forma absolutamente incorrecta confundir a BAM con el señor Márquez y así valerse indebidamente del derecho de sustitución dispuesto en el 36 de la Ley de Minería. Como hemos indicado previamente, la pretensión de Newmont no tiene asidero legal por lo siguiente:

- (i) El artículo 78 del Código Civil dispone expresamente la separación entre las personas jurídicas y sus miembros (accionistas).
- (ii) El artículo 36 de la Ley de Minería no es aplicable al presente caso y no puede ser aplicado por analogía, puesto que se trata de un artículo que restringe derechos. BAM es una persona jurídica que no guarda ninguna relación con Newmont y por tanto no se encontraba prohibida de hacer el petitorio TACNA 101.
- (iii) El Consejo de Minería ha establecido en repetidas resoluciones que el artículo 36 de la Ley de Minería se aplica únicamente a los supuestos expresamente indicados por dicha norma y no puede aplicarse a otros supuestos (como indebidamente pretende Newmont).
- (iv) Newmont no ha ofrecido ningún medio probatorio ni argumento que relacione a BAM con Newmont (puesto que dicha relación no existe).

**POR TANTO:**

Solicitamos a Usted se sirva tener presente los argumentos expuestos y, en su oportunidad, **CONFIRMAR** la Resolución de fecha 30 de abril de 2007, emitida por la Dirección de Concesiones Mineras y desestimar el Recurso de Revisión de Newmont.

Lima, 09 de junio de 2009.

  
BACKARC MINERALS S.A.C  
Ing. Esteban Salazar Miranda  
Gerente General

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA  
CONSEJO DE MINERÍA  
155  
FOLIO .....  
NUMEROS  
Cento cincuenta y cinco  
LETRAS

# ANEXO IX



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

FOLIO ..... 177 .....  
 NUMEROS  
*Quinto setentisiete*  
 LETRAS

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
 Consejo de Minería

06 MAYO 2010

Recibido: .....  
 N.º de Ing.: ..... Hora: .....

Petitorio: Tacna  
 Solicita: Se tenga presente al momento de resolver

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
 OFICINA DE ADMINISTRACION DOCUMENTARIA Y ARCHIVO CENTRAL

**RECIBIDO**

2 06 MAYO 2010

Hora: .....  
 Registro: 01987755  
 La recepción del documento no es señal de conformidad

SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINERÍA:

**NEWMONT PÉRU S.R.L.** (en lo sucesivo "NEWMONT") con RUC N° 20110345519 inscrita en la ficha N°039014, del Libro de Sociedades Contractuales y Otras Personas Jurídicas del Registro Minero integrada con la Partida Electrónica N°11020288 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, con domicilio en Calle 41 N° 894, San Isidro Lima, representada por su apoderado ingeniero Oscar Bernuy Verand, según poder inscrito en el asiento 05 de la partida antes indicada, en el Recurso de Revisión interpuesto contra la Resolución del Director del Concesiones Mineras del INGEMMET, emitida con fecha 30 de abril del 2008, por la que se resuelve declarar infundada la solicitud de sustitución en el procedimiento del petitorio minero de la referencia, a Usted solicitamos que al momento de resolver se tenga presente, lo siguiente:

La Resolución recurrida es nula porque contraviene lo dispuesto en el Numeral 3.4 del artículo 3 y el artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, (en adelante "LPAG") por carecer de motivación y como consecuencia de ello incurre en la causal prevista en el Numeral 2 del artículo 10 de la referida Ley, según pasamos a exponer a continuación:

1. La Resolución recurrida fundamenta su negativa a la solicitud de sustitución en el procedimiento del petitorio minero Tacna 101, de NEWMONT, en las siguientes consideraciones:
  - El artículo 77 del Código Civil señala que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley;
  - El artículo 78 del Código Civil establece que la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.
  - Back Arc Minerals S.A.C. (en lo sucesivo "Back Arc") tiene existencia propia por estar inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la SUNARP, es unja persona jurídica por el sólo hecho de su constitución

- El hecho que concurren como accionistas o miembros de sus directorio y de sus gerencias sean las mismas personas no constituyen una misma persona.
- No es 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.
- El derecho de sustitución otorgado por el artículo 36 del TUO de la Ley General de Minería constituye una restricción para solicitar pedimentos y tiene naturaleza temporal y en los casos taxativamente previstos por la ley.
- Debe tenerse presente 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 o interpretación.
- No corresponde a NEWMONT solicitar la sustitución por cuanto Back Arc tiene una existencia distinta a la de los accionistas que la integran.
- Back Arc no es socio, director, representante o contratista de Newmont, por lo que no está comprendido dentro de los alcances del artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

2. Newmont ha sostenido y demostrado en el procedimiento de sustitución que:

**EL SEÑOR MARQUEZ SE BENEFICIÓ A TRAVÉS DE SU EMPRESA BACK ARC DE LA INFORMACIÓN DE NEWMONT A LA QUE TUVO ACCESO COMO GEOLOGO SENIOR**

2.1 El señor Ever Márquez (en lo sucesivo el "señor Márquez") trabajó como geólogo en NEWMONT, bajo la obligación de guardar confidencialidad sobre la información obtenida en virtud del delicado cargo que desempeñaba; obligación que fue asumida el 5 de febrero de 2005 por el señor Márquez frente a NEWMONT mediante un expreso Compromiso de Confidencialidad. Por el cual se obligó a guardar absoluta reserva de todas las informaciones correspondientes o vinculadas a NEWMONT en virtud de su cargo de geólogo de dicha empresa, siendo que dicha información no podría ser utilizada personalmente por él ni ser transmitida, comentada o revelada a terceros ni menos aun a empresas mineras de la competencia.

2.2 Lejos de guardar la confidencialidad requerida, el señor Márquez utilizó y explotó, a través de su empresa Barck Arc, la siguiente información de propiedad de NEWMONT: (i) Los resultados de los análisis geoquímicos obtenidos de las muestras recogidas por sus ingenieros; (ii) los informes elaborados en base a dichos análisis; y, (iii) la información registrada en la base de datos de NEWMONT referida a la identificación de zonas de potencial minero.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA  
CONSEJO DE MINERÍA

FOLIO ..... 178  
NUMEROS 2

- 2.3 El señor Márquez utilizó la empresa Back Arc para explotar la información confidencial de NEWMONT, abusando de esta manera de la personalidad jurídica de dicha empresa. En efecto, Back Arc se constituyó con un capital social de S/.1,000.00 representado por 1,000 acciones, de las cuales el señor Márquez tenía 998 acciones, es decir, el **98.98%** de las acciones.
- 2.4 El Colegio de Ingenieros del Perú, mediante el Dictamen Pericial – CN° 1042-2007-CP.CDL.CIP, que se adjunta al presente como Anexo 1, ha demostrado de manera incuestionable que la información de las coordenadas geográficas correspondientes a los lugares en los que el señor Márquez (en su calidad de geólogo explorador de NEWMONT) tomó muestras de rocas, "bleg"<sup>1</sup> y sedimentos, coinciden con las áreas que fueron peticionadas por dicho geólogo a través de su empresa BACK ARC.
- 2.5 El señor Márquez utilizó la información contenida en la base de datos de titularidad de NEWMONT a fin de formular los petitorios mineros a nombre de BACK ARC, siendo que el señor Márquez tenía acceso a la información preparada por él y por los otros geólogos de NEWMONT, información que se encontraba registrada en la base de datos de propiedad de NEWMONT.

