

REX-009

Second Expert Report of
Luis Rodríguez-Mariátegui Canny

March 31, 2016

ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL
DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Bear Creek Mining Corporation
Demandante,

c/

la República del Perú
Demandada.

Caso CIADI Nro. ARB/14/21

RÉPLICA DE EXPERTO EN DERECHO MINERO PERUANO

LUIS RODRIGUEZ-MARIATEGUI CANNY

31 DE MARZO DE 2016

TABLA DE CONTENIDOS

I.	Introducción, Confirmación De Conclusiones Y Calificaciones	2
II.	Los procedimientos para que los particulares puedan acceder a los recursos minerales dentro del territorio peruano	6
A.	Los alcances y limitaciones de las concesiones mineras en el Perú	6
B.	Mecanismos de adquisición por extranjeros de derechos sobre minas en zona de frontera	13
III.	La obligatoriedad de contar con una Certificación Ambiental y la obtención de ciertos otros permisos y derechos para poder iniciar actividad minera	34
A.	La discrecionalidad de las autoridades durante la etapa de evaluación de las solicitudes de permisos	34
B.	Evaluación de los estudios ambientales para la fase de exploración	36
C.	Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental para la fase de explotación	42
D.	Otros permisos	61
1.	Derechos superficiales	62
2.	Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA)	70
3.	Plan de Minado	73
4.	Licencias de Agua y Autorizaciones de Vertimientos o de Reúso de Aguas Tratadas	74
5.	Conclusiones	75
IV.	El régimen legal acerca de la participación ciudadana para la explotación de recursos minerales	76
V.	CONCLUSIONES	85

I. INTRODUCCIÓN, CONFIRMACIÓN DE CONCLUSIONES Y CALIFICACIONES

1. Por medio de sus abogados, la República del Perú (Perú) me ha solicitado la preparación de una ampliación a mi Informe del 6 de Octubre del 2015 (el Reporte), así como una réplica a los argumentos esgrimidos por Bear Creek Mining Corporation (Bear Creek) en su Contestación de Demandante y a las opiniones de experto y declaraciones de algunos expertos y testigos adjuntos al mismo dentro del marco del caso arbitral CIADI N° ARB/14/21 entre Bear Creek y la República del Perú (el Arbitraje).

2. Al respecto, estoy en posición de confirmar mis opiniones y conclusiones generales contenidas en el Reporte, en particular que:

- a. Los recursos minerales son Patrimonio de la Nación y su aprovechamiento por particulares se realiza mediante el sistema de concesiones. La concesión minera otorga a su titular el derecho exclusivo a la exploración y a la explotación de los recursos minerales concedidos, siempre con las limitaciones que establezca su título y siempre sujeto al cumplimiento previo de los requisitos para obtener las demás autorizaciones que se le exijan. En términos prácticos, el titular de una concesión minera no adquiere de manera automática la facultad de explorar o explotar su concesión minera hasta cumplir los requisitos adicionales que le permitan ejercer tales actividades mineras.
- b. Las exploraciones y las explotaciones mineras están sujetas, a la obtención de una certificación ambiental, la que dependerá de los impactos estimados y de las condiciones del área a impactar. Al momento de gestionarse las certificaciones ambientales para las exploraciones y explotación en el proyecto Santa Ana todas ellas requerían de un pronunciamiento expreso de la autoridad antes del inicio de tales actividades.
- c. Un requisito indispensable para el inicio de las exploraciones era el haber obtenido los derechos suficientes para utilizar la superficie para esos efectos. Para el inicio de labores de construcción de instalaciones para la explotación y tratamiento de minerales se requiere haber obtenido previa y formalmente los derechos de uso sobre el total de la superficie en la que se instalarán los distintos componentes de proyecto. La falta de derechos superficiales impide la aprobación de un significativo número de autorizaciones. Hasta donde he podido apreciar, Bear Creek nunca obtuvo los derechos superficiales para la construcción y explotación de minerales en el proyecto Santa Ana.

- d. De acuerdo a información brindada por Bear Creek, las propietarias de las tierras en las que se ubica el emplazamiento del proyecto Santa Ana son las tres comunidades (Concepción de Ingenio, Ancomarca y Challacollo) y la parcialidad Cónдор de Ancocahua (que se desmembra de la comunidad de Challacollo), así como la Junta Vecinal de Huacullani. Además, hay no menos de 94 poseedores sobre las 351 hectáreas del área del emplazamiento del proyecto Santa Ana. Sobre todas estas tierras se requería obtener los derechos superficiales, y el estado de las negociaciones con ellas se encontraban en un estado de tratativas iniciales al momento en que se ingresó su Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para aprobación. Bear Creek ha presentado un documento en el que aparece que ha negociado un acuerdo con la Comunidad Campesina Concepción de Ingenio para la adquisición de parte de sus tierras, pero el mencionado documento no muestra que hubiera concretado ese acuerdo. Lo que no admite duda, por propia declaración de Bear Creek, es que no había llegado a ningún acuerdo con ninguna de las otras personas propietarias o poseedoras de los demás derechos superficiales que necesitaba para iniciar los trámites de otros permisos de construcción.
- e. Para el inicio de labores de construcción de instalaciones para la explotación y tratamiento de minerales, se requiere necesariamente la aprobación previa y expresa de un estudio ambiental. En el caso del proyecto Santa Ana, el estudio ambiental pertinente es el estudio de impacto ambiental. Sin la aprobación del EIA no puede realizarse ninguna obra en el proyecto Santa Ana. Luego de revisar el documento que contiene el EIA, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) le encontró 157 observaciones. A su vez, el Ministerio de Agricultura (MINAM) levantó otras 39 observaciones. Y como parte del proceso de participación ciudadana la población compartió con el MINEM cuatro documentos con sus propias preocupaciones. Bear Creek debía absolver 196 observaciones de las autoridades sectoriales (MINEM y MINAM) para que su EIA fuese aprobado. Luego de revisar las respuestas con las que Bear Creek pretendía levantar estas observaciones y que se depositó ante un notario, creo que hubieran subsistido algunas de ellas sin absolver.
- f. De acuerdo a la información de los componentes y procesos del proyecto Santa Ana tal como se desprende del EIA sometido a aprobación a la autoridad para el proyecto Santa Ana, el número de autorizaciones pendientes para que Bear Creek inicie las obras de construcción—y luego para que opere la mina, planta y demás instalaciones complementarias—era considerable, y en no pocos casos su trámite era complejo y dilatado. En ningún caso puede considerarse que las aprobaciones de estas autorizaciones adicionales sería automática. En la medida que Bear Creek no había recibido la aprobación de su EIA, no había adquirido los derechos superficiales requeridos y le faltaban algunos permisos adicionales para poder iniciar las obras de construcción de las instalaciones del proyecto Santa Ana, no se habían dado las condiciones para que Bear Creek cumpliera con los plazos que se planteó ella misma para la construcción e inicio de operaciones extractivas.

- g. Para iniciar la evaluación del EIA se requiere previamente que se cumpla con un proceso de participación ciudadana. Bear Creek sometió a la autoridad para conformidad su Plan de Participación Ciudadana (PPC). La conformidad al PPC por parte de la autoridad no constituye una manifestación de aprobación acerca de las actuaciones de Bear Creek en su interrelación con las comunidades de su área de influencia ni refleja la inexistencia de eventuales conflictos sociales en la zona.

3. Concretamente para este informe de réplica (la Réplica), el Perú ha solicitado mi opinión legal respecto de (i) los procedimientos para que los particulares puedan acceder a los recursos minerales dentro del territorio peruano, con atención a los mecanismos por los cuales Bear Creek obtuvo derechos mineros en zona de frontera, (ii) la obligatoriedad de contar con una certificación ambiental y la obtención de ciertos otros permisos y derechos para poder iniciar actividad minera según lo que Bear Creek había proyectado para Santa Ana, (iii) los pasos que Bear Creek había adoptado y los pasos que quedaron pendientes para que pudiera construir y operar el proyecto Santa Ana, y (iv) el régimen legal acerca de la participación ciudadana para la explotación de recursos minerales.

4. La base para esta Réplica ha sido el escrito de demanda arbitral presentado en el Arbitraje por Bear Creek, la Contestación de Bear Creek a los argumentos del Perú, el Dictamen Pericial del doctor Hans Flury, la Declaración Testimonial de Réplica del ingeniero Elsiario Antunez de Mayolo y ciertas otras piezas que Bear Creek ha ofrecido como prueba, así como información adicional que se me ha alcanzado por los abogados del Perú o que he podido recoger de fuentes públicas que están relacionadas al Arbitraje y que puedan servir para esta Réplica. Asimismo, he recurrido a fuentes legislativas, jurisprudenciales y de doctrina que son aplicables y útiles para la Réplica. La Réplica se basa en mi experiencia de más de 25 años relacionado con la minería, sus prácticas y su regulación peruana.

5. Soy abogado—socio de Hernández & Cía Abogados desde el 2007—y graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1987). Tengo estudios de “Introducción a la

Minería”, por el Instituto de Ingenieros de Minas del Perú (1998). He sido Presidente del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía (1998-1999) y soy el Past-President del Instituto de Estudios Energético-Mineros. He sido electo Director de la Sociedad de Minería, Petróleo y Energía por 13 años consecutivos, y he ejercido también la Presidencia del Comité de Asuntos Legales y del Comité Legal-Minero de la misma entidad.

6. Soy conferencista en eventos y autor de publicaciones de naturaleza minera, ambiental, contractual, registral, financiera, entre otros, tanto en el Perú como en el extranjero, y partícipe ad-honorem en la redacción de normas relacionadas con el sector minero. Me desempeño como director independiente en compañías mineras nacionales y extranjeras con intereses en el Perú. La descripción de mis calificaciones fue incluida en el Reporte, y se vuelven a insertar en esta Réplica.

7. La presente Réplica tendrá la siguiente estructura. El capítulo II versará sobre las concesiones mineras en el Perú y los derechos inherentes a las mismas, incluyendo las limitaciones que tienen impuestas, así como los mecanismos para la adquisición de derechos mineros en zonas de frontera por parte de extranjeros. El capítulo III describirá los pasos a seguir para obtener las autorizaciones necesarias para el inicio de actividades de exploración en las concesiones mineras y para el inicio de las obras de preparación y construcción de las instalaciones necesarias para las labores de explotación de los recursos minerales en el proyecto Santa Ana y para comenzar con las actividades extractivas. El capítulo IV analizará el plan de participación ciudadana como parte del proceso de aprobación del EIA y como generador de obligaciones para Bear Creek de manera independiente a cualquiera de los demás permisos que se necesita obtener por parte de las autoridades.

II. LOS PROCEDIMIENTOS PARA QUE LOS PARTICULARES PUEDAN ACCEDER A LOS RECURSOS MINERALES DENTRO DEL TERRITORIO PERUANO

8. En este capítulo explicaré la naturaleza y las limitaciones de las concesiones mineras, y si es que el derecho que obtiene el titular de una concesión minera—por el mero hecho de obtener su título—le permite el inicio de actividades mineras en el área de su concesión. También describiré los alcances de la condición de irrevocable que tienen las concesiones mineras de acuerdo a la ley peruana. Finalmente, relataré los procedimientos mediante los cuales los extranjeros pueden obtener derechos en zona de frontera.

A. LOS ALCANCES Y LIMITACIONES DE LAS CONCESIONES MINERAS EN EL PERÚ

9. El doctor Hans Flury describe a las concesiones mineras en el Perú como los vehículos para la obtención y el ejercicio de derechos sustantivos sobre los recursos minerales que se encuentran dentro del área concedida.¹ Aun cuando el doctor Flury ha citado correctamente lo que dispone la ley minera, lo cierto es que no basta con el otorgamiento del título de la concesión minera para que, de manera inmediata y automática, los diversos derechos que cita puedan ser ejercidos. De hecho, el título de concesión minera no otorga en la práctica el derecho de siquiera explorar el área (y mucho menos a desarrollarla y explotarla).

10. Tal como expresé en el Reporte, los recursos minerales son reconocidos como recursos naturales y son Patrimonio de la Nación cuando se encuentran en su estado natural.² El aprovechamiento de los recursos naturales por particulares se realiza mediante las modalidades

¹ Véase Dictamen Pericial de Hans A. Flury, 5 de enero de 2016 (“Dictamen Pericial de Hans Flury”), párras. 13-16.

² Constitución Política del Perú de 1993, 29 de diciembre de 1993 (“Constitución del Perú”), Art. 66 [Anexo R-001]. “Artículo 66°: Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”; Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales aprobado por Ley 26821, 25 de junio de 1997 (“LOASRN”), Arts. 3, 4 [Anexo R-142]. “Artículo 4°: Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación (...).” “Artículo 3°: Se consideran recursos naturales a (...): f. Los minerales (...).”

que la ley establece para cada recurso.³ El producto obtenido de dichas modalidades de aprovechamiento es de dominio del titular del derecho concedido.⁴

11. En el caso de los recursos minerales, su aprovechamiento por particulares se realiza mediante el sistema de concesiones.⁵ Los recursos minerales, en su estado natural, son propiedad del Estado peruano independientemente de que el terreno superficial sea del Estado o de un particular.⁶ La concesión minera otorga a su titular el derecho exclusivo a la exploración y a la explotación de los recursos minerales concedidos,⁷ con las limitaciones que establezca su título, y siempre y cuando el titular obtenga todos los permisos y licencias requeridos para iniciar las etapas de exploración y/o explotación minera.⁸

12. Es decir, la concesión minera le concede a su titular el derecho exclusivo a iniciar los trámites para obtener los permisos y licencias para la exploración y explotación minera. La concesión por sí sola no otorga un derecho a explorar o explotar el recurso natural. Los títulos de las concesiones mineras que se otorgaban en el año 2006, cuando se titularon las concesiones

³ LOASRN, Art. 19 [Anexo R-142]. “Artículo 19º: Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso (...).”

⁴ LOASRN, Art. 4 [Anexo R-142]. “Artículo 4º: (...) Los frutos y los productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.”

⁵ Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo Nro. 014-92-EM, 3 de junio de 1992 (“LGM”), Art. II [Anexo R-008]. “Artículo II: (...) El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.”

⁶ LGM, Art. 9 [Anexo R-008]. “Artículo 9º: (...) La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicado. (...)”; Código Civil del Perú, 25 de julio de 1984 (“Código Civil”), Art. 954 [Anexo R-033]. “Artículo 954º: La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al subsuelo, (...). La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.”

⁷ LGM, Art. 9 [Anexo R-008]. Artículo 9º: “La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos mineras concedidos (...).”

⁸ LOASRN, Art. 23 [Anexo R-142]. “Artículo 23º: La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo (...).”

mineras integrantes del proyecto minero Santa Ana,⁹ contenían disposiciones en las que expresamente se indica que “para poder iniciar actividades mineras de exploración o explotación es obligatorio cumplir previamente con los requisitos y obtener las autorizaciones que las leyes y reglamentos exigen para ello.”¹⁰ El título también contenía otras obligaciones específicas de carácter ambiental o de adquisición de derechos superficiales. La concesión minera otorga al concesionario el derecho exclusivo de uso y disfrute del recurso natural concedido, el cual solo podrá llevarse a cabo cuando se cumpla con todas las demás obligaciones legales.¹¹ En otras palabras, hasta que el titular de una concesión minera cumpla con los demás requisitos de ley para explorar o explotar el yacimiento que pueda existir dentro del área concedida, no podrá aprovechar los recursos minerales. Luego de obtenerse el título de la concesión minera se deben tramitar y obtener una serie de permisos, autorizaciones, licencias, certificaciones y registros para iniciar cualquier actividad minera.

13. Las concesiones mineras se otorgan a los particulares a través de la tramitación de un procedimiento ordinario de titulación, mediante el cual el primero en solicitar un área

⁹ No todos los títulos de concesión minera del proyecto Santa Ana tienen el mismo texto, pero todos contienen disposiciones que obligan a su titular a cumplir las normas entonces vigentes incluyendo someterse a las obligaciones ambientales, adquirir derechos superficiales y obtener permisos adicionales.

¹⁰ Resolución de Presidencia N° 2868-2007-INGEMMET/PCD/PM, 14 de diciembre de 2007, Art. 2 [Anexo R-143] que concede título de concesión minera al petitorio Karina 5. “Artículo 2°: La concesión minera que se otorga no autoriza en ningún caso a realizar actividades mineras en áreas donde la legislación lo prohíbe, así no estén dichas áreas expresamente advertidas o consignadas en la presente resolución. Adicionalmente, queda establecido que para poder iniciar actividades mineras de exploración o explotación es obligatorio cumplir previamente con los requisitos y obtener las autorizaciones que las leyes y reglamentos exigen para ello.” El artículo 8 de la Resolución Jefatural N° 1856-2006-INACC/J, 28 de abril de 2006, que concede el título de concesión minera al petitorio Karina 1 [Anexo R-276], y El artículo 8 de la Resolución Jefatural No. 2459-2006-INACC/J, de 13 de junio de 2006 que concede el título de concesión minera al petitorio Karina 9a [Anexo R-277]. “Artículo 8°: La titular de la concesión minera que por la presente resolución se otorga se encuentra sujeto a los derechos y obligaciones establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo No. 014-92-EM, y sus Reglamentos.”

¹¹ LGM, Art. 127 [Anexo R-008]. “Artículo 127°: Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente, dentro de una superficie debidamente delimitada, las actividades inherentes a la concesión, así como los demás derechos que le reconoce esta Ley, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan.”

predeterminada tendrá el exclusivo derecho de convertirse en el titular, una vez que haya completado el procedimiento. Las concesiones pueden ser objeto de disposición; las concesiones, su disposición y los derechos reales sobre ella, deben ser inscritos.¹²

14. Bear Creek y el doctor Flury califican a las concesiones mineras como irrevocables.¹³ Aunque la afirmación pudiera ser correcta, lo cierto es que al menos es incompleta. La LOASRN expresamente señala que las concesiones mineras son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que las leyes le impongan. Se trata de una afirmación que no puede tomarse de manera absoluta. Todas las concesiones mineras pueden ser revocadas si su titular no cumple con las obligaciones que se le imponen como requisito para mantenerlas vigentes.

15. Primero, aun cuando no está expresamente prevista en la legislación minera como causal de extinción de una concesión minera, el hecho que el artículo 71° de la Constitución Política sancione con la reversión al Estado de los derechos que se hubiesen adquirido en violación de su texto, debe bastar para que la concesión minera deba perderse.

16. Segundo, la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN) de 1997 dispone que las concesiones son irrevocables en la medida que sus titulares cumplan con las obligaciones que les exige la legislación para mantener su vigencia.¹⁴

¹² LOASRN, Art. 23 [Anexo R-142]. “Artículo 23°: (...) Las concesiones son bienes incorporeales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. (...) La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo.”

¹³ Réplica de la Demandante sobre el Fondo y Contra-Memorial sobre Jurisdicción, 8 de enero de 2016 (“Réplica de la Demandante”), párras. 237, 322; Dictamen Pericial de Hans Flury, párra. 14.

¹⁴ LOASRN, Art. 23 [Anexo R-142]. “Artículo 23°: (...) Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla con las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.”

Idéntica provisión consta en la LGM de 1992.¹⁵ La misma LOASRN obliga a los titulares de concesiones a cumplir con la retribución que la ley le imponga para mantener vigente su concesión.¹⁶ Una forma de extinción de concesiones mineras en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (LGM) es la caducidad que se aplica a los casos en los que el titular ha incumplido alguna de sus obligaciones necesarias para mantener en vigencia a la concesión. Por ejemplo, los derechos caducan cuando no se pagan los derechos de vigencia anuales por dos años, o cuando no se pagan por dos años consecutivos las penalidades que le alcance por no haber cumplido los montos de inversión mínima anual o producción mínima anual.¹⁷ Una vez declarada e inscrita la caducidad, esto implica la reversión de la concesión al Estado.¹⁸

17. El 6 de noviembre de 1991 se aprobó la Ley de Promoción a las Inversiones Mineras (LPIM) mediante Decreto Legislativo N°708, por el cual se introdujo modificaciones a la ley de minería aprobada por Decreto Legislativo N°109 entonces vigente.¹⁹ Los cambios estructurales contenidos en esta LPIM motivó a que se promulgara mediante Decreto Supremo N°018-92-EM el denominado Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería amalgamando los dos decretos legislativos.

¹⁵ LGM, Art. 10 [Anexo R-008]. “Artículo 10º: (...) Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.”

¹⁶ LOASRN, Art. 29 [Anexo R-142]. “Artículo 29º: Las condiciones de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, por parte del titular de un derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, son: (...) d) Cumplir con la retribución económica correspondiente, de acuerdo a las modalidades establecidas en las leyes especiales. e) Mantener al día el derecho de vigencia, definido de acuerdo a las normas legales pertinentes.”

¹⁷ LGM, Art. 59 [Anexo R-008]. “Artículo 59º: Produce la caducidad de denuncios, petitorios y concesiones mineras, así como de las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero, el no pago oportuno del Derecho de Vigencia o de la penalidad, según sea el caso, durante dos (2) años consecutivos. De omitirse el pago de un año, su regularización podrá cumplirse con el pago y acreditación del año corriente, dentro del plazo previsto en el artículo 39 de la presente norma. En todo caso, el pago se imputará al año anterior vencido y no pagado (...).”

¹⁸ LOASRN, Art. 30 [Anexo R-142]. “(...) La caducidad determina la reversión al Estado de la concesión, desde el momento de la inscripción de la cancelación del título correspondiente.”

¹⁹ Decreto Legislativo N°109, 13 de junio de 1998 [Anexo R-275].

18. Entre los cambios importantes de la LPIM estuvieron: (i) la unificación de los derechos de los concesionarios mineros a efectuar labores de exploración y de explotación bajo una sola y misma concesión; (ii) la predeterminación de las áreas peticionables para concesiones mineras en cuadrículas colindantes en todo el territorio peruano; (iii) la introducción de las primeras normas ambientales mineras propiamente dichas; (iv) la libre comercialización de los minerales extraídos por los concesionarios; y (v) las garantías y seguridades a la inversión minera.²⁰

19. Es dentro de este marco regulatorio del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería que se define a las concesiones mineras en el sentido que “otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentran 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)...”,²¹ tal como indica el doctor Flury en su Dictamen Pericial.²²

20. Sin embargo, mediante leyes posteriores, como las que se indican a continuación, se incorporaron exigencias adicionales a la mera obtención del título de concesión minera para poder iniciar las actividades de exploración y explotación:

- a. La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 26821 del 25 de junio de 1997), que introdujo precisiones en cuanto a los derechos y obligaciones relativos a las concesiones sobre recursos naturales;

²⁰ Tales como la posibilidad de celebrar convenios de estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa en determinados casos, el pago del impuesto a la renta solo sobre la utilidad distribuida (aunque nunca llegó a aplicarse), la deducción del impuesto a la renta de las inversiones en servicios públicos que se realicen, la depreciación acelerada de ciertos bienes, la posibilidad de llevar la contabilidad en moneda extranjera.

²¹ LGM, Art. 9 [Anexo R-008].

²² Dictamen Pericial de Hans Flury, párra. 13.

