



Congreso de la República

COMISION INVESTIGADORA ENCARGADA DE IMPLEMENTAR  
LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE LAS  
INVESTIGACIONES SOBRE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN  
COMETIDOS ENTRE 1990-2000

DICTAMEN SOBRE EL CASO PIERINA

CONGRESISTA RAFAEL REY REY

JULIO-2003

## DICTAMEN SOBRE EL CASO PIERINA

El Congresista de la República que suscribe, miembro de la Comisión Investigadora de casos de corrupción de la década de 1990 al 2000, en uso de sus atribuciones parlamentarias presenta el siguiente dictamen sobre el llamado “Caso Pierina”, referido a la operación de fusión por la cual Minera Barrick Misquichilca absorbió a Acuarios Minera y Exploradora S.A.

### 1. ANTECEDENTES

- 1.1. Con fecha 04 de abril del presente año, la Comisión Investigadora de los Actos de Corrupción en el Período 1990-2000 (en adelante, la Comisión) presentó ante la Mesa de Partes del Congreso de la República un Informe denominado “El Caso Pierina”, referido a la operación de fusión en virtud del cual Minera Barrick Misquichilca S.A. absorbió a Acuarios Minera y Exploradora S.A., acogándose a los beneficios que otorgaba la Ley 26283 y su reglamento, el D.S. 120-94-EF. Dicho informe fue calificado en su oportunidad, de manera indebida, como “Final” por algunos de los miembros de la mencionada Comisión.
- 1.2. El referido Informe no tuvo la condición de Informe Final sino, en el mejor de los casos, la de un informe preliminar emitido en mayoría, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 70 y 71 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República. En efecto, en tales artículos se establece que los informes de las comisiones pueden ser en mayoría, en minoría y por unanimidad. Los emitidos por unanimidad deben estar firmados por todos los miembros hábiles de la Comisión. Los emitidos en mayoría requieren estar firmados al menos por la mayoría de los Congresistas presentes en el momento de la aprobación en que se debatió el asunto, y los informes en minoría

pueden estar firmados por cualquier número de Congresistas miembros de la Comisión.

- 1.3. Es a propósito del citado informe que la Comisión ha emitido uno nuevo, denominado "Informe Ampliatorio del Caso Pierina" considerando documentación remitida con posterioridad a la presentación del informe preliminar.
- 1.4. No estando de acuerdo ni con el desarrollo ni con las conclusiones propuestas por el denominado Informe Ampliatorio, proponemos al Pleno del Congreso el presente Dictamen, a fin que el pleno del Congreso, a la luz de elementos de juicio distintos aprecie el tema materia de discusión desde una perspectiva que se ajuste a la regulación constitucional y legal vigentes. Para ello, el presente informe busca analizar aspectos constitucionales y legales que han sido omitidos en el Informe Preliminar del Caso Pierina y en el denominado Informe Ampliatorio, que resultan de suma importancia para la adopción de las conclusiones del caso por parte del Pleno del Congreso.

## 2. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA CON RELACIÓN AL CASO "PIERINA"

### A. Atribuciones de la Comisión

#### 2.1. Según la Constitución Política del Perú

De acuerdo con el numeral 2 del artículo 102, son atribuciones del Congreso velar por el respeto de la Constitución y de las Leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

Para el logro de dicho objetivo la propia Constitución, en su artículo 97, señala que el Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, para cuyo efecto, según se desprende del referido artículo, se deben formar comisiones encargadas de tales investigaciones.

No obstante lo expuesto, tales comisiones investigadoras no tienen una facultad ilimitada. Por el contrario, la propia Constitución establece límites a tal facultad:

- (i) De acuerdo con el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 139 de la Constitución, el ejercicio de la facultad de investigación del Congreso no debe interferir con procedimientos jurisdiccionales legalmente establecidos;
- (ii) De acuerdo con el numeral 3 del mismo artículo, ninguna persona puede ser juzgada por comisiones especiales creadas al efecto;
- (iii) Según se desprende de los artículos 99 y 100 de la Constitución, el Congreso –debiendo incluirse a las comisiones del mismo- sólo puede pronunciarse respecto de los siguientes aspectos: (a) si determinado funcionario público ha infringido o no la Constitución o ha cometido o no delito en el ejercicio de sus funciones; (b) proponer la suspensión o no de un funcionario público acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad; y, (c) de existir una resolución acusatoria de contenido penal, puede concluirse en formular la respectiva denuncia penal, la misma que debe ser realizada por el Fiscal de la Nación ante la Corte Suprema para

que sea dicha instancia quien emita la sentencia definitiva sobre el posible delito imputado.