**EL SEÑOR MARQUEZ HA UTILIZADO A SU EMPRESA BACK ARC PARA OBTENER UN BENEFICIO ILEGAL, CONFIGURANDO EL ILICITO DE FRAUDE A LA LEY.**

- 2.6 Tal como es de conocimiento del Consejo de Minería, constituyen principios rectores en materia de personas jurídicas la autonomía subjetiva - la existencia de un sujeto de derechos distinto a sus integrantes - y la autonomía patrimonial - la no confusión de patrimonios entre la persona jurídica y sus integrantes - , ambos previstos en el artículo 78° del Código Civil.<sup>2</sup>
- 2.7 No obstante, existen excepciones a los referidos principios, los mismos que se verifican cuando las personas integrantes de personas jurídicas cometen actos lesivos a intereses de terceros a través de personas colectivas. En efecto, autorizada doctrina señala que "(...) *la regla de la autonomía subjetiva y*

<sup>1</sup> El término "BLEG" es la abreviatura de "BULK LEACH EXTRACTABLE GOLD", cuya traducción al español es "oro extraíble por lixiviación del total de la muestra"

<sup>2</sup> Código Civil

"Artículo 78.- *Distinción entre la persona jurídica y sus miembros.*

*La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas".*

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERÍA  
FOLIO ..... 179  
NUMEROS .....

patrimonial de la persona jurídica encuentra su excepción en el principio de la relatividad, el cual se configura excepcionalmente en caso de abuso (conflicto de un derecho subjetivo con un legítimo interés) o el fraude (realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para evitar los efectos de una norma imperativa), que se presentan, principalmente, respecto de la forma jurídica o de la responsabilidad limitada".<sup>3</sup>

2.8 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<sup>4</sup>, la misma que constituye una especie del principio general del abuso de derecho<sup>5</sup> - entendido este último como el ejercicio o uso irregular de un derecho subjetivo frente a un interés legítimo, excediendo los límites de la buena fe -.<sup>6</sup>

2.9 Así, cuando los integrantes de una persona jurídica utilizan la misma en forma abusiva o fraudulenta "(...) es cuando aparece en escena la aplicación de la doctrina del abuso de derecho en la persona jurídica. Esta teoría (...) impide el ejercicio anormal, disfuncional o antisocial de un derecho".<sup>7</sup>

2.10 Lo que busca evitar la doctrina del abuso de la personalidad jurídica es el uso vedado y ejercicio abusivo de los privilegios formales que el ordenamiento jurídico

<sup>3</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de las Personas. 5ª edición". Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 782.

<sup>4</sup> Cabe señalar que la doctrina más autorizada señala que el uso de la expresión "abuso de la personalidad jurídica" es equivalente a los términos "levantamiento o allanamiento del velo" "abuso de la persona jurídica", "principio de relatividad de la persona jurídica", "desestimación de la personalidad", "redhibición de personalidad", "disregard of legal entity", "piercing of corporate veil" e "inoponibilidad de la persona jurídica", entre otros. Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Apuntes sobre el abuso de la personalidad jurídica". En: Revista Advocatus – Nueva Época No. 4. Lima: Mayo 2001, pp. 60-61; y, ESPINOZA ESPINOZA, op. cit., 788.

<sup>5</sup> La prohibición al ejercicio abusivo del derecho se encuentra consagrado legislativamente en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que señala que "[l]a ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

<sup>6</sup> En opinión de FERNÁNDEZ SESSAREGO, el abuso del derecho no es otra cosa que "(...) una conducta que sustentándose en un derecho subjetivo se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad". Ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso del Derecho". Lima: Editorial Grijley, 1999, p. 163.

<sup>7</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. "La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica". Lima: Jurista Editores, 2005, p. 103.

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERÍA  
CONSEJO DE MINERÍA  
180  
FOLIO 4  
NUMEROS



otorga a la persona jurídica. Las personas integrantes de la persona jurídica emplearían dichos privilegios en su favor, utilizando el "velo" de la personalidad jurídica a fin de ocultar su conducta indebida.

- 2.11 Ahora bien, dado que son los miembros de la persona jurídica quienes abusan de la formalidad de la misma a fin de cometer actos lesivos, resulta evidente que las consecuencias de dichos actos deben ser imputados a la esfera jurídica de tales integrantes. Así, "(...) cuando una persona jurídica se instrumentalice para cometer actos dirigidos a incumplir un contrato, vulnerar la buena fe, normas imperativas, el orden público o dañar a terceros, se extenderá la responsabilidad a los controlantes de la persona jurídica".<sup>8</sup>
- 2.12 Ello se sustenta en que indirectamente son los socios o asociados de la persona jurídica quienes están cometiendo los actos materia de imputación, bajo el "velo" de la personería jurídica. En efecto, "(...) cuando se habla del ejercicio abusivo del derecho a través de la persona colectiva, podemos señalar que de manera mediata son los asociados quienes abusan del derecho de asociación que les ha otorgado el ordenamiento jurídico de manera expresa (...)".<sup>9</sup>
- 2.13 En virtud de lo anterior, resulta acertado señalar que el abuso de la personalidad jurídica no es otra cosa que "(...) un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o de asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular".<sup>10</sup>
- 2.14 Así, en caso la formalidad de la personalidad jurídica sea utilizada por sus integrantes de manera abusiva o fraudulenta, el remedio jurídico consiste en levantar o allanar el "velo" de la misma a fin de imputar el actuar de la persona colectiva directamente a los integrantes de la misma. En efecto, "[a] raíz de la constatación de la presencia de actos ilícitos en el seno de la persona jurídica se hacla necesario, con cierta frecuencia, superar la barrera impuesta por la "forma" de la persona jurídica, dejarla de lado, para poder individualizar e identificar a las personas naturales que le sirven de substrato existencial, las mismas que real y

<sup>8</sup> CARHUATOCTO SANDOVAL, op. cit., p. 103.

<sup>9</sup> MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. "El Allanamiento de la Personalidad Jurídica o Levantamiento del Velo Societario". En: Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2005, p. 65.

<sup>10</sup> DOBSON, Juan M. "El Abuso de la Personalidad Jurídica (en el Derecho Privado)". Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, p. 11.

*efectivamente actúan en nombre y representación de aquel hasta entonces considerado como un mero espectro forma".<sup>11</sup>*

- 2.15 De lo expuesto líneas arriba se puede concluir 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".
- 2.16 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.
- 2.17 Por ello, se afirma con acierto que *"existe abuso cuando, a través del instrumento de la persona jurídica, se tratan de evitar los alcances de una ley o de sustraerse a las obligaciones contractuales o de dañar fraudulentamente a terceros. Es el caso de servirse de la persona jurídica para eludir la prohibición legislativa o contractual de concurrencia, ya que ello comportaría la identificación entre sociedad y socio que, controlándola, la disfruta para tal fin ilícito y por consiguiente se debe extender a la persona jurídica la prohibición de concurrencia".<sup>12</sup>*
- 2.18 Tal como hemos señalado el abuso de la personalidad jurídica puede configurarse cuando a través de la figura de la persona jurídica los integrantes de la misma evitan los alcances de una ley o se sustraen a sus obligaciones contractuales. El remedio jurídico, en tal caso, consiste en "levantar el velo" de la persona colectiva, imputando los actos realizados a través de la persona jurídica a las personas que real y efectivamente la controlan.

<sup>11</sup> SERICK, Rolf, "Forma e realtà della persona giuridica", p. 4-5. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica". Ver: [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_12.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF), cita a pie de página No. 86.

<sup>12</sup> SERICK, Rolf. "Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica". Traducción de José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, pp. 241-242.

2.19 En el presente caso, en atención a lo que desarrollaremos a continuación, el Sr. Márquez ha utilizado la empresa Back Arc - de la cual es titular del 99.8% de las acciones representativas del capital social - con fines ilícitos, esto es con el objeto de evitar: (i) la aplicación de la Ley de Competencia Desleal; y, (ii) el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Compromiso de Confidencialidad.

2.20 BACK ARC tiene la estructura societaria de una Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.), lo cual le otorga un **carácter personalísimo que implica un vínculo íntimo entre sus accionistas y la sociedad**, tal como señala acertadamente FERRERO DIEZ CANSECO:

*"...la SAC tiene por objetivo último el cumplir los deseos o aspiraciones de los socios, los que a su vez se confunden con los de la misma sociedad debido a su carácter cerrado (...)"*<sup>13</sup>

LA LEGISLACION Y LA JURISPRUDENCIA DE OTRAS RAMAS DEL DERECHO YA HAN INCORPORADO LA FIGURA DEL FRAUDE A LA LEY.