- b. La Ley General del Ambiente (Ley N° 28611 del 13 de octubre de 2005), que incorporó un alto número de precisiones, obligaciones y responsabilidades ambientales en el aprovechamiento de recursos naturales;
- c. La Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental (Ley N° 28245 del 4 de junio del 2004), que determinó las funciones y competencias de las autoridades ambientales;
- d. La Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley N° 27446 del 20 de abril del 2001), que precisó los casos en los que sería necesaria la presentación de instrumentos ambientales y la categoría de los mismos en cada caso;
- e. La Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N°26505 del 14 de julio de 1995), que obligó a los titulares de concesiones mineras a llegar a acuerdos expresos y formales con los propietarios de los derechos superficiales que se superpusieran a sus instalaciones;
- f. La Ley de Recursos Hídricos (Ley N° 29338 del 23 de marzo del 2009), que reguló los derechos de uso de aguas y sus prioridades, así como los vertimientos, tratamiento y reúso de aguas residuales;
- g. La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Ley N°29785 del 6 de setiembre del 2011), que obligó a las autoridades y a los inversionistas a llevar adelante procedimientos de consulta previa con determinadas comunidades indígenas;
- h. El Reglamento de Investigación Arqueológica (Resolución Suprema N°004-2000-ED de 24 de enero de 2000), que planteó los procedimientos y estudios previos necesarios para llevar adelante cualquier trabajo que pudiera impactar restos arqueológicos;
- i. El Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (Decreto Supremo N°038-98-EM del 25 de noviembre de 1998), que incorporó obligaciones ambientales para la actividad de exploración minera;
- j. El Reglamento de Participación Ciudadana mediante el Procedimiento de Audiencias Públicas en el Trámite de Aprobación de Estudios de Impacto Ambiental (Resolución Ministerial N°335-96-SG del 25 de julio de 1996), que incluyó procedimientos detallados para los procesos de participación ciudadana como parte de la evaluación de estudios ambientales para proyectos mineros.

21. Así, como consecuencia de normas expedidas luego de la promulgación del Texto

Único Ordenado de la Ley General de Minería, se evidenció que el título de la concesión minera

no bastaba para el inicio de actividades de exploración y/o explotación minera de manera inmediata y automática al momento de su expedición. Este título, en la práctica, se convirtió en solo un derecho transable de exclusividad para ejercer actividad minera en el área concedida, tal como expresa el artículo 127 de la LGM.²³ Mientras el concesionario no cumpla con las demás obligaciones legales y obtenga todos los permisos adicionales que la ley exige, solo tendrá el derecho (i) de pedir las autorizaciones faltantes que le permitan el inicio de exploración y/o explotación de los recursos, (ii) de comercializar su título, y (iii) de excluir a terceros de cualquier derecho sobre los recursos minerales dentro del área de la concesión.

B. MECANISMOS DE ADQUISICIÓN POR EXTRANJEROS DE DERECHOS SOBRE MINAS EN ZONA DE FRONTERA

22. La Constitución peruana prohíbe a los extranjeros a adquirir o poseer –bajo cualquier título, de manera directa o indirecta- minas dentro de 50 kilómetros de las fronteras, salvo que se obtenga una declaración expresa de necesidad pública.²⁴ Si bien la Constitución no señala que la declaración de necesidad pública debe ser previa a la adquisición del derecho, debe entenderse que esa es la intención subyacente en el texto constitucional, pues la sanción es la de perderse el derecho en favor del Estado por ser un acto viciado de nulidad al haber sido adquirido por persona inhábil. El texto del artículo 71° de la Constitución peruana es casi una réplica del artículo 126° de la Constitución de 1979, que fue desarrollado por el artículo 13° del Decreto

²³ LGM, Artículo 127 [Anexo R-008]. “Artículo 127°: Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente, dentro de una superficie debidamente delimitada, las actividades inherentes a la concesión, así como los demás derechos que le reconoce esta Ley, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan.”

²⁴ Constitución del Perú, Art. 71 [Anexo R-001]. “Artículo 71°: En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.”

Legislativo N° 757.²⁵ El primero de ellos contenía una prohibición para que los extranjeros adquirieran determinados bienes dentro de 50 kilómetros de las fronteras, mientras que el segundo precisaba que las autorizaciones al efecto debían ser obtenidas con anterioridad a su adquisición. Nada –ni en el texto ni en el espíritu– del artículo 71° de la Constitución vigente colisiona con la esencia del artículo 126° de la Constitución de 1979, y nada en el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 757 excede a lo que prevé el aludido artículo 71°. En consecuencia, es correcto concluir que la declaración de necesidad pública que autoriza al extranjero a adquirir derechos mineros en zona de frontera debe ser anterior al acto de adquisición. De igual manera para que sean otorgados los títulos de concesión minera sobre áreas en zona de frontera a extranjeros las regulaciones mineras –en concreto el artículo 14B del Reglamento de Procedimientos Mineros– exigen como requisito de admisibilidad el que la declaración de necesidad pública esté aprobada.

23. Pese a que el doctor Flury sostiene acertadamente que Bear Creek podía plantear directamente sus petitorios sobre el área del proyecto Santa Ana (para lo cual debería tratarse de áreas de libre disponibilidad—como que, en efecto, eran de libre disponibilidad), Bear Creek señala que de hacerlo de esa manera se corría el riesgo de advertir a la comunidad minera de la existencia de un área prospectiva y levantar el interés de los competidores.²⁶ Aun cuando esta

²⁵ Decreto legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, 13 de noviembre de 1991, Art. 13 [Anexo R-099]. “Artículo 13: De conformidad con lo prescrito en el último párrafo del artículo 126 de la Constitución Política, declárase de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las frontera del país, previa autorización otorgada mediante resolución suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector Correspondiente. Dicha resolución suprema podrá establecer las condiciones a las cuales se sujeta a la adquisición o explotación.

Las autoridades sectoriales competentes otorgarán las concesiones y otras formas de autorización para la explotación de recursos naturales ubicados dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país en favor de las personas naturales o jurídicas extranjeras que lo soliciten, previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables y luego de verificar que se hayan expedido la resolución suprema a la que se refiere el párrafo anterior.”

²⁶ Réplica de la Demandante, párra. 25; Dictamen Pericial de Hans Flury, párras. 42, 46-47.

última afirmación fuese correcta (y no dudo que sí pueda ser un asunto de preocupación general), en este caso Bear Creek no tenía fundamentos para estar preocupado.

24. Debe tenerse en cuenta que una vez formulado el petitorio, el área peticionada queda reservada para el peticionante hasta la conclusión del procedimiento ordinario de titulación. Así lo dispone expresamente el artículo 120 de la LGM que establece que la autoridad competente debe cancelar el petitorio que se superponga totalmente a uno previo.²⁷

25. En cualquier caso los derechos de Bear Creek sobre el área peticionada en zona de frontera hubiera estado protegido durante el periodo en el que se tramitaba la declaración de necesidad pública. A mayor abundamiento, el Reglamento de Procedimientos Mineros ordena a la autoridad competente a declarar inadmisibles a los petitorios que se formulen sobre áreas que previamente hubieran tenido un petitorio o concesión minera extinto, sin que estas áreas hubiesen sido previamente publicadas como denunciables; y agrega que dichos nuevos petitorios serán archivados sin que siquiera sirvan como antecedente para una posterior reformulación.²⁸ Esto significa que si algún tercero hubiera tratado de obtener las áreas de los derechos mineros peticionados por Bear Creek –como Bear Creek temía²⁹– éstos hubieran sido rechazados sin siquiera considerarse como antecedente y no se hubiera puesto en riesgo los derechos de Bear Creek (a menos que Bear Creek hubiera expresamente renunciado a ellos). De esta manera queda

²⁷ LGM, Art. 120 [Anexo R-008]. “Artículo 120°: En caso se advirtiera la existencia de petitorios o concesiones mineras sobre la misma cuadrícula o conjunto de cuadrículas, el Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras, dentro de los siete días siguientes a la presentación del nuevo petitorio, cancelará este último u ordenará al nuevo denunciante la reducción a la cuadrícula o conjunto de cuadrículas libres.”

²⁸ Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, 7 de septiembre de 1992 (“Reglamento de Procedimientos Mineros”), Art. 14B [Anexo R-155]. “Artículo 14B°: Serán declarados inadmisibles (...) archivándoseles definitivamente sin constituir antecedente o título para la formulación de otros, los petitorios mineros en los que: (...) f. El petitorio se ha formulado sin cumplir con lo establecido por los artículos 65° y 68° de la Ley”. LGM, Art. 65 [Anexo R-008]. “Artículo 65°: Las áreas correspondientes a concesiones y petitorios caducos, abandonados, nulos, renunciados, y aquellos que hubieran sido rechazados en el acto de su presentación, no podrán peticionarse mientras no se publiquen como denunciables.”

²⁹ Réplica de la Demandante, párras. 24-25.

evidenciado que el derecho exclusivo de Bear Creek sobre las áreas hubiera quedado asegurado mientras se tramitaba la declaración de necesidad pública.

26. Bear Creek no cuestiona la viabilidad legal que tenía para plantear directamente los petitorios mineros sobre áreas libres, solo argumenta que hacerlo sería más riesgoso, lo cual ha quedado desvirtuado.³⁰ Bear Creek sí podría haber presentado los petitorios mineros sobre las áreas libres del proyecto Santa Ana advirtiéndolo que por tratarse de una empresa extranjera y ubicándose las áreas peticionadas en zona de frontera tendría que obtener la declaración de necesidad pública antes de la titulación de los mismos. En mi opinión el argumento del doctor Flury y de Bear Creek que la entidad a cargo de los procedimientos de titulación de concesiones mineras tendría que obligatoriamente declarar inadmisibles los petitorios una vez transcurrido siete (7) meses desde que solicitó la declaración de necesidad pública no es sostenible.³¹

27. Los petitorios mineros sobre áreas libres en zona de frontera que hubiese peticionado Bear Creek no podrían haber sido denegados o rechazados o declarados inadmisibles, si Bear Creek advertía de su situación y tramitaba la declaración de necesidad pública. Quedaba a la decisión de Bear Creek—y solo de Bear Creek—si es que, luego de seis meses sin que hubiese declarado la necesidad pública se optaba por mantener el trámite o por considerar que la solicitud había sido denegada. El artículo 14B del Reglamento de Procedimientos Mineros (incorporado a este dispositivo mediante Decreto Supremo N°084-2007-EM, de 20 de diciembre de 2007), señala que los petitorios formulados por extranjeros en zonas de frontera serán declarados inadmisibles en los siguientes dos casos: (i) cuando la solicitud de declaración de necesidad pública haya sido expresamente desaprobada; o (ii) cuando hayan transcurrido seis meses desde el ingreso de la solicitud de declaración de necesidad

³⁰ Réplica de la Demandante, párra. 25.

³¹ Dictamen Pericial de Hans Flury, párras. 42-47.

pública y ésta no hubiese sido aún aprobada, y además el solicitante se acoja al silencio negativo y la consecuente declaración denegatoria quede consentida.³² El artículo 14B del Reglamento de Procedimientos Mineros tiene sobre este extremo la misma redacción que tenía el artículo 14 de ese mismo reglamento, según texto aprobado por Decreto Supremo N°044-2001-EM de 20 de julio de 2001.³³ Es decir, en el segundo supuesto no basta para que se declare inadmisibile el transcurso de los seis meses desde que se ingresó la solicitud de declaración de necesidad pública, sino que se requiere además que sea el propio solicitante quien voluntaria y expresamente opte porque se declare denegada su solicitud.

28. Así lo confirma la resolución de 5 de septiembre de 2003 de la Dirección General de Concesiones Mineras—que era la entidad a cargo de titular las concesiones mineras—recaída sobre el Informe N°6788-2003-INACC-DGCM-UL de 21 de agosto de 2003, cuando expresa que “concluye el trámite de un petitorio minero por declaración de inadmisibilidad cuando haya sido peticionado dentro de los 50 kilómetros en zona de frontera y su solicitud sea expresamente desaprobada o se acoja el titular al silencio negativo.”³⁴ En este caso, es una potestad del administrado—es decir, de Bear Creek—el decidir si se acoge al silencio administrativo negativo o si se mantiene con su solicitud a la espera de la decisión del Consejo de Ministros.

³² Reglamento de Procedimientos Mineros, Art. 14B [Anexo R-155]. “Artículo 14Bº: Serán declarados inadmisibles (...) archivándose definitivamente sin constituir antecedente o título para la formulación de otros, los petitorios mineros en los que: (...) g. 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.”

³³ Decreto Supremo N°044-2001-EM, 21 de julio de 2001, Art. 1 [Anexo R-278]. “Artículo 1º: Sustitúyase el texto del tercer párrafo del Artículo 14 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, con el siguiente: “Los petitorios en los que no se ha identificado correctamente la cuadrícula o conjunto de cuadrículas solicitadas o por exceder el área máxima establecida por la Ley, los peticionados sin cumplir con lo establecido por los Artículos 65 y 68 de la Ley, los 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, y los petitorios formulados en Areas de no Admisión de Denuncios, no serán ingresadas al sistema de cuadrículas o se retirarán de ella, según sea el caso, y serán declarados inadmisibles por la Oficina de Concesiones Mineras archivándose los actuados.”

³⁴ Informe N°6788-2003-INACC-DGCM-UL, 21 de agosto de 2003 [Anexo R-279].

29. Como se aprecia, de haber Bear Creek seguido el procedimiento que le franqueaba la ley minera para formular los petitorios en zona de frontera, hubiera podido lograr sin riesgos ser titular de las concesiones del proyecto Santa Ana, de manera directa y sin recurrir a subterfugios, una vez obtenida la declaración de necesidad pública. Primero, tal como he explicado, era decisión solo de Bear Creek el considerar denegada su solicitud. No se trata de una obligación para la administración, sino que es una potestad del administrado, el considerar que se ha denegado su solicitud, en aplicación de norma expresa. La solicitud de declaración de necesidad pública podría mantenerse en vigencia por tiempo indefinido ante el silencio del administrado, es decir si decide no acogerse al silencio negativo. Ni la autoridad (salvo que se denegara expresamente la solicitud de declaración de necesidad pública) ni ningún tercero podría afectar el petitorio ni los derechos exclusivos de Bear Creek sobre el área peticionada. Y segundo, porque el mantener en suspenso el procedimiento de titulación del petitorio no es solo una práctica que voluntariamente habría adoptado la administración, sino que emana del Reglamento de Procedimientos Mineros;³⁵ razón por la cual tendría que haber una modificación normativa para que la autoridad cambie de manera de actuar.

30. Bear Creek insinúa que el proceso podría cambiar y obligar a la autoridad a declarar inadmisibile el procedimiento de titulación.³⁶ Esta es una especulación sin fundamento. El artículo 14B fue introducido al texto del Reglamento de Procedimientos Mineros a fines del año 2007 recogiendo la misma redacción de la causal de inadmisibilidad existente desde el 20 de julio del 2001, y no existía ninguna razón para que muy poco tiempo después se cambiara el

³⁵ Reglamento de Procedimientos Mineros, Art. 14B [Anexo R-155]. “Artículo 14Bº: Serán declarados inadmisibles (...) archivándose definitivamente sin constituir antecedente o título para la formulación de otros, los petitorios mineros en los que: (...) g. 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.”

³⁶ Réplica de la Demandante, párra. 25

criterio. Es más, desde julio de 2001 y hasta la fecha el texto de esta norma no ha sufrido ninguna modificación.

31. Además, aun cuando admitiéramos que el vencimiento del plazo obliga a la autoridad a pronunciarse—ya sea de oficio o a pedido de un tercero—lo cierto es que de ocurrir esto, el administrado podría interponer un recurso de revisión contra la resolución de inadmisibilidad, con lo cual los plazos se extenderían de manera significativa. El Consejo de Minería resuelve normalmente los recursos de revisión luego de varios meses, y en tanto eso ocurre la resolución de inadmisibilidad no queda consentida y en consecuencia el área peticionada se mantiene cubierta por el petitorio del administrado y no sale de libre denunciabilidad.

32. Los párrafos anteriores son aplicables a los casos en los que el área de interés esté libre, ya sea porque (i) no existe una concesión minera titulada o un petitorio minero en trámite, o (ii) no esté en una denominada Área de No Admisión de Denuncios o Petitorios, o (iii) haya existido un derecho minero extinto que aún no haya sido publicado como de libre denunciabilidad. El caso del proyecto Santa Ana se enmarcaba dentro del primer supuesto, y existen antecedentes de titulación de concesiones mineras a extranjeros en zona de frontera en igual situación, bajo este mecanismo procedimental.

33. Bear Creek alega que los contratos de opción son un instrumento común para asegurar el título sobre las áreas en la zona de frontera.³⁷ Para que esto sea válido tendríamos que estar frente a un área ya titulada a un tercero. Cuando el área de interés no está libre—que no era el caso en el proyecto Santa Ana—los extranjeros tienen ciertos mecanismos contractuales para acceder a los derechos mineros en zona de frontera. Así, podría celebrar un compromiso de

³⁷ Réplica de la Demandante, párra. 28.

contratar que obligue al titular del derecho minero a suscribir un contrato de transferencia de derechos mineros cuando se obtenga la declaración de necesidad pública o un contrato de opción minera condicionado al cumplimiento de las exigencias constitucionales. En este escenario la afirmación de Bear Creek sería correcta pues un contrato de opción le concede un derecho sobre un área que ya ha sido concedida por el Estado. Podría discutirse si el contrato de opción minera que celebró Bear Creek con Jenny Karina Villavicencio Gardini era el apropiado por tratarse de áreas que estaban libres antes de los petitorios de Jenny Karina Villavicencio Gardini.

34. Pero esa situación no es la misma que aprecio en este caso porque el área en la zona de frontera no estaba ocupada, sino que estaba libre hasta que Jenny Karina Villavicencio, por instrucciones de Bear Creek, petitionó y obtuvo las concesiones. En esta situación no debería acudir al uso de un contrato de opción porque no existía un petitorio o concesión sobre el área. Teniendo en cuenta que Bear Creek reconoce que prospectó el área e indujo a Jenny Karina Villavicencio Gardini a peticionarla en nombre de Bear Creek y a continuación celebrar con ella un contrato de opción, considero que un mecanismo contractual no era el idóneo, existiendo mecanismos regulados, directos, seguros y probados para acceder a las áreas libres en zona de frontera por parte de extranjeros.

35. Por otro lado, tampoco es correcta la afirmación de Bear Creek que el registro del contrato de opción confirmaba la constitucionalidad de los derechos contenidos en dicho instrumento.³⁸ Tal como mencioné en el Reporte,³⁹ el artículo 2011 del Código Civil recoge el principio de legalidad que informa al derecho registral, según el cual los registradores califican la legalidad de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, en función a lo

³⁸ Réplica de la Demandante, párra. 23

³⁹ Primer Reporte de Luis Rodríguez-Mariátegui Canny, 6 de octubre de 2015 (“Primer Reporte de Rodríguez”) párras. 18-24 [Anexo REX-003].

que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos registrales. De esta manera, la validez del acto que debe calificar el registrador debe estar sujeto a lo que se desprenda del título que ha sido presentado para inscripción y a los antecedentes registrales existentes tanto en la partida registral en la que debe anotarse el acto como en los demás antecedentes. Es decir, se trata de una calificación integral de los títulos presentados para registro (y de los antecedentes registrales), y no se trata de una evaluación total del acto y de todo lo que haya sido o no haya sido sometido a calificación registral. Por lo tanto, no puede afirmarse que mediante la inscripción de un contrato de opción se obtuvo confirmación de la validez de acuerdo a la ley peruana como se sostiene en el párrafo 33 de la Memoria de la Demandante en el presente caso.⁴⁰

36. El Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) ya ha resuelto que “la calificación registral debe versar exclusivamente sobre los documentos presentados para la inscripción del acto, no correspondiendo a los registradores realizar una indagación personal o extra-registral.”⁴¹ Como cité en el Reporte, Álvaro Delgado Scheelje apunta que del registro “emana una presunción de exactitud relativa de que el contenido de las inscripciones corresponde a la realidad extra-registral.”⁴² SUNARP no tenía capacidad para investigar las circunstancias de hecho alrededor del contrato de opción que calificaba para registro, como por ejemplo las relaciones extracontractuales existentes entre Bear Creek y Jenny Karina Villavicencio Gardini que podrían ser relevantes al momento de analizar la legalidad y la constitucionalidad del contrato de opción. SUNARP tenía la obligación de limitarse a calificar el

⁴⁰ Memoria de la Demandante, 29 de mayo de 2015 (“Memoria de la Demandante”), párra. 33.

⁴¹ Resolución N°024-98-ORLC/TR, glosa citada por Luis García García en *Principio de Rogación y Legalidad* en EL CODIGO CIVIL COMENTADO, Tomo X, p. 403 [Anexo R-149].

⁴² Delgado Scheelje, Alvaro, *Hacia la reforma del Libro IX de los Registros Públicos del Código Civil Peruano*, REVISTA IUS EL VERITAS, volumen 21, p. 84 [Anexo R-148].

título basándose en el documento presentado por el rogante y en los antecedentes registrales existentes. Es decir, no podía escaparse de la esfera registral.

37. Como adelanté en el Reporte, el Tribunal Registral no tiene facultades para crear derechos sustantivos.⁴³ En consecuencia, un acto es válido o no en función al cumplimiento de los requisitos de validez exigibles a cada uno de ellos, el registro ni concede ni confirma su validez. El artículo 46° del Reglamento General de los Registros Públicos dispone expresamente que “la inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.”⁴⁴ Por eso, Luis Diez-Picazo enfatiza que “la inscripción no tiene la virtud taumatúrgica de hacer válido lo que es nulo.”⁴⁵ Reitero que el Tribunal Registral no puede crear derechos que pudieran tener algún vicio que pudiera cuestionar la validez de los actos registrados.

38. Por lo anterior, reitero lo afirmado en el Reporte,⁴⁶ en el sentido que la inscripción del contrato de opción entre Bear Creek y Jenny Karina Villavicencio Gardini en la partida registral de las concesiones mineras que integran el proyecto Santa Ana no implican que dicho contrato sea necesariamente válido ni que tal validez haya sido confirmada por el Tribunal Registral.

39. Finalmente, y nuevamente remitiéndome al Reporte, contrario a lo que alega Bear Creek, la publicación en el diario oficial “El Peruano” de la Resolución 193-2005-SUNARP-TR-

⁴³ Primer Reporte de Rodríguez, párras. 18-19 [Anexo REX-003].

⁴⁴ Texto Unico Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP/SN, 21 de marzo de 2005 (“Reglamento General de los Registros Públicos”), Art. 46 [Anexo R-146]. “Artículo 46°: El asiento registral expresará necesariamente el acto jurídico de donde emana directa o inmediatamente el derecho inscrito, el mismo que deberá constar en el correspondiente título. La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.”

⁴⁵ Diez-Picazo, Luis, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, Volumen Tercero, p. 429 [Anexo R-150].

⁴⁶ Primer Reporte de Rodríguez, párras. 27-31 [Anexo REX-003].

A, de 7 de noviembre de 2005, que resuelve la apelación de Bear Creek a la observación registral de anotación preventiva que solicitó para su contrato de opción, no le otorga carácter vinculante ni sirve de observancia obligatoria para casos similares. Esta Resolución no cumple con ninguno de los requisitos exigidos por la Ley de SUNARP y por el Reglamento General de los Registros Públicos para otorgarle esa condición. Es decir, si SUNARP hubiera querido otorgarle la condición de precedente de observancia obligatoria a la resolución que publicó en el diario oficial “El Peruano,” tendría que haber cumplido con todos los siguientes pasos: (i) que la decisión sea un acuerdo del Pleno Registral, (ii) que dicho pleno sea convocado especialmente para ese efecto, (iii) que el criterio a adoptar haya tenido reiteración en resoluciones previas del Tribunal Registral, y (iv) que la publicación en “El Peruano” se realice por resolución de la Presidencia del Tribunal Registral.⁴⁷ Reitero que ninguno de estos cuatro pasos fue cumplido para la publicación de la Resolución 193-2005-SUNARP-TR-A de 7 de noviembre de 2005.

40. Por lo anterior, no encuentro fundamento válido en el alegato de Bear Creek que SUNARP le concedió validez al contrato de opción.⁴⁸ El registro solo confirma que el contrato de opción cumplía con los requisitos legales para ser anotado en la partida de cada derecho minero, sobre la base del contenido del contrato de opción y de los antecedentes registrales. Si el contrato de opción tenía vicios de nulidad o violaba la Constitución tendría que ser materia de procesos judiciales o administrativos extraregistrales.