Por lo demás, debemos recordar que las conclusiones de las comisiones del Congreso no pueden obligar a los órganos jurisdiccionales, tal como lo señala el artículo 97 de la Constitución.

De las normas constitucionales antes mencionadas, se tiene que las comisiones investigadoras del Congreso si bien tienen la facultad de iniciar investigaciones sobre asuntos de interés público, sus conclusiones son restringidas y deben respetar el orden constitucional sin exceder los límites expresamente previstos por la Constitución. Ello significa que no pueden pronunciarse respecto de asuntos sobre los cuáles no pueden emitir conclusión alguna.

## 2.2. Según el Reglamento del Congreso

En concordancia con lo que establecen las normas constitucionales antes mencionadas, el Texto Único Ordenando del Reglamento del Congreso, confirma que el Congreso -y como parte de éste sus comisiones- tienen una función de control político que comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones, y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas, el dictado de decretos de urgencia y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos, el cumplimiento por el Presidente de la República del mensaje anual al Congreso de la República y el antejuicio político, cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y

disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Ello surge de los artículos 2 y 5 del Reglamento del Congreso.

El artículo 34 del Reglamento del Congreso señala que las Comisiones –entre las que se encuentran las comisiones de investigación– son grupos de trabajo especializados de Congresistas, cuya función principal es el seguimiento y fiscalización del funcionamiento de los órganos estatales y, en particular, de los sectores que componen la Administración Pública.

En el caso específico de las comisiones de investigación, las mismas están encargadas del estudio, la investigación y el dictamen de los asuntos puestos en su conocimiento en aplicación del Artículo 97 de la Constitución Política y gozan de las prerrogativas y las limitaciones señaladas en dicha norma constitucional y el presente Reglamento, esto es, teniendo en cuenta siempre la función de control político que tiene el Congreso y no de otra índole, lo cual se corrobora con el artículo 88 del citado reglamento que señala que el Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, promoviendo un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir normas y políticas y/o sancionar la conducta de quienes resulten responsables, de acuerdo con determinadas reglas. Dentro de tales reglas se señala que:

- (i) Cuando de las investigaciones que realizan las Comisiones de Investigación aparece la presunción de la comisión de delito, el informe de la Comisión debe establecer hechos y consideraciones de derecho, con indicación de las normas de la legislación penal que tipifiquen los delitos que se imputan al investigado o a los investigados, concluyendo con la formulación de denuncia contra

los presuntos responsables. Si los imputados son altos funcionarios del Estado, comprendidos en el Artículo 96° de la Constitución Política, el informe debe concluir formulando denuncia constitucional;

- (ii) Si el informe es aprobado, el Congreso lo envía al Fiscal de la Nación, acompañado de todos los actuados, a fin de que proceda a iniciar las acciones que correspondan, tratándose de personas no pasibles de acusación constitucional. Las conclusiones aprobadas por el Congreso no obligan al Poder Judicial, ni afectan el curso de los procesos judiciales.

De las normas antes mencionadas, contenidas en el Reglamento del Congreso, se confirma que las comisiones de investigación del Congreso fundamentalmente pueden pronunciarse respecto de la responsabilidad de determinados funcionarios públicos, corregir normas y políticas, entre otros.

#### B. Conclusiones del denominado Informe Ampliatorio emitido por la Comisión en mayoría

Las conclusiones del Informe en mayoría, en forma resumida, son las siguientes:

- (i) La fusión entre Minera Barrick Misquichilca S.A. (MBM) y Acuarios Minera y Exploradora S.A. (ACUARIOS) no es válida en aplicación de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, por cuanto: (i) carece de fin económico; (ii) se realiza sólo para gozar de los beneficios de la Ley 26283 y su Reglamento; y, (iii) permite eludir el pago de impuestos.

- (ii) Las concesiones mineras no son revaluables, en razón a que la Ley General de Minería es norma especial que no puede ser modificada por una norma general y de inferior jerarquía como el Decreto Supremo No. 120-94-EF.
- (iii) Si MBM hubiese adquirido la concesión la empresa vendedora hubiese tenido que pagar en el Perú el impuesto correspondiente a la ganancia de capital.
- (iv) MBM comenzó a amortizar la concesión a partir de 1999.
- (v) El diferendo tributario de MBM debe ser resuelto en los fueros pertinentes: SUNAT, Tribunal Fiscal y Poder Judicial, sin perjuicio del derecho de la Comisión de pronunciarse sobre un tema que se encuentra dentro de su mandato.

