

Dictamen Pericial

Hans A. Flury

5 de enero de 2016

Índice

I. DEL AUTOR DEL INFORME	3
II. INTRODUCCIÓN.....	4
III. ASPECTOS GENERALES DE LA MINERÍA EN EL PERÚ	5
3.1. Aspectos Generales	5
3.2. La obtención de una Concesión Minera.....	6
3.3. La irrevocabilidad de las concesiones mineras y otros derechos referidos a recursos naturales.....	9
3.4. El caso particular de las zonas de frontera: los decretos supremos autoritativos	10
3.5. Mecanismos usados por inversionistas extranjeros para acceder a concesiones mineras en zonas de frontera	12
3.5.1. Petitorio formulado por un extranjero.....	13
3.5.2. El extranjero asegura su posibilidad de adquirir las concesiones mineras en un futuro con mecanismos contractuales	17
IV. EL CASO DE BEAR CREEK	18
4.1 Bear Creek fue autorizada a adquirir concesiones mineras en zona de frontera.....	18
4.2 Bear Creek fue transparente en su actuar frente a la autoridad minera.....	19
4.3 El Decreto Supremo No. 032-2011-EM.....	20
4.4 Las inversiones mineras y las relaciones comunitarias	22
4.5 El Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Santa Ana	26
4.6 Permisos y Autorizaciones Aplicables al Proyecto Santa Ana	29
V. CONCLUSIONES.....	38
VI. DECLARACIONES	41

I. DEL AUTOR DEL INFORME

1. Mi nombre es Hans Albert Flury Royle y tengo casi cuarenta años de experiencia profesional como abogado en el Perú. Desde el inicio de mi carrera profesional he estado vinculado a la industria minera peruana. En 1972 ingresé a trabajar para la sucursal en el Perú de Southern Perú Copper Corporation, una corporación constituida en el año 1952 conforme a las Ley de Sociedades Mercantiles del Estado de Delaware, EEUU. La sucursal es conocida como "SPCC". He ocupado varias posiciones legales en la organización, llegando a ocupar desde 1989 la más alta posición corporativa en el ámbito jurídico de la empresa, la de Vicepresidente Legal como funcionario ejecutivo de la corporación. Actualmente continúo desarrollando estas funciones, ahora bajo el título de Director Legal. A la fecha ocupo también el cargo de Secretario del Directorio de la misma empresa minera, hoy denominada como Southern Copper Corporation ("SCC" o la "Corporación"), y formo parte del Directorio en otras empresas mineras. Todas estas funciones las he desarrollado desde la ciudad de Lima, Perú, sede administrativa principal de SCC y la Corporación.

2. SCC es uno de los más grandes productores integrados de cobre en el mundo y tiene una de las mayores reservas de cobre de cualquiera de las empresas que cotizan acciones en bolsa de valores. La Corporación está listada en la Bolsa de Nueva York y en la Bolsa de Valores de Lima. SCC opera unidades mineras y metalúrgicas en Perú y México. SCC también realiza actividades de exploración en Argentina, Chile y Ecuador. La sucursal en el Perú de SCC desarrolla actividad extractiva en las minas de Toquepala y Cuajone, y de fundición y refinería en Ilo, ubicadas en el extremo sur de la República del Perú.

3. En mi actual posición, y desde hace más de 20 años, tengo bajo mi cargo varios departamentos de la sucursal peruana de SCC, como son: la Dirección Legal (a cargo de todos los asuntos jurídicos), la Gerencia de Servicios Técnicos (a cargo de los asuntos ambientales en relación con el Gobierno Nacional y Regional, en sus diferentes estamentos gubernamentales, con los gremios empresariales y otras instituciones), y la Superintendencia de Coordinación y Licencias (a cargo de la gestión y mantenimiento de los permisos, autorizaciones y licencias requeridos para realizar legítimamente la actividad minera y operar en el país). También tuve a mi cargo la Dirección de Servicios Ambientales (a cargo de los asuntos ambientales de las operaciones mineras de SCC).

4. Adicionalmente, he ejercido el cargo de Ministro de Energía y Minas entre julio de 2003 y febrero de 2004.

5. Finalmente, he tenido desde hace muchos años una participación activa en el gremio minero peruano, fomentando y promoviendo el desarrollo de la actividad minera nacional, participando en diversas instituciones gremiales. Por ejemplo, soy miembro del Consejo Directivo de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía ("SNMPE") desde el año 1987, y fui Presidente de la SNMPE en dos periodos, en los años 1997-1998 y 2009-2011. En mi calidad de ex - Presidente de la institución, también formo parte de su Comité Consultivo.

6. Debido a mi experiencia profesional, conozco de primera mano no solamente la legislación minera del Perú sino además su aplicación concreta y las prácticas usuales de la industria minera peruana.

7. Y, al haber tenido bajo mi responsabilidad la política nacional del sector Energía y Minas como ministro, conozco también directamente la perspectiva del Estado en la aplicación de la legislación minera peruana.

8. Para mayor detalle, adjunto como Anexo mi curriculum vitae.¹

II. INTRODUCCIÓN

9. Preparo el presente Dictamen Pericial a solicitud de los abogados de King & Spalding y Miranda & Amado, quienes representan a Bear Creek Mining Corporation ("Bear Creek") en un arbitraje contra la República del Perú ante el CIADI.

10. Se me ha solicitado una opinión en condición de experto en el sector y en la legislación minera del Perú respecto de:

- (i) La adquisición de concesiones mineras por parte de Bear Creek, Sucursal del Perú ("Bear Creek") bajo la autorización otorgada en el Decreto Supremo No. 083-2007-EM del 28 de noviembre del 2007 ("Decreto Supremo No. 083-2007-EM")²;
- (ii) La legalidad del Decreto Supremo No. 032-2011-EM del 24 de junio del 2011 por el cual se derogó el Decreto Supremo anterior ("Decreto Supremo No. 032-2011-EM")³;
- (iii) El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto Santa Ana⁴; y,
- (iv) Los permisos y licencias que bajo el marco legal peruano son aplicables al Proyecto Santa Ana.

11. En la Sección III siguiente describiré las principales características del marco legal minero en el Perú, y en particular me referiré a la adquisición de concesiones mineras por parte de extranjeros en zonas de frontera. A continuación, en la Sección IV, analizaré el caso particular de Bear Creek y los Decretos Supremos No. 083-2007-EM y No. 032-2011-EM. En ese contexto, me referiré específicamente al marco legal aplicable a las relaciones entre las poblaciones locales y los inversionistas mineros, al EIA del Proyecto Santa Ana y los

¹ (FLURY 001).

² Decreto Supremo No. 083-2007-EM (C-0004).

³ Decreto Supremo No. 032-2011-EM (C-0005).

⁴ Ausenco Vector, EIA del Proyecto Santa Ana de diciembre 2010 (C-0071).

permisos y autorizaciones aplicables. Finalmente, en la Sección V resumiré las principales conclusiones de este Dictamen Pericial.

III. ASPECTOS GENERALES DE LA MINERÍA EN EL PERÚ

3.1. Aspectos Generales

12. En el Perú la minería es una actividad regulada, con controles desde su inicio, para la exploración, durante la explotación y operación de la mina y hasta su cierre. Conforme establece el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No. 014-1992-EM, de fecha 2 de junio de 1992 y sus modificatorias ("Ley General de Minería")⁵, el ejercicio de las principales actividades mineras sólo se podrá realizar bajo el sistema de concesiones.

13. La Ley General de Minería en su artículo 9, al referirse y definir a la concesión minera, señala que ésta otorga los derechos exploración y explotación:

"La concesión otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).(...)"⁶

14. Estas concesiones que el Estado otorga conceden a sus titulares, entre otros, los siguientes derechos:

- *"La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse".⁷*
- Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.⁸
- El otorgamiento a su titular de un derecho real consistente en la suma de los atributos que esta ley reconoce al concesionario.⁹

⁵ Ley General de Minería (**BULLARD 031**).

⁶ Artículo 9 de la Ley General de Minería (**BULLARD 031**).

⁷ Artículo 23 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales, Ley No. 26821 del 25 de junio de 1997 ("Ley No. 26821") (**R-142**).

⁸ *Id.*

⁹ Artículo 10 de la Ley General de Minería (**BULLARD 031**).

- El otorgamiento al titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos.¹⁰

15. Por su parte, la Constitución Política del Perú de 1993 (la "Constitución") establece que por ley orgánica se deberán fijar las condiciones para el otorgamiento a particulares del derecho al aprovechamiento de los recursos naturales y que "La concesión otorga a su titular un derecho real (...)".¹¹ Como se explica en la doctrina, este derecho real consiste en: "un derecho al aprovechamiento otorgado, el cual permite realizar actividad minera concedida, y en el caso de los yacimientos, obtener legítimamente la propiedad del mineral que se extraiga."¹² Conforme a esta disposición constitucional, la Ley General de Minería establece que la concesión minera otorga a su titular un derecho real consistente en la suma de los atributos que la ley minera establece.¹³ Como indica el artículo 885, inciso 3 del Código Civil las "minas" son bienes inmuebles.¹⁴ Tratándose de un inmueble, son aplicables al titular de la concesión las normas de derecho común aplicables al propietario de un inmueble.

16. Esta calidad de "derecho real" que las normas otorgan a la concesión minera, a partir de la detentación del título correspondiente, este podrá usarlo para beneficiarse de las rentas que le produzcan y los frutos que se generen, para gravarlo en operaciones que requiera para disfrutarlo, o para obtener el gozo de prestaciones adicionales o disponer del mismo en favor de terceros, sujeto a las limitaciones o condiciones las normas establecen.

3.2. La obtención de una Concesión Minera

17. Existen dos instituciones destinadas a mantener la información relativa a las concesiones mineras de tal manera que el sistema ofrezca seguridad a los titulares de derechos mineros debidamente registrados. Estas son el Catastro Minero y el Registro de Derechos Mineros.

18. El Catastro Minero está hoy a cargo de Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (el "INGEMMET"), que mantiene bajo su custodia todo el acervo documentario de todas las concesiones y derechos mineros otorgados y en trámite (los que se conocen como petitorios). En este catastro se lleva el registro de su área, ubicación, extensión definidos por las coordenadas UTM de sus vértices y la identificación de los titulares de los derechos mineros que han sido otorgados o cuyo procedimiento haya sido admitido.

¹⁰ Artículo 20 de la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, Decreto Legislativo No. 708, de fecha 13 de noviembre de 1991 (FLURY 002).

¹¹ Artículo 66 de la Constitución (C-0024).

¹² MARTÍNEZ APONTE, Humberto, *La Concesión Minera, Derecho a la Explotación de los Recursos de la Nación*, Revista *Advocatus* No. 21, 2009, p. 218 (FLURY 003).

¹³ Artículo 10 de la Ley General de Minería (BULLARD 031).

¹⁴ Artículo 885, inciso 3, Código Civil (FLURY 003).

19. Adicionalmente, el Registro de Derechos Mineros, que es parte del Registro de Propiedad Inmueble de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (la "SUNARP"), lleva un registro de derechos mineros. El Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros¹⁵ establece que en el Registro de Derechos Mineros se inscriben: las concesiones a que se refiere la Ley General de Minería; los contratos que se celebren sobre las concesiones mineras, los actos que declaren, trasmitan, modifiquen, limiten o extingan obligaciones, derechos y atributos establecidos en la Ley General de Minería y disposiciones complementarias que correspondan a las concesiones mineras y las resoluciones administrativas y judiciales, a pedido de parte o mandato de la autoridad, que recaigan en la concesión, las obligaciones, los derechos y los atributos que corresponden a esas concesiones mineras.¹⁶

20. Para obtener una concesión minera el interesado debe formular un "petitorio", esto es una solicitud ante la autoridad competente, el INGEMMET. El petitorio debe referirse a un área determinada; así, en el formulario correspondiente el solicitante (denominado peticionario) indica, entre otras cosas, las coordenadas y otros datos de ubicación del área que solicita¹⁷.

21. El título de la concesión minera es expedido por el INGEMMET y deberá ser inscrito tanto en el Catastro Minero del INGEMMET y también en el Registro de Derechos Mineros que lleva la SUNARP¹⁸ para que tenga efectos ante terceros, por cuanto la Ley General de Minería señala que los actos, contratos y resoluciones no inscritos, no surten efecto frente al Estado ni frente a terceros¹⁹.