41. Bear Creek sostiene que existen precedentes conocidos por las autoridades peruanas en las que extranjeros adquirieron intereses en zona de frontera antes de la declaración de necesidad pública, utilizando estructuras similares a las de Bear Creek.⁴⁹ Según la

⁴⁷ Reglamento General de los Registros Públicos, Art. 148 [Anexo R-146].

⁴⁸ Réplica de la Demandante, párra 23; Memoria de la Demandante, párra. 33.

⁴⁹ Véase Réplica de la Demandantes, párras. 44-65.

Demandante, el Estado tenía conocimiento de la presencia de extranjeros en estas operaciones, sin perjuicio de lo cual aprobó la declaraciones de necesidad pública. Y cuestiona que estas declaraciones aún no han sido impugnadas por las autoridades.⁵⁰ Sin embargo, estos casos contienen algunas diferencias con el caso de la adquisición de las concesiones mineras del proyecto Santa Ana por Bear Creek. Sobre todo, aún si estos casos fueran comparables al de Bear Creek, los errores que presuntamente habría cometido el Estado en dichos casos no podrían constituir fuente de derecho y no validan las actuaciones de Bear Creek.

42. Bear Creek omite señalar que para dejar sin efecto la declaración de necesidad pública para el proyecto Santa Ana efectuada por las autoridades peruanas en 2011 confluyeron dos factores: a) una infracción constitucional; y b) la grave situación de convulsión social. Bear Creek no incluye este segundo factor en su análisis de comparación, y en ninguno de los casos que cita éste aparece.

43. Bear Creek hace referencia a cuatro ejemplos: las declaraciones de necesidad pública emitidas mediante (i) el Decreto Supremo No. 024-2008-DE;⁵¹ (ii) el Decreto Supremo No. 021-2003-EM;⁵² (iii) el Decreto Supremo No. 041-94-EM;⁵³ y (iv) el Decreto Supremo No. 013-97-EM.⁵⁴ Ninguno de estos ejemplos es totalmente comparable al caso de Bear Creek.

44. Primer ejemplo: el Decreto Supremo No. 024-2008-DE, emitido el 27 de diciembre de 2008, otorgó una declaración de necesidad pública autorizando al consorcio Xiamen Zijin Tongguan Investment and Development Co. Ltd (“Zijin”) para adquirir un interés

⁵⁰ Véase Réplica de la Demandantes, párra. 46.

⁵¹ Véase Réplica de la Demandantes, párras. 47-53.

⁵² Véase Réplica de la Demandantes, párras. 54-59.

⁵³ Véase Réplica de la Demandantes, párras. 60-61.

⁵⁴ Véase Réplica de la Demandantes, párras. 62-64.

en 35 concesiones del proyecto minero “Rio Blanco” en zona de frontera.⁵⁵ Según Bear Creek, Zijin adquiriría las 35 concesiones al adquirir las acciones de Monterrico Metals Plc (empresa de las islas Cayman—“Monterrico”), que controla a Minera Majaz S.A. (titular de 8 concesiones) y a la Compañía Minera Mayari S.A.C (titular de 27 concesiones).⁵⁶ La Demandante alega que Zijin adquirió control sobre Monterrico antes de obtener la declaración de necesidad pública, un hecho del cual los funcionarios del gobierno tenían presuntamente pleno conocimiento antes de emitir el decreto supremo.⁵⁷ Este caso no es comparable con el de Bear Creek.

45. En primera instancia, estamos frente a la adquisición de concesiones ya tituladas a una empresa peruana antes de la aparición de Zijin. No tengo evidencia que esta empresa peruana, cuando adquirió las concesiones mineras haya actuado como interpósita persona para adquirir las concesiones a nombre de Zijin, como sí ocurrió en el caso de Bear Creek.

46. En segunda instancia, en la descripción de los hechos, Bear Creek omite otras particularidades de la operación de Zijin, en particular el hecho que esas concesiones ya contaban con un Decreto Supremo de declaración de necesidad pública emitido en 2003 para los extranjeros accionistas de Monterrico que en ese entonces controlaban indirectamente las concesiones mineras. Según la descripción de Zijin en su solicitud para obtener la declaración de necesidad pública, Zijin adquiriría el control de Monterrico (empresa inglesa). Monterrico controla Copper Corp Limited (empresa de las Islas Cayman) que a su vez controla Rio Blanco Copper Limited (empresa de las Islas Cayman). Rio Banco Copper Limited controla a la Minera Majaz S.A (titular de 8 concesiones mineras).⁵⁸ Rio Blanco Copper Limited adquirió su interés

⁵⁵ Véase Decreto Supremo No. 024-2008-DE, 27 de diciembre de 2008 [Anexo C-0204].

⁵⁶ Véase Réplica de la Demandantes, párra. 48.

⁵⁷ Véase Réplica de la Demandantes, párras. 49-50.

⁵⁸ Véase Expediente del Proceso Administrativo que concluyó en el Decreto Supremo No. 024-2008-DE, pág. 005 [Anexo C-0209].

en Minera Majaz S.A. (empresa peruana titular de concesiones mineras en zona de frontera) el 9 de julio de 2003, luego de que se le hubiera autorizado la operación mediante el Decreto Supremo No. 023-2003-EM, emitido el 26 de junio de 2003.⁵⁹ Adicionalmente, Monterrico adquiriría control de la Compañía Minera Mayari S.A.C. (titular de 27 concesiones mineras). Sobre 20 de esas 27 concesiones mineras que estaban en zona de frontera, el Ministerio de Energía y Minas, ya había emitido una declaración de necesidad pública para que un extranjero las adquiriera (Newmont Peru Limited, Sucursal del Perú)—Decreto Supremo No. 022-2003-EM del 27 de junio de 2003.⁶⁰ Por lo tanto, a diferencia del caso de Bear Creek, en este caso ya existía una autorización para que accionistas extranjeros poseyeran concesiones vinculadas al proyecto Río Blanco.

47. Si bien estas declaraciones ya emitidas no eran aplicables a Zijin, sí indicaban que el Estado peruano había adelantado su interés en que se desarrollara esa zona de frontera, para lo cual ya había declarado a que la adquisición de esas concesiones mineras por parte de una empresa extranjera eran de necesidad pública, lo que debe entenderse que -en principio- no tenía inconveniente con que este desarrollo se realizara por empresas extranjeras. En contraste, en el caso de Bear Creek, el Estado no había manifestado aprobación alguna a la presencia de extranjeros en esa zona de frontera.

48. En tercera instancia, la naturaleza de la operación no es comparable al caso Santa Ana. Zijin adquirió las acciones de Monterrico mediante una operación de venta forzada,⁶¹ lo cual no ocurrió en el caso Santa Ana en el que Bear Creek utilizó a una interpósita persona para que peticione áreas libres y luego adquirir las concesiones mineras. Además, entiendo que la

⁵⁹ Véase Expediente del Proceso Administrativo que concluyó en el Decreto Supremo No. 024-2008-DE, pág. 005, 068 [Anexo C-0209]; véase también Decreto Supremo No. 023-2003-EM, 26 de junio de 2003 [Anexo R-280].

⁶⁰ Véase Decreto Supremo No. 022-2003-EM, 27 de junio de 2003 [Anexo R-281].

⁶¹ Véase Monterrico Metals Plc Reporte Anual, 2007, pág. 1 [Anexo C-0205].

compra de acciones de Monterrico involucró la adquisición de otros proyectos mineros en el Perú tales como Maramiña, Antayamarca, Pico Machay, etc. que podrían tener un futuro potencial con beneficios para el país. En conclusión, creo que el caso de Zijín no es comparable al caso de Bear Creek.

49. Segundo ejemplo: el Decreto Supremo 021-2003-EM, emitido el 26 de junio de 2003, por el que se autorizó a IMP Perú SAC (“IMP”) para la adquisición de 7 concesiones en zona de frontera. En ese caso, según Bear Creek, la Sra. Catalina Tomatis Chiappe (abogada peruana) adquirió concesiones mineras en zona de frontera que luego transfirió a IMP (empresa controlada por extranjeros) antes de que ésta obtuviera una declaración de necesidad pública.⁶² Según Bear Creek, es evidente que la Sra. Tomatis actuó en representación de IMP en virtud de un acuerdo con la empresa peticionaria de los derechos mineros en zona de frontera y sus accionistas.⁶³

50. Sin embargo, Bear Creek nuevamente estaría asumiendo que los funcionarios que aprobaron la declaración de necesidad pública conocían todos los detalles de la relación y acuerdos entre la Sra. Tomatis e IMP. De la documentación aportada por la demandante no me aparece evidente que los funcionarios encargados de tramitar el petitorio tendrían que haber conocido que la Sra. Tomatis era apoderada de IMP al momento de otorgarse la autorización para adquirir las concesiones. Los documentos aportados por la Demandante que he revisado no prueba necesariamente que la Sra. Tomatis actuaba en connivencia con IMP. Esta información no se incluyó dentro del expediente del trámite del petitorio, por lo que no veo razonable concluir que los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas tendrían que haberlo conocido o que lo hubieran revisado antes de aprobar el petitorio, o la misma declaración de necesidad pública.

⁶² Véase Réplica de la Demandante, párra. 55.

⁶³ Véase Réplica de la Demandante, párra. 56.

Adicionalmente, no he encontrado evidencia que demuestre que existiera una relación de dependencia entre la Sra. Tomatis e IMP, como la que Bear Creek reconoce que existía entre ella y Jenny Karina Villavicencio Gardini. Por lo mencionado, el caso de IMP tampoco es comparable al caso de Bear Creek.

51. Sobre las concesiones de IMP, vale la pena resaltar que años después todas ellas caducaron por falta de pago del derecho de vigencia.⁶⁴ Si el Estado quisiera tomar alguna medida en contra de estas concesiones ya no podría hacerlo.

52. Tercer ejemplo: el Decreto Supremo 041-94-EM, del 6 de octubre de 1994, autorizó a Colorobbia Holding SPA (empresa extranjera—“Colorobbia”) a adquirir acciones de la empresa peruana Compañía Minera Ubinas S.A., titular de 3 concesiones en zona de frontera.⁶⁵ Según Bear Creek, la transacción de Colorobbia fue similar a la de Bear Creek, por cuanto un accionista y administrador de CMU, Hugo Forno, adquirió las concesiones mineras de quien fuera su anterior propietario en diciembre de 1990. Según Bear Creek es probable que el Sr. Forno haya actuado en nombre y representación de CMU, a quien le transfirió las concesiones, luego de que Colorobbia adquiriera la declaración de necesidad pública.⁶⁶

53. Esta operación tampoco es comparable al caso de Bear Creek. Primero, el Sr. Forno adquirió concesiones que ya estaban tituladas, un hecho relevante diferente al caso de Bear Creek que importó la presentación de un petitorio sobre áreas de libre disponibilidad utilizando como interpósita persona a una empleada suya. No había ninguna posibilidad que el Sr. Forno peticionara las áreas de su interés de las concesiones en zona de frontera, sino que CMU podría

⁶⁴ Véase Expediente Único de la Concesión Minera “Don José” N° 01-01751-00 del INGEMET [Anexo C-0212]; Expediente Único de la Concesión Minera “Don Miguel Alberto” N° 01-00059-01 del INGEMET [Anexo C-0216]; Resolución de Presidencia No. 132-2014-INGEMME/PCD, 25 de octubre de 2014, pág. 17 [Anexo R-282].

⁶⁵ Véase Decreto Supremo No. 041-94-EM, 6 de octubre de 1994 [Anexo C-0217].

⁶⁶ Véase Réplica de la Demandante, párra. 60.

haber adquirido las concesiones directamente, usando algún mecanismo contractual válido con el titular anterior. Segundo, por lo que he revisado Bear Creek no ha demostrado que existía un acuerdo entre CMU y el Sr. Forno para la adquisición de las concesiones por cuenta de la segunda. En el caso de Bear Creek, la misma Demandante ha admitido que le instruyó a Jenny Karina Villavicencio Gardini a petitionar las áreas en zona de frontera, para mitigar supuestos riesgos de perder las concesiones si éstas no le fuesen tituladas. Tercero, noto que Bear Creek tampoco ha demostrado que el Estado tenía conocimiento de la supuesta adquisición indirecta de las concesiones, a través del Sr. Forno. La documentación presentada por Bear Creek como supuesta prueba del conocimiento del Estado, no habría sido presentada como parte del proceso de declaración de necesidad pública.⁶⁷ Por ende es información que no necesariamente tenía que ser evaluada por las autoridades competentes.

54. Finalmente con relación a este caso es de señalar que tiempo después estas concesiones también caducaron por falta de pago de los derechos de vigencia correspondientes,⁶⁸ por lo que a la fecha no se podría tomar acción alguna respecto a los mismos.

55. Cuarto ejemplo: el Decreto Supremo 013-97-EM, del 16 de julio de 1997, que autorizó a Rio Blanco Exploration LLC (“Rio Blanco”) a adquirir las acciones de la Empresa Minera Coripacha S.A., (“EMC”) titular de 18 concesiones en zona de frontera.⁶⁹ Entre 1993 y 1995, EMC (de la cual eran accionistas abogados del Estudio de Abogados Rubio, Leguía & Normand (“Estudio Rubio”)) adquirió las concesiones mineras.⁷⁰ Según Bear Creek, desde 1994 cuatro extranjeros -quienes supuestamente estaban relacionados con la empresa extranjera Rio

⁶⁷ Véase Réplica de la Demandante, párra. 60.

⁶⁸ Véase Mojica 1 N° 01-02296, p. 62[Anexo C-0224].

⁶⁹ Véase Decreto Supremo 013-97-EM, 19 de julio de 1997 [Anexo R-283].

⁷⁰ Véase Réplica de la Demandante, párras. 62-63.

Blanco- aparecían como representantes de EMC.⁷¹ Bear Creek simplemente concluye –creo que precipitadamente- que los abogados del Estudio formularon los petitorios de las concesiones, dado que tenían relación con Río Blanco.⁷²

56. La documentación aportada por Bear Creek es, sin embargo, insuficiente para permitir concluir con certeza que: (i) los abogados del Estudio Rubio tenían un acuerdo previo con Río Blanco para la adquisición de las concesiones; y (ii) que los funcionarios del Estado tenían conocimiento de la supuesta relación entre Río Blanco y los abogados del Estudio Rubio.⁷³ Nuevamente, no existen elementos suficientes para comparar este caso con el caso de Bear Creek.

57. En conclusión los ejemplos presentados por Bear Creek, en lo que supuestamente los extranjeros utilizaron estructuras similares a Bear Creek y tampoco fueron sancionados por el Estado, no pueden conllevar a que Bear Creek hubiera actuado de manera apropiada. Como expliqué, ninguno de los ejemplos anteriores es comparable a la situación de Bear Creek con el proyecto Santa Ana. Adicionalmente, el hecho que el Estado no haya sancionado dichos casos, bajo ninguna circunstancia convalida el actuar de Bear Creek.

58. En contraste con los ejemplos presentados por Bear Creek, existen también casos en los que empresas extranjeras actuaron apropiadamente. Es decir, no adquirieron indirectamente las concesiones mineras en zona de frontera antes de haber obtenido la declaración de necesidad pública, y adquirieron las concesiones (directa o indirectamente) después de tener la autorización requerida por el artículo 71° de la Constitución. Estos casos sí son además comparables al de las concesiones del proyecto Santa Ana, pues se trata de áreas que

⁷¹ Véase Réplica de la Demandante, párras. 62-63.

⁷² Véase Réplica de la Demandante, párras. 62-63.

⁷³ Véase Réplica de la Demandante, párra. 64; Expediente No. 03026941 del Registro Público [Anexo C-0229].

no habían sido peticionadas o tituladas. En estos casos, los extranjeros, de manera apropiada y a diferencia de la decisión de Bear Creek, presentaron directamente los petitorios mineros. Debido a que requerían una declaración de necesidad pública, el INGEMMET (antes INACC-Instituto Nacional de Catastro y Concesiones Mineras) suspendió el proceso de titulación de los petitorios y reservó las concesiones a favor de las empresas extranjeras peticionantes mientras éstas obtenían la declaración de necesidad pública. Una vez el INACC (o INGEMMET en sus casos) tomó conocimiento que los decretos supremos de declaración de necesidad pública habían sido emitidos, procedió a completar el trámite para otorgar los títulos de concesiones mineras a las empresas solicitantes. Estos ejemplos demuestran que no existía el riesgo que temía Bear Creek, y que hay muchos casos en circunstancias similares a Bear Creek en los que los extranjeros no vieron la necesidad de actuar mediante una interpósita persona para seguir el procedimiento ordinario de titulación de las concesiones mineras en zona de frontera. Vale la pena resaltar, incluso, que en algunos de los ejemplos que discuto a continuación los petitorios fueron presentados antes de que se incluyera la modificación en el Reglamento Minero (mediante DD.SS. N°044-2001-EM y 084-2007-EM) que incorporó la disposición que expresamente permite la presentación por extranjeros de petitorios mineros en áreas que no han sido peticionados o titulados dentro de la zona de frontera, y dispone que el petitorio se mantendría en suspenso hasta que se expidiera la declaración de necesidad pública.⁷⁴

59. El siguiente cuadro demuestra siete casos en los que las empresas extranjeras actuaron correctamente:

⁷⁴ Véase Decreto Supremo N° 044-2001-EM, 21 de julio de 2001 [Anexo R-278]; Decreto Supremo N° 084-2007-EM, de 19 de diciembre de 2007 [Anexos R-284].

EMPRESA	CONCESIÓN	PETITORIO MINERO	PEDIDO D.S.	PUBLICACIÓN D.S.	TÍTULO MINERO
Compañía Minera LJB Normandy S.A. (D.S. No. 017-2002-EM ⁷⁵)	Laumache 1	30-ene-01	26-sep-01	3-may-02	10-jul-02
	Laumache 2	30-ene-01	26-sep-01	3-may-02	10-jul-02
	Laumache 3	29-may-01	26-sep-01	3-may-02	10-jul-02
	Laumache 4	29-may-01	26-sep-01	3-may-02	5-jul-02
	Laumache 5	29-may-01	26-sep-01	3-may-02	10-jul-02
	Laumache 6	29-may-01	26-sep-01	3-may-02	12-abr-04
	Laumache 7	29-may-01	26-sep-01	3-may-02	12-abr-04
Newmont Perú Ltd. Suc. Perú (D.S. No. 014-2005-EM ⁷⁶ / D.S. No. 040-2007-EM ⁷⁷)	Ayahuanca 417	5-may-03	18-ago-03	22-abr-05	15-jul-05
	Ayahuanca 418	5-may-03	18-ago-03	22-abr-05	28-jun-05
	Ayahuanca 419	5-may-03	18-ago-03	22-abr-05	18-jul-05
	Ayahuanca 420	5-may-03	18-ago-03	22-abr-05	12-jul-05
	Ayahuanca 478	3-ene-06	02-mar-2006	19-jul-07	7-mar-08
	Ayahuanca 479	3-ene-06	02-mar-2006	19-jul-07	7-mar-08
	Ayahuanca 480	3-ene-06	02-mar-2006	19-jul-07	12-may-08
Ayahuanca 481	3-ene-06	02-mar-2006	19-jul-07	12-may-08	
Newcrest Resources Inc. - Suc Perú (D.S. No. 032-2008-EM ⁷⁸)	Quilavira 1	29-sep-06	15-nov-06	14-jun-08	20-oct-08
	Quilavira 2	29-sep-06	15-nov-06	14-jun-08	19-nov-08
	Quilavira 3	29-sep-06	15-nov-06	14-jun-08	20-oct-08
	Quilavira 4	12-dic-06	15-nov-06	14-jun-08	19-nov-08
	Quilavira 5	12-dic-06	15-nov-06	14-jun-08	18-dic-08
	Quilavira 6	12-dic-06	15-nov-06	14-jun-08	16-mar-09
Minera Gold Fields Perú S.A. (D.S. No. 012-	Jaruma 1	27-may-08	07-jul-08	13-feb-09	17-ago-09
	Jaruma 2	27-may-08	07-jul-08	13-feb-09	11-ene-11
	Jaruma 3	27-may-08	07-jul-08	13-feb-09	N/A ⁸⁰
	Jaruma 4	27-may-08	07-jul-08	13-feb-09	N/A ⁸¹

⁷⁵ Véase Expediente del Título Minero Laumache 1 (extractos) [Anexo R-241]; Expediente del Título Minero Laumache 2 (extractos) [Anexo R-242]; Expediente del Título Minero Laumache 3 (extractos) [Anexo R-243]; Expediente del Título Minero Laumache 4 (extractos) [Anexo R-244]; Expediente del Título Minero Laumache 5 (extractos) [Anexo R-245]; Expediente del Título Minero Laumache 6 (extractos) [Anexo R-246]; Expediente del Título Minero Laumache 7 (extractos) [Anexo R-247].

⁷⁶ Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 417 (extractos) [Anexo R-248]; Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 418 (extractos) [Anexo R-249]; Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 419 (extractos) [Anexo R-250]; Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 420 (extractos) [Anexo R-251].

⁷⁷ Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 478 (extractos) [Anexo R-252]; Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 479 (extractos) [Anexo R-253]; Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 480 (extractos) [Anexo R-254]; Véase Expediente del Título Minero Ayahuaca 481 (extractos) [Anexo R-255].

⁷⁸ Véase Expediente del Título Minero Quilavira 1 (extractos) [Anexo R-256]; Expediente del Título Minero Quilavira 2 (extractos) [Anexo R-257]; Expediente del Título Minero Quilavira 3 (extractos) [Anexo R-258]; Expediente del Título Minero Quilavira 4 (extractos) [Anexo R-259]; Expediente del Título Minero Quilavira 5 (extractos) [Anexo R-260]; Expediente del Título Minero Quilavira 6 (extractos) [Anexo R-261].

2009-EM ⁷⁹⁾	Jaruma 5	19-jun-08	07-jul-08	13-Feb-09	N/A ⁸²⁾
Energy Resources & Electrical Power S.A.C. (D.S. No. 085-2009-EM ⁸³⁾)	Laksmi VI	24-abr-09	16-jul-09	4-dic-09	18-ene-10
Solex del Perú S.A.C. (D.S. No. 063-2008-EM ⁸⁴⁾)	Angostura	17-may-06	23-mar-07	25-dic-08	16-mar-11
	Pucará	17-may-06	23-mar-07	25-dic-08	16-oct-09
Empresa Minera Los Quenuales S.A. (D.S. No. 013-2009-EM ⁸⁵⁾)	Yauliyacu 42	29-ago-07	12-nov-07	13-feb-09	25-feb-11

60. Como se puede observar del cuadro, en todos los casos las empresas extranjeras solicitaron primero los petitorios mineros, y luego solicitaron la requerida declaración de necesidad pública. Una vez otorgada la declaración de necesidad pública, se continuó con el trámite para obtener los títulos mineros. En algunos de los casos relatados la declaración de necesidad pública fue publicada casi dos años después de haberse ingresado la solicitud y mucho

⁸⁰⁾ El título minero para la concesión Jaruma 3, no fue otorgado por encontrarse en áreas protegidas. Véase Expediente del Título Minero Jaruma 3 (extractos) [Anexo R-264].

⁸¹⁾ El título minero para la concesión Jaruma 4 no fue otorgado por encontrarse en áreas protegidas. Véase Expediente del Título Minero Jaruma 4 (extractos) [Anexo R-265].

⁷⁹⁾ Véase Expediente del Título Minero Jaruma 1 (extractos) [Anexo R-262]; Expediente del Título Minero Jaruma 2 (extractos) [Anexo R-263]; Expediente del Título Minero Jaruma 3 (extractos) [Anexo R-264]; Expediente del Título Minero Jaruma 4 (extractos) [Anexo R-265]; Expediente del Título Minero Jaruma 5 (extractos) [Anexo R-266].