#### 2.21 Materia tributaria

La Resolución del Tribunal Fiscal N° 18464 de fecha 15 de junio de 199.84, respecto del derogado patrimonio empresarial que consideraba como patrimonio de las sucursales de empresas extranjeras el saldo acreedor de la cuenta principal, declaró que sostener que ese saldo acreedor está limitado a dicha cuenta, excluyéndose por tanto el saldo acreedor con otras entidades vinculadas económicamente a la principal, tales como sucursales o filiales en otros países o en su caso matrices de la propia principal, sería admitir una utilización indebida de las formas jurídicas con el objeto de disfrazar la realidad económica. El mismo 15 de junio de 199.84 se expidió la Resolución N° 18463, la misma que se hizo prevalecer el principio de la realidad económica en un caso de una empresa que prestó dinero a otra a través de su sucursal.

2.22 Como se puede apreciar, el Tribunal Fiscal ha hecho primar la realidad económica a efectos de evitar actos fraudulentos por parte de los contribuyentes. Ello se condice con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Tributario vigente, el mismo que establece que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

<sup>13</sup> FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. "Las formas especiales de Sociedad Anónima en la nueva Ley General de Sociedades". En: THEMIS 37. Lima: 1998, p. 32.

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERIA
CONSEJO DE MINERIA
183
FOLIO .....
NUMEROS,
Creuto ocreudre

## 2.23 Materia laboral

En materia laboral es de aplicación para estos supuestos el artículo I de la Ley Procesal del Trabajo, la misma que establece que el proceso laboral se inspira, entre otros, en el principio de veracidad o realidad (primacía de la realidad). Este principio, "(...) permitirá hacer responder a los efectivos titulares de la actividad empresarial, imputándoles a ellos las obligaciones laborales, careciendo de poder disuasorio la estructura formal construida"<sup>9</sup>.

Así, la Ejecutoria del 3 de marzo de 1944 falló a favor de la acumulación de los períodos de servicio prestados a una empresa principal y su subsidiaria pues existía vinculación económica entre ellas, ordenando a Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus & Jhonston del Perú que paguen solidariamente los beneficios sociales del señor Alejandro Orihuela<sup>10</sup>.

2.24 En esta resolución se identifica cómo se haría primar la realidad sobre el "disfraz jurídico" elaborado por una persona jurídica para evadir sus obligaciones o burlar a las normas, tal como lo hizo el señor Márquez para eludir los efectos del artículo 36 de la LGM.

2.25 Solo hemos mencionado un ejemplo en cada materia para hacer hincapié de la aplicación del principio del abuso de la personalidad jurídica en otras entidades y en otros casos. Sin embargo, vale recalcar que existe numerosa jurisprudencia al respecto (algunas mencionadas en la Solicitud de Sustitución) que señalan que ante supuestos de vinculación económica existente bajo el velo societario, la autoridad debe emitir un juicio de valor y distinguir cuando existe un uso abusivo de la personalidad jurídica, como sucede en el presente caso, en el que el señor Márquez ha utilizado el artículo 78° del Código Civil para eludir la finalidad de la norma imperativa del artículo 36° de la LGM.

2.26 Si bien el Consejo de Minería no ha aplicado la doctrina del abuso de la personalidad jurídica en anteriores oportunidades, debe tomar en consideración que otras entidades públicas en nuestro país sí la han aplicado, con la clara intención de impedir que acciones fraudulentas y de abuso del derecho, como el caso del señor Márquez y BAM, dañen los intereses de terceras personas. Resulta

<sup>9</sup> Cita tomada de la Cfr. Sentencia del 18 de diciembre de 1992 de la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla –La Mancha.

<sup>10</sup> MORALES CORRALES, Pedro y DE LOS HEROS, Alfonso. *Manual de Jurisprudencia Laboral*. Tomo I. Gráfico Nuevo Mundo. Lima. 1999.8. p. 1.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERÍA	
184	
FOLIO	NUMEROS

importante tomar en consideración las decisiones en los casos de vinculación económica a fin de poder aplicar correctamente el artículo 36° de la LGM.

2.27 Tal como ya lo hemos expresado, el artículo 36° de la LGM dispone la prohibición de adquirir concesiones en un radio de diez kilómetros del perímetro del área en donde se ubiquen concesiones de las personas jurídicas o naturales a las cuales están vinculadas, siendo los agentes impedidos los directores, representantes, trabajadores y contratistas relacionados con estas.

2.28 Así, al encontrarnos frente a una norma de carácter restrictivo, es de aplicación lo señalado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que establece la prohibición de aplicar por analogía aquellas normas que restringen derechos.

2.29 Sin embargo, configurándose 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 artículo 36° de la LGM. 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.

2.30 En este sentido, en este caso debe realizarse una interpretación distinta a la restrictiva, bajo una interpretación finalista (que no implica la aplicación de un criterio analógico) del artículo 36° de la LGM, considerando que la *ratio legis* o espíritu de la norma nos descubre que ésta tiene como finalidad última el 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 Marquez resultan contrarias a lo regulado por la norma imperativa, no pudiendo una autoridad (bajo el imperio del estado de derecho) amparar estas acciones, siendo contrarias a la finalidad de la citada norma. Máxime, si como lo hemos señalado en el punto 1.1 la información obtenida en virtud de la exploración geológica es de vital importancia para el desempeño de una empresa minera, como lo es Newmont.

3 **La Resolución de la Oficina de Concesiones Mineras del INGEMMET, materia de alzada, es nula porque frente a todos los argumentos de NEWMONT que se resumen en el punto 2, anterior. se limita a indicar que: No es 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 (sic). Es decir que frente a argumentos legales, fácticos, jurisprudenciales y de doctrina la Oficina de Concesiones indica que no es "pertinente" invocar la identidad de accionistas y directores entre una persona natural y una persona jurídica.

Los argumentos en que se sustenta la Nulidad de la resolución materia de alzada son los siguientes:

3.1 El artículo 3º de la LPAG, indica que son requisitos de validez de los actos administrativos los siguientes:

3.1.1 Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía.

3.1.2 Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, **y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.** (el resaltado es nuestro).

3.1.3 Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor.

3.1.4 Motivación.- **El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.** (el resaltado es nuestro).

3.1.5 Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

3.2 Con respecto a la motivación el artículo 6 de la LPAG, indica que "la motivación (del acto administrativo) deberá ser expresa, mediante una **relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.** Indica también que "**puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.**"

Por último se indica que “no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”.

- 3.3 El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define pertinente como: (del lat. *pertinens*, -entis, part. act. de *pertinere*, pertenecer). 1. adj. Perteneciente o correspondiente a algo. *Un teatro con su pertinente escenario.*; 2. adj. Que viene a propósito. *Ese argumento sobra y no es aquí pertinente.*; 3. adj. Der. Conducente o concerniente al pleito.
- 3.4 No cabe duda que si ante los argumentos de Newmont el análisis de la resolución recurrida se limita a indicar que no es “pertinente” invocar la identidad de accionistas y directores entre una persona natural y una persona jurídica. Estamos ante un flagrante caso de falta de motivación.
- 3.5 El artículo 10 de la LPAG indica que: “son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
- 3.5.1 La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
- 3.5.2 El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14<sup>14</sup>.
- 3.5.3 Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

<sup>14</sup> Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERÍA  
CONSEJO DE MINERÍA

FOLIO 187  
NUMEROS

3.5.4 Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

3.6 La resolución recurrida es nula conforme a las normas indicadas en el presente numeral.

4. **Una instancia administrativa ya se ha pronunciado sobre la vinculación entre el señor Márquez y Back Arc y el propósito ilícito de tal vinculación.**

La Resolución No. 0063-2009/SCI-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia No. 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en el expediente de Sala No. 001707-2008-TDC, cuya copia se adjunta como Anexo 2, declaró fundada la denuncia presentada por NEWMONT por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad explotación de secretos comerciales y también declaró que la conducta del señor Ever Jesús Márquez Amado calificaba como un supuesto de competencia prohibida debido a que, de acuerdo a lo señalado en la denuncia, habría realizado las conductas que se le imputan mientras mantenía una relación laboral con Newmont Perú S.R.L. Ello, debido a que de acuerdo con la legislación laboral peruana, la competencia entre trabajador y empleador constituye una conducta ilícita.