22. Para el otorgamiento de las concesiones mineras reguladas por la Ley General de Minería, se aprobó Reglamento de Procedimientos Mineros.²⁰ Este reglamento complementa el Título XII de la referida ley, en el que se establece el "procedimiento ordinario" que deben seguir las personas interesadas ante los órganos administrativos mineros para acceder al título habilitante para poder ejercer la actividad minera. Es una norma minera especial a la

¹⁵ Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos No. 052-2004-SUNARP-SN del 9 de febrero del 2004 ("Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros") (FLURY 004).

¹⁶ *Id.* Artículo 6.

¹⁷ Ley General de Minería (BULLARD 031).

¹⁸ Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos, Ley No. 26366 del 16 de Octubre de 1994 (FLURY 005).

¹⁹ Artículo 106 de la Ley General de Minería (BULLARD 031).

²⁰ Reglamento de Procedimientos Mineros, Decreto Supremo No. 018-92-EM del 8 de setiembre de 1992 ("Reglamento de Procedimientos Mineros") (FLURY 006).

que se aplicará en forma supletoria las normas del procedimiento administrativo general.²¹ Los petitorios de concesiones mineras se presentan por el interesado en cualquier oficina del INGEMMET, que las registra²² para determinar la prioridad en su presentación. Cada petitorio deberá cumplir con los requisitos que se establecen en el reglamento, y en caso de alguna omisión, éstos podrán ser subsanados dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la omisión.

23. El análisis del petitorio formulado por parte de la autoridad supone, efectuar un estudio del petitorio formulado a varios niveles. En relación al propio pedido, el expediente es revisado para determinar el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la Ley General de Minería y el Reglamento de Procedimientos Mineros para determinar que no se haya incurrido en la omisión de presentar alguno de ellos.²³

24. Si el petitorio cumple con los requisitos exigidos por Reglamento de Procedimientos Mineros, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a su presentación, el Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras notificará al interesado adjuntando los avisos para su publicación. La publicación²⁴ deberá realizarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del aviso correspondiente.²⁵ Simultáneamente a la notificación al peticionario, el Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras deberá notificar sobre el nuevo petitorio a los titulares de petitorios o concesiones mineras anteriores, cuyas áreas se encuentren ubicadas en parte de la misma cuadrícula o conjunto de cuadrículas peticionadas.

²¹ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 del 11 de abril del 2001 ("LPAG") (BULLARD 005).

²² Anteriormente el registro se llevaba en un libro, y actualmente el registro es electrónico.

²³ Estos requisitos incluyen: los recibos de pago del derecho de vigencia, del derecho de trámite, que se identifiquen correctamente la cuadrícula o conjunto de cuadrículas y la información sobre las coordenadas U.T.M. del área solicitada por el inversionista interesado, que éstas tengan colindancia por un lado dentro del conjunto de cuadrículas solicitadas, que el área solicitada no exceda el área máxima establecida por la Ley General de Minería; que el área solicitada no corresponda a concesiones o petitorios caducos, abandonados, nulos, renunciados, y aquellos que hubieren sido rechazados en el acto de su presentación, que no hayan sido publicadas como denunciables, o que las mismas áreas hubieran sido solicitados anteriormente por la misma persona, o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad, hasta dos años después de haber sido publicadas como denunciable, o que el área corresponda a áreas de no Admisión de Denuncios. Ver, artículo 14, 14A y 14B del Reglamento de Procedimientos Mineros (FLURY 006).

²⁴ Los petitorios de concesiones mineras ubicadas en el departamento de Lima se publican sólo en el diario oficial "El Peruano"; los de otras circunscripciones se publican por una vez en el diario oficial "El Peruano" y además en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la capital del departamento en donde se encuentre ubicada el área solicitada. Ver, artículo 19 del Reglamento de Procedimientos Mineros (FLURY 006).

²⁵ Artículo 20 del Reglamento de Procedimientos Mineros (FLURY 006).

25. Dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha de la publicación, el interesado debe entregar las páginas enteras en las que conste la publicación de los avisos a la oficina correspondiente²⁶. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de la publicación de los avisos, de no mediar oposición, la Oficina de Concesiones Mineras del INGEMMET deberá emitir los dictámenes técnico y legal correspondientes. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de emitidos los dictámenes, el expediente deberá ser elevado para la expedición de la resolución correspondiente, que otorga el título de la concesión minera, no antes de treinta (30) días calendario de efectuada la última publicación.²⁷ Contra la resolución de la Presidencia que otorga el título de la concesión minera podrá interponerse recurso de revisión ante el Consejo de Minería²⁸. La resolución del título de la concesión minera será remitida al Registro de Derechos Mineros de la SUNARP para inscripción del derecho minero concedido.

26. Como parte del procedimiento, la autoridad deberá verificar los antecedentes de la zona pedida en las diferentes bases de información para identificar 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, ubicados en el área peticionada, por cuanto estas zonas deberán ser excluidas expresamente del título de la concesión minera correspondiente.

3.3. La irrevocabilidad de las concesiones mineras y otros derechos referidos a recursos naturales

27. El marco legal establecido para el otorgamiento de concesiones mineras busca garantizar seguridad jurídica a los titulares de la actividad minera. Es fundamental que los mecanismos para otorgar estos derechos establezcan con certeza los atributos de los derechos mineros y su titularidad. Solo de esta forma puede garantizarse a los inversionistas privados la seguridad suficiente para invertir recursos en desarrollar el potencial de los yacimientos ubicados al interior del área de la concesión minera.

28. La seguridad jurídica es tan importante para la industria minera, y en general para las industrias de aprovechamiento de los recursos naturales, que la ley peruana establece la irrevocabilidad de las concesiones mineras, por acto unilateral del Estado.²⁹ La ley vigente establece expresamente que las concesiones mineras "Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia."³⁰ Esta es una norma especial pero coherente con el régimen general de la LPAG

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.* Artículo 21.

²⁸ *Id.* Artículo 25.

²⁹ Artículo 10 de la Ley General de Minería (BULLARD 031).

³⁰ *Id.* y artículo 23 de la Ley No. 26821 (R-142).

que establece, como regla general, la prohibición de la revocación de los actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia³¹ admitiendo, excepcionalmente, la revocación cuando exista norma expresa que así lo permita o por desaparición de condiciones legalmente exigidas para la emisión del acto administrativo.³²

29. Ello no implica que las concesiones nunca puedan terminarse o “extinguirse”. Como señala la propia norma citada, la vigencia de la concesión minera está sujeta al cumplimiento por su titular de determinadas obligaciones. Estas son: (i) efectuar inversiones para lograr una “producción mínima anual de minerales”;³³ y, (ii) cumplir con el pago anual del “Derecho de Vigencia” y “Penalidad”.³⁴ La Ley General de Minería como norma especial reconoce que para ciertas industrias la seguridad sobre los títulos otorgados por el Estado es de particular importancia y, por ello, se protegen de manera especial.

30. La Ley General de Minería establece en forma taxativa las causales por las cuales las concesiones mineras se extinguen, precisando como tales a la caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación.³⁵ La caducidad se dará cuando su titular incumple el pago oportuno del pago del derecho de vigencia durante dos años consecutivos o por falta de inversión o también por falta de pago de las penalidades. Conforme a la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales³⁶ “La aplicación de las causales de caducidad se sujetará a los procedimientos que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal correspondiente. La caducidad determina la reversión al Estado de la concesión, desde el momento de la inscripción de la cancelación del título correspondiente.” La renuncia se forma por acto que realiza el titular del derecho minero antes o después de haber sido titulado. Entiendo que en este caso no se ha alegado que Bear Creek haya incurrido en ninguna de estas causales.

3.4. El caso particular de las zonas de frontera: los decretos supremos autoritativos

31. La Constitución establece como requisito especial que los extranjeros para acceder a tener propiedad en las zonas de frontera, cuenten con una autorización expresa otorgada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros para “adquirir o poseer, por cualquier título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía directa o

³¹ Artículo 203.1 de la LPAG. (BULLARD 005).

³² Artículo 203.2 de la LPAG. (BULLARD 005).

³³ Artículos 38 y 40 de la Ley General de Minería (BULLARD 031).

³⁴ *Id.* Artículos 39 y 59.

³⁵ Artículo 58 de la Ley General de Minería (BULLARD 031).

³⁶ Artículo 30 de la Ley No. 26821 (R-142).

indirectamente”.³⁷ El decreto supremo antes mencionado debe ser firmado por el Presidente de la República conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (la “LOPE”)³⁸ y al artículo 118 de la Constitución.³⁹

32. Para el acceso a la titularidad de concesiones mineras en la zona de 50 kilómetros de alguna frontera peruana, se deberá dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 71 de la Constitución; el Decreto Legislativo No. 757⁴⁰ y su reglamento⁴¹, siguiendo el Procedimiento No. 53 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas⁴² que regulan las condiciones y el procedimiento que deben cumplirse para obtener la autorización que se otorga mediante decreto supremo, que será suscrita por el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del sector correspondiente, es decir el de Energía y Minas. Para la expedición de la autorización es indispensable que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas emita opinión favorable a la presencia de la inversión de los extranjeros.

33. Conforme a la Constitución, al Presidente de la República le corresponde “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.”⁴³ Es decir, el Presidente tiene la facultad de dictar decretos dentro de los límites que establece la ley. La LOPE desarrolla estas facultades y define a los decretos supremos de la siguiente manera:

“Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Los Decretos Supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.”⁴⁴

³⁷ Artículo 71 de la Constitución (C-0024).

³⁸ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley No. 29158 del 20 de diciembre de 2007 (R-103).

³⁹ Artículo 118 de la Constitución (C-0024).

⁴⁰ Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, Decreto Legislativo No. 757 del 13 de noviembre de 1991 (“Decreto Legislativo No. 757”) (BULLARD 004).

⁴¹ Reglamento de los regímenes de garantía a la inversión privada, Decreto Supremo No. 162-92-EF del 12 de octubre de 1992 (“Decreto Supremo No. 162-92-EF”) (BULLARD 023).

⁴² Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas aprobado mediante Decreto Supremo No. 038-2014-EM (el “TUPA del Ministerio de Energía y Minas”). (FLURY 040).

⁴³ Artículo 118.8 de la Constitución (C-0024).

⁴⁴ Artículo 11.3 de la LOPE (R-103).

34. En su mayoría los decretos supremos se expiden para establecer las reglas de implementación y cumplimiento de las leyes que emite el Congreso de la República. Estos decretos son normas legales de aplicación general y continua durante la vigencia de la ley que reglamentan. Por ello, podrán ser ampliados, modificados, precisados, sustituidos, derogados, etc., por el Poder Ejecutivo, conforme a su potestad reglamentaria.

35. Por su parte, los decretos supremos autoritativos responden a una solicitud que formula alguna persona natural o jurídica, otorgando o negando un derecho sobre una materia específica. En esta medida, este tipo de decretos no corresponde al ejercicio de la potestad reglamentaria antes mencionada, sino que se trata de la emisión de un acto administrativo⁴⁵ que responde a una solicitud del administrado conforme a un procedimiento previsto en las normas aplicables. El rango o tipo de instrumento utilizado para conceder la autorización solicitada por el administrado no altera la naturaleza de acto. Entonces, el Poder Ejecutivo carece de facultad general para modificarlo o derogarlo como podría hacerlo con una norma reglamentaria.

36. En general, como expliqué en la Sección 3.1, la concesión minera otorga a su titular el derecho de explorar y explotar⁴⁶ recursos minerales ubicados al interior del área otorgada. Sin embargo, en el caso de los extranjeros para adquirir título y realizar actividades en zona de frontera, necesitarán no solamente la concesión correspondiente, sino también el decreto supremo autoritativo. Así, el decreto supremo autoritativo, conjuntamente con el título de la concesión, habilita al extranjero el acceso a la concesión minera y el ejercicio de sus atributos cumpliendo con obtener las licencias que las normas requieren.

3.5. Mecanismos usados por inversionistas extranjeros para acceder a concesiones mineras en zonas de frontera

37. Toda persona natural o jurídica extranjera tiene el derecho a adquirir una o más concesiones mineras en el territorio de la República, pero para poder hacerlo en las zonas de frontera, como se explicó en la Sección 3.4 anterior, es necesario obtener una autorización mediante decreto supremo.

38. En la práctica, para acceder a concesiones mineras en zonas de frontera los extranjeros suelen optar por una de las siguientes alternativas: (i) el petitorio minero es formulado directamente por un extranjero siguiendo el trámite correspondiente ante el

⁴⁵ Artículo 1.1 de la LPAG: "Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta." (BULLARD 005).

⁴⁶ Sujeto a la obtención de los permisos correspondientes, según la actividad a desarrollar en cada caso.

INGEMMET; o, (ii) el extranjero se asegura que podrá adquirir en un futuro la concesión minera mediante algún mecanismo contractual, mientras tramita la autorización requerida ante el MINEM.