⁸²⁾ El título minero para la concesión Jaruma 5 no fue otorgado por encontrarse en áreas protegidas. Véase Expediente del Título Minero Jaruma 5 (extractos) [Anexo R-266].

⁸³⁾ Véase Expediente del Título Minero Laksmi VI (extractos) [Anexo R-267].

⁸⁴⁾ Véase Expediente del Título Minero Angostura (extractos) [Anexo R-268]; Véase Expediente del Título Minero Pucará (extractos) [Anexo R-269].

⁸⁵⁾ Véase Expediente del Título Minero Yauliyacu 42 (extractos) [Anexo R-270].

después de haberse planteado el petitorio minero. No obstante, a pesar de este largo periodo de espera, la prioridad del peticionante sobre el área peticionada se mantuvo—ningún tercero interfirió en sus derechos—y la compañía pudo adquirir las concesiones en las áreas de su interés de manera legal y transparente. Por lo tanto, se puede apreciar que el supuesto riesgo que quería evitar Bear Creek era infundado. Bear Creek debió presentar los petitorios mineros del proyecto Santa Ana de manera directa, sin utilizar a una interpósita persona para eludir el Artículo 71° de la Constitución.

III. LA OBLIGATORIEDAD DE CONTAR CON UNA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL Y LA OBTENCIÓN DE CIERTOS OTROS PERMISOS Y DERECHOS PARA PODER INICIAR ACTIVIDAD MINERA

A. LA DISCRECIONALIDAD DE LAS AUTORIDADES DURANTE LA ETAPA DE EVALUACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE PERMISOS

61. Aludiendo a mi Reporte, el doctor Flury menciona en el párrafo 92 de su Reporte que todos los permisos a los que me refiero están sujetos a procedimientos formales con requisitos detallados, y que basta con cumplir con tales requisitos para que los permisos deban otorgarse necesariamente. El doctor Flury ha malinterpretado mi afirmación.

62. Como es natural, la legislación peruana está diseñada para que los administrados tengan cierta predictibilidad en la evaluación y aprobación de sus trámites, y las autoridades no están permitidas de solicitar mayores requisitos de los que las normas exigen. Sin embargo, esto debe entenderse fundamentalmente a que las autoridades no pueden pedir la presentación de requisitos que no estén previstos en la ley y los reglamentos y al cumplimiento razonable de los plazos en cada etapa del procedimiento. No puede extenderse esta conclusión a la evaluación de las solicitudes en las que necesariamente tiene que intervenir el criterio del funcionario evaluador, con la carga subjetiva que esto conlleva. Así, no basta con el cumplimiento estricto de todos los requisitos formales de admisibilidad de cada solicitud o que los estudios contengan

toda la información que se solicita en los términos de referencia aplicables. La función de la administración va más allá y está obligada a evaluar y calificar el cumplimiento sustantivo de cada solicitud—bajo las reglas de la buena fe y razonabilidad—por lo que no puede sostenerse que no hay margen para la subjetividad y el criterio profesional.

63. A modo de ejemplo, para la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental, la Ley General del Ambiente exige que contengan “una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables....”⁸⁶ Como se aprecia, la norma deja un amplio margen a la subjetividad y al criterio tanto de los consultores a cargo de su preparación como de los funcionarios a cargo de su evaluación. Incluso, para la administración los criterios son especialmente rígidos, ya que la legislación ambiental peruana se rige, entre otros, por los principios de prevención y precautorio. Estos principios obligan no solo a considerar de manera primordial la prevención de cualquier impacto negativo, sino incluso a considerar medidas contra los eventuales impactos aun cuando no haya certeza absoluta de su ocurrencia. En consecuencia, no puede afirmarse, como hace Bear Creek, que tenían la certeza que el EIA sería aprobado; el MINEM sí tenía legalmente un margen de discrecionalidad al evaluar el EIA del proyecto Santa Ana.

64. Bear Creek cuestiona que en un plan de minado exista margen para la discrecionalidad, pues se trataría de un instrumento técnico en el que el funcionario tiene

⁸⁶ Ley General del Ambiente, aprobada por Ley N°28611, 13 de octubre del 2005 (“Ley General del Ambiente”), Art. 25 [Anexo R-285]. “Artículo 25°: De los Estudios de Impacto Ambiental: Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.”

parámetros definidos para la toma de sus decisiones.⁸⁷ No pretendo cuestionar en particular los méritos del plan de minado que Bear Creek hubiera podido elaborar para el proyecto Santa Ana. Pero sí estoy en posición de decir que, como en el caso de cualquier plan de minado, la autoridad no se hubiera limitado a verificar que el documento cumpliera con incluir los parámetros mínimos listados en el anexo del reglamento correspondiente. Por el contrario, bajo su propio criterio tendría que considerar los riesgos potenciales en cada uno de los procesos operativos, como ordena el artículo 34 del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional y Otras Medidas Complementarias en Minería.⁸⁸ El mismo nivel de discrecionalidad existe para los derechos de uso de agua requeridos, en los que la Autoridad Nacional del Agua (ANA) debe decidir acerca de los usos prioritarios en caso de limitaciones en la fuente, o para los asuntos arqueológicos, en los que el Ministerio de Cultura debe determinar si se ha identificado adecuadamente el potencial arqueológico del área para emitir un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA).

B. EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES PARA LA FASE DE EXPLORACIÓN

65. Como reseñé en el Reporte, Bear Creek adquirió los derechos mineros el 3 de diciembre de 2007 y según el Estudio de Impacto Ambiental inició su actividad exploratoria el año 2007. En su Memoria, Bear Creek menciona que para entonces ya había concluido la exploración preliminar y como los resultados de las perforaciones habían resultado promisorios, a partir de ese momento se intensificaron las labores exploratorias hasta el 17 de junio del

⁸⁷ Réplica de la Demandante, párra. 171.

⁸⁸ Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional y Otras Medidas Complementarias en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, 21 de agosto de 2010 (“Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional Minera”), Art. 34 [Anexo R-156]. “Artículo 34°: El plan de minado considerará los riesgos potenciales en cada uno de los procesos operativos de: perforación, voladura, carguío, transporte, chancado, transporte por fajas, mantenimiento de vías, entre otros. El plan de minado será actualizado anualmente cumpliendo los parámetros mínimos establecidos en el Anexo N° 16 del presente reglamento (...).”

2010.⁸⁹ El 9 de junio de 2006 Jenny Karina Villavicencio Gardini solicitó la aprobación de una Declaración Jurada para la exploración del proyecto Santa Ana en la concesión minera Karina 9A, lo que fue autorizado mediante R.D. 256-2006-MEM/AAM de 11 de julio de 2006⁹⁰ (posteriormente modificado y ampliado el 11 de diciembre de 2006 mediante R.D. 489-2006-MEM/AAM).⁹¹ Luego, el 30 de enero de 2007 Jenny Karina Villavicencio Gardini ingresó una solicitud de aprobación de una Evaluación Ambiental para 20 perforaciones diamantinas en 20 plataformas en la concesión minera Karina 9A y con un área a disturbar de 913.79 metros cuadrados, lo que fue aprobado mediante R.D. 269-2007-MEM/AAM de 4 de septiembre de 2007 por un plazo de 7 meses desde la notificación de la resolución autoritativa.⁹² El 3 de abril del 2008 fue Bear Creek –como nuevo titular de las concesiones mineras del proyecto Santa Ana– quien solicitó la modificación de la Evaluación Ambiental aprobada a Jenny Karina Villavicencio Gardini, para incluir exploraciones en la concesión minera Karina 1 y ampliar el número de plataformas de perforación en 80 (para un total de 100 plataformas) dentro de un área de 3,423.15 metros cuadrados, lo que fue aprobado por 10 meses a partir de la notificación de la R.D 216-2008-MEM/AAM de 5 de septiembre de 2008.⁹³ Finalmente Bear Creek solicitó dos modificaciones adicionales a la Evaluación Ambiental, el 13 de marzo del 2009 (por 12 meses) y el 16 de marzo del 2010 (por 8 meses), para ampliar el número de plataformas en 140 y 115 respectivamente (para un total de más de 350 plataformas), las que fueron aprobadas por R.D. 310-2009-MEM/AAM de 6 de octubre de 2009⁹⁴ y R.D. 280-2010-MEM/AAM de 8 de

⁸⁹ Memoria de la Demandante, párra. 44.

⁹⁰ Resolución Directorial No. 256-2006-MEM/AAM, 11 de julio de 2006, [Anexo R-034].

⁹¹ Resolución Directorial No. 489-2006-MEM/AAM, 11 de diciembre de 2006 [Anexo R-174].

⁹² Resolución Directorial No. 269-2007-MEM/AAM, 4 de septiembre de 2007 [Anexo R-035].

⁹³ Resolución Directorial No. 216-2008-MEM/AAM, 5 de septiembre de 2008 [Anexo R-036].

⁹⁴ Resolución Directorial No. 301-2009-MEM/AAM, 6 de octubre de 2009 [Anexo R-037].

setiembre de 2010.⁹⁵ Estas últimas dos modificaciones se tramitaron conforme a las regulaciones modificadas el 1 de abril de 2008.⁹⁶

66. Las exploraciones realizadas por Jenny Karina Villavicencio Gardini y la primera realizada por Bear Creek se rigieron bajo los parámetros establecidos en el Reglamento de Exploraciones de 1998 (modificado por D.S. 014-2007-EM).⁹⁷ De acuerdo a este reglamento, las exploraciones que originen vertimientos y se requiera disponer de desechos que puedan degradar el ambiente, debían ser previamente autorizadas por la autoridad ambiental competente. Para esto, se debía presentar para aprobación una Declaración Jurada en la medida que el número de plataformas a instalar no excediera de 20 ni el área a impactar fuese mayor a 10 hectáreas. Si se excediera de alguno de esos límites (o se construyeran túneles por más de 50 metros) lo que correspondía presentar era una Evaluación Ambiental en lugar de una Declaración Jurada.⁹⁸ Las

⁹⁵ Resolución Directorial 280-2010-MEM/AAM, 8 de septiembre de 2010 [Anexo R-038].

⁹⁶ Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera promulgado por D.S. N° 038-98-EM, 25 de noviembre de 1998 (“Reglamento de Exploraciones de 1998”) [Anexo R-151].

⁹⁷ Reglamento de Exploraciones de 1998, Art. 4 [Anexo R-151]. “Artículo 4°: Para efectos de la calificación y aprobación de los proyectos de exploración, éstos se clasifican en categorías, las mismas que se definen por la intensidad de la actividad y el área que es directamente afectada por su ejecución. (...)”

⁹⁸ Reglamento de Exploraciones de 1998, Art. 4-6 (modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 014-2007-EM, publicado el 10 marzo 2007) [Anexo R-151]. “Artículo 4°: Para efectos de la calificación y aprobación de los proyectos de exploración, éstos se clasifican en categorías, las que se definen por la intensidad de la actividad y el área que es directamente afectada por su ejecución, de acuerdo a lo siguiente: Categoría A: Comprende aquellas actividades de exploración minera, que causan ligera alteración a la superficie, estudios geológicos, geofísicos, levantamientos topográficos y la recolección de pequeñas cantidades de muestras de rocas y minerales de superficie, utilizando instrumentos o equipos que pueden ser transportados sobre la superficie sin causar mayor alteración que la causada por el uso ordinario de personas ajenas a la exploración. Las actividades de exploración comprendidas en esta categoría no requieren autorización del Ministerio de Energía y Minas. Categoría B: Comprende actividades de exploración en las cuales se originen vertimientos y se requiera disponer desechos, que puedan degradar el ambiente de la zona, y donde el área efectivamente disturbada sea aquella requerida para construir 20 plataformas de perforación o menos, los accesos entre ellas, y las instalaciones auxiliares, siempre que no supere en total 10 hectáreas. Se incluyen las actividades de exploración realizadas con la construcción de túneles que no exceden de 50 metros de longitud. El expediente presentado por el titular de actividad minera tendrá calidad de Declaración Jurada y se sujetará a lo establecido en el Artículo 5° del presente Reglamento, quedando sometido al procedimiento de aprobación automática en cuya virtud, la DGAAM expedirá un Certificado de Viabilidad Ambiental en un plazo no mayor de cinco días calendario desde la fecha de su presentación. La declaración jurada está sujeta a la fiscalización posterior. Categoría C: Comprende actividades de exploración más complejas que las descritas en la Categoría B donde el área efectivamente disturbada sea aquella requerida para construir más de 20 plataformas de perforación, los accesos entre ellas, y las instalaciones auxiliares, que en total superan las 10 hectáreas. Se incluyen las actividades de exploración realizadas con la construcción de túneles por más de 50 metros de longitud. Las

Evaluaciones Ambientales debían ser publicadas para los comentarios de los interesados. En todos los casos, era necesario el acuerdo previo con los propietarios de la superficie. A partir del 1 de abril del 2008 se modificó el Reglamento de Exploraciones de 1998 mediante D.S. 020-2008-EM.⁹⁹ Manteniéndose los mismos parámetros, los proyectos de exploración que necesitaban de una Declaración Jurada deberían tramitar la aprobación de una Declaración de Impacto Ambiental, y los que requerían de una Evaluación Ambiental debían presentar un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado.

67. Lo anterior nos evidencia que Bear Creek realizó al menos dos campañas de exploración: una desde diciembre del 2007 y otra que habría concluido en junio del 2010. Las exploraciones las inició en el nombre de Jenny Karina Villavicencio Gardini en 2006, y cuando Bear Creek se convirtió en el titular de estas concesiones, éste se substituyó en los procedimientos de autorización para exploración a partir de abril del 2008.

68. Todo me hace suponer que las labores de exploración iniciales en el proyecto Santa Ana fueron realizadas directamente por Bear Creek, y Jenny Karina Villavicencio Gardini actuaba solo bajo instrucciones de Bear Creek y su rol era hacer los trámites para los permisos de exploración a nombre de ella. Como expliqué en el Reporte,¹⁰⁰ el contrato de opción entre Bear Creek y Jenny Karina Villavicencio Gardini era para otorgarle a Bear Creek el derecho temporal, exclusivo, incondicional e irrevocable de adquirir las concesiones mineras integrantes del

actividades de exploración comprendidas en esta categoría están sujetas al procedimiento de evaluación previa establecido en el Artículo 6° del presente Reglamento."

⁹⁹ Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado mediante D.S. N° 020-2008-EM, 1 de abril del 2008, Art. 7 [Anexo R-152]. "Artículo 7°: 7.1 El Titular está obligado a contar con los siguientes instrumentos antes de iniciar sus actividades de exploración minera: a) El estudio ambiental correspondiente aprobado, de acuerdo a lo señalado en el presente reglamento. b) Las licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar. c) El derecho de usar el terreno superficial correspondiente al área donde en donde va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a la legislación vigente. (...)."

¹⁰⁰ Primer Reporte de Rodríguez, párra. 34 [Anexo REX-003].

proyecto Santa Ana. Bear Creek tenía la potestad de elegir si ejercía la opción y Jenny Karina Villavicencio Gardini solo podía aceptar la decisión de Bear Creek.¹⁰¹

69. El contrato de opción no le concedía a Bear Creek el derecho a explorar en las concesiones mineras del proyecto Santa Ana. Cualquier exploración en las concesiones tendría que ser realizada directamente por su titular, Jenny Karina Villavicencio Gardini.¹⁰² El referido contrato de opción no preveía, ni impedía, que durante la vigencia de la opción a Bear Creek, Jenny Karina Villavicencio Gardini pudiera realizar actividad minera en las concesiones, aunque este es un derecho intrínseco (y hasta una obligación) del titular. Sin embargo, su texto indicaría que no estaba contemplado que Jenny Karina Villavicencio Gardini pudiera realizarlas, pues no se establecían las condiciones que se estipulan y solo se contemplaban reintegros al titular por gastos de mantenimiento de los derechos mineros. En otras palabras, pese a que el contrato de opción le otorgaba a Bear Creek el derecho de decidir si adquiriría las concesiones mineras del proyecto Santa Ana (solo sujeto a que comunicara su decisión dentro del plazo de vigencia de la opción), el contrato de opción no contemplaba cómo se ejercerían los derechos de exploración (o de explotación) sobre las concesiones durante ese periodo. En tanto el título de la concesión minera concede a su titular el derecho a explorar, en el entendido que los demás permisos se obtengan, y este derecho no fue contractualmente transferido a Bear Creek, la única persona que podía explorar durante la vigencia de la opción (empezando en 2006 cuando se le otorgó a ella las concesiones) era Jenny Karina Villavicencio Gardini.

¹⁰¹ LGM, Art. 165 [Anexo R-008]. “Artículo 165°: Por el contrato de opción, el titular de una concesión se obliga, incondicional e irrevocablemente, a celebrar en el futuro un contrato definitivo, siempre que el opcionista ejercite su derecho de exigir la conclusión de este contrato, dentro del plazo estipulado. El contrato de opción deberá contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo, pudiendo pactarse que la opción puede ser ejercitada indistintamente por cualquiera de las partes. El contrato de opción minera se celebrará por un plazo no mayor de cinco años, contado a partir de su suscripción”.

¹⁰² Debe tenerse presente que cuando se celebró el contrato de opción en el 2004, los petitorios interpuestos por Jenny Karina Villavicencio Gardini en el área del Proyecto Santa Ana aun no habían sido titulados, y en consecuencia, en ese momento ni Jenny Karina Villavicencio Gardini ni Bear Creek podían explorar.

70. En mi experiencia esto no es usual. No se suele celebrar un contrato de opción sin celebrar en paralelo uno de cesión minera. Si no se trasladan al opcionista los derechos de explorar y de explotar, el opcionista debería tener al menos el cuidado de establecer bajo qué condiciones eventualmente se realizarían las actividades mineras que conserva el titular de las concesiones, tales como: el tipo de labores exploratorias a realizar, un control o límite a las extracciones permitidas, las condiciones ambientales de las labores, el relacionamiento con las comunidades y autoridades, la exigencia a tener los permisos necesarios, los gastos en los que se incurra, el destino de los derechos superficiales que se adquieran para las labores mineras, el reintegro de ciertos gastos de exploración, la conservación de los testigos de perforación, el retiro de los equipos y materiales que se introduzcan, reportes periódicos de actividades, entre otros.

71. Normalmente un titular de concesión minera y un opcionista acuerdan condiciones como las relatadas al momento de acordar la opción cuando no viene acompañada de una cesión minera. De esta manera se eliminan –o atenúan– las contingencias que se asumirían en caso de ejercer la opción. Que Bear Creek no haya tomado estas precauciones en el contrato, dejando el libre desarrollo de las actividades mineras a Jenny Karina Villavicencio Gardini, puede razonablemente interpretarse como que existía amplia confianza en su control sobre las actividades de la titular, y en que finalmente lograría su propósito de beneficiarse con sus exploraciones probablemente por la amplia confianza que tenía en Jenny Karina Villavicencio. De hecho los primeros permisos de exploración fueron solicitados por Jenny Karina Villavicencio Gardini, se ve que por cuenta de Bear Creek, y podría decir que las exploraciones fueron hechas igualmente por Bear Creek.

72. Bear Creek incluso reconoce que indujo a Jenny Karina Villavicencio Gardini a petitionar los derechos mineros del proyecto Santa Ana,¹⁰³ y luego a llevar adelante las exploraciones por cuenta de Bear Creek. Todo lo anterior me motiva a pensar que el titular de hecho de las concesiones mineras del proyecto Santa Ana era Bear Creek desde el inicio.

73. Nuevamente debo enfatizar que Jenny Karina Villavicencio Gardini estaba legalmente obligada por el contrato de opción con Bear Creek a transferir los derechos mineros del proyecto Santa Ana, si es que Bear Creek le comunicaba su decisión de ejercer la opción. Y agregó que esta obligación existía desde antes que dichos derechos mineros fuesen titulados y estuviese permitido el ejercicio de actividades de exploración en ellas. Es decir, en los hechos y desde antes de la titulación de los derechos mineros del proyecto Santa Ana, Jenny Karina Villavicencio Gardini no tenía la posibilidad de aprovechar esos derechos mineros sin la intervención de Bear Creek (por lo menos hasta que el plazo de la opción expirara). El contrato de opción fijó el plazo de la opción en 5 años, que es el máximo que la ley minera peruana admite.

C. EVALUACIÓN DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA LA FASE DE EXPLOTACIÓN

74. Bear Creek declara que para junio de 2010 ya había completado la fase de exploraciones preliminar en Santa Ana y se preparaba para iniciar la etapa de preparación, desarrollo y construcción de la mina y las demás instalaciones del proyecto.¹⁰⁴ En el Reporte, expliqué de manera detallada los requisitos adicionales que Bear Creek necesitaría para progresar a esta fase, incluyendo la necesidad de someter a aprobación un estudio de impacto ambiental

¹⁰³ Memoria de la Demandante, párra. 25.

¹⁰⁴ Memoria de la Demandante, párra 44.

detallado.¹⁰⁵ La legislación ambiental peruana es muy clara en el sentido que no pueden las obras de construcción de un proyecto minero sin contar con la Certificación Ambiental;¹⁰⁶ en el caso del proyecto Santa Ana, la Certificación Ambiental se logra con la aprobación de un estudio de impacto ambiental detallado. En cuanto a los estudios de impacto ambiental, Bear Creek sostiene que la aprobación del Resumen Ejecutivo de su EIA representó un hito importante dentro del proceso de aprobación del mismo.¹⁰⁷

75. Basándose en la opinión del ingeniero Elsiario Antunez de Mayolo, Bear Creek agrega que si el EIA hubiera tenido errores o estado incompleto entonces la autoridad no habría aprobado el Resumen Ejecutivo del EIA.¹⁰⁸ Bear Creek sobrestima los efectos y consecuencias de la aprobación del Resumen Ejecutivo. La aprobación del Resumen Ejecutivo, que de acuerdo a los plazos legales debía ocurrir dentro de los 7 días hábiles siguientes a su presentación, es una indicación de la autoridad que el mismo está completo; es decir, que cumple con abordar las cuestiones contenidas en los Términos de Referencia que existen pre-aprobados para la industria minera y se adecua a la estructura de los mismos¹⁰⁹. En ningún caso, la aprobación del Resumen

¹⁰⁵ Primer Reporte de Rodríguez, párra. 40 [Anexo REX-003].

¹⁰⁶ Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental aprobada por Ley N° 27446, 20 de abril del 2001, Arts. 2 y 3 (modificados por Decreto Legislativo N° 1078 de 28 de junio de 2008) [Anexo R-286]. “Artículo 2°: Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impacto ambientales negativos significativos.” “Artículo 3°: No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicio y comercio referidos en el artículo 2° y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.”

¹⁰⁷ Réplica de la Demandante, párras. 83-85.

¹⁰⁸ Réplica de la Demandante, párras. 84-85; Declaración Testimonial de Réplica de Elsiario Antunez de Mayolo, 8 de enero de 2016 (“Segunda Declaración de Antunez de Mayolo”), párra. 21.

¹⁰⁹ Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental aprobada por Ley N° 27446, 20 de abril del 2001, Art. 10 (modificados por Decreto Legislativo N° 1078 de 28 de junio de 2008) [Anexo R-286]. Artículo 10°: “10.1. De conformidad con lo que establezca el Reglamento de la presente Ley y con los términos de referencia que en cada caso se aprueben; los estudios de impacto ambiental y, según corresponda, los demás instrumentos de gestión ambiental, deberán contener [...]”