A continuación detallamos literalmente los puntos principales establecidos por la Sala:

**Sección III.4.3. de la Resolución**

116. De lo actuado en el expediente ha quedado acreditado que el Sr. Márquez laboró para Newmont como geólogo explorador desde el año 1999 hasta el año 2001 y desde octubre de 2002 hasta junio de 2007. Asimismo, ha quedado acreditado que debido a las funciones que desempeñó como geólogo de dicha empresa, tuvo acceso a: (i) la información obtenida en sus exploraciones en diversas partes del territorio nacional; y, (ii) la base de datos de dicha empresa, en la cual se consolidan los resultados de las exploraciones realizadas por todos los geólogos de la denunciante.
117. De otro lado, también ha quedado acreditado que desde el año 2001 hasta abril de 2007, el señor Márquez fue accionista mayoritario de Back Arc. En tal sentido, si bien Back Arc y el señor Márquez son dos personas distintas, en vínculo entre ellos es innegable, tan es así que, en términos prácticos, el referido señor Márquez fue hasta el año 2007, prácticamente el dueño de Back Arc ya que era el titular del 98% de las acciones representativas del capital social.
118. En tal sentido, de lo actuado en el expediente se desprende que el accionista mayoritario de Back Arc (el señor Márquez) tuvo acceso a los secretos comerciales de Newmont, referidos al potencial minero en determinadas zonas del país, por lo



que resulta razonable sostener que fue a través suyo que Back Arc accedió a estos secretos comerciales.


119. Todos estos indicios, siguiendo un razonamiento lógico, nos llevan a pensar que Back Arc tuvo acceso a los secretos comerciales de Newmont respecto del potencial minero de ciertas zonas del pañas, a través del señor Márquez, trabajador de la denunciante y estrechamente vinculado a Back Arc.

Lo indicado por la Sala de Defensa de la Competencia No. 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en el expediente de Sala No. 001707-2008-TDC, nos releva de mayor comentario.

POR TANTO:

A usted señor Presidente del Consejo de Minería, solicitamos se sirva declarar fundado el Recurso de Revisión interpuesto contra la Resolución del Director del Concesiones Mineras del INGEMMET, emitida con fecha 30 de abril del 2008, por la que se resuelve declarar infundada la solicitud de sustitución en el procedimiento del petitorio minero Tacna 101 y nula la resolución materia de alzada y en aplicación del principio de Celeridad, solicitamos se pronuncie sobre el fondo de la petición de NEWMONT, que lleva 32 meses de espera, y se declare fundada la solicitud de sustitución.

Lima, 6 de mayo de 2010.

  
Newmont Perú S.R.L.  
Oscar Bernuy Verand  
Apoderado

  
Xosha Ferrás Castro Pezo  
ABOGADA  
C.A.B. 5799

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA  
CONSEJO DE MINERÍA  
189  
FOLIO .....  
NUMEROS  
Oventa ochenta y nueve  
LETRAS

# ANEXO X



MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
OFICINA DE ADMINISTRACION DOCUMENTARIA Y ARCHIVO  
**RECIBO**  
3 09 JUL. 2010  
Hora: 02008201  
Registro:  
La recepción del documento es en su fe

Sumilla: Téngase Presente  
Expediente: TACNA 101

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
Consejo de Minería  
09 JUL. 2010

**SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINERÍA:**

**BACK ARC MINERALS S.A.C.**, con Registro Único de Contribuyentes (RUC) No. 20502883314, con domicilio para estos efectos en Jirón ~~146~~, debidamente representada por su Gerente General, señor Esteban Máximo Salazar Miranda, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08187323, según poderes inscritos en el Asiento C00001 de la Partida Electrónica N° 11303972 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, a usted atentamente decimos:

Que, sin perjuicio de considerar suficientes los argumentos que hemos expuesto en el presente caso, ofrecemos a través del presente escrito copia de la Resolución No. 873-96-EM/CM.

En dicha resolución el Consejo de Minería, en ese entonces conformado por los Vocales: Ing. Juan Zuta Rubio, Dr. Jesús R. Ponce Sánchez, Ing. Jose Castillo Meza y la Dra. Xennia Forno Castro Pozo, resolvió acertadamente un pedido de sustitución, estableciendo que el artículo 36 de la Ley General de Minería es una norma de excepción, y como tal, no puede ser aplicada a supuestos que no han sido expresamente establecidos en la misma:

*“Que, el artículo bajo análisis es 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, en consecuencia no cabe aplicar por analogía o interpretación las inhabilidades relativas contempladas en el citado artículo a supuestos no expresamente previstos en el texto de la norma.”*

Como hemos manifestado a lo largo de este procedimiento y como puede apreciarse de la lectura de la Resolución No. 873-96-EM/CM, no corresponde aplicar el derecho de sustitución en el presente caso, toda vez que BACK ARC MINERALS S.A.C. no se encuentra en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 36 de la Ley General de Minería.

**POR TANTO:**

Solicitamos que se tenga presente lo expuesto al momento de resolver.

Lima, 9 de julio de 2010

  
BACK ARC MINERALS S.A.C  
Ing. Esteban Salazar Miranda  
Gerente General

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERÍA  
201  
FOLIO .....  
Descuento) 100

**RESOLUCIÓN N° 873-96-EM/CM**

Lima, 03 de julio de 1996

VISTOS, el dictamen emitido por la Señora Vocal Dra. Xamnia Forno Castro Pozo y el recurso de revisión interpuesto por Geoconsa I S.A. EMA, Sucursal del Perú contra la Resolución del Director General de Minería de 7 de marzo de 1996, por la que se resuelve desestimar en todo su contenido el recurso N° 1053139 por no ejercer titularidad sobre la concesión de beneficio "HACIENDA DE BENEFICIO GRUMINCO" y sobre el derecho minero "PALLARNIYOCC N°2";

**CONSIDERANDO:**

Que, en el trámite de concesión "HACIENDA DE BENEFICIO GRUMINCO" iniciado por Grupo Minero Comercial S.A. -Grumenco S.A., por recurso N° 1053139 de 20 de febrero de 1996, la recurrente solicita a la Dirección General de Minería en ejercicio del derecho de sustitución se tenga como nuevo titular al Joint Venture Pallarhuanca, derecho que ejercita en su condición de asociado, ya que dicha hacienda de beneficio se ubica sobre terrenos cubiertos por la concesión "PALLARNIYOCC N° 2" de la que es cesionaria, sobre el que recae la resolución materia de alzada;

Que, la resolución recurrida se sustenta en el Informe N° 108-96-EM-DGM/DPDM que señala que a la solicitud de sustitución no se acompaña documentos que demuestren la titularidad del derecho minero;

Que, fundamentando su recurso de revisión Geoconsa I S.A. EMA, Sucursal del Perú, señala que tomó en cesión el derecho minero "PALLARNIYOCC N°2" cuyo contrato está inscrito en el Registro Público de Minería; que tiene celebrado un contrato de Joint Venture con GRUMINCO S.A. cuyo objeto es la cianuración, precipitación y comercialización de minerales

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERÍA	
202	
FOLIO	.....
FOLIOS	

RESOLUCION N° 873-96-EM/CM

provenientes de la zona minera de Pallarniyoc, esto es en la misma zona donde está ubicado el petitorio de Hacienda de Beneficio Gruminco, el mismo que está ubicado en el área superficial del derecho minero del que son cesionarios y que conforme a las cláusulas sexta C y séptima B del contrato de Joint Venture, corresponde a la firma Gruminco S.A., en su calidad de asociante, la obtención de autorizaciones y/o licencias para el funcionamiento de la Planta de cianuración, por lo que el petitorio presentado debió ser para el Joint Venture y que amparan su derecho de sustitución en lo dispuesto por el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería;

Que, al respecto cabe precisar que, el derecho de sustitución que otorga el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley general de Minería, al titular de derechos mineros es respecto de las personas que tienen cualquiera de las siguientes relaciones con él: socios, directores, trabajadores, contratistas, y parientes que dependen económicamente de los antes mencionados;

Que, para la correcta aplicación del artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería resulta pertinente citar el Principio General del Derecho contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía";

Que, el artículo bajo análisis es 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, en consecuencia no cabe aplicar por analogía o interpretación las inhabilidades relativas contempladas en el

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y AGUAS
CONSEJO DE MINERÍA
203
FOLIO .....
NOVIEMBRE

046

**RESOLUCION N° 873-96-EM/CM**

citado artículo a supuestos no expresamente previstos en el texto de la norma;