39. Sin embargo, Perú parece indicar que un inversionista extranjero solamente podría obtener una autorización mediante decreto supremo para adquirir derechos mineros en zonas de frontera respecto de áreas que no tengan una concesión ya otorgada (o un petitorio pendiente) si el mismo extranjero formula el petitorio de manera directa.⁴⁷ También sostiene que celebrar un contrato de opción con un ciudadano peruano con quien el extranjero tenga una relación de confianza para que éste adquiriera la concesión y la mantenga mientras el extranjero tramita la autorización contravendría el artículo 71 de la Constitución.⁴⁸ En mi opinión, como explicaré a continuación, esto es incorrecto. Estas situaciones son comunes en la práctica minera peruana y el Ministerio de Energía y Minas emite decretos autoritativos ante estas circunstancias de manera regular.

3.5.1. Petitorio formulado por un extranjero

40. El extranjero puede formular un petitorio ante la autoridad competente de conformidad con el procedimiento previsto por las normas detalladas anteriormente. En estos casos, entiendo que, en la práctica, el INGEMMET suspende el trámite correspondiente hasta la oportunidad en que el inversionista extranjero acredite contar con el decreto supremo que lo autorice a ser titular del derecho minero solicitado. Es decir, no se otorgará la concesión hasta que se haya emitido el decreto supremo autoritativo.

41. Esta práctica se basaría en el Reglamento de Procedimientos Mineros⁴⁹ el cual establece que serán declarados inadmisibles los petitorios mineros que "(...) sean peticionados por extranjeros en zona de frontera cuya solicitud sea expresamente desaprobada o que, transcurridos seis (6) meses de dicha solicitud, se acojan al silencio negativo y consideren su solicitud como denegada y consentida." Así, mientras se encuentre pendiente el trámite para la obtención del decreto supremo autoritativo, en principio, el INGEMMET no declararía la inadmisibilidad del petitorio.

42. Sin embargo, esta situación de suspensión genera incertidumbre para el inversionista extranjero por cuanto siempre está latente la posibilidad de que INGEMMET cambie su práctica de suspender el trámite hasta la oportunidad en que el inversionista extranjero acredite contar con el decreto supremo que lo autorice a ser titular del derecho minero solicitado o, al término del plazo antes señalado, está la posibilidad de que un tercero interesado pueda requerir a INGEMMET para que declare concluido el procedimiento al amparo de las normas generales aplicables a los procedimientos administrativos. Ello por

⁴⁷ Memorial de Contestación, párrafos 25-57.

⁴⁸ Memorial de Contestación, párrafos 38-39.

⁴⁹ Artículo 14B.g del Reglamento de Procedimientos Mineros (FLURY 006).

cuanto la LPAG establece que cuando el administrado incumpla algún trámite que produzca la paralización de un procedimiento por treinta días, en este caso la obtención del decreto supremo autoritativo, el procedimiento será declarado en abandono de oficio.⁵⁰

43. Como se observa, en caso que el inversionista extranjero accediera a formular el petitorio minero y se sometiera al trámite ordinario ante el INGEMMET; se encontrará irremediablemente sometida a la presión y necesidad de concluir el proceso de obtención del decreto supremo autoritativo en el plazo de 7 meses. En mi opinión, este no es un plazo razonable para obtener el decreto supremo autoritativo al que se refiere el artículo 71 de la Constitución, para que el Poder Ejecutivo pueda coordinar este proceso entre sus diversas instancias.

44. No es posible establecer en forma precisa el plazo que toma a la administración pública responder al pedido de un inversionista extranjero para ser autorizado a la adquisición de un derecho minero en zona de frontera. Sin embargo, de la siguiente información sobre los decretos autoritativos emitidos por el Ministerio de Energía y Minas desde el año 2006 que obra en la página web⁵¹ de este ministerio, es posible establecer los tiempos de demora entre la fecha del oficio con la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú (el cual se emite ya avanzado sustancialmente el procedimiento - por ejemplo, el Comando Conjunto emitió su opinión favorable más de siete meses después de que Bear Creek presentó su solicitud ante el Ministerio de Energía y Minas) y la fecha de publicación del respectivo decreto supremo, como sigue:

TITULAR	OPINION FAVORABLE	DECRETO AUTORITATIVO	PUBLICACIÓN EL PERUANO	TIEMPO (MESES)
1. ENERGY RESOURCES & ELECTRICAL POWER S.A.C.	16/09/2009	DS 085-2009-EM ⁵²	04/12/2009	2.63
2. SUMITOMO METAL MINING PERU SA	03/07/2009	DS 080-2009-EM ⁵³	20/11/2009	4.67
3. NEWMONT PERU SRL	14/05/2009	DS 072-2009-EM ⁵⁴	22/10/2009	5.37
4. MINERA GOLD FIELDS SA	12/09/2008	DS 012-2009-EM ⁵⁵	13/02/2009	5.13

⁵⁰ Artículo 191 de la LPAG: "En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, cuando el administrado incumpla algún trámite que le hubiera sido requerido que produzca su paralización por treinta días, la autoridad de oficio o a solicitud del administrado declarará el abandono del procedimiento. Dicha resolución deberá ser notificada y contra ella procederán los recursos administrativos pertinentes." (BULLARD 005)

⁵¹ <http://www.minem.gob.pe/detalle.php?idSector=1&idTitular=190&idMenu=sub154&idCateg=190>

⁵² Decreto Supremo No. 085-2009-EM (FLURY 007).

⁵³ Decreto Supremo No. 080-2009-EM (FLURY 008).

⁵⁴ Decreto Supremo No. 072-2009-EM (FLURY 009).

5.	EMP MIN LOS QUENUALES	21/05/2008	DS 013-2009-EM ⁵⁶	13/02/2009	8.93
6.	XIAMEN ZIJIN TONGGUAN	19/12/2007	DS 024-2008-DE ⁵⁷	27/12/2008	12.47
7.	SOLEX DEL PERU	27/09/2007	DS 063-2008-EM ⁵⁸	25/12/2008	15.17
8.	NEWCREST RESOURCES INC	07/05/2007	DS 032-2008-EM ⁵⁹	14/06/2008	13.47
9.	SHERIDAN PLATINUM GROUP	17/01/2008	DS 033-2007-EM ⁶⁰	14/06/2008	4.97
10.	RIO TINTO MINING AND EXPLORATION LIMITED PERU	26/07/2007	DS 017-2007-EM ⁶¹	26/03/2008	8.13
11.	MINERA PEÑALES DEL PERU	10/01/2007	DS 042-2007-EM ⁶²	07/08/2007	6.97
12.	NEWMONT PERU SRL	10/01/2007	DS 040-2007-EM ⁶³	19/07/2007	6.33
13.	MOLINETES BVI LTD	11/08/2006	DS 010-2007-EM ⁶⁴	01/03/2007	6.73
14.	ANGLO AMERICAN EXPLORATION PERU SA	07/03/2006	DS 062-2006-EM ⁶⁵	29/10/2006	7.87
15.	MINERA PEÑALES DEL PERU SAC	27/04/2006	DS 060-2006-EM ⁶⁶	27/10/2006	6.13
16.	MINERA CHAN CHAN SAC	-	DS 030-2006-EM ⁶⁷	30/05/2006	n/d

45. El promedio de tiempo requerido por el Ministerio de Energía y Minas, principal interesado en promover la inversión minera, para emitir estos decretos supremos fue de 7.18 meses, una vez que recibía la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Este periodo de tiempo no incluye todo el periodo desde que el extranjero solicita la autorización hasta que le es otorgada, lo que hace que este procedimiento sea de tiempo mayor. Es decir que sólo en el tiempo utilizado para realizar esta última y definitiva parte de la

⁵⁵ Decreto Supremo No. 012-2009-EM (FLURY 010).

⁵⁶ Decreto Supremo No. 013-2009-EM (FLURY 011).

⁵⁷ Decreto Supremo No. 024-2008-DE (FLURY 012).

⁵⁸ Decreto Supremo No. 063-2008-EM (FLURY 013).

⁵⁹ Decreto Supremo No. 032-2008-EM (FLURY 014).

⁶⁰ Decreto Supremo No. 033-2007-EM (FLURY 015).

⁶¹ Decreto Supremo No. 017-2007-EM (FLURY 016).

⁶² Decreto Supremo No. 042-2007-EM (FLURY 017).

⁶³ Decreto Supremo No. 040-2007-EM (FLURY 018).

⁶⁴ Decreto Supremo No. 010-2007-EM (FLURY 019).

⁶⁵ Decreto Supremo No. 062-2006-EM (FLURY 020).

⁶⁶ Decreto Supremo No. 060-2006-EM (FLURY 021).

⁶⁷ Decreto Supremo No. 030-2006-EM (FLURY 022).

gestión que le corresponde en su calidad de ente responsable, el petitorio presentado al INGEMMET habría superado largamente el plazo indicado en el Reglamento de Procedimientos Mineros. Así vemos que el plazo total del procedimiento para obtener el decreto supremo supera ampliamente este plazo.

46. En este sentido, uno de los riesgos es que terceros conocedores de la intención del inversionista extranjero en tomar cierta área (cosa que conocerán por el propio petitorio del inversionista extranjero), estarán en procura de ser ellos los beneficiarios del título de la concesión minera, y podrían aprovecharse de las demoras en el trámite del decreto supremo autoritativo. Esto genera una situación de inseguridad y de eventual conflicto de intereses (entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros) que puede poner en riesgo la obtención del título del derecho minero procurado por el inversionista extranjero. Es importante entender que la información –y el manejo confidencial de la misma cuando así corresponda- es muy valiosa en la industria minera. Así, revelar a terceros el interés en cierta área puede perjudicar de muchas maneras a un inversionista, si es que dicho inversionista está a la vez condicionado para materializar activamente dicho interés.

47. Durante el periodo en el cual el petitorio se encuentre en suspenso ante la falta de un decreto autoritativo, por más de 7 meses, y ante un requerimiento de terceros, se corre el riesgo de que el INGEMMET se vea obligado a dar cumplimiento a los principios que impone la LPAG, los cuales buscan que los procedimientos se concluyan en forma diligente y oportuna. Especialmente al amparo del “Principio de Impulso de Oficio” y la obligación de “Impulso del Procedimiento” según el cual “La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida”. En concordancia con lo anterior, el “Principio de Informalismo” señala que “Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.”⁶⁸ En base a los principios antes señalados, terceros podrían exigir que se declare la inadmisibilidad o abandono del petitorio que se encuentre pendiente por un plazo más allá de lo previsto en la norma, alegando que se afectan los “derechos de terceros o el interés público” al estarse postergando la realización de actividad minera en determinada zona.

⁶⁸ Numerales 1.3 y 1.6 del Artículo IV del Título Preliminar y el artículo 145 de la LPAG (BULLARD 005).

3.5.2. El extranjero asegura su posibilidad de adquirir las concesiones mineras en un futuro con mecanismos contractuales

48. Otra práctica usual es que el extranjero interesado en obtener una concesión celebre con el titular un contrato que le permita adquirir en un futuro todo o una parte alícuota de una concesión minera. Esto se produce tanto respecto de concesiones ya existentes como de nuevas concesiones. En este último caso, esta práctica se genera para eliminar los riesgos descritos en la Sección 3.5.1 anterior.

49. En mi experiencia, cuando un extranjero está interesado en una concesión existente, negociará con el titular de la concesión y convendrá un mecanismo contractual que asegure que en el futuro podrá adquirirla, a un valor que el inversionista extranjero encuentre razonable, una vez que obtenga la autorización del Estado. De lo contrario, no tiene sentido iniciar el trámite ante el Ministerio de Energía y Minas para obtener el decreto supremo.

50. Algo similar ocurre cuando se va recién a formular un petitorio respecto de un área que parece interesante desde el punto de vista geológico. En esos casos el formulario del petitorio se suele presentar a nombre de una empresa peruana o de un individuo peruano para evitar los riesgos descritos en la Sección 3.5.1. anterior. Así también se evita revelar al mercado el interés en un área determinada, mientras está pendiente la autorización por decreto supremo. Esta es una práctica usual en la industria minera peruana, incluso en zonas que no son de frontera ya que con frecuencia las empresas mineras no quieren revelar su interés en un área determinada (como se mencionó, la información es quizás lo más valioso en minería). Esto ocurre con frecuencia debido a que el sistema de gestión de las concesiones mineras descrito anteriormente en la Sección 3.2 es un procedimiento público, no siendo en ningún momento reservado. Por el contrario, como se explicó, la norma busca que durante la tramitación del petitorio el público conozca de la formulación del mismo.