Ejecutivo podría adelantar un pronunciamiento en cuanto a que no existían errores en el instrumento, y mucho menos que el planteamiento de Bear Creek para abordar las distintas problemáticas ambientales del proyecto estuviesen adecuadamente resueltas. Cuando el 7 de enero del 2011 se expide el Oficio N° 021-2011/MEM-AAM aprobando el Resumen Ejecutivo del EIA, en su primer párrafo literalmente se señala:

“Tengo el agrado de dirigirme a usted, para manifestarle que mi Despacho ha realizado la evaluación inicial del Resumen Ejecutivo y del Plan de Participación Ciudadana del EIA del proyecto minero Santa Ana, y luego de revisar los documentos de la referencia, y a las coordinaciones efectuadas con su representada, se comunica la conformidad de dichos documentos.”¹¹⁰

76. En otras palabras, aceptando que la aprobación del Resumen Ejecutivo es un hito dentro del proceso de aprobación del EIA lo que realmente significa el pronunciamiento preliminar del MINEM es que el Resumen Ejecutivo cumplía con los requisitos para hacerse público y para que la autoridad pueda iniciar la evaluación del EIA. La Ley General del Ambiente precisa expresamente los alcances del resumen ejecutivo de los estudios de impacto ambiental cuando dice que éstos deben incluir “un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad.”¹¹¹ Es decir, legislativamente está definido que el resumen ejecutivo tiene como finalidad principal el hacer público de manera más accesible los contenidos de los EIAs; no se puede extender los alcances de esta aprobación a que las medidas para el control o mitigación de los impactos ambientales contenidos en dicho instrumento están acorde con la normativa ambiental y la realidad del ecosistema. Esto es particularmente evidente tomando además en

¹¹⁰ Resolución de MINEM No. 021-2011/MEM-AAM, 7 de enero de 2011, párra. 1 [Anexo C-0073].

¹¹¹ Ley General del Ambiente, Art. 25 [Anexo R-285]. “Artículo 25°: De los Estudios de Impacto Ambiental: Los Estudios de Impacto Ambiental – EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.”

cuenta los limitados plazos—solo 7 días hábiles—que tenía la autoridad para pronunciarse sobre el Resumen Ejecutivo.

77. En el Reporte anoté que cuando Bear Creek sometió su EIA para evaluación, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas (DGAAM)¹¹² y la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Agricultura (MINAG) encontraron alrededor de 200 observaciones al documento.¹¹³ También puntualicé que algunas observaciones específicas podrían resultar difíciles de levantar dentro de los plazos previstos en las regulaciones ambientales. Bear Creek ha respondido en su Contestación que la cantidad de observaciones no significa que el EIA tenga deficiencias porque algunas veces diversos grupos de interés repiten las mismas preocupaciones y esto incrementa el número de observaciones. Bear Creek enfoca mal el comentario.

78. Considero que la dificultad para el levantamiento de las observaciones no estriba tanto en la cantidad sino en la naturaleza de algunas de éstas, como lo referí en el Reporte. No es inusual que se plantee un número elevado de observaciones. Sí debo puntualizar que de las 157 observaciones de la DGAAM al EIA contenidas en el Informe N° 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD,¹¹⁴ 154 corresponden a la autoridad ambiental minera. Solo dos de ellas (las 155 y 156) corresponden a las provenientes del proceso de participación ciudadana, e incluso una de ellas refiere a documentos en los que hay más de una observación. La observación 157 (mal numerada como 156) es una remisión a algunas otras de la Dirección

¹¹² La DGAAM era la entidad a cargo de la evaluación de los estudios de impacto ambiental para la construcción de operaciones mineras. A partir del 28 de diciembre del 2015, estas funciones han sido asignadas al Servicio Nacional de Certificación Ambiental (SENACE) conforme a la Resolución Ministerial N° 328-2015-MINAM de 25 de noviembre de 2015.

¹¹³ Primer Reporte de Rodríguez, párras. 45-46 [Anexo REX-003].

¹¹⁴ Evaluación del Estudio Impacto Ambiental del proyecto minero “Santa Ana” de BEAR CREEK MINING COMPANY – SUCURSAL DEL PERÚ, Informe N° 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD, April 19, 2011 [Anexo R-040].

General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Agricultura. Así, el argumento de Bear Creek que el elevado número de observaciones responde a las mismas preocupaciones de terceros no es correcto en este caso.¹¹⁵ No puede afirmarse que el número de observaciones responde a una repetición de las mismas preocupaciones por parte de distintos grupos de personas porque la gran mayoría de las observaciones provienen de los profesionales de la DGAAM y del MINAG.

79. Entiendo que el documento con el levantamiento a las observaciones al EIA no fue ingresado ante la DGAAM para su evaluación sino que fueron depositados ante un notario.¹¹⁶ Dicho depósito no tiene implicancias ante las autoridades competentes y solo tiene los efectos de acreditar que a la fecha del depósito el documento depositado existía. Solo la autoridad competente tiene facultades para pronunciarse acerca de si las observaciones han sido adecuada y oportunamente levantadas. En el Reporte y en los párrafos siguientes abundo sobre las observaciones al EIA que en mi experiencia podrían tener un alto grado de dificultad para ser absueltas de manera oportuna y adecuada.

80. Dentro de las observaciones al EIA sobre las que manifesté algún nivel de preocupación en el Reporte, las mismas estaban referidas a cuestiones que podrían representar cambios significativos al proyecto tal como estaba planteado, a la necesidad de elaborar estudios adicionales que podrían tener determinada complejidad y/o apreciable profundidad, a la obligación de levantar información de campo durante periodos prolongados, entre otros, algunos de los cuales habrían complicados de levantar dentro de los 30 días hábiles (que podrían extenderse por una sola vez hasta por 30 días hábiles más) que prevé el artículo 52 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental del 25 de septiembre de

¹¹⁵ Réplica de la Demandante párra. 157; Dictamen Pericial de Hans Flury, párra. 84.

¹¹⁶ Réplica de la Demandante, párra. 159; Segunda Declaración de Antunez de Mayolo, párra 35.

2009.¹¹⁷ Sin que esto fuese inusual, a Bear Creek se le concedieron 60 días hábiles desde el inicio para absolver las observaciones al EIA, pese a que la norma aplicable establece expresamente que éstas deben presentarse dentro de los 30 días hábiles siguientes (prorrogables por una sola vez y a solicitud justificada de parte por 30 días hábiles más).

81. Aprecio que un alto número de las observaciones sobre las que manifesté alguna preocupación en mi Reporte no han merecido ningún comentario por parte de Bear Creek. Se trata de las observaciones 78, 28, 53, 154, 37, 21, 27, 101 de la DGAAM y a las observaciones 17, 22 y 25 del MINAG.

82. Siguiendo el orden utilizado en el Reporte, que agrupa las observaciones por su naturaleza, puedo decir lo siguiente con respecto de ellas, que en mi opinión considero que no habrían sido adecuadamente levantadas en la absolución que fue depositada en una notaría.

¹¹⁷ Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, 25 de setiembre de 2009 (“Reglamento de la Ley del SEIA”), Art. 52 [Anexo R-039]. “Artículo 52°: El proceso de evaluación del EIA-sd se lleva a cabo en un plazo de noventa (90) días hábiles contados a partir del día siguiente de admitida la solicitud de Certificación Ambiental; comprende hasta cuarenta (40) días hábiles para la revisión y evaluación; hasta treinta (30) días hábiles para la subsanación de observaciones a cargo del titular; y hasta veinte (20) días hábiles para la expedición de la Resolución respectiva. El proceso de evaluación del EIA-d se lleva a cabo en un plazo máximo de hasta ciento veinte (120) días hábiles contados a partir del día siguiente de presentada la Solicitud de Certificación Ambiental; comprende hasta setenta (70) días hábiles para la evaluación; hasta treinta (30) días hábiles para la subsanación de observaciones a cargo del titular; y hasta veinte (20) días hábiles para la expedición de la Resolución respectiva. Si las observaciones planteadas al titular del proyecto materia del EIA-sd o EIA-d, no fueran subsanadas en su totalidad por razones sustentadas, la Autoridad Competente, a solicitud de parte y por única vez, podrá extender el plazo máximo del procedimiento, confiriendo hasta veinte (20) días hábiles adicionales, contados a partir del día siguiente del término del plazo anteriormente concedido, para la subsanación de las observaciones correspondientes. Efectuada o no dicha subsanación, la Autoridad Competente emitirá la Certificación Ambiental respectiva de ser el caso, o declarará denegada la solicitud, dándose por concluido el procedimiento administrativo. La realización de audiencias públicas u otros mecanismos de participación ciudadana, se sujeta a los mismos plazos previstos para la revisión y evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, según lo dispuesto en las normas sectoriales, regionales o locales y supletoriamente, en el Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales. De requerirse opinión técnica previa de otras autoridades, ésta deberá formularse en un plazo no mayor de cuarenta (40) días hábiles para el EIA-sd, el cual comprende hasta treinta (30) días hábiles para la evaluación y hasta diez (10) días hábiles para evaluar la subsanación de observaciones. Para el EIA-d, la opinión técnica deberá formularse en un plazo no mayor de cincuenta (50) días hábiles, el cual comprende hasta cuarenta (40) días hábiles para la evaluación y hasta diez (10) días hábiles para evaluar la subsanación de observaciones; el cómputo de estos plazos no deberá afectar el plazo total establecido para la revisión y evaluación del expediente respectivo. Los plazos señalados en el presente artículo para la evaluación de los EIA-sd y los EIA-d podrán ser ampliados por las Autoridades Competentes por única vez y en no más de treinta (30) días hábiles, con el debido sustento técnico presentado por el titular en función a las necesidades y particularidades de cada caso.”

83. La observación 34 de la DGAAM implica la presentación de un estudio adicional al nivel de un estudio de factibilidad.¹¹⁸ En relación con la estabilidad de los suelos, la autoridad manifiesta preocupación acerca de las medidas que se tomarán para evitar el desprendimiento de rocas y la caída de las mismas desde las partes altas de las quebradas, considerando que Bear Creek advirtió que en el área del proyecto hay evidencias de esos eventos. La autoridad pide que las medidas a adoptar tengan el respaldo de un documento a nivel de factibilidad. Bear Creek en su absolución da como única respuesta que los deslizamientos y desprendimientos reconocidos no tienen mayor desplazamiento.¹¹⁹ Esta breve explicación no viene acompañada de ningún sustento, pese a que se le solicitó que el mismo tuviera nivel de factibilidad. En el párrafo 162 de su Contestación, Bear Creek indica que la autoridad solo pidió algunas aclaraciones específicas acerca de las medidas prácticas y viables que se adoptarían, y que las mismas fueron aclaradas en la absolución. Ninguna de estas afirmaciones es cierta: la autoridad pidió “precisar qué medidas técnicas a nivel de factibilidad se tomarán para evitar el desprendimiento y la caída de roca de las partes altas hacia las quebradas” y no solo que se aclararan las medidas a adoptar, pero Bear Creek ni precisó las medidas técnicas a nivel de factibilidad ni indicó (y mucho menos aclaró) cuales serían esas medidas. Esta observación no podría considerarse absuelta.

84. La observación 78 al EIA está en conexión con los estudios de caracterización de suelos y la autoridad cuestiona que para una extensión 3.914,18 hectáreas solo se hayan realizado 13 calicatas, requiriéndole una justificación a la baja densidad o número de calicatas, lo que debe

¹¹⁸ Si bien no existe una definición legal para estos efectos de lo que debe entenderse por un estudio de factibilidad, existen algunos parámetros en otras normas mineras –artículo 19° del Decreto Supremo N° 024-93-EM– y de capacidad de uso de suelos –artículo 19° del Decreto Supremo N° 013-2010-AG– que indican que el grado de detalle es elevado, a un nivel intermedio entre uno de prefactibilidad y uno de ingeniería de detalle. Por ejemplo, los estudios de impacto ambiental detallados deben hacerse al nivel de un estudio de factibilidad, según el artículo 48 del Reglamento de la Ley N° 27446 aprobado por D.S. N° 019-2009-MINAM. *Veáse* Reglamento de la Ley del SEIA, Art. 48 [Anexo R-039].

¹¹⁹ Bear Creek Mining Company, Proyecto Santa Ana Absolución a las Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental y Social (“Absolución de Bear Creek”), pág. 84-85 [Anexo R-184].

sustentarse mediante una evaluación a nivel de factibilidad. Como respuesta Bear Creek indica que la ubicación de los puntos de muestreo se hizo teniendo en cuenta la litografía y las unidades fisiográficas con énfasis en el área de emplazamiento del proyecto. Sin embargo, Bear Creek no presenta ninguna evaluación a la vez que ha reconocido en el EIA que solo 9 de las 13 calicatas están localizadas en el área de emplazamiento del proyecto. El argumento utilizado por Bear Creek para levantar la observación es que cuando encargó el estudio de suelos en agosto del 2009 aún no se había expedido el Reglamento para la Ejecución de Levantamiento de Suelos (Decreto Supremo N° 013-2010-AG de 19 de noviembre de 2010). El argumento no es válido, pues la autoridad que evaluó el EIA no pretendía invocar este Reglamento, solo que se justifique la baja densidad. De haber pretendido usar este Reglamento no hubiera solicitado una evaluación a nivel de factibilidad, sino una a nivel de ejecución, que es lo que corresponde a las que sirven de sustento para los estudios de impacto ambiental. De igual forma, si se hubiese pretendido aplicar este Reglamento, el estudio de suelos tendría que haber sido previamente aprobado por el Ministerio de Agricultura, algo que no se les pide. Bear Creek no hace ninguna referencia a esta observación en su escrito de Contestación, pese a que levanté mi preocupación en el Reporte.

85. En la observación 28, la DGAAM pide que se pongan puntos de monitoreo de agua subterránea en ubicaciones representativas, para lo cual deben hacerse las simulaciones de la ruta y destino final de los contaminantes provenientes de las operaciones. Bear Creek responde que hará monitoreos trimestrales de agua subterránea y de encontrarse concentraciones superiores a los estándares se tomarán las medidas de remediación. La observación apunta a que se pongan puntos de monitoreo adicionales precisamente para evitar las concentraciones de contaminantes en la ruta que señale una simulación predictiva para los flujos contaminantes. Bear Creek señala en su absolución que estas simulaciones se realizaron y adjunta una figura con

la ubicación de los nuevos puntos de monitoreo. Aun cuando esta primera parte de la observación pudiese considerarse absuelta, debe quedar claro que el propósito del monitoreo es preventivo y no de remediación, como plantea Bear Creek para las aguas subterráneas del tajo abierto. Por esta razón, no puede entenderse que esta observación ha quedado totalmente absuelta. Bear Creek tampoco alude a esta observación en su Contestación, pese a que levanté mi preocupación en el Reporte.

86. La observación 53 refiere a la información levantada en puntos de muestreo sobre captura de peces para las estaciones seca y húmeda, y requirió a Bear Creek explicaciones acerca de la falta de información en algunas estaciones puntuales. Bear Creek absuelve parcialmente esta observación, pero la mantiene sin responder acerca de dos puntos: del punto de muestreo N° 15 para la estación seca y acerca del punto de monitoreo N° 5 para la estación húmeda. Bear Creek no hace referencia a esta observación en su Contestación, pese a que levanté mi preocupación en el Reporte.

87. En la observación 154 la autoridad evaluadora pide registros de dos años consecutivos sobre los parámetros físico-químicos para los cuerpos de agua utilizados en la línea base del EIA. Los estudios de línea base son de especial importancia, pues determinan la situación existente en el ambiente y en los procesos naturales antes de la intervención o de la implementación de la infraestructura contemplada para el proyecto¹²⁰. Sirve, igualmente, para evaluar los estándares ambientales de la zona de impacto prevista (básicamente los estándares de calidad ambiental) y determinar si la misma podría soportar el proyecto de inversión planteado. Bear Creek se limita a decir que no cuentan con ellos porque no ha habido cambios significativos

¹²⁰ Reglamento de la Ley del SEIA, Anexo I [Anexo R-039]. “Anexo I –Definiciones: Línea base: Estado actual del área de actuación, previa a la ejecución de un proyecto. Comprende la descripción detallada de los atributos o características socio ambientales del área de emplazamiento del proyecto, incluyendo los peligros naturales que pudieran afectar su viabilidad.”

en las actividades, y lo harán durante la construcción y operación. Es decir, Bear Creek acepta que no tiene estos registros y que no cuenta con el tiempo suficiente para hacer muestreos estacionales que es precisamente lo que se les pide. Bear Creek tampoco alude a esta observación en su Contestación, pese a que levanté mi preocupación en el Reporte.

88. Bear Creek sostiene que porque la ANA emitió una opinión favorable al EIA entonces no existirán problemas relacionados con el recurso hídrico. Esto aplicaría a las observaciones 23, 24, 90, 99, 111 y 141 al EIA.

89. No obstante, es conveniente aclarar la diferencia entre las competencias que tiene la DGAAM y el rol que cumple el ANA en el proceso de evaluación del EIA. La DGAAM revisa y evalúa el EIA para determinar los eventuales impactos ambientales negativos al ambiente y como se prevén mitigar los efectos del proyecto de inversión. Por otro lado, corresponderá al ANA evaluar, conforme a la Ley de Recursos Hídricos, si es que existe suficiente oferta de agua como para autorizar el uso minero o industrial de las reservas existentes en cada cuenca atendiendo a que estos usos productivos son del último orden de preferencia (y dentro de éstos últimos el uso mineros e industrial están precedidos por los usos agrario, acuícola y pesquero).¹²¹

90. La legislación ambiental y sobre aguas obligan a obtener la opinión técnica favorable del ANA en los estudios de impacto ambiental que tengan alguna relación con el recurso hídrico y esa es la razón por la que la opinión del ANA es imprescindible; pero ateniéndonos a la sistemática legislativa debe tenerse en cuenta que esa opinión técnica está relacionada fundamentalmente con el vertimiento de las aguas y en menor medida con el uso de

¹²¹ Reglamento de la Ley de Recursos Hídrico, 23 de marzo de 2010, Art. 62 [Anexo R-165]. “Artículo 62°: 62.1 El orden de preferencia para el otorgamiento de agua para usos productivos, en caso de concurrencia de solicitudes, es el siguiente: a) Agrario, acuícola, pesquero; b) Energético, industrial, medicinal y minero; c) Recreativo, turístico y transporte; d) Otros usos. (...)”

las mismas. El artículo 81° de la Ley de Recursos Hídricos que obliga a obtener esta opinión técnica favorable está inmersa dentro de las demás normas que regulan el vertimiento de las aguas;¹²² y para mayor claridad, el artículo 138° del Reglamento de Recursos Hídrico sobre estas opiniones cruzadas con las autoridades sectoriales se encuentra en el capítulo sobre vertimientos.¹²³ El 25 de febrero del 2011 se expidió la Resolución Jefatural N° 106-2011-ANA mediante la cual se establecen y regulan los procedimiento para la emisión de la opinión técnica que debe emitir la ANA en los procedimientos de evaluación de los estudios de impacto ambiental relacionados con los recursos hídricos y en ella se delimitan los alcances de la opinión técnica favorable:¹²⁴

Artículo 5°: La evaluación que realice la Autoridad Nacional del Agua estará basada en los siguientes criterios: a) Los impactos en cuanto a la calidad, cantidad y oportunidad del recurso hídrico, tomando en consideración lo dispuesto por el sector competente. b) Las medidas de prevención, control, mitigación, contingencias, recuperación y eventual compensación, relacionadas con los recursos hídricos. c) Criterios y metodologías para definir el caudal ecológico.

91. En dicho dispositivo se determina que la opinión es para cuestiones que repercuten en el impacto al recurso y no en cuanto a su disponibilidad dentro de las prioridades de uso que establece la ley. Las observaciones al EIA que he identificado son sobre asuntos eminentemente

¹²² Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, 23 de marzo de 2009 (“Ley de Recursos Hídricos”), Art. 81 [Anexo R-287]. “Artículo 81°: Sin perjuicio de lo establecido en la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, para la aprobación de los estudios de impacto ambiental relacionados con el recurso hídrico se debe contar con la opinión favorable de la Autoridad Nacional.”

¹²³ Reglamento de la Ley de Recursos Hídrico, 23 de marzo de 2010, Art 138 [Anexo R-165]. “Artículo 138°: La opinión técnica de la autoridad ambiental sectorial se expresa mediante la certificación ambiental correspondiente que comprenda al sistema de tratamiento de aguas residuales y el efecto del vertimiento en el cuerpo receptor.”

¹²⁴ Establecen y regulan procedimiento para la emisión de opinión técnica que debe emitir la Autoridad Nacional del Agua en los procedimientos de evaluación de los estudios de impacto ambiental relacionados con los recursos hídricos, mediante Resolución Jefatural N° 106-2011-ANA, 38 de abril de 2006, Art. 5 [Anexo R-274]. “Artículo 5°: La evaluación que realice la Autoridad Nacional del Agua estará basada en los siguientes criterios: a) Los impactos en cuanto a la calidad, cantidad y oportunidad del recurso hídrico, tomando en consideración lo dispuesto por el sector competente. b) Las medidas de prevención, control, mitigación, contingencias, recuperación y eventual compensación, relacionadas con los recursos hídricos. c) Criterios y metodologías para definir el caudal ecológico.”

ambientales, de competencia de la DGAAM y no interfieren con las funciones propias y exclusivas de la ANA.

92. El Informe N° 399-2011-MEM-AAM/WAL/JCV/CMC/JST/KVS/AD que contiene las observaciones al EIA indica en su punto 1.8 que la DGAAM recibió la opinión técnica favorable del ANA, pero esto solo debe entenderse como la aprobación a los asuntos ambientales relacionados con el uso y disposición del recurso agua como reza el artículo 81° de la Ley de Recursos Hídricos.¹²⁵ Como explico más adelante al tratar las licencias ante el ANA, independientemente de lo que analice y evalúe la DGAAM y a lo que pueda opinar o no el ANA dentro del procedimiento de aprobación del EIA, será indispensable que Bear Creek gestione las licencias de uso de agua y las autorizaciones de vertimiento o tratamiento y reúso de las mismas.

93. El EIA es un instrumento de gestión ambiental preventivo y sus alcances se circunscriben a materias de naturaleza ambiental.¹²⁶ Una opinión del ANA al EIA no puede significar que el ANA esté de acuerdo con los aspectos técnicos que son propios de su competencia exclusiva como la disponibilidad del recurso y las prioridades para su uso. En este sentido, no es una respuesta satisfactoria a estas observaciones que se deslice que el ANA ya prestó su consentimiento al proyecto Santa Ana al dar una opinión favorable al EIA, pues ese consentimiento dentro del marco de sus propias funciones solo se dará realmente cuando, si es que se da, el ANA autoriza las solicitudes de licencia de uso de agua y las autorizaciones de vertimiento o de tratamiento y reúso de aguas que Bear Creek deberá presentar en su momento.

¹²⁵ Ley de Recursos Hídricos, Arts. 4, 81 [Anexo R-287]. “Artículo 81°: Sin perjuicio de lo establecido en la Ley N°27466, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, para la aprobación de los estudios de impacto ambiental relacionados con el recurso hídrico se debe contar con la opinión favorable de la Autoridad Nacional.” [“Artículo 4°: (...) La Autoridad Nacional debe entenderse como Autoridad Nacional del Agua (ANA) (...).”

¹²⁶ Reglamento de la Ley del SEIA, Art. 14 [Anexo R-039]: “Artículo 14°: La evaluación de impacto ambiental es un proceso participativo, técnico-administrativo, destinado a prevenir, minimizar, corregir y/o mitigar e informar acerca de los potenciales impactos ambientales negativos que pudieran derivarse de las políticas, planes, programas y proyectos de inversión, y asimismo, intensificar sus impactos positivos. (...).”