Que, en el presente caso de conformidad con el artículo 204 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería conforme a su naturaleza los contratos de riesgo compartido (Joint Venture) son de carácter asociativo, destinados a realizar un negocio común, y de conformidad con lo establecido en el artículo 154 del Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por D.S. 003-94-EM, los contratos de riesgo compartido no constituyen una sociedad, no establecen personería jurídica distinta a la de los contratantes y no genera una persona sujeto de derechos, es decir que, por la naturaleza del contrato suscrito entre ambas partes, no se ha evidenciado que entre Grumenco S.A. y Geoconsa I S.A. EMA, Sucursal del Perú, exista cualquiera de las relaciones establecidas en el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería;

Que, no habiéndose demostrado el derecho que se invoca, la resolución recurrida se encuentra arreglada a Ley;

Que, por las consideraciones expuestas el Consejo de Minería debe declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por Geoconsa I S.A. EMA, Sucursal del Perú contra la Resolución del Director General de Minería de 7 de marzo de 1996, la que debe confirmarse en todos sus extremos;

Estando al dictamen del Vocal informante y con el voto aprobatorio de los miembros del Consejo de Minería que suscriben;

**SE RESUELVE:**

Declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por Geoconsa I S.A. EMA, Sucursal del Perú contra la Resolución del Director General de Minería de 7 de marzo de 1996, la que

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERÍA	
204	
FOLIO	NUMEROS

05/

**RESOLUCION N° 873-96-EM/CM**

se confirma en todos sus extremos, por los fundamentos de la presente resolución;

**Regístrese, Publíquese y Archívese**

.....  
**ING. JUAN ZUTA RUBIO**  
**VICE-PRESIDENTE**

.....  
**DR. JESUS R. PONCE SANCHEZ**  
**VOCAL**

.....  
**DRA. XENNIA FORNO CASTRO POZO**  
**VOCAL**

.....  
**ING. JOSE CASTILLO MEZA**  
**VOCAL**

.....  
**DR. RODOLFO CAPCHA ARMAS**  
**SECRETARIO RELATOR LETRADO**

**COPIA INFORMATIVA**  
Emitida a través de consultas por internet. No tiene validez para trámites administrativos, judiciales u otros.

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERIA	
FOLIO	205
NUMEROS	
Dascuotas Cinco	
LETRADO	

# ANEXO XI







MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS  
CONSEJO DE MINERIA

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	
CONSEJO DE MINERIA	
FOLIO	213
NUMEROS	
Descubierta 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

Dasecruca 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	
Societal Operado	
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*

# ANEXO XII



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**OCTAVO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**EXPEDIENTE** : 07057-2010-0-1801-JR-CA-08  
**DEMANDANTE** : NEWMONT PERU SRL  
**DEMANDADO** : MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA  
**ESPECIALISTA** : CINTHYA PATRICIA CARBAJAL CASTAÑEDA  
**MATERIA** : NULIDAD DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

**RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTE**

Lima, catorce de Noviembre  
del dos mil trece.-

**VISTOS;** Al escrito de fecha cuatro de Noviembre del dos mil trece, recepcionado por este Juzgado el seis de Noviembre del dos mil trece: AL PRINCIPAL Y OTROSI DIGO: Téngase presente en lo que fuere de Ley al momento de resolver, y puestos los autos a Despacho para sentenciar, con la opinión contenida en el Dictamen Fiscal obrante de fojas cuatrocientos ochenta y nueve a cuatrocientos noventa y seis, con el expediente administrativo como acompañado de fojas doscientos sesenta y cinco; habiéndose llevado a cabo el acto de informe oral conforme se aprecia del acta de fecha veintitrés de Octubre del dos mil trece obrante a fojas seiscientos siete, quedando los autos expeditos para ser resueltos de conformidad a lo normado por el artículo ciento cincuenta y cuatro del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo Número 017-93-JUS, concordado con el inciso f) del artículo 28.2 del Texto Único Ordenado de la Ley Número 27584 –*Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*- (**en adelante “TUO-LPCA”**).

**I. ANTECEDENTES:**

1. Con fecha veintinueve de Octubre del dos mil diez, la empresa Newmont Perú Sociedad de Responsabilidad Limitada (**en adelante “la demandante”**), debidamente representada por su apoderado el señor Oscar Bernuy Verand, interpuso una demanda contencioso administrativa contra el Ministerio de Energía y Minas (**en adelante “el demandado”**), y la empresa Back Arc Minerals Sociedad Anónima Cerrada (**en adelante “la demandada”**), planteando como pretensión la

nulidad de la Resolución Número 272-2010-MEM/CM de fecha veinte de Julio del dos mil diez, y que como consecuencia de ello se declare fundado su pedido de sustitución respecto del petitorio TACNA 101.

2. Señala como principales fundamentos de su demanda, los siguientes:

- i) Con fecha diecisiete de Setiembre del dos mil siete presentó una solicitud ante el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico a fin de que, en aplicación del artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, fuese sustituida en lugar de la empresa co-demandada en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101, sin embargo fue desestimado por resolución de fecha treinta de Abril del dos mil ocho, razón por la cual interpuso recurso de revisión que fue resuelto por la actuación impugnada, desestimándolo y dando por agotada la vía administrativa.
- ii) Sostiene que a través de una resolución emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI se determinó que la empresa co-demandada usó secretos comerciales adquiridos por el ingeniero Ever Jesús Márquez Amado al desempeñarse como geólogo en su empresa, a fin de realizar denuncias mineras para dicha co-demandada en su condición de accionista mayoritario, y que existe un dictamen pericial CN 1042-2007-CP-CDL.CIP elaborado por el Colegio de Ingenieros del Perú que demuestra la perfecta equivalencia entre las zonas mineras peticionadas por la co-demandada y las exploradas por el mencionado ingeniero mientras era trabajador de su empresa.
- iii) Afirma que existe un caso de abuso de derecho en la medida en que el ingeniero Márquez pretende escudarse a través de una persona jurídica para impedir que le sea aplicable lo previsto en el artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.
- iv) Agrega que los fundamentos de la actuación impugnada discrepan con los del voto en discordia emitido al cual se acoge, negando que pretenda una aplicación por analogía de la norma, sino que pretende una interpretación de la misma conforme a su finalidad, para evitar el abuso de derecho.

3. Por Resolución Número Uno de fecha veintidós de Noviembre del dos mil diez obrante de fojas ciento diecisiete a ciento dieciocho, se admitió a trámite la demanda, siendo contestada por el Procurador Público del Ministerio co-demandado mediante escrito de fecha veintiocho de Diciembre del dos mil diez, obrante de fojas

ciento veinticinco a ciento treinta, sosteniendo que la demanda debe ser declarada infundada, principalmente los siguientes fundamentos:

- i) El pedido de sustitución de la demandante no se encuadra dentro de los supuestos contenidos en el artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, razón por la cual lo peticionado fue denegado en ambas instancias administrativas.
- ii) Se examinó el hecho de que si bien el señor Ever Jesús Amado Márquez mantuvo una relación laboral con la demandante, mas no con el peticionario del petitorio minero TACNA 101 que es la co-demandada, y dado que la norma antes mencionada es una restrictiva de derechos, no puede ser aplicada una interpretación analógica de la misma.
- iii) Refiere que en la actuación impugnada lo único que se hizo fue cumplir con la legislación correspondiente, siendo que el voto singular de cada miembro del colegiado, solo es para dejar expresa constancia de su posición mas no es la decisión que adopta el colegiado en la medida en que se aprueba por mayoría.