51. Las normas peruanas establecen diversos mecanismos contractuales para asegurar que la concesión será oportunamente transferida al inversionista extranjero una vez que este obtenga la autorización. Por ejemplo, se pueden usar contratos de opción de transferencia de los derechos mineros, contratos de opción de transferencia sobre las acciones de la empresa que es titular de los derechos mineros, o contratos de transferencia sujetos a una condición suspensiva. Bajo estas modalidades, el inversionista extranjero obtendrá oportunidad de tramitar la autorización para que se le transfiera legítimamente el título sobre el derecho minero.

52. De estas posibilidades, considero que celebrar el contrato de opción para una futura transferencia de los derechos mineros es una forma que otorga adecuada seguridad jurídica al inversionista extranjero para tener la posibilidad de acceder posteriormente, y en forma definitiva, a la concesión minera de su interés en zona de frontera evitando la pretensión de algún tercero que busque aprovechar la demora. Esto porque se tendrá la certeza de que el derecho minero por el área de su interés que está titulado por el INGEMMET, está inscrito en el Registro de Derechos Mineros de la SUNARP, es oponible a terceros y que en tanto se

cumplan con las obligaciones que la Ley General de Minería mantendrá su vigencia y podrá en el futuro ser objeto del contrato definitivo y adquirir en esa oportunidad la propiedad sobre el mismo.

IV. EL CASO DE BEAR CREEK

4.1 Bear Creek fue autorizada a adquirir concesiones mineras en zona de frontera.

53. Bear Creek es una compañía canadiense, por lo que en su calidad de extranjero debía obtener la autorización del Estado peruano, emitida por el Presidente de la República a través de un Decreto Supremo, para poder adquirir propiedades dentro de los 50 kilómetros de la frontera. Conforme a ley, esta autorización fue otorgada para las concesiones vinculadas al Proyecto Santa Ana, ubicadas en Puno, a través del Decreto Supremo No. 083-2007-EM.

54. Entiendo que precisamente por la necesidad de tal autorización es que Bear Creek aseguró su futuro acceso a las concesiones mineras correspondientes suscribiendo Contratos de Opción Minera con doña Jenny Karina Villavicencio Gardini ("Sra. Villavicencio"), mas no contratos de transferencia de propiedad definitiva de tales derechos mineros. Luego de obtener la autorización,⁶⁹ Bear Creek ejerció la opción de adquirir las concesiones mineras y las adquirió cumpliendo con las formalidades requeridas e inscribiendo su derecho.

55. Como se aprecia de la parte considerativa del Decreto Supremo autoritativo citado, se siguió el procedimiento exigido. Según lo requerido, se obtuvo la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. El 26 de julio de 2007 se emitió el Oficio del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de la República del Perú, dirigido la Secretario General del Ministerio de Defensa, en el que señala "(...) luego de haberse efectuado la visita a la zona de concesiones para realizar la respectiva evaluación por el personal de los organismos militares correspondientes; este Comando Conjunto desde el punto de vista de seguridad Nacional, emite OPINIÓN FAVORABLE a la solicitud presentada por la Empresa Minera Bear Creek MINING COMPANY, SUCURSAL DEL PERU, para la adquisición de Siete (07) derechos mineros denominados (...)".⁷⁰

56. El 29 de noviembre de 2007 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo No. 083-2007-EM⁷¹; que autoriza a Bear Creek a adquirir las concesiones mineras

⁶⁹ Al día siguiente de la obtención del Decreto Supremo No. 083-2007- EM, el 30 de noviembre de 2007, Bear Creek ejerció la opción frente a su contraparte contractual, la Sra. Villavicencio (C-0018).

⁷⁰ Opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, emitida mediante Oficio No. 2263 EMCFFAA-D4/PLN MOV de fecha 26 de julio de 2007 del Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas (C-0045).

⁷¹ Decreto Supremo No. 083-2007-EM (C-0004).

en zona de frontera. Esta disposición se sustenta en la declaración de la situación de necesidad pública conforme requiere el artículo 71 de la Constitución⁷², el Decreto Legislativo No. 757⁷³ y el Decreto Supremo No. 162-92-EF⁷⁴, obteniendo la declaración de necesidad pública requerida en mérito al aporte al desarrollo de la zona fronteriza de la Región Puno que esta importante inversión representaría.

57. En conclusión, Bear Creek cumplió con el artículo 71 de la Constitución para la legítima adquisición de las concesiones mineras vinculadas al Proyecto Santa Ana.

4.2 Bear Creek fue transparente en su actuar frente a la autoridad minera.

58. En el proceso ante el Ministerio de Energía y Minas, desde la solicitud inicial hasta la obtención del decreto supremo autoritativo, Bear Creek reveló la existencia de los contratos de opción con la Sra. Villavicencio, sin ocultar ni disfrazar la relación entre las partes. Incluso incluyó entre los documentos proporcionados al ministerio copia de los poderes bancarios otorgados por Bear Creek en favor de la Sra. Villavicencio, una indicación de la existencia de una relación de confianza entre las partes.⁷⁵

59. En sintonía con lo señalado líneas arriba, el contrato de opción minera es una forma legal, válida y común en el Perú para iniciar el proceso de la adquisición de derechos mineros, y se usa con frecuencia respecto de derechos mineros ubicados en zonas de frontera. Esto considerando el riesgo que he descrito en los párrafos 45, 46 y 49, entre otros, de este dictamen. En mi opinión, la forma de proceder de Bear Creek para la adquisición de las concesiones fue legal y consistente con las prácticas usuales de la industria minera en el Perú para eliminar tal riesgo.

60. Se desprende claramente que el Ministerio de Energía y Minas comprendía cabalmente la estructura a través de la cual Bear Creek adquiriría los derechos mineros. En mi opinión, al ser dicha estructura totalmente compatible con el marco legal, ella no llamó la atención o preocupación de la autoridad minera, ni fue motivo de cuestionamientos. En efecto, nadie cuestionó la relación entre las partes ni la estructura contractual empleada, y se emitió legítimamente la autorización correspondiente.

⁷² Constitución (C-0024).

⁷³ Decreto Legislativo No. 757 (BULLARD 004).

⁷⁴ Decreto Supremo No. 162-92-EF (BULLARD 023).

⁷⁵ Ver Solicitud para adquirir derechos mineros ubicados en zona de frontera presentada por Bear Creek ante el Ministerio de Energía y Minas del 4 de diciembre de 2006 (C-0017).

4.3 El Decreto Supremo No. 032-2011-EM

61. El Decreto Supremo No. 032-2011-EM, que deroga el decreto supremo autoritativo emitido en 2007, no imputa incumplimiento alguno a Bear Creek, sino que se refiere a “circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto [Decreto Supremo 083-2007-EM]”.⁷⁶ Resulta evidente que de haber existido alguna infracción a la ley por parte de Bear Creek que motive este decreto, el Estado peruano la hubiera citado en el mismo. Esta omisión vulnera directamente el principio de debida motivación que rige a todos los actos administrativos⁷⁷.

62. Este decreto no explica o sustenta cuáles son estas nuevas “circunstancias” que “habrían” motivado su expedición. Ante esta ausencia de explicación, Bear Creek se vio forzada a requerir al Ministerio de Energía y Minas que le proporcione toda la documentación sustentatoria de este decreto supremo.⁷⁸ El único documento que obtuvo en respuesta fue la Exposición de Motivos, que sin mayor respaldo en informes técnicos o legales como es usual en estos casos, documento que tampoco aporta una explicación suficiente, señalando simplemente:

“(…) en el marco del proceso de diálogo llevado a cabo con los representantes de la población aymara del departamento de Puno, ha tomado conocimiento la existencia de circunstancias que implicarían la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto.”⁷⁹

63. Es decir que incluso la exposición de motivos es poco clara y contiene fórmulas genéricas sin contenido real o motivación jurídica que la sustente, con lo cual no fundamenta jurídicamente la acción del Poder Ejecutivo para derogar el Decreto Supremo No. 083-2007-EM como requieren las normas correspondientes. Aquí es oportuno a citar la voz del Ministerio de Justicia y Derechos humanos del Perú, que al respecto nos ilustra cuando señala ⁸⁰ que:

“De acuerdo al Artículo 5 de la LPAG, el objeto o contenido es aquello que toda autoridad administrativa decide, declara o certifica; debiéndose expresar lo mismo de forma clara y precisa con la finalidad de que el

⁷⁶ Decreto Supremo No. 032-2011-EM (C-0005).

⁷⁷ Artículo 3.4 de la LPAG (BULLARD 005).

⁷⁸ Solicitud de acceso a la información de fecha 10 de agosto de 2011 (C-0110).

⁷⁹ Oficio No. 1433-2011-MEM/SEG de fecha 19 de agosto de 2011 mediante el cual se da respuesta a la solicitud de acceso a la información y se remite la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 083-2011-EM (C-0111).

⁸⁰ Guía Práctica sobre la validez y eficacia de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. Mayo 2014, página17 (FLURY 023).

administrado, y la propia institución, conozcan y determinen inequívocamente sus efectos jurídicos.

Otro elemento que impone este requisito de validez es la necesaria compatibilidad del contenido con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico; suponiendo a su vez una concordancia con la situación de hecho prevista en las normas, lo que implica la necesidad de cumplir con las siguientes características:

(...)

d) Debe comprender las cuestiones surgidas de la motivación: 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 la Administración Pública otorgue la posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor.”

64. No he encontrado antecedente alguno en el que el Ministerio de Energía y Minas haya derogado el decreto supremo autoritativo de un inversionista extranjero bajo el argumento de un cambio en las circunstancias o la “desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto”.

65. Se puede apreciar que el lenguaje usado en la parte considerativa del referido Decreto Supremo No. 032-2011-EM⁸¹ es similar a la causal de revocación establecida en el artículo 203.2.2 de la LPAG.⁸² La LPAG requiere la efectiva “desaparición de las circunstancias” que existieron al momento de emitir el acto administrativo, sin embargo el Decreto Supremo No. 032-2011-EM⁸³ no acredita esta situación para justificar la derogación.

66. En la práctica, esta decisión del Estado tendría por finalidad revocar los derechos otorgados a Bear Creek, contraviniendo no solo el principio de seguridad jurídica que la Constitución y el marco legal minero garantizan, sino también lo dispuesto en el propio artículo 203 de la LPAG⁸⁴ pues no se cumple ninguno de los requisitos para proceder a la revocación prevista en dicha norma. De hecho, este decreto ha tenido como consecuencia que las concesiones mineras actualmente no puedan ser objeto de aprovechamiento tal como la legislación nacional promueve para el uso sostenible de los recursos naturales. Bajo el marco legal peruano, para revocar un derecho otorgado previamente mediante un acto

⁸¹ “Que, se ha hecho de conocimiento circunstancias que implicarían la **desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del mencionado acto (...)**” (C-0005).

⁸² Artículo 203.2.2 de la LPAG. “Cuando **sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo** cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.” Cabe indicar que de conformidad con la el artículo 2015.1 de la LPAG, en caso de revocación de actos administrativos corresponde el pago de una indemnización al administrado cuando se le haya generado un perjuicio (BULLARD 005).

⁸³ Decreto Supremo No. 032-2011-EM (C-0005).

⁸⁴ Artículo 203 de la LPAG (BULLARD 005).

administrativo, es necesario seguir un procedimiento debiendo sustentarlo en hechos y derecho, que reconozca y otorgue el derecho de defensa del administrado y que resarza los perjuicios causados con la revocación mediante una indemnización.⁸⁵

67. Respecto de las consecuencias de la nulidad de los actos administrativos, resulta oportuno volver a citar la voz del Ministerio de Justicia y Derechos humanos del Perú, que al respecto nos ilustra señalando⁸⁶:

“Un problema regulado por la LPAG, Numeral 3 del Artículo 12º, es cuando el acto viciado ya se hubiera consumado o resulta imposible retrotraer sus efectos; situación en la cual la norma dispone dos efectos: por un lado, la posible indemnización del afectado y, por otro, la irremediable responsabilidad administrativa de quien emitiera el acto administrativo.”

68. Entiendo que en el marco de este arbitraje el Estado peruano ha señalado que el propósito de este decreto derogatorio fue doble: por un lado abordar la cuestión de una presunta (“circunstancias que implicarían”)⁸⁷ adquisición ilegal de las concesiones y por otro responder a una situación de crisis social.⁸⁸ Ninguna de estas dos motivaciones se explica de manera clara en el mencionado decreto⁸⁹, ni en su exposición de motivos⁹⁰. Además, como indiqué en la Sección 4.1 anterior, en mi opinión la adquisición de las concesiones no fue ilegal. Con respecto al segundo punto, referido a la situación de crisis social, en mi opinión una situación de crisis social no es justificación bajo el marco legal peruano para revocar derechos previamente otorgados a un particular.