94. Ha quedado patente que Bear Creek conocía y entendía la diferencia entre las competencias de la DGAAM y del ANA, incluso en cuanto a los alcances del rol de esta última al dar su opinión técnica. En la observación 99 al EIA la DGAAM plantea una preocupación que no se caracteriza como ambiental sino como un aspecto técnico propio de las competencias del ANA, como es la fuente y oferta del agua para el proyecto. La respuesta de Bear Creek a la DGAAM indica que se está dentro de un asunto de competencia del ANA y que se será presentada ante ella en su momento. Esto es un claro indicativo de la separación de las competencias entre la DGAAM y la ANA, y que el haber, o no, absuelto observaciones ante la DGAAM con respecto al agua no significa que el ANA no pueda tener sus propias preocupaciones e inquietudes con respecto a asuntos técnicos relacionados con el agua que son de su competencia exclusiva.

95. La observación 21 al EIA no ha sido levantada. Bear Creek no responde al requerimiento de realizar las pruebas hidrodinámicas faltantes, hacer una caracterización hidrogeológica y presentar los resultados.¹²⁷ Bear Creek se compromete a realizar los estudios y obtener la información requerida a fin de ser entregada a la autoridad competente antes de solicitar las licencias de agua, alegando que no ha tenido tiempo de hacer los estudios. Queda claro que en su respuesta Bear Creek admite que aún tiene pruebas y estudios que realizar antes de acudir al ANA para solicitar las licencias para el uso de aguas. Esta respuesta de Bear Creek colisiona con su afirmación contenida en el párrafo 165 de su Contestación en el sentido que ya cuenta con la información necesaria para acceder a los demás permisos. Asimismo Bear Creek plantea realizar otros estudios hidrogeológicos complementarios incluyendo perforaciones y

¹²⁷ Absolución de Bear Creek, pág. 55-57 [Anexo R-184].

pruebas posteriores a fin de absolver esta observación.¹²⁸ Bear Creek no menciona esta observación en su Contestación, pese a que levanté mi preocupación en el Reporte.

96. La autoridad muestra preocupación en la observación 27 acerca de las soluciones que Bear Creek plantea ante la eventualidad de falta de disponibilidad del agua para fines poblacionales, las que legalmente tienen prioridad. La autoridad es clara al mencionar que “esto hace ver que se necesita complementar las pruebas hidrodinámicas en dicha zona, se implemente el modelo hidrogeológico en régimen transitorio, se estimen las reservas de agua, se simulen escenarios en base a las propuestas líneas arriba indicados (...).”¹²⁹ Bear Creek indica que aunque la probabilidad que haya un impacto negativo es baja, se comprometen a hacer pruebas y estudios complementarios y entregarlos al ANA antes de solicitar las licencias de uso de agua, ya que no han contado con las condiciones que les permita realizar los trabajos de campo necesarios. Al igual que en el caso de la observación 21 esta respuesta desvirtúa su afirmación que ya tenían todo listo para presentar las solicitudes para los demás permisos. Bear Creek no hace mención a esta observación en su Contestación, pese a que levanté mi preocupación en el Reporte.

97. La observación 155 al EIA está vinculada al ofrecimiento que Bear Creek hizo en su PPC aprobado de realizar visitas guiadas al proyecto Santa Ana durante la etapa de evaluación de EIA. Bear Creek mantiene que su respuesta al absolver las observaciones es suficiente pues la observación no apuntaba a que organice las visitas sino a que demuestre que las mismas se habían realizado (y que en documento aparte lo demostraría). Bear Creek no acierta cuando en el párrafo 160 de su Contestación afirma que solo debían probar que las visitas guiadas habían ocurrido (presumiblemente en la etapa de preparación del EIA). Aunque no pretendo cuestionar

¹²⁸ Absolución de Bear Creek, pág. 55-57 [Anexo R-184].

¹²⁹ Absolución de Bear Creek, pág. 64 [Anexo R-184].

que las mencionadas visitas se hubiesen llevado a cabo, Bear Creek ni siquiera contempló este mecanismo participativo dentro de la etapa de preparación del EIA, según su PPC aprobado.¹³⁰ Sin perjuicio de mis comentarios sobre este particular en el capítulo siguiente sobre el PPC, lo cierto es que en el PPC y en el documento en el que pretendía absolver las observaciones al EIA, Bear Creek hace dos ofrecimientos distintos en cuanto a las visitas guiadas: un ofrecimiento en el documento de absolución de observaciones es el de probar que las visitas guiadas se realizaron en la etapa de preparación del EIA (en tiempo pasado) y que las mismas se mantendrán durante la etapa de evaluación del EIA, y el otro ofrecimiento en el PPC es la de establecer un programa de visitas guiadas durante la etapa de ejecución del proyecto. La respuesta de Bear Creek solo se enfoca parcialmente en el primero, pues dice que más adelante acreditará que se realizaron las visitas (aunque no he podido encontrar esta acreditación). Pero, aún si fuese así, solo habría cumplido parcialmente con este primer ofrecimiento pues éste se extendía a mantener las visitas durante la evaluación del EIA.¹³¹ El segundo ofrecimiento (el proveniente del PPC exigible) simplemente no fue cumplido y al intentar absolver las observaciones de la DGAAM Bear Creek ni siquiera se comprometió a cumplirlo si nos atenemos a lo que menciona en el párrafo 160 de su Contestación en el que explícitamente niega este compromiso.

98. Ahora bien, la observación 155 no dice que se acrediten las visitas ya hechas, lo que pide es que se acredite que el programa que ofreció Bear Creek de establecerlas para las etapas de evaluación del EIA y de ejecución del proyecto está implementado. Bear Creek no da respuesta a este requerimiento.¹³² Y me remito a las obligaciones de Bear Creek según lo que ella misma ofreció en su PPC aprobado. Refiriéndose a las visitas guiadas a los dirigentes

¹³⁰ Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011, pág. 3, 5 [Anexo C-0161].

¹³¹ Informe No. 013-2011-MEM-AAM/WAL/AD/KVS, 7 de enero de 2011, pág. 3, 5 [Anexo C-0161].

¹³² Réplica de la Demandante, párra. 160.

comunales y a los demás grupos de interés, el numeral 3.3 del PPC expresa que “se va a continuar realizando durante la evaluación del proyecto.” El numeral 4.3 del PPC ofrece mantener el programa de visitas guiadas para los pobladores de la zona de influencia luego de aprobado el EIA, entre otros. Estos ofrecimientos son vinculantes para el administrado que los plantea desde que se aprueba el plan de participación ciudadana, y son parte del abanico de mecanismos previstos en la legislación. El PPC fue aprobado preliminarmente mediante Oficio N°021-2011/MEM-AAM y desde entonces Bear Creek quedó comprometida a implementar todos estos mecanismos que ofreció.

99. La observación 155 al EIA apunta a que se cumpla este compromiso voluntariamente ofrecido por Bear Creek. En su Contestación Bear Creek no acredita que ha implementado este mecanismo de participación ciudadana y no absuelve la observación porque no presenta pruebas de haber realizado las visitas guiadas que ofreció y especialmente porque no presentó las pruebas de haber implementado los programas de visita como le requirió expresamente la DGAAM.

100. Manteniendo lo que expresé en el Reporte, dadas las circunstancias existentes en las zonas aledañas al proyecto Santa Ana, opino que habría sido muy complicado para Bear Creek cumplir con esta obligación. Bear Creek era consciente de esta situación, pues en el acta de la supervisión ambiental de campo para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos en la fase de exploración del proyecto Santa Ana –acta que fue firmada por representantes de Bear Creek–, la Organización de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) deja constancia que “los funcionarios de Bear Creek Mining Company Sucursal del Perú

nos manifestaron que debido a la coyuntura social actual era preferible que la empresa no acompañara en la supervisión de campo en la zona del proyecto.”¹³³

101. No se debe perder de vista que, aun cuando todas las observaciones se hubiesen levantado adecuadamente y la autoridad hubiese expedido la resolución aprobatoria del EIA, Bear Creek hubiese tenido que esperar a que esta resolución quede consentida. Han ocurrido casos en los que las resoluciones aprobatorias de estudios ambientales han sido cuestionadas por terceros, quienes no requieren acreditar ningún interés directo, y han sido objeto de recursos de revisión. Los recursos de revisión son conocidos y resueltos por el Consejo de Minería, dentro de los dilatados plazos que esta entidad maneja, y en tanto no se resuelva el recurso de revisión el estudio de impacto ambiental no se considera aprobado y no puede ni iniciarse las obras ni continuarse con la ruta crítica de algunos otros permisos.¹³⁴ Han ocurrido también casos en los que el Consejo de Minería ha resuelto revocar la resolución de aprobación de estudios de impacto ambiental, tal como sucedió en el caso del proyecto Magistral en época cercana a la evaluación del EIA del proyecto Santa Ana.¹³⁵ Esto puede suceder si alguien preocupado,

¹³³ Acta de Supervisión Ambiental, 25 de noviembre de 2011, pág. 1 [Anexo C-0179].

¹³⁴ El 20 de mayo de 2015 se expidió la Ley N°30327 (“Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible”), Art. 9 [Anexo FLURY-049], en cuyo artículo 9° se instituyó la Certificación Ambiental Global, que permitirá que dentro del proceso de evaluación ambiental se tramiten y aprueben otros permisos relacionados con el proyecto bajo revisión. Esta Certificación Ambiental Global aun no entra en efecto.

¹³⁵ Informe N°491-2010-MEM/AAM/FAC, 20 de mayo de 2010 [Anexo R-288]. Recaído en el expediente de aprobación del estudio de impacto ambiental del proyecto Magistral. En este caso, la comunidad campesina de Conchucos impulsados por miembros de dicha comunidad residentes en la ciudad de Lima, cuestionó, entre otras cosas, que la presa de relaves prevista se ubicara en la cabecera de la cuenca y que no se hubiera cumplido con la audiencia pública requerida dentro del proceso de participación ciudadana. La DGAAM inicialmente había levantado 69 observaciones al EIA preparado por Vector S.A. (la misma empresa que preparó el EIA del proyecto Santa Ana) y luego mantuvo reparos sobre 38 de ellas concediendo 30 días adicionales para que se subsanen. Dentro del plazo concedido la empresa absolvió las observaciones y su EIA fue aprobado. Fue entonces que la comunidad campesina de Conchucos presentó un recurso de revisión el cual fue resuelto 10 meses después por el Consejo de Minería que revocó la aprobación del EIA. Debo señalar que participé en capacidad de abogado para el Proyecto Magistral pero toda la información anterior se encuentra público.

aunque no tuviera ningún interés, cuestiona la decisión de la DGAAM¹³⁶; ciertamente que una comunidad o autoridad, que sí pueden acreditar el interés directo, estarían habilitados a presentar un recurso de revisión.

102. Los párrafos anteriores reflejan mi opinión en el sentido que diversos aspectos del EIA del Proyecto Santa Ana mantenía algunas observaciones que no habrían sido satisfactoriamente absueltas en el documento que depositó ante notario. Según mi parecer, Bear Creek aún tenía un arduo trabajo para poder conservar en curso su expediente de aprobación del EIA.

103. La ley también contempla plazos perentorios para su aprobación. Si el administrado no cumple con absolver oportuna y adecuadamente todas las observaciones que haya levantado la autoridad con razones sustentadas, entonces se deberá declarar denegada la aprobación y dar por concluido el procedimiento administrativo.¹³⁷

104. Otra alegación de Bear Creek es que la suspensión del trámite de aprobación de su EIA para el proyecto Santa Ana fue arbitrario e ilegal.¹³⁸

105. La suspensión del procedimiento de aprobación del EIA no está regulada por la legislación ambiental. Lo que la legislación ambiental sí contempla como medida excepcional es la adopción de medidas cautelares en caso que sea necesario prevenir algún daño irreparable en

¹³⁶ Reglamento de la Ley del SEIA, Art. 59 [Anexo R-039]. “Artículo 59°: Las Resoluciones que aprueben o denieguen la Certificación Ambiental son susceptibles de impugnación en la vía administrativa de acuerdo con lo previsto en la Ley N° 27444.”

¹³⁷ Reglamento de la Ley del SEIA, Art. 52 [Anexo R-039]. “Artículo 52°: (...) Si las observaciones planteadas al titular del proyecto materia del EIA-sd o EIA-d, no fueran subsanadas en su totalidad por razones sustentadas, la Autoridad Competente, a solicitud de parte y por única vez, podrá extender el plazo máximo del procedimiento, confiriendo hasta veinte (20) días hábiles adicionales, contados a partir del día siguiente del término del plazo anteriormente concedido, para la subsanación de las observaciones correspondientes. Efectuada o no dicha subsanación, la Autoridad Competente emitirá la Certificación Ambiental respectiva de ser el caso, o declarará denegada la solicitud, dándose por concluido el procedimiento administrativo. (...)”

¹³⁸ Réplica de la Demandante, párras. 123-24.

zona vulnerable o que se superen los estándares de calidad ambiental.¹³⁹ En estos casos la autoridad ambiental puede suspender actividades. La legislación peruana admite que cualquier procedimiento administrativo pueda igualmente ser cautelarmente suspendido, siempre que la decisión sea motivada y se tengan los elementos de juicio suficientes; sin embargo, estas medidas cautelares administrativas no caben cuando se pueda causar un perjuicio irreparable al administrado.¹⁴⁰ Durante la suspensión del procedimiento los plazos no corren. Tal como explica la propia norma la medida cautelar se justifica “si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.”¹⁴¹ No existe ninguna necesidad que el administrado haya causado o contribuido en los hechos que motivan su emisión, y esto es porque la razón subyacente a esta medida es que se proteja la integridad del procedimiento y no debe entenderse como una medida punitiva.

106. En este caso, la motivación de la DGAAM para la suspensión por doce meses del procedimiento de aprobación del EIA del Proyecto Santa Ana habría sido la situación de desorden generalizado en la región donde se ubica el proyecto y la posibilidad que el caos se

¹³⁹ Ley General del Ambiente, Art. 34 [Anexo R-285]. “Artículo 34°: La Autoridad Ambiental Nacional coordina con las autoridades competentes la formulación, ejecución y evaluación de los planes destinados a la mejora de la calidad ambiental o la prevención de daños irreversibles en zonas vulnerables o en las que se sobrepasen los ECA, y vigila según sea el caso, su fiel cumplimiento. Con tal fin puede dictar medidas cautelares que aseguren la aplicación de los señalados planes, o establecer sanciones ante el incumplimiento de una acción prevista en ellos, salvo que dicha acción constituya una infracción a la legislación ambiental que debe ser resuelta por otra autoridad de acuerdo a ley.”

¹⁴⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (“Ley del Procedimiento Administrativo General”), Art. 146 [Anexo R-104]. “Artículo 146°: 146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir. 146.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción. 146.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento. 146.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.”

¹⁴¹ Ley del Procedimiento Administrativo General, Art. 146.1 [Anexo R-104].

generalice y los efectos de la expedición en ese momento de una aprobación al EIA podría haber exacerbado aun más los ánimos.

107. Debo anotar que lo que sí contempla la legislación ambiental es un periodo para el inicio de las obras de construcción del proyecto una vez que el EIA ha sido aprobado. Así, si transcurren tres (3) años (que pueden ampliarse hasta cinco años) desde que se aprueba el EIA y no se inician las obras de construcción, el EIA pierde vigencia y debe iniciarse un nuevo procedimiento de aprobación. Esto ocurriría en el caso específico del proyecto Santa Ana, por ejemplo, si se mantenía la situación de conflicto en la zona. Si Bear Creek no se sentía en condiciones de acceder al área del proyecto a finales del 2011 para llevar adelante una supervisión de campo, difícilmente hubiera podido iniciar las obras de construcción.

D. OTROS PERMISOS

108. Como expliqué anteriormente, la afirmación de Bear Creek que la autoridad no tiene ninguna discreción en sus decisiones no es correcta. Es incuestionable que si un administrado no cumple con presentar una solicitud conteniendo los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley, la misma debe ser rechazada (o en el mejor de los casos se le debe requerir las subsanaciones, con la consiguiente dilación del trámite). La autoridad debe estar convencida, siguiendo sus propios criterios profesionales y dentro del marco de la ley, más allá de si el administrado coincide o no. En diversos permisos el margen para la subjetividad es amplio y no puede sostenerse que el funcionario público actúa simplemente como una mesa de partes en la recepción de documentos. A continuación comentaré sobre algunos potenciales motivos para rechazos o demoras que podría sufrir Bear Creek en su afán de obtener los permisos para el inicio de la construcción y/o operación del proyecto Santa Ana dentro de los plazos que se impuso, en particular en lo que respecta a la adquisición de los derechos superficiales, las

certificaciones arqueológicas, la aprobación del plan de minado y las licencias de uso de aguas y autorización de vertimientos o de reúso de agua.

1. Derechos superficiales

109. Con el objeto de poder iniciar los primeros trámites para los permisos para la construcción de las instalaciones lo fundamental es la adquisición de los derechos superficiales. Casi todos los permisos, autorizaciones, licencias, certificados, registros y demás que son necesarios para la construcción y operación del proyecto Santa Ana requieren que se acredite el derecho, de por lo menos, al uso sobre toda la superficie del emplazamiento del proyecto.

110. De acuerdo a la Ley de Tierras, la utilización de tierras para actividades mineras requiere del acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre minera.¹⁴² Dado que la autoridad minera no da curso a los procedimientos de servidumbre minera desde hace muchos años, para llevar adelante los proyectos mineros es imprescindible llegar a acuerdos expresos y formales con los propietarios de los predios que se requieran para la construcción y operación del proyecto.

111. Según el EIA, los componentes del proyecto Santa Ana se ubican en terrenos comunales y privados.¹⁴³ Bear Creek menciona en el párrafo 2.4.4.6 del EIA, que en el área de influencia directa los terrenos superficiales pertenecen a las comunidades campesinas de Challacollo, Ancomarca y Concepción de Ingenio (y que la primera de ellas cedió parte de sus territorios a la Parcialidad Cóndor de Ancocahua). En cuanto al lugar donde se construirán las instalaciones del proyecto Santa Ana, señala que además de las tres comunidades citadas, la

¹⁴² Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Nativas, aprobada por Ley 26505, 14 de julio de 1995 (“Ley de Tierras”), Art. 7 [Anexo R-157]. “Artículo 7º: La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. (...)”

¹⁴³ Evaluación de Impacto Ambiental de 2010, Capítulo 2: Descripción del Área del Proyecto, p. 118 [Anexo R-196].

Junta Vecinal de Huacullani también es propietaria de tierras. Añade Bear Creek correctamente que “en gran parte de comunidades campesinas del Perú existen dos tipos de tenencia simultáneos: la propiedad del terreno superficial cuyo titular es la comunidad y la posesión de los lotes por parte de los comuneros.” De esta manera, Bear Creek reconoce que tendrá que negociar con las comunidades de Challacollo, Ancomarca y Concepción de Ingenio, con la Parcialidad Cóndor de Ancocahua, con la Junta Vecinal de Huacullani y también con los poseionarios de esas tierras. El EIA menciona que las comunidades han dividido sus terrenos y los han asignado a sus comuneros por lo que además de negociar la adquisición de los terrenos con las mismas comunidades, habrá que hacerlo con 59 poseionarios de la comunidad campesina Challacollo, con 29 poseionarios de la comunidad campesina Ancomarca y con 6 poseionarios de la comunidad campesina Concepción de Ingenio, para un total de 94 poseionarios.¹⁴⁴ Finalmente el EIA reconoce que con el objeto de adquirir los derechos superficiales necesarios para iniciar la construcción del proyecto, las partes interesadas han iniciado las comunicaciones y acuerdos sobre las mismas.¹⁴⁵ Así, de acuerdo a esta declaración de Bear Creek, cuando en diciembre de 2010 Bear Creek presenta el EIA, Bear Creek no había concluido ninguna adquisición de derechos superficiales para uso minero, ni con las comunidades ni con ninguno de los 94 poseionarios. En la Contestación, Bear Creek admite que solo habría llegado a un acuerdo con la comunidad campesina Concepción de Ingenio (aunque no he podido ver el texto final y firmado de este acuerdo), y que le restaba cerrar las negociaciones con Ancocahua, Challacollo y

¹⁴⁴ EIA Resumen Ejecutivo, diciembre de 2010, Sección 2.4.1.3 [Anexo R-194]. “2.4.1.3 (...) El hecho de que el territorio de cada CC esté distribuido entre sus comuneros resulta en una fuerte fragmentación de los terrenos superficiales.”

¹⁴⁵ EIA Resumen Ejecutivo, diciembre de 2010, Sección 1.1 [Anexo R-194].

Ancomarca; no dice nada con respecto a la Junta Vecinal de Huacullani ni con ninguno de los comuneros poseedores.¹⁴⁶

112. Aunque el ingeniero Antunez de Mayolo dice que el acuerdo con la comunidad de Concepción de Ingenio se concluyó en abril del 2011,¹⁴⁷ el Informe N°0011-2011-MA-SR/CONSORCIO STA del 31 de diciembre del 2011 que contiene la supervisión ambiental anual 2011 para el proyecto de exploración Santa Ana concluye que Bear Creek realizó las labores de exploración sin contar con los derechos superficiales entre septiembre y noviembre del 2010 y expresa que el terreno en el que se exploró es de las comunidades Concepción de Ingenio, Ancomarca, Challacollo y de la Parcialidad de Condor de Ancocagua y que Bear Creek “cuenta con Actas para el uso de las tierras superficiales de las comunidades vigentes hasta agosto del 2010.”¹⁴⁸

113. En relación al acuerdo que Bear Creek habría firmado con la comunidad campesina Concepción de Ingenio aprecio que se ha presentado el Anexo C-186 con el que se pretendería desacreditar la afirmación de Perú que no existe un acuerdo para la compra de tierras con esa comunidad. Lo cierto es que el documento ofrecido es un acta de asamblea de la comunidad campesina en mención de 2 de abril de 2011, y no es un contrato entre ella y Bear Creek. El documento que he revisado constituye uno de los requisitos previos que debe cumplir la comunidad campesina para luego poder celebrar válidamente un contrato de venta sobre todo o parte de sus tierras.¹⁴⁹ El acta contiene inserta el texto de lo que sería el contrato final pero no constituye el contrato. Se trata de un documento unilateral de la comunidad en la que no

¹⁴⁶ Réplica de la Demandante, párra. 169.

¹⁴⁷ Segunda Declaración de Antunez de Mayolo , párra. 87.

¹⁴⁸ Informe de OEFA No. 0011-2011 MA-SR/CONSORCIA STA en relación con la proyecto de Santa Ana, 31 de diciembre de 2011, pág. 13, 16 [Anexo C-0180].

¹⁴⁹ Acta de Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad Campesina de Concepción de Ingenio, 2 de abril de 2011 [Anexo C-0186].

interviene Bear Creek ni asume en base a él ninguna obligación ni adquiere ningún derecho. Por lo mencionado me es evidente que el camino que le quedaba por recorrer a Bear Creek en este terreno era muy largo.

114. De acuerdo a mi experiencia, esta situación representa un obstáculo jurídico y práctico crítico, en vista de la necesidad de tener los derechos superficiales asegurados y formalmente adquiridos para la gestión de un alto número de permisos y autorizaciones necesarias para el inicio de las obras de construcción de cualquier proyecto minero. Por ejemplo, para lograr la autorización de construcción de las instalaciones relacionadas a la planta¹⁵⁰ es necesario contar con los instrumentos autoritativos para utilizar el 100% de los terrenos para uso minero/industrial, y que para realizar actividad minera sobre todas las 351 hectáreas del emplazamiento sobre las que yacerá el proyecto se requiere tener título sobre toda la superficie de la mina,¹⁵¹ de acuerdo a los requisitos legales entonces aplicables para obtener la licencia de construcción de la planta de beneficio y solicitar la aprobación del plan de minado.¹⁵²

¹⁵⁰ Reglamento de Procedimientos Mineros, Arts. 35, 37 [Anexo R-155]. “Artículo 35º: El solicitante de una concesión de beneficio deberá presentar una solicitud a la Dirección General de Minería con los mismos requisitos exigidos en los incisos a), b), c) e i) del numeral 1) y los incisos a) y b) del numeral 2) del Artículo 17 del presente Reglamento. Asimismo, deberá acompañar la siguiente información técnica: (...) d) El documento que acredite que el solicitante está autorizado a utilizar el terreno en el que construirá la planta, en el caso que dicho terreno sea de propiedad privada”. “Artículo 37º: (...) La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias”.