4. Con fecha veintinueve de Diciembre del dos mil diez obrante de fojas ciento cuarenta y siete a ciento sesenta y ocho, la empresa co-demandada contesta la demanda, sosteniendo como principales argumentos de defensa los siguientes:

- i) Fue constituida seis años antes de producidos los hechos que motivan el presente proceso, y que si bien el señor Ever Jesús Márquez Amado fue accionista mayoritario, sin embargo, el primero de Abril del dos mil siete transfirió el total de sus acciones dejando así de ser accionista, renunciando a la gerencia que ostentaba al ingresar como geólogo explorador a la empresa demandante, por lo que niega que dicha persona hubiera realizado una labor vinculada a la gestión, gerencia y administración de la empresa.
- ii) Con fecha trece de Diciembre del dos mil seis, se hizo el petitorio minero TACNA 101, siendo aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo de INGEMMET Número 0830-2007-INGEMMET/PDC/PC de fecha siete de Setiembre del dos mil siete, procedimiento en el cual no participó el señor Ever Márquez.
- iii) Con fecha diecisiete de Setiembre del dos mil siete, la demandante pretendió sustituirse en su lugar como titular del derecho minero TACNA 101, aduciendo que el socio fundador había hecho un uso indebido de la información a la que



tuvo acceso como geólogo de su parte, invocando así la aplicación del artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sin embargo, dicha norma no es de aplicación ya que se coloca en supuestos de hecho que son distintos al presente caso, lo que fue desestimado en ambas instancias administrativas.

- iv) No existe prueba que sustente la posición asumida por la demandante con el cual se acredite que el señor Ever Márquez ha utilizado indebidamente y en su provecho, información geológica que pertenezca a la demandante, sino que se basa en que dicha persona fue accionista de su empresa y que luego laboró como su geólogo, lo cual no brinda certeza en cuanto a las acusaciones formuladas.
- v) La teoría de la demandante parte del hecho de suponer que el señor Ever Márquez constituyó su empresa con el directo propósito de reingresar a la demandante como geólogo, y así poder obtener información privilegiada sobre la concesión TACNA 101, sin embargo, no se toma en cuenta que su constitución fue del año dos mil uno, y que recién en el año dos mil siete adquiere la concesión TACNA 101, mucho menos se pudo tener certeza de que luego de creada la empresa en el dos mil uno podría laborar para la demandante en el año dos mil dos, y que en el año dos mil seis podría adquirir una concesión minera sobre la base de información privilegiada de la demandante.
- vi) Respecto al procedimiento iniciado ante INDECOPI, fue cuestionado por su parte en un proceso contencioso administrativo que a la fecha de su contestación aún se encontraba en trámite, y que fue declarada improcedente la denuncia interpuesta contra el señor Ever Márquez.
- vii) Su denuncia minero fue producto de los antecedentes de potencial minero existentes en zonas aledañas, aunado a que el área del petitorio contaba con una similar estructura geológica, usando así información pública disponible en INGEMMET.
- viii) Agrega que toda persona tiene la facultad para realizar actividades mineras, con las excepciones legalmente prevista, y que una norma que regula dicha excepción no puede ser interpretada analógicamente a un supuesto de hecho que no se encuentra expresamente regulado en la norma, por lo que niega que el mismo le pueda ser aplicado a su parte, ya que nunca fue socio, representante, trabajador, director ni contratista de la demandante.



ix) Niega que su constitución califique como un abuso de derecho, y que pueda atribuirse calificar el abuso de derecho a partir de una norma restrictiva, ya que ello importaría interpretar por analogía a un supuesto de hecho no establecido en la norma, y que una laguna de derecho consiste en la ausencia de normas que limiten el ejercicio de un derecho, situación que no se equipara a la norma invocada por la demandante, pues no es una norma que establezca derecho sino que los restringe.

5. Por Resolución Número Dos de fecha dieciocho de Enero del dos mil once obrante de fojas ciento setenta y siete a ciento setenta y nueve se tuvo por contestada la demanda por los demandados, y se dispuso integrar al proceso al Instituto Geológico Minero Metalúrgico como litisconsorte necesario pasivo (**en adelante “el litisconsorte”**), quien con escrito postulatorio de fecha diez de Junio del dos mil once obrante de fojas doscientos veintisiete a doscientos cuarenta contesta la demanda, señalando como principales argumentos de defensa los siguientes:

- i) La ratio legis del artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería es la de evitar, en líneas generales, actividades fraudulentas, siendo una norma que restringe quiénes pueden ejercer actividades mineras, negando que pueda extenderse el supuesto hacia otras personas y forzar el sentido de la norma haciendo interpretaciones extensivas y/o analógicas.
- ii) Afirma que al resolver la solicitud de la demandante se actuó conforme a la Ley aplicable, por lo que contrario a lo señalado por la demandante, la argumentación expuesta es válida al negar la interpretación analógica que la demandante pretendía acorde a lo previsto en el artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna, y el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.
- iii) Conforme al artículo setenta y ocho del Código Civil, una persona jurídica es distinta de sus miembros, y dado que la empresa co-demandada fue válidamente constituida y fue quien formuló el petitorio minero TACNA 101, no existe restricción legalmente imponible a ella que pueda ser cuestionada por la demandante respecto a la validez en la formulación de aquel derecho minero, pues aquella empresa no tuvo ninguna vinculación con la demandante.
- iv) Si bien la demandante denunció a la empresa co-demandada y al señor Ever Márquez por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la

modalidad de violación de secretos, y fue amparada por el Tribunal de Defensa de Competencia Desleal del INDECOPI, ello es ajeno a lo pretendido en el caso de autos, pues la actuación impugnada se basó en la normativa aplicable en la legislación minera, no emitiendo juicios subjetivos.

6. Por Resolución Número Cuatro de fecha veintitrés de Junio del dos mil once, obrante de fojas doscientos cuarenta y uno a doscientos cuarenta y tres, se tuvo por contestada la demanda por el litisconsorte, por saneado el proceso, fijándose los puntos controvertidos, admitiéndose los medios probatorios ofrecidos por las partes, prescindiendo de la realización de la audiencia de pruebas, disponiéndose por Resolución Número Cinco de fecha veintitrés de Junio del dos mil once obrante a fojas doscientos cuarenta y cuatro la remisión de los autos a los juzgados transitorios en lo contencioso administrativo, quien por Resolución Número Seis de fecha veinte de Setiembre del dos mil once obrante a fojas doscientos cincuenta y seis dispuso su remisión al Ministerio Público a fin de que proceda acorde a sus atribuciones, siendo devueltos los autos con fecha primero de Febrero del dos mil doce a fin de que se practique una prueba de oficio, siendo ello puesto a conocimiento de las partes mediante Resolución Número Siete de fecha dos de Mayo del dos mil doce obrante a fojas doscientos setenta y cuatro, por lo que mediante Resolución Número Ocho de fecha dos de Julio del dos mil doce obrante a fojas cuatrocientos veintiocho se admitió como medio probatorio de oficio el Dictamen Pericial Número CN-1042-2007-CP-CEDL-CIP, devolviendo los autos al Ministerio Público quien con fecha tres de Setiembre del dos mil doce devuelve los actuados junto con su Dictamen Fiscal, el cual fue puesto a conocimiento de las partes por Resolución Número Nueve de fecha cuatro de Octubre del dos mil doce obrante a fojas cuatrocientos noventa y siete, declarando además improcedente la oposición formulada contra el medio probatorio incorporado de oficio por el juzgado transitorio, decisión que tras ser apelada fue concedida por Resolución Número Diez de fecha catorce de Noviembre del dos mil doce obrante de fojas quinientos veintinueve a quinientos treinta, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

7. Por Resolución Número Dieciséis de fecha doce de Agosto del dos mil doce obrante a fojas quinientos noventa se dispuso remitir los autos a la mesa de partes de los juzgados contenciosos administrativos, tras la desactivación de los juzgados transitorios en dicha materia, razón por la cual mediante Resolución Número Diecisiete de fecha dos de Octubre del dos mil trece se dispuso reprogramar el

informe oral programado en el anterior juzgado, a fin de que las partes puedan realizar el uso de la palabra antes de emitirse sentencia, acto que se llevó a cabo el veintitrés de Octubre del dos mil trece tal y como se aprecia del acta a fojas seiscientos siete, por lo que mediante Resolución Número Diecinueve de fecha veinticinco de Octubre del dos mil trece obrante a fojas seiscientos ocho los autos fueron puestos en Despacho para sentenciar.

## **II. CONSIDERANDOS:**

### **PRIMERO: Determinación de la Materia Controvertida**

Conforme lo ha señalado la Resolución Número Cuatro de fecha veintitrés de Junio del dos mil once, obrante de fojas doscientos cuarenta y uno a doscientos cuarenta y tres, este Juzgado deberá determinar si la Resolución Número 272-2010-MEM/CM de fecha veinte de Julio del dos mil diez, incurrió en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo diez de la Ley 27444 –*Ley del Procedimiento Administrativo General*- (en adelante “LPAG”).