4.4 Las inversiones mineras y las relaciones comunitarias

69. La ley peruana exige que el titular de la actividad minera que pretenda desarrollar exploración o explotación, comunique los alcances e impactos del proyecto a las poblaciones vecinas. Sin embargo, en ninguna medida la normativa peruana otorga a estas poblaciones el derecho de vetar o impedir el desarrollo de un proyecto minero.

⁸⁵ Ver, artículos 203 y 205 de la LPAG (**BULLARD 005**).

⁸⁶ Guía Práctica sobre la validez y eficacia de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. Mayo 2014, página 22 (**FLURY 023**).

⁸⁷ Exposición de Motivos del Decreto Supremo 032-2011-EM (**C-0111**).

⁸⁸ Memorial de Contestación, párrafo 8.

⁸⁹ Decreto Supremo No. 032-2011-EM (**C-0005**).

⁹⁰ Exposición de Motivos del Decreto Supremo 032-2011-EM (**C-0111**).

70. El primer acercamiento formal del titular de la actividad minera hacia las poblaciones vecinas se da en ocasión de su pretensión de realizar exploración minera.⁹¹ Esta actividad de comunicación continúa durante la evaluación del EIA para la futura explotación minera. El proceso por el cual se dialoga con la población respecto del alcance, beneficios e impacto de los proyectos mineros que se ha denominado “consulta” o “participación ciudadana” está a cargo del inversionista. Este proceso estaba regulado inicialmente por la Resolución Ministerial No. 596-2002-EM-DM⁹² y actualmente por el Decreto Supremo No. 028-2008-EM⁹³ y la Resolución Ministerial No. 304-2008-EM-DM⁹⁴ Como se explica en estas normas, el propósito de este proceso es informar a la población sobre el proyecto y permitirle, a su vez, a ésta manifestar sus inquietudes, aportes, comentarios, etc. al respecto.⁹⁵

71. Por su parte, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (“Convenio 169”)⁹⁶, establece el derecho de los pueblos indígenas y originarios de ser consultados por el Estado respecto de medidas legislativas o administrativas que afecten sus derechos colectivos. En el escrito de contestación presentado por el Estado se indica que la consulta a las comunidades indígenas a la que se refiere el Convenio 169 “se entiende, en términos prácticos, como una obligación de obtener el consentimiento previo”.⁹⁷ Esto es incorrecto.

⁹¹ Artículo 8 del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, Decreto Supremo No. 020-2008-EM del 2 de abril de 2008 (**FLURY 024**).

⁹² Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental en el Sector Energía y Minas, Resolución Ministerial No. 596-2002-EM-DM del 21 de diciembre de 2002 (“Resolución Ministerial No. 596-2002-EM-DM”) (**FLURY 025**).

⁹³ Reglamento de Participación Ciudadana en el Sector Minero, Decreto Supremo No. 028-2008-EM del 27 de mayo de 2008 (“Decreto Supremo No. 028-2008-EM”) (**FLURY 026**).

⁹⁴ Resolución Ministerial No. 304-2008-EM-DM (**FLURY 027**).

⁹⁵ La primera norma define la consulta como “un proceso de información y diálogo entre el Titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posible impactos sociales y ambientales del proyecto; asimismo, permite conocer las percepciones e inquietudes ciudadanas. La consulta se realiza a través de reuniones dirigidas a las personas y organizaciones sociales; ello no implica un derecho de veto de los ciudadanos sobre el proyecto.” (Artículo 2 de la Resolución Ministerial No. 596-2002-EM-DM). El nuevo reglamento explica que la participación ciudadana es “un proceso público, dinámico y flexible que, a través de la aplicación de variados mecanismos, tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución; promover el diálogo y la construcción de consensos; y conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo.” (Artículo 3 del Decreto Supremo No. 028-2008-EM).

⁹⁶ Convenio 169 (**R-029**).

⁹⁷ Memorial de Contestación, párrafo 62.

72. Cabe resaltar que en el año 2011 se encontraba vigente el Artículo 4 del Decreto Supremo No. 028-2008-EM, el cual establecía que: “El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento.”⁹⁸ Bajo este marco legal, al ordenar y monitorear la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana previstos en el reglamento antes mencionado, el Estado estaba también cumpliendo sus obligaciones bajo el Convenio 169. Este artículo establecía además, expresamente, que “La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad.”⁹⁹

73. A partir de la Ley No. 29785,¹⁰⁰ la normativa vigente desde setiembre de 2011 regula el derecho de consulta de los pueblos indígenas de manera independiente al derecho general de participación de la población. Incluso bajo este nuevo marco legal, se reitera y ratifica que el derecho de consulta no implica un derecho de veto. Si bien la finalidad que persigue la consulta es llegar a un acuerdo o consenso con las poblaciones indígenas,¹⁰¹ la decisión final sobre la medida administrativa o legislativa corresponde únicamente al Estado.¹⁰²

74. Cabe notar que el Dr. Peña, perito del Estado peruano, incorrectamente identifica a las comunidades campesinas y comunidades como pueblos originarios o pueblos indígenas.¹⁰³ Esto no es correcto. Los requisitos para calificar como una comunidad campesina o nativa no coinciden con aquellos que caracterizan a los pueblos originarios o pueblos indígenas. La propia norma aplicable establece que las comunidades campesinas o nativas solamente serán reconocidas como descendientes de un pueblo indígena u originario cuando cumplan con los criterios objetivos y subjetivos establecidos por la norma (los cuales concuerdan con lo establecido en el Convenio 169).¹⁰⁴

⁹⁸ Artículo 4 del Decreto Supremo No. 028-2008-EM (**FLURY 026**).

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169, Ley No. 29785 del 7 de setiembre de 2011 (“Ley No. 29785”) (**FLURY 028**).

¹⁰¹ *Id.* Artículo 3.

¹⁰² *Id.* Artículo 15. Ver también Artículos 5.d y 23.3 del Reglamento de la Ley No. 29785, Decreto Supremo No. 001-2012-MC del 3 de abril de 2012 (**FLURY 029**): “(...) el no alcanzar dicha finalidad [la finalidad de llegar a un acuerdo o consentimiento] no implica la afectación del derecho a la consulta.” y “En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas (...)”.

¹⁰³ Informe de Experto de Antonio Alfonso Peña Jumpa (“Informe Peña”), párrafo 28 (**REX-002**).

¹⁰⁴ Artículo 7 de la Ley No. 29785 (**FLURY 028**).

75. Adicionalmente, el Dr. Peña mal interpreta el artículo 89 de la Constitución cuando sugiere que de esta norma se desprende un derecho de veto de estas comunidades sobre los proyectos que se realizan en las zonas donde habitan.¹⁰⁵ La autonomía que este artículo otorga a las comunidades campesinas y nativas se refiere a "su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece."¹⁰⁶ Esta disposición debe ser concordada con el resto de las disposiciones de la Constitución, las cuales establecen claramente que el Estado peruano es un Estado unitario y que el aprovechamiento de los recursos naturales será regulado por el Estado.¹⁰⁷

76. En este sentido, las obligaciones de las empresas mineras en este contexto están referidas a informar a la población en general respecto de la actividad que van a realizar y los impactos y beneficios que esta actividad genera. Las empresas no reemplazan al Estado en ninguna de sus obligaciones frente a estas poblaciones. Es exclusivamente el Estado quien debe cumplir con su obligación constitucional de otorgar a las poblaciones salud, educación, seguridad, entre otras.¹⁰⁸ Y es al Estado a quien corresponde realizar el proceso de consulta con las poblaciones indígenas bajo el Convenio 169, no al inversionista minero.

77. Asimismo, es el Estado quien debe preservar la paz social, lo cual implica resolver los conflictos sociales, controlando y sancionando las actividades que supongan la violación del Estado de Derecho. La empresa no es responsable por la ocurrencia de protestas, ni está obligada a paralizar sus operaciones ante la oposición de las poblaciones locales.

78. A la fecha de emisión del Decreto Supremo No. 032-2011-EM¹⁰⁹, Bear Creek estaba cumpliendo con todas las obligaciones legales previstas en las normas para la "Participación Ciudadana" requeridas para la aprobación EIA para el proyecto Santa Ana. En este proceso, Bear Creek logró realizar la obligatoria Audiencia Pública, acto público y abierto a toda persona interesada, donde se informa, con presencia de la autoridad minera y otras, sobre las características del proyecto minero materia del estudio, los posibles impactos que podría acarrear, así como los beneficios que se espera resulten de la actividad minera propuesta, para la población del área aledaña a la zona de explotación del recurso y el país. Esta audiencia representa un hito muy relevante porque supone la culminación del proceso de participación ciudadana en la que se efectúa la comunicación pública del EIA, habilitando al

¹⁰⁵ Informe Peña, párrafos 37-38 (REX-002).

¹⁰⁶ Artículo 89 de la Constitución (C-0024).

¹⁰⁷ Artículos 43 y 66 de la Constitución (C-0024).

¹⁰⁸ Constitución (C-0024).

¹⁰⁹ Decreto Supremo No. 032-2011-EM (C-0005).

Ministerio de Energía y Minas a iniciar el proceso de evaluación y posterior aprobación del EIA.

4.5 El Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Santa Ana

79. En el contexto del procedimiento de aprobación del EIA, la regulación fomenta y procura la intervención de terceros, el público y las instituciones del Estado con el fin de enriquecer el contenido de este instrumento ambiental. Para ello todo interesado puede presentar aportes, sugerencias, comentarios o críticas al EIA, las cuales en su conjunto de forma genérica son denominadas "observaciones". Todos estos comentarios deben ser absueltos por la empresa aportando la información adicional o aclaratoria que permita a la autoridad evaluar el EIA, ahora enriquecido con esta información adicional o aclaratoria.

80. A lo largo de mi carrera he revisado muchos instrumentos de gestión ambiental vinculados a diversos proyectos mineros. Para preparar el presente informe he tenido oportunidad de revisar el EIA del Proyecto Santa Ana,¹¹⁰ las observaciones formuladas al mismo,¹¹¹ y la absolución de las observaciones por parte de Bear Creek.¹¹² En mi opinión el EIA del Proyecto Santa Ana, que incluye la información adicional y aclaratoria contenida en la absolución de las observaciones, cumple con los requisitos de forma y contenido requeridos por las normas legales aplicables y era razonable esperar que el mismo sea aprobado por el Ministerio de Energía y Minas dentro de los plazos establecidos legalmente con algún retraso razonable (unos pocos meses), que lamentablemente no es infrecuente.

81. Sin embargo, debo notar que la suspensión al trámite de evaluación del EIA del Proyecto Santa Ana impuesta mediante una medida cautelar por la propia Administración es ilegal bajo la normativa peruana aplicable.¹¹³ Las medidas cautelares deben buscar exclusivamente garantizar la efectividad de las decisiones finales de la Administración, en ello son semejantes a las medidas cautelares que podría dictar la autoridad jurisdiccional. En este caso particular, la decisión de suspender el trámite se justifica en las movilizaciones de personas o protestas en la zona, pero no vincula la ocurrencia de estos hechos con la conducta de la empresa. Así, la Administración en la práctica estaría exigiendo condiciones que no están en la normativa aplicable para continuar con el trámite a su cargo.

¹¹⁰ Ausenco Vector, EIA del Proyecto Santa Ana de diciembre 2010 (C-0071).

¹¹¹ Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD del MEM del 19 de abril de 2011 (R-040) y Opinión Técnica No. 016-11-AG-DVM-DGAA-DGA de enero de 2011 (R-041).

¹¹² Ausenco Vector, Bear Creek Mining Company Proyecto Santa Ana Absolución de Observaciones del MINAG al EIAS, julio, 2011 (FLURY 030) y Ausenco Vector, Bear Creek Mining Company Proyecto Santa Ana Absolución a las Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental y Social del MINEM, julio, 2011 (FLURY 031).

¹¹³ Resolución Directoral No. 162-2011-MEM-AAM (C-0098).