¹⁵¹ Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional Minera, Art. 29 [Anexo R-156]. “Artículo 29º: Los titulares mineros deben cumplir con las obligaciones establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus reglamentos que les resulten aplicables y no podrán desarrollar actividades mineras sin notificar previamente a la autoridad minera competente, adjuntando copia de los siguientes documentos respecto a: (...) 2).- Para inicio, reinicio y cese de actividades de desarrollo, preparación, explotación y beneficio: - Instrumento ambiental respectivo aprobado por la DGAAM; y, - Inicio de Operaciones Mineras - Plan de Minado y Autorización de Funcionamiento de Planta de Beneficio, aprobados por la DGM. (...)”

¹⁵² A partir del 6 de junio del 2012 es necesario acreditar que se cuenta con los derechos superficiales también para solicitar el inicio de la construcción de las instalaciones de mina. Además a partir de esta fecha se exigió que los contratos de adquisición de derechos superficiales constaran en escrituras públicas en las que se hubiese consignado las coordenadas UTM de los vértices del predio, y que el contrato conste inscrito cuando exista partida registral para el predio. A partir del 6 de enero del 2015 se eliminó la necesidad de consignar las coordenadas UTM y se admitió copia legalizada del contrato con fecha cierta en lugar de escritura pública.

115. Para obtener la autorización de construcción de la planta de beneficio se requería que se acredite la autorización para el uso del terreno en el que se ubicará la planta. El 5 de junio del 2012 se precisó que para la autorización de construcción de una planta de beneficio era necesario presentar documentos que acrediten que el solicitante es propietario o que está autorizado por el/los propietario(s) del 100% de los predios donde se realizará la actividad de beneficio, ya sea inscrito ante SUNARP o al menos en forma de escritura pública. A su vez, para poder solicitar la aprobación del plan de minado que les permita la preparación y construcción de la mina era igualmente necesario acreditar que el solicitante era propietario (o estaba autorizado para uso minero por el propietario) del 100% de los predios en los que se ubicarán todos los componentes del proyecto, igualmente debidamente inscritos en SUNARP o al menos en forma de escritura pública. La norma preveía que todos los procedimientos en trámite debían adecuarse a estas exigencias. Finalmente, desde el 5 de enero del 2015 se permite que las acreditaciones sobre los derechos superficiales se realice mediante documentos de fecha cierta en los que se autorice el uso de todos los derechos superficiales necesarios, pero esta flexibilización en la forma del documento se aplica solo en aquellos casos en los que los predios no se encuentren inscritos en SUNARP. Como se aprecia, aun cuando el nivel de exigencia en la forma que debe tener el documento autoritativo para el uso de los derechos superficiales se ha flexibilizado en algunos casos, lo que se ha mantenido invariable es la necesidad de contar con ellos para iniciar los trámites para la obtención de la concesión de beneficio y del plan de minado.

116. En consecuencia, aun cuando el EIA hubiese aprobado dentro de los plazos dispuestos por las regulaciones aplicables, el inicio de cualquier obra de construcción de la mina y de la planta del proyecto Santa Ana hubiese tenido que esperar a que se adquirieran los títulos que le permitiese a Bear Creek realizar obras para fines mineros en los predios que son objeto del

proyecto, para lo cual se estaba recién en las tratativas iniciales de negociación. Como mencioné arriba, de ocurrir que no hubiese logrado adquirir los derechos superficiales y, por ende, no se hubiese podido iniciar las obras de construcción en un plazo de 3 años (prorrogables a 5 años), el EIA perdería su vigencia y la empresa habría que iniciar el procedimiento de aprobación nuevamente.

117. Como indiqué anteriormente, el emplazamiento del proyecto Santa Ana estaba ubicado tanto en territorios comunitarios como en propiedad y posesión privada. En el caso de los territorios comunales, la adquisición de derechos sobre la superficie tendría que hacerse a dos niveles, uno con los propietarios de los mismos (las propias comunidades) y otro con los poseedores (los comuneros a los que se les adjudicaron parcelas) para lograr su desocupación, lo que hace aún más complicado el proceso. Además tendría que negociar y llegar a un acuerdo con una entidad privada como es la Junta Vecinal de Huacullani.

118. Para adquirir los derechos superficiales de las comunidades es necesario que se cumplan requisitos muy estrictos al interior de la comunidad para que los acuerdos sean válidos:¹⁵³

- a. Como primer paso, Bear Creek tendría que acceder al padrón de los miembros de cada comunidad y confirmar que esté actualizado (en determinados casos hay conflictos entre los comuneros en cuanto a quien debe ingresar al padrón y en qué condición);
- b. Como segundo paso, debe cuidar que el acuerdo de adquisición de derechos superficiales se realice mediante asamblea en la que intervengan y voten a favor no menos de dos tercios de los comuneros empadronados (y para esto no basta una declaración de parte de la comunidad en el contrato como sucede en el formato de contrato que se incluye en el acta de asamblea de la comunidad campesina Concepción de Ingenio, sino que para efectos registrales correspondería insertar el padrón a la escritura pública que el contrato origine);

¹⁵³ Ley de Tierras, Art. 11 [Anexo R-157]. “Artículo 11°: Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.”

- c. Como tercer paso, debe asegurarse que el acta de la asamblea que acuerde la transferencia de algún derecho para uso minero del territorio comunal cumpla con las formalidades del estatuto de la comunidad;
- d. Como cuarto paso, debe verificar que las autoridades comunales autorizadas para firmar los acuerdos estén registradas en SUNARP (o esperar a que se actualice el registro si hay sucesión de autoridades, o a inscribir previamente a las autoridades o apoderados expresamente autorizadas a firmar);
- e. Como quinto paso, independizar el área que es materia de adquisición en caso que no se adquiriera el total del territorio comunal (como sucede en el caso de la comunidad campesina Concepción de Ingenio); y
- f. Como sexto paso, inscribir los acuerdos sobre las tierras en los casos en los que éstos se encuentren registradas. Para llegar a lo anterior, es importante que se haya hecho un estudio de los títulos de las comunidades sobre sus tierras.

119. También menciona Bear Creek en el EIA que “el hecho de que el territorio de cada CC esté distribuido entre sus comuneros resulta en una fuerte fragmentación de los terrenos superficiales.”¹⁵⁴ Esto está referido a la decisión que tomaron las comunidades del entorno del proyecto Santa Ana de parcelar sus territorios comunales y entregarlos en posesión a algunos de los comuneros. En estos casos los acuerdos con los poseedores pueden ser más sencillos en la forma pues no se requieren tantas formalidades como cuando se negocia y acuerda con comunidades, pero la negociación puede resultar hasta más complicada ya que se trata de los poseedores inmediatos con un mayor arraigo sobre esas parcelas a los que habrá que indemnizar no solo por el terreno sino por las construcciones y/o por los cultivos o ganado, sin contar con los acuerdos acerca de su reubicación. La obligación de reasentar a los poseedores es un compromiso que proviene de normas financieras como las implementadas por el Banco Mundial o por los Principios del Ecuador (promovidos por los bancos más importantes que financian actividades extractivas), pero que generalmente termina siendo una práctica común por exigencia de los mismos poseedores aun cuando no existan este tipo de compromisos con entidades

¹⁵⁴ Evaluación de Impacto Ambiental de 2010, Capítulo 2: Descripción del Área del Proyecto, Sección 2.4.4.6 [Anexo R-196].

financieras.¹⁵⁵ Por ejemplo, en el caso de la comunidad campesina Concepción de Ingenio esta obligación de negociar con los poseedores se desprende de la cláusula 6.3 del proyecto de contrato entre Bear Creek y la comunidad.¹⁵⁶ En estos casos también es frecuente incluir en la negociación el identificar previa y conjuntamente con el poseedor la ubicación del lugar en el que éste será reubicado. Asumiendo que el proyecto de acuerdo con la comunidad campesina de Concepción de Ingenio se hubiese perfeccionado, todavía no se había llegado a acuerdos con sus comuneros poseedores para cumplir con la cláusula 6.3 antes aludida.

120. El señor Antunez de Mayolo afirma que el primer contrato es el más difícil y que luego las demás comunidades acceden a llegar a un acuerdo con más rapidez.¹⁵⁷ La afirmación me sorprende. En mi experiencia en la industria minera y en la negociación de tierras para fines mineros, la realidad es la opuesta. No es infrecuente que algunos posesionarios posterguen su decisión de transferir u otorgar derechos superficiales a la espera de lograr mejores condiciones, conscientes que los promotores de los proyectos tienen interés en apurar el inicio de la construcción y ya conozcan las condiciones que el inversionista está dispuesto a conceder. Tampoco es raro que al celebrarse un acuerdo con una comunidad esto motive algún grado de conflicto con otra comunidad vecina con la que se tenga alguna disputa por los linderos de cada territorio comunal o simplemente por rivalidades locales (prueba de esto es la cláusula 4.4 del proyecto de contrato con la comunidad campesina Concepción de Ingenio en la que se exige a

¹⁵⁵ Véase The Equator Principles II, junio de 2006, disponible en http://equator-principles.com/resources/equator_principles_II.pdf, pág. 8, 9 [Anexo R-289]. Véase también The Equator Principles III, junio de 2013, disponible en http://equator-principles.com/resources/equator_principles_III.pdf, pág. 8-9, 20, 21 [Anexo R-290].

¹⁵⁶ Acta de Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad Campesina de Concepción de Ingenio, 2 de abril de 2011, Art. 6.3 [Anexo C-0186].

¹⁵⁷ Segunda Declaración de Antunez de Mayolo, párra. 87.

Bear Creek incrementar el precio acordado en el caso que por acuerdos con otras comunidades estas últimas obtuvieran mejores condiciones.)¹⁵⁸

121. Aun en el supuesto que las comunidades y poseionarios fuesen proclives al proyecto Santa Ana, y hubiesen estado preparados y dispuestos a conceder prontamente los derechos superficiales a Bear Creek (hecho que, como mínimo, tiene un significativo grado de incertidumbre), lo cierto es que las comunidades y poseionarios tienen tradicionalmente ritmos de negociación lentos y además son conscientes de la obligación y urgencia que tiene el inversionista minero de llegar a algún acuerdo con ellos. Por esta razón, las negociaciones suelen ser considerablemente lentas y normalmente logran pagos y condiciones que son bastante onerosas para los inversionistas. Por lo mencionado, considero que Bear Creek enfrentaba largas y difíciles negociaciones para la adquisición de los derechos superficiales que necesitaba para iniciar los trámites de algunos permisos de construcción.

2. Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA)

122. Antes del inicio de cualquier obra de construcción Bear Creek debe haber obtenido un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) emitido por el Ministerio de Cultura.¹⁵⁹ Para ello es necesario que se haya ejecutado un Proyecto de Evaluación Arqueológica de Reconocimiento que determine tal inexistencia. Dada la extensión del área involucrada en el área de emplazamiento del proyecto Santa Ana se necesita un proyecto de

¹⁵⁸ Acta de Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad Campesina de Concepción de Ingenio, 2 de abril de 2011, Art. 4.4 [Anexo C-186].

¹⁵⁹ Resolución Suprema N°004-2000-ED de 24 de enero de 2000 que aprueba el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas, 24 de enero del 2000 (“Reglamento de Investigación Arqueológica”), Art. 65 [Anexo R-160]. “Artículo 65: Sólo se expedirán Certificados de Inexistencia de Restos Arqueológicos después de ejecutado el Proyecto de Evaluación Arqueológica de Reconocimiento con o sin excavaciones, según sea el caso. 1. En el caso que el área sea menor de cinco hectáreas, la supervisión podrá hacerla directamente la Dirección General de Patrimonio Arqueológico del Instituto Nacional de Cultura. 2. En el caso que se superen los límites establecidos en el numeral 1. como son las líneas de transmisión eléctrica, tuberías, carreteras y otras obras semejantes, se requerirá de un proyecto presentado por un arqueólogo de acuerdo a las disposiciones contempladas en el Artículo 8 del presente Reglamento. (...)”

investigación a ser realizado por un arqueólogo. Bear Creek sostiene que obtener el CIRA no le hubiera significado una complicación puesto que ya había evaluado la zona y los restos identificados estaban ubicados fuera de las áreas críticas del proyecto.¹⁶⁰ En la Contestación Bear Creek simplemente dice que no tenía el CIRA, algo que ya había reconocido en el EIA.¹⁶¹

123. Para que el proyecto sea autorizado hay que presentar un Plan de Evaluación Arqueológica, una descripción de los objetivos del proyecto, los planes a ejecutarse y su metodología. El Proyecto de Evaluación Arqueológica puede ser de reconocimiento, de excavaciones o de excavaciones con rescate y no puede tener una duración mayor de un año.¹⁶² Terminada la evaluación y emitido el Informe Final de Evaluación Arqueológica este será analizado por el Ministerio de Cultura y se realizará una inspección de campo con el arqueólogo responsable.¹⁶³ Solo si la evaluación determina que no hay restos arqueológicos, la autoridad emitirá el CIRA.¹⁶⁴

124. De suceder que sí se encuentren restos arqueológicos, deberá procederse a su rescate. Los rescates deben ser parte de un Proyecto de Rescate Arqueológico, los que deberán

¹⁶⁰ Réplica de la Demandante, párra. 170.

¹⁶¹ Réplica de la Demandante, párra. 170.

¹⁶² Reglamento de Investigación Arqueológica, Art. 8 [Anexo R-160]. “Artículo 8°: Los Proyectos de Evaluación Arqueológica están referidos a trabajos en el marco del desarrollo de proyectos productivos, extractivos y/o de servicios, tanto del sector privado como estatal, con fines de proteger el Patrimonio Arqueológico - Histórico Nacional, tanto mueble como inmueble. Sus fines son la evaluación y la investigación. Para el desarrollo integral de este tipo de proyectos en cada área específica, deberá seguirse el siguiente plan según sea el caso: 1 Proyecto de Evaluación Arqueológica de reconocimiento, sin excavaciones. 2 Proyecto de Evaluación Arqueológica con excavaciones. Al interior de estos proyectos se considera la delimitación y señalización de los sitios. 3 Proyectos de Rescate Arqueológico. Referido a trabajos de excavación parcial o total de sitios arqueológicos por afectación de obras ineludibles por razones técnicas de la misma o por su carácter de interés nacional formalizado en un convenio gubernamental. Estos Proyectos de Rescate Arqueológico deberán estar programados y son consecuencia de los Proyectos de Evaluación Arqueológica o de los monitoreos arqueológicos de supervisión de las obras. Estos serán recomendados por la Comisión Nacional Técnica de Arqueología.”

¹⁶³ Reglamento de Investigación Arqueológica, Art. 61 [Anexo R-160]. “Artículo 61°: Los informes de Proyectos de Evaluación Arqueológica (...), deben ser remitidos al Instituto Nacional de Cultura según el cronograma del proyecto. (...)”

¹⁶⁴ Desde el 16 de mayo de 2013 el procedimiento para la obtención del CIRA se ha simplificado. Luego, mediante Decreto Supremo N° 003-2014-MC de 3 de octubre de 2014 se estableció que se deberá contar con un Plan de Monitoreo Arqueológico para el caso de encontrarse algún resto arqueológico de manera circunstancial.

estar programados y recomendados por la Comisión Nacional Técnica de Arqueología. Si durante la construcción y operación del proyecto Santa Ana se encontrase algún resto arqueológico de manera circunstancial deberán paralizarse las obras.¹⁶⁵

125. Bear Creek reconoce que el trámite para obtener el CIRA aún no había sido iniciado,¹⁶⁶ aun cuando los estudios de evaluación habrían identificado la presencia de restos arqueológicos dentro del área de influencia directa, pero da a entender que estaban fuera del área del emplazamiento del proyecto. En este escenario en el que existían evidencias de restos arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto Santa Ana, era necesaria la presentación del Proyecto de Investigación para la Evaluación Arqueológica, sin que hasta el momento de suspensión del EIA fuera incierto si en el área del emplazamiento existen o no restos arqueológicos. En lo particular, no tengo evidencia que Bear Creek haya efectuado un Proyecto de Investigación para la Evaluación Arqueológica.

126. De hecho, en la observación 150 al EIA, la DGAAM le solicita a Bear Creek mayor información acerca de dos restos arqueológicos encontrados dentro del área de influencia directa del proyecto Santa Ana. Bear Creek intentó absolver esta observación mencionando que se trabajará una evaluación arqueológica sin excavación a efectos de tramitar en su momento el CIRA, lo que nuevamente nos indica que Bear Creek no se encontraba aún en posición de solicitar el CIRA. Es decir, la evaluación arqueológica necesaria estaba aún pendiente. A mayor

¹⁶⁵ Reglamento de Investigación Arqueológica, Art. 10 [Anexo R-160]. “Artículo 10º: Tanto los Proyectos de Rescate Arqueológico como los Proyectos de Emergencia implican, antes y durante su ejecución, la paralización de las obras civiles según sea el caso.”

¹⁶⁶ EIA Resumen Ejecutivo, Sección 5.2.5 [Anexo R-194]. “De acuerdo con las normas de protección de patrimonio arqueológico vigentes, todas las obras de desarrollo de infraestructura mayor están obligadas a obtener su Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), antes de iniciar sus obras de construcción. En el caso de hallazgo fortuito durante el movimiento de tierra, el arqueólogo encargado del programa de monitoreo arqueológico deberá entre otras acciones, paralizar las obras de remoción de tierra en dicho sector y solicitar la presencia del arqueólogo supervisor del INC para diseñar la estrategia de mitigación correspondiente.” [Nota.- El INC es el Instituto Nacional de Cultura, y es hoy el Ministerio de Cultura].

abundamiento, una evaluación arqueológica implica necesariamente tener derecho a acceder al área, y como se ha descrito anteriormente, Bear Creek todavía no contaba con los derechos superficiales.

127. Constatada la presencia de restos arqueológicos, de acuerdo con Lorenzo de la Puente Brunke, adicionalmente al CIRA la autoridad cultural “viene exigiendo la elaboración y ejecución de un Plan de Monitoreo Arqueológico para los proyectos que impliquen remoción de terreno a fin de garantizar la protección de los sitios arqueológicos indicados en el CIRA y especialmente los que puedan ser descubiertos durante dichos trabajos.”¹⁶⁷ Concluye que en estos casos deben paralizarse los trabajos y comunicar el hecho a la autoridad cultural. Aunque esto no hubiera condenado el Proyecto, tampoco puede aseverarse como hace Bear Creek que no lo hubiera afectado¹⁶⁸ pues las demoras serían inevitables.

128. Aun cuando hasta el momento, los restos arqueológicos que se habían encontrado no hubiesen estado localizados sobre los componentes principales del proyecto, el hecho que pudieran estar dentro del emplazamiento, en zonas destinadas a instalaciones complementarias, habría representado una complicación no menor a efectos de la aprobación del EIA. Como se ha dicho, el descubrimiento de restos conlleva la paralización de las obras, la preparación de estudios adicionales y eventualmente su rescate o la relocalización de los componentes complementarios lo que a su vez lleva al rediseño de los accesos, entre otras modificaciones al EIA.

3. Plan de Minado

129. En el Reporte adelanté las posibles complicaciones que Bear Creek enfrentaría para que se apruebe su Plan de Minado, como que el tajo diseñado u otros componentes pudieran

¹⁶⁷ Lorenzo de la Puente Brunke, LEGISLACIÓN AMBIENTAL EN LA MINERÍA PERUANA 222 (2005) [Anexo R-291].

¹⁶⁸ Réplica de la Demandante, párra. 170.

sufrir modificaciones como consecuencia de las observaciones de la DGAAM al EIA.¹⁶⁹

También resalté que hasta que Bear Creek no llegara a un acuerdo con las comunidades campesinas y demás propietarios para adquirir los derechos superficiales, Bear Creek no podía iniciar los trámites para la aprobación de su plan de minado.¹⁷⁰ La aprobación del Plan de Minado es el paso más importante para poder iniciar la construcción –y luego operación– de la mina. Bear Creek solo respondió que ya había completado los estudios para ingresar la solicitud de aprobación de su Plan de Minado.¹⁷¹

130. Al momento de revisar las observaciones al EIA, ya me referí a los alcances del plan de minado, sus objetivos y algunas complicaciones ambientales y técnicas que pueden surgir. El EIA es un instrumento de gestión ambiental y está enfocado a minimizar los impactos al ambiente, el plan de minado es un documento técnico-minero que tiene como objeto acreditar la construcción de la mina siguiendo las prácticas mineras adecuadas apuntando a cuestiones de seguridad y estabilidad, entre otras. Los estudios que se puedan realizar como soporte a los EIA no están dirigidos a la seguridad de las operaciones, la altura de los bancos o a la estabilidad de los taludes, entre otros. Por lo demás, Bear Creek no podría estar listo para presentar su plan de minado, como afirma en el párrafo 171 de su Contestación, si es que ni siquiera había consolidado las tierras necesarias, lo que constituye un requisito de admisibilidad de esa solicitud.

4. Licencias de Agua y Autorizaciones de Vertimientos o de Reúso de Aguas Tratadas

131. Igualmente, al analizar algunas de las observaciones al EIA me referí a los derechos de uso de aguas y expliqué las diferencias entre los alcances y propósitos de un EIA y

¹⁶⁹ Primer Reporte de Rodríguez, párras. 75, 78-79 [Anexo REX-003].

¹⁷⁰ Primer Reporte de Rodríguez, párras. 75, 78-79 [Anexo REX-003].

¹⁷¹ Réplica de la Demandante, párra. 171.

los objetivos de los procedimientos necesarios ante el ANA para obtener los derechos de uso de agua y de vertimientos y reúso de aguas. También mencioné que la falta de observaciones al EIA por parte del ANA no podía representar una decisión del ANA en cuanto a las licencias de uso de aguas ni de autorización de vertimientos o de reúso de aguas tratadas.

132. Tanto la obtención de los derechos de uso de agua como para el vertimiento de las mismas son requisitos imprescindibles para que la autoridad minera admita la solicitud de una concesión de beneficio, luego conceda la autorización de construcción de la planta de beneficio y finalmente conceda la licencia de operación de la planta. Estas eran normas de cumplimiento obligatorio, exigibles al proyecto Santa Ana, y para obtenerlas era necesario que la autoridad hubiese aprobado previamente los estudios de aprovechamiento hídrico, estudios de ejecución de obras y la emisión de informes técnicos favorables. Recién a partir de enero del 2015 se expidieron normas que simplificaban los procedimientos para el otorgamiento de concesiones de beneficio, como menciono en el párrafo 81 del Reporte. Estas nuevas normas están referidas a los estudios requeridos para el otorgamiento de licencias de uso de aguas, de vertimientos de aguas, reúso de aguas tratadas, entre otras, dentro del marco de las solicitudes para el otorgamiento de concesiones de beneficio.

5. Conclusiones

133. Por lo anterior, creo necesario reiterar lo señalado en el párrafo 108 del Reporte. Aun asumiendo que Bear Creek hubiese obtenido los derechos superficiales necesarios y la aprobación del EIA dentro de los plazos de ley, y atendiendo al número de los pasos pendientes para poder iniciar la construcción del proyecto Santa Ana, con el añadido que en muchos casos se trata de procesos secuenciales y dilatados, hubiera sido muy difícil—por no decir impracticable—que Bear Creek hubiera podido iniciar la construcción de las instalaciones del proyecto Santa Ana dentro del segundo semestre del 2011 como dice su Memoria, o que hubiera

podido comenzar la producción en el cuarto trimestre del 2012 como también indica su Memoria. Como se aprecia, la afirmación, que ratifico, no apunta a la discrecionalidad que pueda tener un funcionario para conceder o denegar algún permiso (que sí puede ocurrir en la medida que esté sustentado), sino a las complicaciones que puede tener cada uno de ellos y que inevitablemente dilatan los procedimientos y los extienden la mayor parte de las veces a plazos que van más allá de los previstos en las regulaciones. En ese sentido, me reafirmo en mi opinión que los plazos planteados por Bear Creek para completar los permisos que le hubiesen permitido el inicio de la construcción en el segundo semestre del 2011 y para el inicio de la producción en el cuarto trimestre del 2012 eran en todo caso muy optimistas.