### **SEGUNDO: La Tutela Judicial Efectiva en el Proceso Contencioso Administrativo**

Cabe señalar que el análisis a efectuarse de la controversia planteada en el presente proceso debe considerar que el derecho de acción es un derecho fundamental de toda persona, por la cual se le otorga al particular la posibilidad real e inmediata de acudir al órgano jurisdiccional en busca de una tutela jurídica efectiva, que dada la naturaleza del derecho y la pretensión esgrimida, puede adoptar la forma de una tutela clásica u otra diferenciada, pero que tiene como propósito común el hecho de que se declare, reconozca o ejecute de la manera prevista por la ley, el derecho aplicable al justiciable, lo cual implica la adopción de las providencias que sean necesarias para la correcta aplicación del derecho al caso, teniendo en cuenta, además, que de conformidad con el artículo primero del TUO-LPCA, la presente acción no sólo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo, sino también, la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

### **TERCERO: Sobre el Deber de Motivación de Resoluciones**

Conforme a lo expuesto por la Corte Suprema en la Casación Número 4649-2008-LIMA, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha primero de octubre del

dos mil nueve, en el extremo de su Considerando Tercero que: “(...) se debe señalar que el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo al Tribunal Constitucional español, ha expresado sobre la debida motivación –en el fundamento jurídico Cuatro de la STC 00966-2007-AA/TC- que **‘la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido se respeta siempre que exista una fundamentación jurídica, congruente entre lo pedido y lo resuelto y, por si misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de pronunciamiento expreso y detallado (...). En suma, garantiza que el razonamiento guarde relación y sea proporcionado con el problema que al juez (...) corresponde resolver’.** Ciertamente **la motivación judicial no puede convertirse en un extenso y minucioso desarrollo de cada alegación efectuada por las partes** –dado que se permite que la fundamentación sea breve o concisa, si ello es suficiente- pero tampoco puede la motivación instituirse en una actividad autónoma o independiente de las alegaciones sustanciales esgrimidas por las partes en el ejercicio de su derecho de defensa (...)” (el resaltado es nuestro). Asimismo, el Considerando Nueve de la Casación 1145-2005-LORETO señala que: “(...) para efectos de emitir una resolución arreglada a ley –**en materia contenciosa administrativa- se debe tener en cuenta las normas sustantivas a aplicarse, así como los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República por constituir resoluciones vinculantes y de aplicación obligatoria, salvo las excepciones a que hace referencia el artículo treinta y dos de la Ley veintisiete mil quinientos ochenta y cuatro**” (el resaltado es nuestro).

**CUARTO:** Principales Argumentos Expuestos por las Partes

Acorde a lo expuesto en el Considerando anterior, a fin de garantizar que la presente resolución se emita conforme al deber de motivación de resoluciones, será menester considerar que como se advierte de la demanda interpuesta, la pretensión nulidicente postulada por el demandante se sustenta fundamentalmente en la vulneración al principio de legalidad, en la medida en que no se habría interpretado teleológicamente el artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, a fin de estimar su solicitud de sustitución realizada por el petitorio minero otorgado a la empresa co-demandada, el cual aduce que se basó en la información que uno de sus accionistas obtuvo mientras laboró para su parte



como geólogo explorador, y que al pretender ampararse en una persona jurídica para ello ha actuado en abuso de derecho, lo que incluso ha sido reconocido ante INDECOPI por actuar en competencia desleal. Al respecto, tanto los demandados como el litisconsorte niegan que la actuación impugnada sea nula, pues no es posible interpretar extensivamente una norma restrictiva de derechos como el artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, y que la actuación impugnada se ha limitado a aplicar la ley para denegar lo petitionado por la demandante, aunado a otros argumentos que en específico están dirigidos a desvirtuar la participación del geólogo explorador que laboró para la demandante con el petitorio realizado por la co-demandada.

**QUINTO:** Normativa Aplicable al Caso de Autos

El artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece que: *“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”* (el resaltado es nuestro). Por su parte el artículo ciento treinta y nueve inciso nueve de la Carta Magna establece que: *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de **inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos**”* (el resaltado es nuestro).

**SEXTO:** Antecedentes de la Actuación Administrativa Impugnada

Se aprecia del expediente administrativo: **i)** De fojas tres a ocho obra el petitorio minero de la co-demandada denominado TACNA 101; **ii)** De fojas cincuenta y siete a sesenta y uno obra la Resolución de Presidencia Número 0830-2007-INGEMMET/PCD/PM de fecha siete de Setiembre del dos mil siete, por la cual se concede el petitorio de la co-demandada; **iii)** De fojas sesenta y cinco a setenta obra la solicitud de la demandante de fecha diecisiete de Setiembre del dos mil siete, por

la cual pide que se le sustituya en el procedimiento de titulación del petitorio minero TACNA 101; **iv)** De fojas ochenta y nueve a noventa y ocho obra la ampliación de la solicitud presentada por la demandante con fecha once de Octubre del dos mil siete; **vi)** De fojas ciento diez a ciento diecisiete obra el descargo presentado por la co-demandada con fecha veintiocho de Noviembre del dos mil siete; **vii)** De fojas ciento treinta y nueve a ciento cuarenta y uno obra el Informe Número 4509-2008-INGEMMET-DCM-UTN de fecha dieciocho de Abril del dos mil ocho, por el cual se opina que debe desestimarse la solicitud de la demandante; **viii)** A fojas ciento cuarenta y dos obra la Resolución de fecha treinta de Abril del dos mil ocho, por la cual en conformidad al informe antes mencionado se declara infundada la solicitud de la demandante; **ix)** De fojas ciento cuarenta y cuatro a ciento cincuenta y nueve obra el recurso de revisión planteado por la demandante con fecha tres de Junio del dos mil ocho contra la Resolución de fecha treinta de Abril del dos mil ocho; **x)** De fojas ciento setenta a ciento ochenta obra el descargo presentado por la co-demandada en relación a los fundamentos del recurso de revisión planteado por la demandante; **xi)** De fojas doscientos cuarenta y nueve a doscientos cincuenta y nueve obra la Resolución Número 272-2010-MEM/CM de fecha veinte de Julio del dos mil diez, por la cual se declaró infundado el recurso de revisión, confirmando así la decisión impugnada.

**SÉTIMO: Sobre la Interpretación a Realizar de una Norma Restrictiva**

Un primer argumento expuesto por la demandante para sustentar la pretensión nulidicente postulada, estriba en señalar que es incorrecta la fundamentación expuesta sobre la interpretación analógica de una norma restrictiva de derechos, afirmando que al igual que en el voto discrepante de dicha resolución, lo que pretendió fue una interpretación del artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería conforme a su ratio legis, esto es a su finalidad, con el objeto de evitar un abuso de derecho y no una aplicación literal de dicha norma. Sobre dicho extremo los demandados y el litisconsorte señalan que tal interpretación extensiva de una norma restrictiva de derechos no puede ser admisible, negando así la existencia de vicio en la actuación impugnada. Al respecto, en el onceavo considerando de la actuación impugnada se ha señalado: ***“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”*** (el resaltado es nuestro). Al respecto, debe recordarse que acorde a la teoría general del derecho existen

métodos de interpretación de las normas jurídicas, y que atendiendo al resultado obtenido de dicha labor, era posible obtener interpretaciones declarativas o correctivas de dichas normas. Ahora bien, la diferencia entre una y otra depende, en el primer caso, de realizar una labor interpretativa acorde al texto de la norma a interpretar, mientras que en el segundo caso, se hace alusión a supuestos no contenidos en la norma pero que debieron incluirse, y es por ello que a aquella interpretación correctora se le denomina “interpretación extensiva”, a diferencia de la primera denominada “interpretación restrictiva”. Entonces, tomando en cuenta la naturaleza de la norma a ser materia de interpretación, también podemos distinguir entre normas que reconocen derechos de aquellas que los restringen, siendo en este segundo supuesto de normas, que el artículo ciento treinta y nueve inciso nueve de la Carta Magna, concordado con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, han delimitado que sólo sea posible realizar una interpretación restrictiva de las mismas. De todo ello se advierte, que lo pretendido por la demandante no era posible, ya que ante una norma restrictiva de derechos no era posible realizar una interpretación teleológica (en función a la finalidad de la norma) para obtener una extensión a los supuestos de hecho contenidos en el artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que en el fondo no es más que la aplicación analógica de una norma legal a un supuesto no contenido en la misma, por lo que no se advierte que lo expuesto en dicho extremo de la actuación impugnada incurra en causal de nulidad como la demandante alude.