82. Entiendo que el 7 de enero de 2011 la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas aprobó el Resumen Ejecutivo del EIA del Proyecto Santa Ana y su Plan de Participación Ciudadana.¹¹⁴ Al respecto, el doctor Rodríguez-Mariátegui afirma que “esta aprobación constituía una aceptación a la pertinencia de los mecanismos de participación ciudadana propuestos por Bear Creek y no representaba ningún pronunciamiento de la autoridad acerca de los méritos del EIA.”¹¹⁵ Concuero en que, al aprobar el plan de participación ciudadana, la autoridad reconoce que los mecanismos propuestos por Bear Creek son adecuados y por ello con esta decisión se le habilita¹¹⁶ a pasar a implementar este plan, llevando a cabo la audiencia pública por ejemplo. Sin embargo, discrepo del comentario final. En mi opinión, si bien esta decisión no es la aprobación final del EIA, representa un primer visto bueno de la autoridad y marca un hito muy importante en el proceso de aprobación del EIA, que indica que Bear Creek se estaba conduciendo de manera adecuada y en forma consistente con la práctica minera. Por eso la autoridad otorgó conformidad al Resumen Ejecutivo del EIA y al Plan de Participación Ciudadana, autorizando continuar con el procedimiento.

83. Como se explicó, como parte del proceso de evaluación del EIA se entrega al inversionista todas las observaciones que los interesados y las autoridades competentes formulen y presenten. La experiencia de los últimos años demuestra que resulta común que quienes dirigen o forman parte del movimiento anti-minero en el Perú promueven y difunden múltiples “observaciones”, cuyo “gran” número publicitan para alegar ante terceros la “validez” de su oposición a los proyectos de inversión, especialmente los mineros.

84. Sin embargo, la cantidad de “observaciones” no constituye una impugnación o cuestionamiento a la calidad del EIA. Por ejemplo, un mismo grupo puede plantear una o muchas “observaciones”; y las “observaciones” pueden ser repetidas –con matices- por diferentes personas o grupos. Un elevado número de observaciones es parte del proceso de generar un documento que resuelva todas las inquietudes de la población y autoridades. En otras palabras, no existe una relación entre el número de observaciones y la sensibilidad socio-ambiental de un proyecto minero; ni con las probabilidades de que el proyecto llegue a convertirse en una mina.

85. En este caso, el EIA del Proyecto Santa Ana recibió 196 “observaciones”. A simple vista este número puede parecer elevado, pero en mi opinión está dentro de lo normal y esperable. Del cuadro que incluyo a continuación podemos ver que recibir numerosas “observaciones” respecto de un EIA es parte normal e incluso deseada del procedimiento de aprobación de los EIA, donde los principales proyectos mineros recibieron múltiples requerimientos de información o aclaración. Esta lista recoge una serie de proyectos que

¹¹⁴ Oficio No. 021-2011/MEM-AAM de fecha 7 de enero de 2011 (C-0073).

¹¹⁵ Informe de Experto de Luis Rodríguez-Mariátegui Canny (“Informe Rodríguez-Mariátegui”), párrafo 43 (REX-003).

¹¹⁶ Artículos 18 y 19, Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM (FLURY 027).

recibieron un número similar de observaciones, o incluso un número mucho mayor, y estos EIA fueron aprobados, autorizándose la construcción y operación de las minas respectivas, como sigue:

Proyecto	Cantidad de "observaciones"	Aprobación del EIA
La Zanja (Minera LA ZANJA S.R.L.)	162	Resolución Directoral N° 090-2009-MEM/AAM del 24 de abril 2009 ¹¹⁷
Antapaccay (Minera XSTRATA TINTAYA S.A.)	151	Resolución Directoral N° 225-2010-MEM/AAM del 6 de julio 2010 ¹¹⁸
Toromocho (Minera Chinalco Perú S.A.)	252	Resolución Directoral N° 411-2010-MEM/AAM del 14 de diciembre 2010 ¹¹⁹
Antamina (Cía. Minera Antamina)	139	Resolución Directoral N° 054-2011-MEM/AAM del 18 de Febrero 2011 ¹²⁰
Las Bambas (Minera XSTRATA Tintaya S. A.)	179	Resolución Directoral N° 073-2011-MEM/AAM del 7 de Marzo del 2011 ¹²¹
Expansión de la Unidad de Producción Cerro Verde (Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.)	171	Resolución Directoral N° 403-2012-MEM/AAM del 3 de Diciembre 2012 ¹²²
Shahuindo (Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.)	170	Resolución Directoral N° 339-2013-MEM/AAM del 10 de Setiembre 2013 ¹²³
Santa Ana Bear Creek Mining Company, Sucursal del Perú)	196	

86. Como se observa de este cuadro, recibir una gran cantidad de "observaciones" no supone un EIA de mala calidad y menos aún que no vaya a ser aprobado. Tampoco supone un ambiente social necesariamente hostil al proyecto.

87. He revisado las observaciones formuladas al EIA del Proyecto Santa Ana¹²⁴ y las absoluciones de Bear Creek frente a las mismas¹²⁵. En mi opinión todas ellas eran

¹¹⁷ Resolución Directoral N° 090-2009-MEM/AAM del 24 de abril 2009 (FLURY 032).

¹¹⁸ Resolución Directoral N° 225-2010-MEM/AAM del 6 de julio 2010 (FLURY 033).

¹¹⁹ Resolución Directoral N° 411-2010-MEM/AAM del 14 de diciembre 2010 (FLURY 034).

¹²⁰ Resolución Directoral N° 054-2011-MEM/AAM del 18 de Febrero 2011(FLURY 035).

¹²¹ Resolución Directoral N° 073-2011-MEM/AAM del 7 de Marzo del 2011(FLURY 036).

¹²² Resolución Directoral N° 403-2012-MEM/AAM del 3 de Diciembre 2012 (FLURY 037).

¹²³ Resolución Directoral N° 339-2013-MEM/AAM del 10 de Setiembre 2013 (FLURY 038).

¹²⁴ Informe No. 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD del MEM del 19 de abril de 2011 (R-040) y Opinión Técnica No. 016-11-AG-DVM-DGAA-DGA de enero de 2011 (R-041).

subsanales dentro del proceso usual, ninguna representaba una observación de fondo que pudiera significar un obstáculo significativo para el desarrollo del proyecto. Adicionalmente, en mi opinión, las respuestas de Bear Creek a las observaciones son adecuadas y, ante ello, era razonable esperar que el Ministerio de Energía y Minas las acepte declarando su subsanación y que hubiera aprobado el EIA.

88. Finalmente, en relación con la audiencia pública realizada el 23 de febrero de 2011, el doctor Rodríguez-Mariátegui se limita a resaltar algunos defectos formales del acta, señalando por ejemplo que el acta no refleja que se haya repartido el material informativo entre los participantes, que se haya verificado el correcto funcionamiento de los equipos audiovisuales, ni deja constancia de la intervención de un traductor de la lengua aimara.¹²⁶ En primer lugar, es importante notar la diferencia entre un defecto del acta y el incumplimiento de un requisito legal en la realización de la audiencia pública. Por ejemplo, en relación a la presencia del traductor, lo relevante será que efectivamente haya intervenido un traductor durante la realización de la audiencia, aunque ello no conste en el acta. En segundo lugar, cabe notar que los defectos formales no son inusuales en este tipo de acta (que se suelen redactar al momento de la realización de la audiencia) y normalmente pueden ser subsanados sin mayor consecuencia. Conforme a la normas de participación ciudadana el desarrollo de la audiencia es registrada en un acta y en equipos de audio; y de ser posible en una grabación audio visual. El acta, que es un formulario aprobado por el MINEM, detalla la información que la norma¹²⁷ requiere para acreditar la realización de esta importante actividad, y no existe norma específica que sustente que una falla pueda ser argumento legal para la nulidad del procedimiento, puesto que existe doble registro de esta actividad.

4.6 Permisos y Autorizaciones Aplicables al Proyecto Santa Ana

89. Como expliqué al inicio de este dictamen, en el Perú la actividad minera es una actividad regulada y por ello para el desarrollo de la actividad minera se requiere de múltiples permisos o licencias. Estos se dan en diversos niveles, según la etapa en la que se encuentre el desarrollo de la actividad. Es decir, no se requiere la existencia de todos ellos en forma simultánea.

90. Obtenida la concesión minera, los primeros permisos a solicitar y conseguir son aquellos vinculados a los estudios de impacto ambiental, primero para la etapa de exploración, mediante los DIA, y/o EIAd, según sea el tamaño de la operación que se pretenda y el área que se disturbará por este proceso. Cumplida esta primera etapa, se

¹²⁵ Ausenco Vector, Bear Creek Mining Company Proyecto Santa Ana Absolución de Observaciones del MINAG al EIAS, julio, 2011 (FLURY 030) y Ausenco Vector, Bear Creek Mining Company Proyecto Santa Ana Absolución a las Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental y Social del MINEM, julio, 2011 (FLURY 031).

¹²⁶ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 59 (REX-003).

¹²⁷ Artículo 25.2.6 de la Resolución Ministerial 304-2008-MEM-DM (FLURY 027).

requerirá de un EIA que informe sobre los impactos y beneficios que se generarán por la posible futura explotación del yacimiento ubicado en el sub-suelo del área materia de la concesión minera. En la siguiente etapa, el inversionista requerirá varios permisos adicionales e ir adquiriendo acceso a los terrenos superficiales donde se encuentra la concesión minera (que podrían ser adicionales a los que se obtuvo para explorar).

91. En relación a este proceso de obtención de permisos, al 25 de junio del 2011, la fecha de expedición del Decreto Supremo No. 032-2011¹²⁸, Bear Creek había presentado a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas el EIA y había realizado la audiencia pública; como se explicó, la instancia en la cual se da a conocer el EIA a las poblaciones vecinas interesadas. Además, Bear Creek había recibido las “observaciones” al EIA. En este momento lo que estaba pendiente era la absolución por parte de Bear Creek de las “observaciones” formuladas y, posteriormente, la culminación de la evaluación y emisión de una decisión final sobre el EIA por parte del Ministerio de Energía y Minas. Considerando la documentación revisada, entiendo que Bear Creek –directamente y con la asesoría de consultores ambientales- estaba en la capacidad de dar una respuesta adecuada a todas las observaciones formuladas dentro de los plazos legalmente previstos para ello.¹²⁹ Por tanto, se debía esperar una decisión favorable del Ministerio de Energía y Minas al respecto al EIA del Proyecto Santa Ana.

92. Es correcto afirmar que, para continuar con el Proyecto Santa Ana, Bear Creek tendría que obtener varios permisos adicionales. Sin embargo, el doctor Rodríguez-Mariátegui en su informe sugiere que existe un amplio margen de discrecionalidad en las autoridades competentes para otorgar estos permisos y licencias.¹³⁰ Esto no es correcto. Todos los permisos a los que se refiere el doctor Rodríguez-Mariátegui se otorgan siguiendo procedimientos formales que tienen requisitos específicamente detallados. Si el titular de la concesión minera cumple con todos los requisitos, la administración necesariamente deberá emitir el permiso correspondiente. Estos permisos no dependen de la discrecionalidad de la administración, como explicaré con algunos ejemplos a continuación.

93. En cuanto al plan de minado, por ejemplo, el doctor Rodríguez-Mariátegui señala que “la aprobación o rechazo de este Plan de Minado está en el marco de discrecionalidad del MINEM...”.¹³¹ Sin embargo, la normativa aplicable establece una serie de criterios técnicos

¹²⁸ Decreto Supremo No. 032-2011(C-0005).

¹²⁹ De hecho, el 22 de julio de 2011, Bear Creek levantó un acta notarial con la absolución a las observaciones formuladas. En mi opinión esta absolución daba respuesta adecuada a todas las observaciones formuladas (FLURY 039).

¹³⁰ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 40 (REX-003).

¹³¹ *Id.* párrafo 75.

que determinan la aprobación de un plan de minado por parte de la autoridad.¹³² La aprobación del plan de minado no es una decisión discrecional, sino una decisión reglada porque se impone al funcionario límites para la toma de la decisión. Cada plan de minado es distinto, respondiendo a diversos factores, como son la naturaleza de la operación minera, el mineral, el tamaño del yacimiento, la geografía de la zona, la capacidad financiera del titular, el ritmo de explotación que se pretenda dar a la mina, etc., por lo que el único que tiene “discreción” en esta materia es el propio titular de la concesión. Una empresa como Bear Creek, que cuenta con personal experimentado en proyectos mineros y asesores de primer nivel, no tendría problema en satisfacer estos requisitos técnicos y obtener la aprobación. En línea con lo anterior, cabe recordar que, decisiones discrecionales o no, el numeral 3 del artículo 3 de la LPAG señala que todos los actos administrativos deben cumplir con la finalidad pública. Al respecto, la norma citada señala, textualmente, lo siguiente:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.”¹³³

94. La norma citada es bastante clara, se trate de una decisión discrecional o no, los actos administrativos deben emitirse con el propósito de cautelar el cumplimiento únicamente del interés público aclarando, incluso, que “la ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad”. En consecuencia, aun cuando la posibilidad de rechazar el plan de minado fuera una decisión discrecional, la emisión del acto administrativo rechazando el plan de minado, lleva consigo la obligación de justificar las razones por las cuales tal decisión se ajusta al interés público del Estado y no sólo al interés de las personas que presentaron objeciones al proyecto, y estar sujeto al debido proceso que permite ejercer el derecho de defensa del inversionista en doble instancia.