IV. EL RÉGIMEN LEGAL ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS MINERALES

134. En el Reporte mencioné los requisitos formales para el proceso de participación ciudadana, incluyendo la preparación de un plan de participación ciudadana que debía ser sometido para aprobación por la autoridad y la realización de al menos una audiencia pública¹⁷². El listado de mecanismos a proponer por el promotor del proyecto contenidos en la norma sobre este particular es solo enunciativo; la intención es que el proceso sea lo más integrador posible por lo que los mecanismos deberían ser todos los que se adaptan a la realidad del proyecto.

135. El Reglamento de Participación Ciudadana en el Sector Minero (aprobado por D.S. N° 028-2008-EM) señala:

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

¹⁷² Primer Reporte de Rodríguez, párras. 49-64 [Anexo REX-003].

actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo.¹⁷³

136. Las atribuciones de la autoridad son las de aprobar los mecanismos de participación ciudadana y monitorear su cumplimiento durante las etapas de evaluación y ejecución del Proyecto, incluyendo la realización de la audiencia pública y todas demás que se hubieran aprobado para estas etapas.¹⁷⁴ Por eso, al momento de evaluar el EIA y levantar sus observaciones la DGAAM verificara que Bear Creek estuviese cumpliendo con los mecanismos de PPC que propuso y que se le aprobaron preliminarmente. Pero es responsabilidad de Bear Creek, como de cualquier otro promotor de proyectos, de llevar a cabo un proceso público, flexible y dinámico con las comunidades de toda su área de influencia.

137. El proceso de participación ciudadana no puede limitarse a mantener informada a la población.¹⁷⁵ El derecho a la información adecuada y oportuna es solo una de las muchas obligaciones, pues además están las de participación, el respeto a la diversidad cultural, el derecho a la no discriminación, la vigilancia ciudadana y el diálogo continuo, todos los cuales están recogidos como principios en el artículo 5 del Reglamento de Participación Ciudadana en el Sector Minero.¹⁷⁶

¹⁷³ Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM, 26 de mayo de 2008 (“Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero”), Art. 3 [Exhibit R-159].

¹⁷⁴ Resolución Ministerial N° 304—2008-MEM-DM esboza una serie de requisitos estrictos que una empresa debe realizar, cuyo fin es ayudar a guiar a una empresa hacia la efectiva comunicación y diálogo con las comunidades locales. Éstos incluyen mecanismos específicos de participación ciudadana (Art. 2); talleres informativos necesarios, tanto antes de la preparación del EIA como durante la preparación de la EIA (Arts. 12, 13); requisitos detallados para el PPC (Art. 15); requisitos detallados para el resumen ejecutivo del EIA (Art. 16); requisitos para exhibir o publicar el resumen ejecutivo y el PPC (Arts. 19, 20); procesos específicos para llevar a cabo, cancelar o suspender de la audiencia pública (arts. 24-26); etcétera. Resolución Ministerial que Regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero aprobado por Resolución Ministerial N° 304—2008-MEM-DM, 24 de junio de 2008 (“Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM”) [Anexo R-153].

¹⁷⁵ Dictamen Pericial de Hans Flury, párra. 69.

¹⁷⁶ Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Art. 5 [Anexo R-159]. “Artículo 5°: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana

138. El doctor Flury cita¹⁷⁷ el artículo 4 de este mismo reglamento, que ha sido dejado sin efecto, que menciona 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. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente N° 28611, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones

referido a la actividad minera, deberán observar en todas sus actuaciones las siguientes disposiciones generales: 5.1. Del derecho a la participación: Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones sobre asuntos referidos a la actividad minera que pudieran tener alguna incidencia sobre sus intereses, sin perjuicio de las competencias que les corresponden a las autoridades en cada uno de los niveles de gobierno. El derecho de participación en asuntos referidos a la actividad minera, se ejercita actuando con buena fe, transparencia y veracidad conforme a las reglas y procedimientos de los mecanismos de participación establecidos y a las disposiciones del presente Reglamento. Constituyen trasgresión a las disposiciones legales sobre participación ciudadana toda acción o medida que tomen las autoridades, los titulares mineros o las poblaciones involucradas, que impida u obstaculice el inicio, desarrollo o término de un proceso de participación ciudadana. 5.2. Del derecho al acceso a la Información: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas, tienen derecho a solicitar, acceder o recibir información pública, de manera adecuada y oportuna, respecto de obras y actividades mineras que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento. 5.3. Del principio de respeto a la diversidad cultural: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana deben actuar con respeto a las características y particularidades de las diversas culturas, de tal forma que se promueva y facilite la inclusión de la mayor diversidad de intereses de las poblaciones, enriqueciendo dicho proceso y la toma de decisiones que le compete a la autoridad. 5.4. Del principio de no discriminación: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana promueven la participación efectiva de toda persona en dicho proceso, sin distinguir raza, etnia, género, religión, cultura, idioma, opinión política, origen nacional o social, posición económica, orientación sexual, nacimiento o cualquier otra condición. 5.5. Del principio de vigilancia ciudadana: Las poblaciones involucradas tienen el derecho de efectuar el monitoreo, control y seguimiento de las medidas, acciones, obligaciones y compromisos adoptados por el titular minero respecto a los aspectos ambientales y sociales relacionados con su actividad. El ejercicio de la vigilancia ciudadana deberá realizarse conforme a las disposiciones del presente Reglamento. 5.6. Del principio del diálogo continuo: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana, deberán mantener el diálogo continuo a fin de promover y mantener un adecuado relacionamiento social.”

¹⁷⁷ Dictamen Pericial de Hans Flury, párra. 72 (quoting Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, Art. 4 [Exhibit R-159]).

indígenas, comunidades campesinas y nativas, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia.

La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad”.

139. Coincido con el doctor Flury en que con este artículo, que recién fue dejado sin efecto en agosto del 2013, Bear Creek hubiera estado obligado a cumplir con los mecanismos de participación ciudadana. En lo que aparentemente no coincidimos es que esa obligación no proviene solo de ese artículo dejado sin efecto sino además de otras normas del reglamento comentado¹⁷⁸. El proceso de consulta previa bajo el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) tiene ahora otro tratamiento bajo otras premisas de acuerdo a regulaciones distintas a las de la participación ciudadana en proyectos mineros.

140. En resumen, más allá de la obligación de llevar adelante un proceso público, dinámico y flexible, los promotores de proyectos deben abocarse a construir una atmósfera de respeto y confianza mutua con las comunidades, para que acepten su presencia, la instalación de una mina y una planta en sus territorios y los efectos y consecuencias que esto les traerá. La legislación sobre participación ciudadana era –y las regulaciones sobre consulta previa bajo el Convenio 169 de la OIT son– claras en el sentido que las comunidades no tienen derecho a veto, pero esto no enerva el hecho que en la práctica tienen sus propias vías –de hecho y de derecho– para entorpecer o hasta para impedir que un proyecto se desarrolle. Las comunidades tienen un rol muy importante en el establecimiento de proyectos mineros en su entorno, y éste no se circunscriben solo a lo que dicen las normas sobre esta materia.

¹⁷⁸ Dictamen Pericial de Hans Flury, párra. 73.

141. Reiterando el comentario de mi Reporte, en conexión con el relacionamiento con las comunidades, mi experiencia profesional en la minería en el Perú me ha demostrado que no es suficiente limitarse a cumplir con las formalidades y las obligaciones básicas que establecen las normas sobre participación ciudadana. Es fundamental que la empresa minera haga todos los esfuerzos a su alcance para entender y consultar con las comunidades impactadas para que las comunidades acepten el proyecto y sus consecuencias. Si la empresa no está alineada con este enfoque, es probable que las comunidades no sientan que el proyecto les traerá beneficios y se opondrán a éste. Evitar un ambiente de conflicto debe ser una de las premisas del emprendimiento desde el primer momento del relacionamiento, de lo contrario será muy difícil llevar adelante el proyecto. Una vez iniciado algún brote de conflicto—esté justificado o no, sea la empresa minera responsable o no—será muy complicado revertir la percepción de las comunidades y de la población local en general.

142. Aunque no es vinculante, en el MINEM existe desde hace muchos años una Guía de Relaciones Comunitarias con propuestas para la elaboración de las consideraciones sociales de los estudios de impacto ambiental, el adecuado manejo de las relaciones con las comunidades del entorno de los proyectos o propuestas para el diseño de mecanismos de participación ciudadana, entre otros temas sobre el particular. Bear Creek no hace referencia en su PPC a esta Guía de Relaciones Comunitarias,¹⁷⁹ la cual es una herramienta recomendada por el MINEM mediante Decreto Supremo N°042-2003-EM y Decreto Supremo N°052-2010-EM.¹⁸⁰

¹⁷⁹ República del Perú, Ministerio de Energía y Minas, Dirección General de Asuntos Ambientales, Guía de Relaciones Comunitarias, enero del 2001 [Anexo R-172].

¹⁸⁰ Decreto Supremo N° 042-2003-EM, de 12 de diciembre de 2003, Art. 3 (modificado por Decreto Supremo N° 052-2010-EM de 18 de agosto de 2010) [Anexo R-158]. “Artículo 3°: Los estudios ambientales para la realización de actividades mineras deberán contener los planes o programas a través de los cuales se detallen las actividades para el cumplimiento de los compromisos señalados en el artículo 1° del presente decreto supremo (...) El Ministerio de Energía y Minas establece criterios más específicos en las Guías Ambientales o de Relaciones Comunitarias correspondientes.” Decreto Supremo N° 052-2010-EM, Modificación a los artículos que establecieron

143. Bear Creek declara en el párrafo 82 de su Contestación que la aprobación del PPC representó un aval al mismo y que Bear Creek estaba actuando apropiadamente. El ingeniero Antúnez de Mayolo va más allá, y en el párrafo 19 de su opinión proclama que la DGAAM la aprobó inequívocamente. Lo real es que la DGAAM expide el Oficio N°021-2011/MEM-AAM el 7 de enero del 2011 y en su primer párrafo literalmente expresa:

“Tengo el agrado de dirigirme a usted, para manifestarle que mi Despacho ha realizado la evaluación inicial del Resumen Ejecutivo y del Plan de Participación Ciudadana del EIA del proyecto minero Santa Ana, y luego de revisar los documentos de la referencia, y a las coordinaciones efectuadas con su representada, se comunica la conformidad de dichos documentos.”¹⁸¹

144. Como se aprecia, la DGAAM reconoce que la evaluación del PPC es preliminar— es una “evaluación inicial” dice—¹⁸² y que se le da conformidad. No podría ser de otra manera, en atención al título del artículo 17 de la Resolución Ministerial N°304-2008-MEM-DM. Esta conformidad era necesaria para efectos de los mecanismos propuestos en el PPC, como ordena el artículo 18 de la Resolución Ministerial N°304-2008-MEM-DM.¹⁸³

145. Bajo ningún contexto pueden extenderse los alcances de esta aprobación a una supuesta confirmación por parte de la autoridad a que Bear Creek había implementado programas adecuados de relacionamiento comunitario y mucho menos que Bear Creek mantenía buenas relaciones con las comunidades sin conflictos ni problemas sociales, como mencionan Bear Creek en el párrafo 85 de su Contestación y el señor Antúnez de Mayolo en el párrafo 21 de su opinión. Repito, esta aprobación preliminar del PPC según el propio texto de la norma es solo

compromiso previo como el requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias, 18 de agosto de 2010 [Anexo R-173].

¹⁸¹ Resolución de MINEM No. 021-2011/MEM-AAM, 7 de enero de 2011, pág. 1 [Anexo C-0073].

¹⁸² Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM [Anexo R-153].

¹⁸³ Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM [Anexo R-153].

para manifestar la procedencia de los mecanismos de participación ciudadana propuestos para las etapas a seguir. No puede decirse que la DGAAM revisó profundamente el PPC, si además estaba obligado a revisar el Resumen Ejecutivo en paralelo y en un breve plazo de 7 días hábiles.

146. Bear Creek sostiene que la audiencia pública fue exitosa y aprobada por la DGAAM, lo que implicaba el apoyo de las comunidades al proyecto Santa Ana.¹⁸⁴ Esta no es la interpretación correcta del resultado de la audiencia pública. El plan de participación ciudadana se encuentra regulado de manera bastante detallada. Las formalidades para, por ejemplo, las audiencias públicas¹⁸⁵ tanto en su convocatoria como en su desarrollo, son de un nivel especialmente alto. Así, existe un artículo muy casuístico en el que se reglamentan los escenarios posibles para la cancelación o la suspensión de las audiencias públicas.¹⁸⁶ Esto denota, por lo menos, la consciencia de la eventualidad y una preocupación porque se dé. De acuerdo al reglamento aplicable, una audiencia pública solo se cancelaría antes o durante su realización por caso fortuito o fuerza mayor o cualquier otra causa que pusiera en riesgo la salud o la integridad de los participantes o de la mesa directiva.¹⁸⁷ El que la audiencia pública del proyecto Santa Ana se haya desarrollado de manera pacífica no significa que no existan situaciones o riesgos de conflictividad. El formalismo que se le quiere imprimir a la audiencia pública no es gratuito y responde a la idiosincrasia de las comunidades andinas que son muy propensas a las formas y al respeto de las mismas, de ahí que sea muy importante cumplir todas las exigencias legales de forma para construir una relación sana con las comunidades campesinas

¹⁸⁴ Réplica de la Demandante, párras. 88-91.

¹⁸⁵ Véase Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM, Arts. 24, 25 [Anexo R-153].

¹⁸⁶ Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM, Art. 26 [Anexo R-153].

¹⁸⁷ Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM, Art. 26 [Anexo R-153] (“La autoridad competente podrá declarar la cancelación o suspensión de la audiencia pública, antes de su realización o durante la misma, *por caso fortuito o fuerza mayor o cualquiera otra causa que pudiera poner en riesgo la salud o integridad de los participantes* o los miembros de la Mesa Directiva.”) (emphasis added).

del entorno. Como relaté en el Reporte hay ciertas formalidades que no se cumplieron o que su cumplimiento no fue debidamente recogido, tal como exige el reglamento, en el acta que se levantó al final de la misma. Por otro lado, una eventual aprobación de la audiencia pública o el que se haya desarrollado sin mayores incidentes no indica necesariamente que los asistentes estén de acuerdo con lo que se haya planteado en ella o que no subsistan dudas o cuestionamientos, ni que se esté conforme con el proyecto. Las preocupaciones pueden plantearse con posterioridad, por personas que hayan asistido a la audiencia o no. De hecho, dentro de las observaciones al EIA del proyecto Santa Ana se incluyen cuatro escritos presentados por autoridades, comunidades y entidades distintas.¹⁸⁸

147. Bear Creek dice que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) dio su apoyo al proyecto Santa Ana.¹⁸⁹ He revisado los dos reportes del OEFA sobre las labores de exploración de Bear Creek en Santa Ana y OEFA no brinda ningún apoyo. Es de particular importancia analizar cuál es la función del OEFA. Como su nombre y su ley constitutiva señalan su rol es eminentemente ambiental y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental.¹⁹⁰ El artículo 11 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental aprobada por Ley N° 29325 establece que las funciones del OEFA son las de evaluación, supervisión directa, supervisión de entidades públicas, fiscalización y sanción, y normativa,¹⁹¹ y todas circunscritas al ámbito ambiental. Pretender concederle al OEFA una función de supervisión o incluso de respaldo y aval a una gestión social escapa a cualquiera de sus funciones. Es verdad que una de las funciones del

¹⁸⁸ Véase Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM, Arts. 24, 25 [Anexo R-153].

¹⁸⁹ Réplica de la Demandante, párras. 67, 79-80

¹⁹⁰ Ley de Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, 5 de marzo de 2009, Art. 6 [Anexo R-292].

¹⁹¹ Ley de Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental Ley N° 29325, 5 de marzo de 2009, Art. 11 (modificado en 2013 por Ley N° 30011) [Anexo R-292].

OEFA es la de investigar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los instrumentos de gestión ambiental, como son los estudios de impacto ambiental que tienen algunos contenidos de naturaleza social, pero esta investigación (y eventual sanción en caso de incumplimiento) están limitadas a las obligaciones que los administrados han asumido y les son exigibles como parte de sus instrumentos ambientales aprobados. Un estudio ambiental que no ha sido aprobado (como es el caso del EIA para el proyecto Santa Ana) no le genera ninguna obligación al administrado y en consecuencia el OEFA no tiene ninguna competencia sobre ellos.

148. En este estado de cosas, las únicas obligaciones sociales que podrían ser materia de fiscalización a Bear Creek por parte del OEFA eran las que hubiesen existido dentro del estudio de impacto ambiental semi-detallado para las labores de exploración. El cumplimiento de los compromisos exigibles a Bear Creek en el marco del PPC aprobado debían ser –y fueron– revisados por la DGAAM dentro del proceso de evaluación del EIA. En este contexto, y no en cualquier otro, ocurren las supervisiones ambientales recogidas en los Anexos C-143, C-179 y C-180 a la Contestación. Pero en ellos lo que se aprecia es que la verificación se enfoca al cumplimiento de obligaciones ambientales y no sociales. De hecho, el OEFA en su última visita levanta tres observaciones que no fueron absueltas por Bear Creek en ningún momento, una de las cuales está referida a la falta de autorización de los terrenos superficiales por parte de las comunidades propietarias de las tierras. Se indica que los acuerdos que existían con las comunidades: (i) se limitaban al uso de las tierras solo para fines de exploración, (ii) que esas autorizaciones expiraron en agosto del 2010, y (iii) que las mismas constaban en actas sin que se cumplieran las formalidades de ley. De haber constatado la autoridad la falta de derechos superficiales durante la etapa final de la fase de exploración, se hubiera podido ordenar la paralización de las actividades hasta que se acreditara que se habían obtenido los acuerdos

necesarios. Consecuentemente, los reportes de OEFA no pueden tomarse como una afirmación general en favor de Bear Creek y el Proyecto Santa Ana.

V. CONCLUSIONES

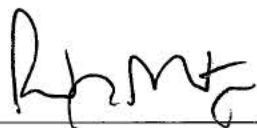
149. En atención a lo expuesto en esta Réplica, mantengo mis conclusiones siguientes:

- a. Los recursos minerales son Patrimonio de la Nación y su aprovechamiento por particulares se realiza mediante el sistema de concesiones. La concesión minera otorga a su titular el derecho exclusivo de realizar las labores de exploración y de explotación de los recursos minerales concedidos, siempre con las limitaciones que establezca su título y siempre sujeto al cumplimiento previo de los requisitos para obtener las demás autorizaciones que se exijan. En la práctica, el titular de una concesión minera no adquiere de manera automática la facultad de explorar o explotar su concesión minera hasta cumplir los requisitos adicionales que le permitan ejercer tales actividades mineras.
- b. Las exploraciones y las explotaciones mineras están sujetas a la obtención de una certificación ambiental, la que dependerá de los impactos estimados y de las condiciones del área a impactar. Al momento de gestionarse las certificaciones ambientales para las exploraciones en el proyecto Santa Ana todas ellas requerían de un pronunciamiento expreso de la autoridad antes del inicio de las exploraciones.
- c. Un requisito indispensable para el inicio de las exploraciones era el haber obtenido los derechos suficientes para utilizar la superficie para esos efectos. Para el inicio de labores de construcción de instalaciones para la explotación y tratamiento de minerales se requiere haber obtenido previa y formalmente los derechos de uso sobre el total de la superficie en la que se instalarán los distintos componentes de proyecto. La falta de derechos superficiales impide la aprobación de un significativo número de autorizaciones. Hasta donde he podido apreciar, Bear Creek nunca obtuvo los derechos superficiales para la construcción y explotación de minerales en el proyecto Santa Ana.
- d. De acuerdo a información brindada por Bear Creek las propietarias de las tierras en las que se ubica el emplazamiento del proyecto Santa Ana son tres comunidades (Concepción de Ingenio, Ancomarca y Challacollo) y la parcialidad Cóndor de Ancocahua (que se desmiembra de la comunidad de Challacollo), así como la Junta Vecinal de Huacullani. Además, hay no menos de 94 poseedores sobre las 351 hectáreas del área del emplazamiento del proyecto Santa Ana. Sobre todas estas tierras se requerían los derechos superficiales, y el estado de las negociaciones con ellas se encontraban en un estado de tratativas iniciales al momento en que se ingresa el EIA para aprobación. Bear Creek ha presentado un documento en el que aparece que ha negociado un acuerdo con la Comunidad Campesina Concepción de Ingenio para la adquisición de parte de sus tierras, pero el mencionado documento no muestra que hubiera concretado ese acuerdo. Lo

que no admite duda, por propia declaración de Bear Creek, es que no había llegado a ningún acuerdo con ninguna de las otras personas propietarias o poseedoras de los demás derechos superficiales que necesitaba para iniciar los trámites de otros permisos de construcción.

- e. Para el inicio de labores de construcción de instalaciones para la explotación y tratamiento de minerales y demás componentes del proyecto se requiere necesariamente la aprobación previa y expresa de un estudio ambiental. En el caso del proyecto Santa Ana el estudio ambiental pertinente es el Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Sin la aprobación del EIA no puede realizarse ninguna obra en el proyecto Santa Ana. Luego de revisar el documento conteniendo el EIA, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) le encontró 157 observaciones. A su vez, el Ministerio de Agricultura (MINAM) levantó otras 39 observaciones. Y como parte del proceso de participación ciudadana la población compartió con el MINEM cuatro documentos con sus propias preocupaciones. Bear Creek debía absolver 196 observaciones de las autoridades sectoriales (MINEM y MINAM) para que su EIA fuese aprobado. Luego de revisar las respuestas con las que Bear Creek pretendía levantar estas observaciones creo muy probable que hubieran subsistido algunas de ellas sin absolver para las autoridades sectoriales
- f. De acuerdo a la información de los componentes y procesos del proyecto Santa Ana que se desprende del EIA sometido a aprobación a la autoridad para el proyecto Santa Ana, el número de autorizaciones pendientes para que Bear Creek inicie las obras de construcción, y luego opere la mina, planta y demás instalaciones complementarias, era considerable, y en no pocos casos su trámite era complejo y dilatado. En ningún caso puede considerarse que las aprobaciones de estas autorizaciones adicionales sería automática. En la medida que Bear Creek no había recibido la aprobación de su EIA, no había adquirido los derechos superficiales requeridos y le faltaban algunos permisos adicionales para poder iniciar las obras de construcción de las instalaciones del proyecto Santa Ana opino que no se habían dado las condiciones para que Bear Creek cumpla con los plazos que se planteó para la construcción e inicio de operaciones extractivas.
- g. Para iniciar la evaluación del EIA se requiere previamente que se cumpla con un proceso de participación ciudadana. Bear Creek sometió para conformidad su Plan de Participación Ciudadana (PPC). La conformidad al PPC por parte de la autoridad no constituye una manifestación de aprobación acerca de las actuaciones de Bear Creek en su interrelación con las comunidades de su área de influencia ni refleja la inexistencia de eventuales conflictos sociales en la zona.

Esta opinión se basa en mi experiencia profesional, y certifico que su contenido está de acuerdo con mi leal saber y entender.



Luis Rodríguez-Mariátegui Canny

31 / MARZO / 2016

Fecha