**C. El desarrollo del Informe Ampliatorio del “Caso Pierina” así como las conclusiones a las que arriba exceden las atribuciones de la Comisión**

Si comparamos las normas que regulan las atribuciones de la Comisión, detalladas en el literal A. precedente, con las conclusiones que propone el denominado Informe Ampliatorio, referidas en el literal B. precedente, podemos verificar que estas últimas no se pronuncian respecto de aquello que es de competencia de las comisiones de investigación del Congreso, esto es, sobre la responsabilidad de determinados funcionarios públicos; o la corrección de alguna norma legal o política de gobierno; ni se encuentran indicios de la comisión de delito alguno que sea susceptible de recomendarse la formulación de denuncia penal, tal como expresamente lo establece el artículo 88 del Reglamento del Congreso.



Por el contrario, dicho Informe Ampliatorio se limita exclusivamente a pronunciarse sobre aspectos en los cuales la Comisión no tiene competencia constitucional ni legal y que, por el contrario, están reservados a otros órganos del Estado como son la SUNAT, el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial.

De las conclusiones propuestas (del i al iv) en el denominado Informe Ampliatorio del "Caso Pierina", la Comisión no se está pronunciando sobre los aspectos para los cuales fue instalada (investigar actos de corrupción al interior del Estado), excediendo las facultades expresamente otorgadas por la Constitución y el Reglamento del Congreso y desconociendo la separación de poderes y las atribuciones que la Constitución asigna a los demás órganos del Estado.

Corresponde al Congreso el ejercicio del control y de la fiscalización en el campo político. En el denominado Caso Pierina, los aspectos relativos al ejercicio de los derechos del Estado, en lo que respecta a posibles deudas tributarias de un particular, son de competencia de la SUNAT y del Tribunal Fiscal, con el derecho tanto del Estado como de dicha empresa a hacer valer sus derechos en tales instancias e, inclusive, en el Poder Judicial. El Congreso de la República y las Comisiones por éste designadas no son competentes para ejercer tareas de fiscalización en temas referidos a posibles deudas entre particulares y la administración tributaria.

Aceptar como válidas las conclusiones del informe en mayoría, en este caso concreto, o en otros, significaría aceptar la creación de un nuevo fuero para el juzgamiento de asuntos particulares que ya tienen vías procesales y jurisdicción específicas para su resolución y que no tienen ninguna relación con la función de control político en sí, que comprende la fiscalización del funcionamiento de los órganos estatales y de los sectores que componen la administración pública; con lo cual se

desnaturalizaría la función de control (perdiéndose el equilibrio de poderes) y se vulneraría los derechos de las personas.

### 3. BENEFICIO ESTABLECIDO POR LA LEY 26283 Y SU REGLAMENTO

Existen argumentos para afirmar que la Ley N° 26283 podría haber sido rebasada por su reglamento, el D.S. N° 120-94-EF de fecha 21 de septiembre de 1994, Decreto Supremo expedido por el ex -presidente Alberto Fujimori Fujimori y refrendado por el ex ministro de Economía y Finanzas Jorge Camet Dickman. Este Decreto Supremo en su artículo 2 establece lo siguiente: "Para efecto del impuesto a la renta los bienes transferidos como consecuencia de la fusión o división de personas jurídicas a que se refiere el art. anterior, tendrán como costo computable para la adquirente, el valor al que fueron transferidos, el cual no podrá exceder del valor de mercado, debidamente sustentado, a que se refiere el art. 32 de la Ley del impuesto a la renta".

Por un lado se afirma que una norma como la citada en el párrafo anterior, en la práctica implicaba que a través de una norma de carácter *infra legal* (Decreto Supremo), se estaba estableciendo un beneficio tributario adicional a los establecidos en la Ley 26283, en clara contravención al principio de reserva de ley en materia tributaria contemplado en el artículo 74 de la Constitución. En efecto, al permitir a la empresa adquirente de bienes en el marco de una fusión o división, contabilizar como costo computable, el valor de mercado al que previamente habían sido revaluados los bienes a ser transferidos, se dio cabida a que un activo usado y depreciado, pudiera ser depreciado nuevamente. Dicho de otra manera, los activos trasladados a la nueva empresa originada por la

reorganización, no pasarían a valor histórico como lo exigía la ley del impuesto a la renta sino que podrían pasar al valor de mercado (valor comercial) que les atribuyesen quiénes realizaran la fusión.

La discusión sobre la Ley 26283 y su norma reglamentaria se centra, pues, en determinar si ésta última desnaturalizó los alcances de la primera.