95. En relación con la obtención del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), el doctor Rodríguez-Mariátegui parece sugerir que este trámite podría obstaculizar el proyecto.¹³⁴ La obtención del CIRA es indispensable para los proyectos de inversión que se realicen en áreas nuevas, por lo que para facilitar su obtención se emitieron disposiciones

¹³² Ver Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas aprobado mediante Decreto Supremo No. 038-2014-EM (FLURY 040), procedimiento No. 43 y Anexo I del Decreto Supremo No. 018-92-EM (FLURY 041).

¹³³ Artículo 3 de la LPAG (BULLARD 005).

¹³⁴ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafos 70-73 (REX-003).

especiales¹³⁵ para la emisión de estos documentos, precisando que el CIRA deberá ser emitido por la autoridad competente en un plazo que no deberá exceder los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, sujeto a silencio administrativo positivo, siempre que se cumplan con todos los requisitos para la misma¹³⁶. Cabe resaltar, que aún en el caso de existir restos arqueológico las normas permiten su preservación y cuidado, por lo que su presencia, salvo se trate de una instalación mayúscula, generalmente no impide la ejecución de los proyectos.

96. Sin embargo, en el caso del Proyecto Santa Ana, no he encontrado ninguna indicación que me haga pensar que existirían restos arqueológicos relevantes o significativos en las áreas críticas para la construcción de las instalaciones. Cabe notar que aun en el caso de existir restos arqueológicos, las normas permiten continuar con el proyecto con su preservación y cuidado. En relación con el trámite para obtener este certificado, cabe indicar que de conformidad con las normas aplicables este certificado debe ser emitido en un plazo de veinte (20) días hábiles, y en caso la administración no cumpla con emitirlo en ese plazo, se tendrá por aprobada la solicitud del peticionario.¹³⁷

97. En la sección 9 de su opinión, titulada “Suministro de Agua”, el doctor Rodríguez-Mariátegui se refiere también a las licencias de uso de aguas como un grave problema para Bear Creek¹³⁸. Yo discrepo de esta opinión, Primero, obtener este tipo de licencias no necesariamente es problemático. Segundo, entiendo que la Autoridad Nacional del Agua no presentó observaciones al EIA del Proyecto Santa Ana, lo cual en mi opinión sería esperable si esta autoridad hubiese detectado problemas en relación con la utilización de los recursos hídricos por parte del Proyecto.

98. Adicionalmente, , cabe precisar que las apreciaciones del doctor Rodríguez-Mariátegui respecto del agua para el proyecto están basadas principalmente en el marco del Decreto Supremo No. 014-2011-EM¹³⁹, que regulaba el requisito de autorización de uso de agua en el procedimiento de concesión de beneficio. Teniendo en cuenta dicha norma para cada una de las etapas sucesivas del otorgamiento de concesión de beneficio se requería un documento en materia de agua. En la actualidad se han dado nuevas disposiciones jurídicas al respecto, que demuestran una tendencia en la Administración de mejorar los trámites aplicables a este tipo de permisos. Mediante estas normas se modifica el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos (Decreto Supremo No. 001-2010-AG¹⁴⁰). Las nuevas normas están relacionadas

¹³⁵ Decreto Supremo No. 054-2013-PCM (**FLURY 042**).

¹³⁶ *Id.* Artículo 2.d.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafos 91-95 (**REX-003**).

¹³⁹ Decreto Supremo No. 014-2011-EM (**FLURY 043**).

¹⁴⁰ Decreto Supremo No. 001-2010-AG (**FLURY 044**).

con procedimientos administrativos orientados a la obtención de una licencia de uso de agua superficial o subterránea. Se han aprobado reglas que impulsan proyectos de inversión, simplificando el procedimiento de concesión de beneficio regulado por el Reglamento de Procedimientos Mineros. Se modificó el Reglamento de Procedimientos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y de Autorización de Ejecución de Obras en Fuentes Naturales de Agua.¹⁴¹ Se simplifica y actualiza el TUPA de la Dirección General de Minería, en cuanto al procedimiento 41: Otorgamiento, Modificación y Oposición de Concesión de Beneficio. Finalmente, se regulan los requisitos para solicitar la Autorización de Construcción de la Planta de Beneficio¹⁴².

99. El trámite denominado "Aprobación de Estudio de Aprovechamiento Hídrico" a que se refiere el párrafo 92¹⁴³ ahora es denominado "Aprobación de disponibilidad hídrica" y se centra únicamente en acreditar la disponibilidad hídrica, la existencia de recursos hídricos en cantidad, oportunidad y calidad apropiada para un determinado proyecto. En cuanto al comentario del doctor Rodríguez-Mariátegui que si no acredita disponibilidad hídrica se requiere la presentación del estudio de hidrológico o hidrogeológico,¹⁴⁴ hay que tener presente lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 028-2015-EM¹⁴⁵. Para la autorización de construcción de la planta de beneficio van a requerir la opinión técnica favorable sobre disponibilidad hídrica de la Autoridad Nacional del Agua, la que debe haberse emitido en el marco de la aprobación del instrumento de gestión ambiental (es decir, el EIA). Conforme al TUPA actualizado del Ministerio de Energía y Minas¹⁴⁶ y el Decreto Supremo No. 028-2015-EM¹⁴⁷, ya no se exige la autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico, para la etapa de autorización de la construcción de planta de beneficio.

100. En cuanto al párrafo 93¹⁴⁸, respecto de la licencia de uso de agua, debemos precisar que el informe técnico favorable en el caso de minería es ahora el acta de inspección de la

¹⁴¹ Resolución Jefatural No. 007-2015-ANA que deja sin efecto la Resolución Jefatural No. 579-2010-ANA (FLURY 045),

¹⁴² Decreto Supremo No. 014-2011-EM (FLURY 043).

¹⁴³ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 91 (REX-003).

¹⁴⁴ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 92 (REX-003).

¹⁴⁵ Decreto Supremo No. 028-2015-EM (FLURY 046).

¹⁴⁶ TUPA del Ministerio de Energía y Minas (FLURY 040).

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 93 (REX-003).

construcción de obras e instalaciones del proyecto aprobado, precisando que es conforme al Decreto Supremo No. 001-2015-EM¹⁴⁹, que señala que :

“3.7. Los inspectores de la Dirección General de Minería y el titular de la actividad minera suscribirán un acta de inspección de la construcción de obras e instalaciones del proyecto aprobado, donde se precisará si es conforme o no El acta de conformidad constituye el informe favorable con la que el administrado solicita, ante la autoridad competente, la licencia de uso de agua, autorización de vertimiento de uso de agua o acreditación de vertimiento cero, conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N° 014-2011-EM.”

101. En cuanto al párrafo 94,¹⁵⁰ cabe indicar que no resulta realista solicitar licencia sólo para la planta de beneficio, por cuanto lo adecuado será incorporar en el Estudio Hidrológico todas las necesidades de agua, incluyendo el abastecimiento de agua a los equipos e instalaciones de las operaciones extractivas, como las perforadoras, a fin de no tener que tramitar otra licencia. Asimismo, en cuanto al uso de agua con fines domésticos, lo incluiría dentro de la licencia de uso de agua con fines mineros, teniendo en cuenta la siguiente disposición de la Resolución Jefatural No. 007-2015-ANA¹⁵¹:

“Artículo 22 Características de la licencia de uso de agua.

22.1 La clase o tipo de uso de agua consignado en la licencia faculta a su titular usar un volumen de agua para el desarrollo de la actividad principal y otras labores complementarias que permitan cumplir con el fin al cual se destina el uso del agua.

102. Como se indicó respecto del plan de minado, para la obtención de este tipo de licencias es necesario cumplir con varios requisitos pero si se cumplen estos requisitos, la administración no tiene discrecionalidad para denegar los permisos. Además, el doctor Rodríguez-Mariátegui no toma en cuenta normas recientemente emitidas y específicamente destinadas a la promoción de las inversiones que permiten realizar los trámites de manera más ágil como por ejemplo, los Decretos Supremos No. 001-2015-EM¹⁵² y 028-2015-EM.¹⁵³

103. La administración no solo no puede denegar estos permisos de manera discrecional; sino que tampoco puede dilatar su otorgamiento. Diversas normas del ordenamiento legal peruano obligan a los funcionarios a resolver dentro de los plazos establecidos para ello.

¹⁴⁹ Decreto Supremo No. 001-2015-EM (FLURY 047).

¹⁵⁰ Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 94 (REX-003).

¹⁵¹ Resolución Jefatural No. 007-2015-ANA (FLURY 045).

¹⁵² Decreto Supremo No. 001-2015-EM (FLURY 047).

¹⁵³ Decreto Supremo No. 001-2015-EM (FLURY 047) y Decreto Supremo No. 028-2015-EM (FLURY 046).

104. Así, la LPAG¹⁵⁴ establece lo siguiente:

"Artículo 131.- Obligatoriedad de Plazos Y y Términos

131.1 Los plazos y términos son entendidos como máximos, se computan independientemente de cualquier formalidad, y obligan por igual a la administración y a los administrados, sin necesidad de apremio, en aquello que respectivamente les concierna.

131.2 Toda autoridad debe cumplir con los términos y plazos a su cargo, así como supervisar que los subalternos cumplan con los propios de su nivel.

131.3 Es derecho de los administrados exigir el cumplimiento de los plazos y términos establecidos para cada actuación o servicio."

"Artículo 136.- Plazos Improrrogables

136.1 Los plazos fijados por norma expresa son improrrogables, salvo disposición habilitante en contrario.

136.2 La autoridad competente puede otorgar prórroga a los plazos establecidos para la actuación de pruebas o para la emisión de informes o dictámenes, cuando así lo soliciten antes de su vencimiento los administrados o los funcionarios, respectivamente.

136.3 La prórroga es concedida por única vez mediante decisión expresa, siempre que el plazo no haya sido perjudicado por causa imputable a quien la solicita y siempre que aquella no afecte derechos de terceros."

105. Como se observa, el principio general es que los plazos que las normas establecen serán fatales, solo pudiendo ser prorrogados mediante una norma específica que así lo disponga, la que se otorgará por una vez, cuidándose que esta no afecte los derechos de otras personas con interés común en la materia.

106. En relación a los trámites a seguir para la obtención de los permisos, no se debe tener cuidado al afirmar que éstos serán de larga o impredecible duración. Si bien en ocasiones algunos de estos trámites se prolonga más allá de lo que establecen las normas correspondientes; el Estado no puede escudarse en su falta de diligencia en la aprobación de los proyectos en los tiempos que ella misma se ha impuesto al ejercer el derecho constitucional que le corresponde para reglamentar las leyes, por lo que ninguno de estos debe servir de excusa para que el gobierno impida, limite o desvíe a la nación en el debido proceso o en la protección y mantenimiento del Estado de Derecho.

107. La industria minera ha declarado en forma pública y reiterada su preocupación por la duración de algunos de éstos procedimientos. El MINEM, y otras autoridades, reconociendo esta situación, realiza esfuerzos para reducir estas barreras, coordinando la emisión de normas especiales para apoyar la inversión y reducir los tiempos, reduciendo la carga administrativa y/o procurando resolver los obstáculos en forma técnica y coordinada, en defensa de la institucionalidad en busca del bienestar de la población y el país.

¹⁵⁴ LPAG (BULLARD 005).

108. La política del Estado peruano es que los procedimientos y trámites de éstos permisos y licencias sea eficiente y oportuna para lograr los fines que las normas señalan, y los objetivos del país en el desarrollo de sus recursos naturales, cumpliendo en forma oportuna real con las normas y principios de LPAG y la Ley General de Minería¹⁵⁵ como norma específica del sector.

109. La vocación del Estado peruano de cumplir con los plazos que las normas establecen para promover, optimizar y fortalecer las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible de la Nación que ha sido reforzada con promulgación de una ley específica para promocionar las inversiones en el Perú¹⁵⁶ en la que se sanciona drásticamente la demora, creación de trámites y requisitos no previstos en las normas, al establecerse lo siguiente:

"Artículo 1. Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto promocionar las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, estableciendo la simplificación e integración de permisos y procedimientos, así como medidas de promoción de la inversión."