**OCTAVO: Sobre la existencia de Abuso de Derecho**

La demandante también sugiere que la actuación impugnada es nula, al pretender ampararse en una ficción legal (la co-demandada) que fue constituida con el propósito deliberado de burlar a la Ley gracias a un vacío normativo, a fin de que la persona natural que la constituye se encuentre protegida de vivir al margen de la Ley; extremo que es negado por los demandados y el litisconsorte pues la constitución de una empresa no es un acto de abuso de derecho, aunado a que la co-demandada se constituyó mucho antes de ocurridos los hechos que motivaron el presente proceso. Al respecto, la alegación sobre la existencia de abuso de derecho por parte de la co-demandada carece de sustento, en primer lugar por cuanto su constitución fue mediante escritura pública del once de Julio del dos mil uno, tal y como se aprecia de autos en fojas ciento treinta y seis a ciento cuarenta y dos, mientras que el petitorio minero fue formulado el trece de Diciembre del dos mil seis, tal y como se comprueba del expediente administrativo a fojas dos,

demostrándose así que su existencia no fue para cometer las actividades fraudulentas que alude. En segundo lugar, el presente proceso no tiene como objeto determinar si el señor Ever Jesús Márquez Amado podía o no realizar petitorios mineros, sino únicamente determinar la legalidad de la actuación impugnada, la misma que resolvió desestimar el pedido de sustitución realizado por la demandante respecto del petitorio realizado por la co-demandada, por ende, atribuir la existencia de un abuso de derecho por parte de una persona jurídica a partir del hecho de que quien fue un accionista de la misma, no resulta conducente a demostrar que la actuación impugnada es nula. En efecto, la demandante pretende atribuir la existencia de un impedimento a una persona jurídica para que realice petitorios mineros, sin reparar en el hecho de que dicho supuesto es inexistente como ya lo han señalado las instancias administrativas correspondientes, no existiendo sustento probatorio alguno que sirva para acreditar que la existencia de la co-demandada se debió únicamente a efectos de que las personas que la constituyeron pudieran eludir la aplicación de la Ley, tal y como refiere en su demanda, por lo cual no se desprende la existencia del abuso de derecho que alude.

**NOVENO: Sobre la Denuncia Amparada por la Comisión de Competencia Desleal**

La demandante agrega que denunció a la co-demandada y al ingeniero Márquez ante el INDECOPI, y que a través del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se declaró fundada su denuncia por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos comerciales, basándose en que la co-demandada utilizó secretos comerciales de la demandante a efectos de formular denuncias mineros; extremo sobre lo cual los demandados refieren que el criterio usado por dicha entidad no le vincula, y que además fue impugnado en un proceso contencioso administrativo. En lo que respecta a la Resolución Número 0063-2009/SC1-INDECOPI de fecha dieciséis de Febrero del dos mil nueve, obrante en autos de fojas cincuenta y ocho a noventa y uno, basta con precisar que la misma fue anulada por Resolución Número Treinta de fecha veinte de Mayo del dos mil once expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima, obrante de fojas cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos setenta y ocho, la cual fue confirmada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante resolución de fecha veintidós de Octubre del dos mil doce, obrante en autos de fojas quinientos cuarenta y uno a



quinientos cuarenta y cuatro, por lo que lo argumentado en dicho extremo de su demanda carece de sustento.

**DÉCIMO:** Respecto a la Prueba de Oficio Incorporada y el Dictamen Fiscal

Por otro lado, el Dictamen Pericial Número CB 1042-2007-CP.CDL.CIP usado para amparar la denuncia interpuesta por la demandante ya referida en el Considerando anterior, fue admitida como un medio probatorio de oficio en el presente proceso por decisión del anterior juez, en atención a lo opinado por el representante del Ministerio Público, y que a su vez le sirvió de sustento para atribuir la existencia de abuso de derecho por parte de la co-demandada, opinando por ello que debe estimarse la demanda; extremo sobre lo cual los demandados y el litisconsorte no se pronuncian expresamente en sus escritos postulatorios. Respecto al Dictamen Pericial Número CB 1042-2007-CP.CDL.CIP, dicho documento obrante en autos de fojas doscientos setenta y nueve a cuatrocientos doce, concluye sosteniendo: *“La información contenida en las bases de datos utilizadas para generar los mapas en los que se muestran los lugares en los que los geólogos de Newmont Perú SRL tomaron muestras, es de propiedad de Newmont Perú SRL. En los mapas proporcionados por Newmont SRL las coordenadas de los lugares en que los geólogos de Newmont SRL tomaron muestras **se encuentran comprendidas dentro de los límites de denuncios mineros, plenamente identificados en la Dirección de Catastro Minero del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – INGEMMET**”* (el resaltado es nuestro). En dicha pericia de parte, realizada a solicitud de la demandante, lo que se pretende afirmar es que el petitorio minero hecho por la co-demandada se encuentra en un lugar que ya había sido explorado anteriormente por la demandante, sin embargo, aún en el supuesto de que ello sea así, no se advierte que la demandante hubiera formulado un petitorio sobre dicha zona pese a que su estudio sería anterior al petitorio de la co-demandada, por lo cual no se aprecia que hubiera tenido interés en su explotación, sin embargo, contradictoriamente sí pretendió sustituirse a la co-demandada una vez concedido su petitorio, como si la realización de aquel estudio fuese una suerte de prioridad en cuanto al derecho a formular petitorios mineros, lo cual obviamente no tiene ningún sustento legal. Finalmente, si bien para el representante del Ministerio Público debe estimarse la demanda por un “ejercicio abusivo del derecho”, tal criterio no es compartido por este Juzgado pues la Administración se sujeta por el principio de legalidad, a aplicar lo que señala la Ley, lo cual ha ocurrido en el caso de autos al desestimar la solicitud de la demandante, y siendo que toda la teorización sobre el

abuso del derecho, la laguna normativa, la finalidad de la norma y la interpretación extensiva de una norma restrictiva de derecho, tiene como propósito atribuir que la Administración resuelva de forma distinta a la legalmente prevista, es por lo que tal opinión vertida por el Ministerio Público no puede ser adoptada por este Juzgado.

**UNDÉCIMO: Conclusiones Finales**

Estando a lo expuesto en los Considerandos precedentes, no se advierte que la actuación impugnada incurra en alguna causal de nulidad prevista en el artículo diez de la LPAG, y es que no está comprendida la co-demandada dentro de los supuestos del artículo treinta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, norma que de conformidad con el artículo ciento treinta y nueve inciso nueve de la Carta Magna, concordado con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, por su naturaleza debe ser interpretada de manera restrictiva, por ende, toda las alegaciones vertidas por la demandante para que se ampare su solicitud de sustitución no desvirtúan el hecho de que la desestimación de la misma se ajuste a Ley, por lo que la demanda debe ser desestimada.

**III. RESOLUCIÓN DEL JUZGADO:**

Por estas consideraciones, y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos ciento ochenta y ocho y doscientos del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil – norma procesal aplicable de manera supletoria, de conformidad a la Primera Disposición Final del Texto Único Ordenado de la Ley 27584 –*Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo*-; este Juzgado ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA NACIÓN **DECLARA: INFUNDADA LA DEMANDA** de fojas noventa y dos a ciento doce. En los seguidos por Newmont Perú Sociedad de Responsabilidad Limitada contra el Ministerio de Energía y Minas y otros sobre nulidad de resolución administrativa. Consentida o Ejecutoriada que sea la presente; ARCHÍVESE los de la materia; Notifíquese a las partes del proceso, al litisconsorte necesario pasivo y al Fiscal Provincial en lo Civil de Lima.-