Por otro lado, cabe indicar que paradójicamente el Decreto Supremo 120-94-EF nunca fue declarado ilegal por las entidades competentes y que en derecho rige el principio de presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos normativos. En efecto, la vía para declarar ilegal con carácter general un decreto supremo es el poder judicial -pronunciándose de una acción popular- o en materia tributaria -y para el caso específico del procedimiento materia de resolución- el Tribunal Fiscal. Ahora bien, la declaratoria de ilegalidad desde un punto de vista general que compete únicamente al Poder Judicial hubiese requerido de una sentencia, la misma que durante la vigencia del beneficio nunca fue expedida, como que tampoco hubo demanda dirigida a ello, por lo que el citado decreto supremo formalmente rigió hasta el 31 de diciembre de 1998.

Por último, en la medida que tanto la Ley 26283 como el Decreto Supremo 120-94-EF fueron normas de aplicación general, eran susceptibles de ser aplicadas por todos los particulares, sin que ese sólo hecho signifique una actuación indebida de los particulares, sino que muy por el contrario tal aplicación constituía la utilización del marco legal establecido por el propio Estado. Dicho marco legal constituye las reglas de juego dictadas por el Gobierno, quien al ser el órgano que las dicta está en la aptitud de modificarlas o derogarlas.

#### 4. EL CASO PIERINA

Arequipa Resources Ltd., a través de su subsidiaria en el Perú Acuarios Minera y Exploradora SA, descubrió en 1995 un gran yacimiento de oro en la sierra de Ancash, denominado Pierina. El costo de su inversión en exploración fue de aproximadamente US \$ 35 millones, según fuentes especializadas. Como consecuencia, la concesión Pierina revaloró en más de 22 veces la inversión inicial de exploración realizada por Arequipa/Acuarios.

En agosto de 1996, la empresa minera canadiense Barrick Gold Corporation adquirió, en transacción en la Bolsa de Valores de ese país, el íntegro de las acciones de la también canadiense Arequipa Resources Ltda. El monto pagado fue US\$ 790 millones.

Considerando que el grupo Barrick en el Perú contaba con la empresa Minera Barrick Misquichilca S.A., del mismo modo que se produjo la adquisición en el exterior de Arequipa Resources Ltd. por parte de Barrick Gold Corp., en el Perú la mencionada empresa Minera Barrick Misquichilca S.A. absorbió a Acuarios Minera y Exploradora S.A., a efectos que la primera de las nombradas desarrolle el proyecto Pierina. Así, mediante acuerdos del 1º de octubre de 1996, las respectivas Juntas de Accionistas de ambas empresas acordaron la fusión, mediante la incorporación de Acuarios Minera y Exploradora S.A. en Minera Barrick Misquichilca S.A.

Teniendo en cuenta que en el ejercicio 1996 se encontraba vigente el régimen de beneficios tributarios concedidos a las fusiones de empresas, en virtud de lo dispuesto por la Ley 26283 y su Reglamento Decreto Supremo No. 120-94-EF, la reorganización se efectuó al amparo de la misma, más aun cuando se había comprobado que los activos fijos de Acuarios Minera y Exploradora S.A. se encontraban contabilizados a un valor muy inferior al de mercado, por lo que se propuso reevaluarlos y capitalizar el correspondiente excedente

de revaluación. En efecto, el valor en libros de la concesión en Acuarios Minera y Exploradora S.A. era de US\$ 35 millones, mientras que por un lado el monto pagado por Barrick Gold Corp. fue de US\$ 790 millones y, de otro, el valorizado por Buenaventura Ingenieros S.A. fue de US\$ 468 millones.

La SUNAT, entre otras razones, ha considerado que la amortización del mayor valor adquirido por la concesión como consecuencia de la revaluación no se ajusta a ley, ya que el beneficio a que se refiere el párrafo anterior no le corresponde en aplicación de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario. Por su parte, para Minera Barrick Misquichilca S.A el beneficio le corresponde conforme a ley. Este conflicto, como ya se ha señalado, debe ser resuelto por las instancias pertinentes.

Considerando que Barrick Gold Corporation adquirió presencia importante en el Perú con la adquisición de Arequipa Resources Ltd., en un año muy posterior a la dación de la Ley 26283 y su Reglamento, se tiene que el grupo Barrick no ha intervenido en el diseño, elaboración y promulgación de tales normas.

5. LA DETERMINACIÓN DE LA DEBIDA O INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LOS BENEFICIOS ESTABLECIDOS POR LA LEY 26283 Y SU REGLAMENTO CORRESPONDE A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La Ley 26283 y su Reglamento fueron normas que carecieron de un análisis costo beneficio que hubiese permitido conocer la magnitud de sus efectos económicos y en particular en la recaudación fiscal.