"Artículo 38. Acciones para la Optimización de los Trámites y Procedimientos Administrativos Vinculados a la Inversión Privada

Declarase de interés nacional y necesidad pública la optimización de los trámites y procedimientos administrativos vinculados a la inversión privada, así como la participación activa y eficaz en el seguimiento de las inversiones de gran envergadura. (...)"

"Artículo 39. Responsabilidad del Funcionario

El hecho de que el funcionario responsable no cumpla con algunas de las obligaciones impuestas en la presente Ley o en la Ley 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, en el plazo establecido, constituye un incumplimiento de sus obligaciones, incurriendo en falta grave aplicable al régimen laboral al que pertenece. En dicho supuesto, se inicia el procedimiento sancionador correspondiente contra el funcionario responsable, bajo responsabilidad del titular de la entidad."

110. Adicionalmente, el Gobierno ha demostrado su voluntad de agilizar y simplificar la coordinación entre sus distintas instancias administrativas para reducir los trámites, mediante la promulgación diversas normas específicamente destinadas a la promoción de las inversiones, algunas de ellas:

¹⁵⁵ Ley General de Minería (BULLARD 031).

¹⁵⁶ Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley No. 30327 del 20 de mayo del 2015 (FLURY 048).

- a) La norma por la que “Aprueban disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos” aprobada por el Decreto Supremo No. 054-2013-PCM¹⁵⁷) que tiene por objeto aprobar las disposiciones especiales para los procedimientos administrativos de autorizaciones y/o certificaciones para los proyectos de inversión en el ámbito del territorio nacional.
- b) La norma por la que “Aprueban disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos y otras medidas para impulsar proyectos de inversión pública y privada”, aprobado por el Decreto Supremo No. 060-2013-PCM¹⁵⁸) que tiene por objeto aprobar disposiciones especiales para agilizar la ejecución de proyectos de inversión pública y privada.
- c) La norma por la que “Aprueban Disposiciones para Procedimientos Mineros que Impulsen Proyectos de Inversión”, aprobado por el Decreto Supremo N. 001-2015-EM¹⁵⁹); y,
- d) La norma por la que “Establecen precisiones al procedimiento de concesión de beneficio regulado en el Reglamento de Procedimientos Mineros, modificado por Decreto Supremo No. 001-2015-EM”, aprobada mediante el Decreto Supremo No. 028-2015-EM.

111. El Estado y sus funcionarios están obligados a cumplir con el debido proceso, ejecutar sus obligaciones en el tiempo habilitado al efecto por cada reglamento, especialmente con las reglas que se impusieron mediante los reglamentos que el Ministerio de Energía de Minas y el Poder Ejecutivo, y no pueden alegar responsabilidad de terceros ante su propio incumplimiento. En mi experiencia, el Ministerio de Energía y Minas actúa de buena fe y con el propósito de cumplir con los plazos previstos para la tramitación de este tipo de permisos. En general, los funcionarios suelen tener sentido del deber, una actitud abierta a la preocupación de los titulares para cumplir con los trámites de manera oportuna con el objetivo de promover la inversión minera. Así, ante dudas o información faltante se suelen hacer pedidos de documentación adicional o sesiones de trabajo para explicar detalles cuando sea necesario. Si la empresa minera responde a los cuestionamientos de manera diligente, lo cual entiendo Bear Creek no tendría ninguna dificultad en hacer, se logra agilizar el proceso.

112. En este arbitraje el Estado ha señalado que los Decretos Supremos Nos. 033 y 034-2011-EM le impondrían al Proyecto Santa Ana requisitos adicionales y de difícil cumplimiento *expost*. En particular señala que impondrían un requisito de consentimiento previo por parte de las comunidades indígenas.¹⁶⁰ Esto es incorrecto. Estos decretos se refieren a la

¹⁵⁷ Decreto Supremo No. 054-2013-PCM (FLURY 042).

¹⁵⁸ Decreto Supremo No. 060-2013-PCM (FLURY 049).

¹⁵⁹ Decreto Supremo N. 001-2015-EM (FLURY 047).

¹⁶⁰ Memorial de Contestación, párrafos 137 y 183. Ver también Declaración Testimonial de Luis Fernando Gala Soldevilla, párrafo 36 (RWS-001).

obligación del Estado de realizar consulta previa con las comunidades indígenas de conformidad con el Convenio 169, pero no se refieren a un derecho de veto. Además, como expliqué, la normativa que ha desarrollado legislativamente esta obligación no establece un derecho de veto¹⁶¹ y por el contrario la norma señala que la “decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad (del Estado) promotora” de la consulta previa.¹⁶² Naturalmente un decreto supremo, con rango infra legal, no puede ser interpretado en contravención a la ley específica en la materia.

113. En conclusión, si el Estado actuaba de buena fe en la tramitación de los permisos, como era su obligación y su práctica, era razonable esperar que Bear Creek hubiera contado con los permisos necesarios para comenzar la construcción del Proyecto Santa Ana en el segundo semestre del 2011 y la producción en el último trimestre del 2012 de acuerdo con lo programado. Adicionalmente, en mi opinión estos decretos contravienen la Constitución y por tanto no deben ser aplicados.

V. CONCLUSIONES

114. Las principales conclusiones del presente Dictamen Pericial son las siguientes:

- (i) La seguridad jurídica, un principio constitucionalmente protegido, es particularmente importante en el sector minero. Así, las normas relevantes establecen que las concesiones “Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia”¹⁶³ y que las mismas solo pueden ser extinguidas por causales taxativamente previstas.¹⁶⁴
- (ii) La Constitución exige una autorización por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros para que los extranjeros puedan “adquirir o poseer, por cualquier título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía directa o indirectamente” dentro de los 50 kilómetros de las fronteras.¹⁶⁵ Este decreto supremo autoritativo constituye un acto administrativo, el cual se emite a solicitud del extranjero interesado después de un procedimiento administrativo.

¹⁶¹ Ley No. 29785 (FLURY 028).

¹⁶² Artículo 23.1 del Decreto Supremo N° 001-2012 del 2 de abril del 2012.

¹⁶³ *Id.* y artículo 23 de la Ley No. 26821 (R-142).

¹⁶⁴ Artículo 58 de la Ley General de Minería (BULLARD 031).

¹⁶⁵ Artículo 71 de la Constitución (C-0024).

- (iii) En la práctica, para acceder a concesiones mineras en zonas de frontera los extranjeros suelen optar por una de las siguientes alternativas: (i) el petitorio minero es formulado directamente por un extranjero siguiendo el trámite correspondiente ante el INGEMMET; o, (ii) el extranjero se asegura que podrá adquirir en un futuro la concesión minera mediante algún mecanismo contractual, mientras tramita la autorización requerida ante el MINEM. En mi opinión ambas alternativas son igualmente válidas y legales.
- (iv) Bear Creek cumplió con el artículo 71 de la Constitución para la adquisición de las concesiones vinculadas al Proyecto Santa Ana, obteniendo el decreto supremo autoritativo.
- (v) Cuando un extranjero está interesado en una concesión existente, negociará con el titular de la concesión y encontrará un mecanismo contractual que asegure que en el futuro podrá adquirirla, a un valor que el inversionista extranjero encuentre razonable, una vez que obtenga la autorización del Estado. De lo contrario, no tiene sentido iniciar el trámite ante el Ministerio de Energía y Minas para obtener el decreto supremo.
- (vi) Al solicitar el decreto supremo autoritativo Bear Creek fue transparente respecto de la estructura a utilizar para tal adquisición. Del expediente se desprende claramente que el Ministerio de Energía y Minas comprendía cabalmente la estructura a través de la cual Bear Creek adquiriría los derechos mineros la cual, además, era una estructura comúnmente usada en el sector para este tipo de adquisiciones.
- (vii) El Decreto Supremo No. 032-2011-EM que deroga el decreto supremo autoritativo emitido a Bear Creek para la adquisición del Proyecto Santa Ana tendría por finalidad revocar los derechos otorgados a Bear Creek, contraviniendo el principio de seguridad jurídica que la Constitución y el marco legal minero garantizan y lo dispuesto la LPAG.
- (viii) Las obligaciones de las empresas mineras en relación con las poblaciones cercanas a sus concesiones mineras están referidas a informar a la población en general respecto de la actividad que van a realizar y los impactos y beneficios que esta actividad genera, mediante la participación ciudadana. Es el Estado a quien corresponde realizar el proceso de consulta con las poblaciones indígenas bajo el Convenio 169, no al inversionista minero. Asimismo, es el Estado quien debe preservar la paz social, lo cual implica resolver los conflictos sociales, controlando y sancionando las actividades que supongan la violación del Estado de Derecho, conforme a la Constitución y las leyes.

- (ix) A la fecha de emisión del Decreto Supremo No. 032-2011-EM¹⁶⁶, Bear Creek estaba cumpliendo con todas las obligaciones legales previstas en las normas para la "Participación Ciudadana" requeridas para la aprobación EIA para el proyecto Santa Ana, conforme al Decreto Supremo No. 032-2011-EM¹⁶⁷ que adicionalmente establecía que con este proceso daba cumplimiento a la consulta previa del Convenio 169 de la OIT.
- (x) En mi opinión todas las observaciones al EIA del Proyecto Santa Ana eran subsanables dentro del proceso usual, ninguna representaba una observación de fondo que pudiera significar un obstáculo significativo para el desarrollo del proyecto. Adicionalmente, en mi opinión, Bear Creek les dio una respuesta adecuada con el conocimiento adquirido respecto de la realidad física, geológica y social de la zona y la profesionalidad de su personal y consultores, y, ante estas respuestas, era razonable esperar que el Ministerio de Energía y Minas hubiera aprobado el EIA.
- (xi) La cantidad de "observaciones" que se formulan a los EIA no constituye una impugnación o cuestionamiento a su calidad del EIA, por cuanto no existe una relación entre el número de observaciones y la sensibilidad socio-ambiental de un proyecto minero; ni con las probabilidades de que este instrumento ambiental no sea aprobado.
- (xii) Si el Estado actuaba de buena fe en la tramitación de los permisos, como era su obligación y su práctica, era razonable esperar que Bear Creek hubiera contado con la certificación ambiental del Proyecto Minero Santa Ana (es decir la aprobación de su EIA), y luego con los permisos necesarios para comenzar la construcción del Proyecto Santa Ana en el segundo semestre del 2011 y la producción en el último trimestre del 2012 de acuerdo con lo programado.
- (xiii) La acción del Estado, emitiendo el Decreto Supremo 032-2011-EM, tiene un efecto maligno para la Nación: No es el medio jurídico requerido por la Constitución para retirar un derecho concedido, ha confiscado el derecho de Bear Creek, por cuanto esta no puede ejercer ningún acto vinculado a su derecho minero (permisos, explotación o comercialización de los minerales), desnaturalizando por acto unilateral y no sustentado su propia declaración de utilidad pública de la inversión en una zona fronteriza que ha reconocido como deprimida económicamente y en necesidad de inversión.

¹⁶⁶ Decreto Supremo No. 032-2011-EM (C-0005).

¹⁶⁷ Decreto Supremo No. 032-2011-EM (C-0005).

VI. DECLARACIONES

115. Declaro ser independiente de las Partes que intervienen en este proceso arbitral, así como de sus asesores legales y del Tribunal Arbitral.

116. Respecto de mi relación pasada y presente con las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral, declaro lo siguiente:

- El señor Andrew Swarthout, CEO de Bear Creek y testigo en el arbitraje, trabajó en SCC entre 1996 y 1999. En nuestra calidad de funcionarios ejecutivos de SCC coordinamos labores en beneficio de las operaciones mineras de la corporación. Mi vinculación con el señor Swarthout no era directa o de subordinación.
- El señor Elsiario Antúnez de Mayolo, gerente general de la sucursal peruana de Bear Creek y testigo en este arbitraje, ingresó a trabajar para la sucursal peruana de SCC en 1989 y trabajó en la empresa hasta el año 2010, siendo ingeniero en Toquepala y luego Director de Operaciones de la mina Cuajone. Mi vinculación con el Ingeniero Antúnez de Mayolo no era directa o de subordinación.
- El Señor Álvaro Díaz, gerente legal de la sucursal peruana de la Demandante trabajó como abogado de SCC entre 1994 y 2004, manteniendo como sede de trabajo la mina de Toquepala lugar a partir del cual prestó sus labores principalmente en los departamentos de Arequipa, Tacna y Moquegua. En ese periodo el señor Díaz cumplió funciones bajo mi dirección.
- Actualmente no tengo relación con ninguna de las Partes, sus asesores legales o los miembros del Tribunal Arbitral.

Las opiniones expresadas en este Dictamen Pericial reflejan mi auténtica convicción.

Lima, 5 de enero de 2016.



Hans A. Flury