Se ha investigado si el Decreto Supremo 120-94-EF es producto de colusión entre determinados particulares y el gobierno de Fujimori, lo cual ha sido

materia de otro Informe denominado "Caso: Elaboración del Decreto Supremo 120-94/EF y los actores que participaron en el proceso".

Tiene sustento afirmar que, de las cientos de empresas que utilizaron el beneficio otorgado por el D.S. 120-94/EF, algunas hicieron un uso indebido del mismo, así es necesario que el órgano competente, es decir SUNAT, aplique con la mayor rigurosidad la Ley, detectando a los evasores y efectuando la cobranza en su totalidad.

No debemos olvidar que los beneficios estuvieron vigentes durante los años 1994 a 1998 y que durante dicho período fueron muchas las empresas que se beneficiaron con tal régimen. Este análisis del uso y abuso de los mencionados beneficios debe efectuarse caso por caso y hacerlo corresponde únicamente a la SUNAT.

Un ejemplo de caso polémico de utilización de los beneficios de la Ley 26283 y de su Reglamento, lo constituye el caso Pierina, en donde los órganos competentes decidirán si existió o no uso debido de los mismos.

La Comisión no debe pronunciarse sobre el Caso Pierina, pues de hacerlo desnaturalizaría su principal función de control político de otros órganos del Estado. Además, tal pronunciamiento podría afectar los derechos constitucionales de los particulares tales como: (i) **el derecho al debido proceso** (se podría considerar que se está sometiendo a un particular a un procedimiento distinto al establecido por la ley para la determinación de deudas tributarias, afectando con ello el derecho al Debido Proceso recogido en el numeral 3. del artículo 139° de la Constitución); (ii) **el derecho a la independencia en la resolución** de los órganos competentes, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución; y, (iii) **el derecho a no ser discriminado** recogido por el artículo 2 de la Constitución, al constituir el único caso de los cientos de casos que existen sobre la materia en donde la Comisión habría actuado.

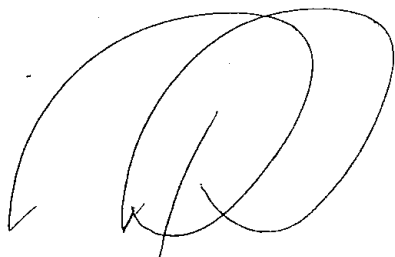
## 6. CONCLUSIONES

- 1) Aunque sean normas cuestionadas por el informe en mayoría, la Ley 26283 y el Decreto Supremo 120-94-EF estuvieron vigentes durante los años 1994 a 1998. Durante dicho período se ha constatado que fueron cientos de empresas las que se beneficiaron con este régimen, muchas de ellas presumiblemente habrían utilizado tal beneficio en forma indebida, por lo que deberá ser la SUNAT la encargada del análisis del uso y abuso de los beneficios, investigando caso por caso a todos aquellos sujetos usuarios del beneficio a fin de acotar a quienes se beneficiaron indebidamente.
- 2) No se encuentra dentro de los alcances, ni dentro del mandato de la Comisión, pronunciarse respecto de la fiscalización, determinación y controversia relativa a deudas tributarias, como la que viene siendo materia del caso Pierina.
- 3) La Comisión, no tiene competencia para pronunciarse sobre el diferendo tributario entre el Estado y Minera Barrick Misquichilca SA. Por el contrario, este conflicto debe ser resuelto en los fueros pertinentes, vale decir, por la SUNAT, el Tribunal Fiscal y eventualmente el Poder Judicial.
- 4) No se ha encontrado indicio alguno que vincule, directa o indirectamente, a Minera Barrick Misquichilca S.A. o a otra empresa del Grupo Barrick, con las instancias gubernamentales responsables del diseño, elaboración, promulgación y publicación del Decreto Supremo No. 120-94-EF. Por tanto no se encuentra en Minera Barrick Misquichilca S.A. indicio de delito alguno.

## 7. RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda modificar la legislación vigente a efectos de precisar el procedimiento para la reglamentación de normas tributarias, señalándose claramente las instancias por las que debe pasar la propuesta hasta llegar a la versión definitiva que es puesta a refrendo ministerial.
- 2) Se recomienda que previa a su aprobación en comisiones de los proyectos de ley que contengan materia tributaria, se solicite un informe técnico a SUNAT que cuantifique el impacto en la recaudación fiscal del proyecto. Ello a efecto de que las normas aprobadas por el parlamento nacional en materia tributaria, respondan a un análisis costo-beneficio serio.

Lima, julio de 2003



**RAFAEL REY REY**  
Congresista de la República