

Segundo Dictamen Pericial

Hans A. Flury

25 de mayo de 2016

Índice

I.	DEL AUTOR DEL INFORME.....	3
II.	INTRODUCCIÓN	4
III.	MECANISMOS USADOS POR INVERSIONISTAS EXTRANJEROS PARA ACCEDER A CONCESIONES MINERAS EN ZONAS DE FRONTERA.....	5
3.1	Los Requisitos para la adquisición de una Concesión Minera en Zona de Frontera por Extranjeros	5
3.2	La adquisición de una Concesión Minera	5
3.3	Los ejemplos presentados por el doctor Rodríguez-Mariátegui	8
3.4	Comentarios a los casos propuestos por Bear Creek	9
IV.	EL CASO DE BEAR CREEK.....	15
4.1	Bear Creek fue transparente en su actuar frente a la autoridad minera.	15
4.2	La estructura contractual empleada por Bear Creek para la adquisición del Proyecto Santa Ana	16
V.	CONCLUSIONES	17
VI.	DECLARACIONES.....	18

I. DEL AUTOR DEL INFORME

1. Mi nombre es Hans Albert Flury Royle y tengo casi cuarenta años de experiencia profesional como abogado en el Perú. Desde el inicio de mi carrera profesional he estado vinculado a la industria minera peruana. En 1972 ingresé a trabajar para la sucursal en el Perú de Southern Perú Copper Corporation, una corporación constituida en el año 1952 conforme a las Ley de Sociedades Mercantiles del Estado de Delaware, EEUU. La sucursal es conocida como "SPCC". He ocupado varias posiciones legales en la organización, llegando a ocupar desde 1989 la más alta posición corporativa en el ámbito jurídico de la empresa, la de Vicepresidente Legal como funcionario ejecutivo de la corporación. Desarrollé estas funciones, bajo el título de Director Legal, y también el cargo de Secretario del Directorio de la misma empresa minera, hoy denominada Southern Copper Corporation ("SCC" o la "Corporación"), hasta el 30 de abril de 2016. Todas estas funciones las he desarrollado desde la ciudad de Lima, Perú, sede administrativa de SCC y la Corporación.

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

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

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

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

También he participado en la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas ("CONFIEP"), como Primer Vicepresidente (2003) y Segundo Vicepresidente del Consejo Directivo (2011-2012); y soy miembro del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.

6. Actualmente desempeño mis actividades como abogado independiente en la firma Amprimo & Flury, Abogados.

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

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

II. INTRODUCCIÓN

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

10. Se me ha solicitado una opinión en condición de experto en el sector y en la legislación minera del Perú respecto de la adquisición de concesiones mineras por parte de inversionistas extranjeros y, en particular, sobre la adquisición por Bear Creek de las concesiones mineras del proyecto Santa Ana. Los abogados de Bear Creek me han solicitado que en este informe me refiera específicamente a las opiniones sobre estos temas contenidas en el Segundo Informe de Experto del doctor Luis Rodríguez-Mariátegui (el "Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui")¹, experto del Estado.

11. En la Sección III siguiente me referiré a los mecanismos utilizados por inversionistas extranjeros para acceder a concesiones mineras en zonas de frontera. A continuación, en la Sección IV, analizaré el caso específico de Bear Creek y finalmente, en la Sección V resumiré las principales conclusiones de este Segundo Dictamen Pericial. Para mayor detalle, me remito a mi Primer Dictamen Pericial del 5 de enero de 2016 (el "Primer Dictamen").

¹ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui (REX-009).

III. MECANISMOS USADOS POR INVERSIONISTAS EXTRANJEROS PARA ACCEDER A CONCESIONES MINERAS EN ZONAS DE FRONTERA

3.1 Los Requisitos para la adquisición de una Concesión Minera en Zona de Frontera por Extranjeros

12. En mi Primer Dictamen Pericial, señalé que toda persona natural o jurídica extranjera tiene el derecho de adquirir una o más concesiones mineras en el territorio de la República del Perú. Pero para que un extranjero pueda hacerlo en las zonas de frontera, como se explicó en la Sección 3.4 de dicho Primer Dictamen, es necesario obtener una autorización mediante decreto supremo.²

13. Efectivamente, la Constitución Política del Perú de 1993 (la "Constitución") establece como requisito especial que los extranjeros, para tener propiedad en las zonas de frontera, cuenten con una autorización expresa otorgada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros para "adquirir o poseer, por cualquier título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía directa o indirectamente".³ El decreto supremo será firmado por el Presidente de la República conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁴ y al artículo 118 de la Constitución.⁵ Las condiciones y el procedimiento que deben cumplirse para obtener la autorización que se otorga mediante decreto supremo se encuentran contenidas en el artículo 71 de la Constitución; el Decreto Legislativo No. 757⁶, su reglamento⁷, y el Procedimiento No. 53 del Texto Único de Procedimientos Administrativos ("TUPA") del Ministerio de Energía y Minas⁸.

3.2 La adquisición de una Concesión Minera

14. Señalé en mi Primer Dictamen que, en la práctica, para acceder a concesiones mineras en zonas de frontera, los extranjeros pueden optar por una de las siguientes alternativas ambas válidas bajo Derecho peruano: (i) mediante el petitorio minero que es

² Primer Dictamen, párrafo 31 y siguientes.

³ Artículo 71 de la Constitución (**C-0024**).

⁴ Artículo 8.2.e. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley No. 29158 del 20 de diciembre de 2007 (**R-103**).

⁵ Artículo 118 de la Constitución (**C-0024**).

⁶ Artículo 13 de la Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, Decreto Legislativo No. 757 del 13 de noviembre de 1991 (**BULLARD 004**).

⁷ Artículo 32 del Reglamento de los regímenes de garantía a la inversión privada, Decreto Supremo No. 162-92-EF del 12 de octubre de 1992, (**BULLARD 023**).

⁸ Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas aprobado mediante Decreto Supremo No. 038-2014-EM (**FLURY 040**).

formulado directamente por el mismo inversionista extranjero al Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (el "INGEMMET") siguiendo el trámite correspondiente; o, (ii) mediante algún mecanismo contractual previsto en la legislación nacional a través del cual un peruano adquiere la concesión minera y luego, el extranjero podrá adquirirla a través de los mecanismos contractuales que la ley franquea.⁹

15. Bajo cualquiera de estas dos modalidades, el inversionista extranjero estará obligado a tramitar y obtener el decreto supremo que lo autorice a la adquisición de la concesión minera, cumpliendo con ello con la condición establecida en el artículo 71° de la Constitución.¹⁰

16. En su Segundo Informe, el doctor Rodríguez-Mariátegui da a entender que un inversionista extranjero solamente puede obtener derechos mineros en zonas de frontera respecto de áreas en las cuales no se haya titulado una concesión minera y no exista un petitorio pendiente; pudiendo entonces formular el petitorio de manera directa ante el INGEMMET, el cual mantendría en suspenso el procedimiento mientras se tramita el decreto supremo.¹¹ Es decir, en buena cuenta se sostiene que la única vía disponible para que un inversionista extranjero adquiera estos derechos mineros (sobre áreas libres), sería la primera alternativa que describí en mi Primer Dictamen. Respetuosamente, estoy en absoluto desacuerdo con esa posición. En mi opinión, ambas vías están permitidas por el ordenamiento jurídico. No existe norma legal que diferencie entre la adquisición de concesiones mineras que ya han sido otorgadas y nuevas concesiones; además, tampoco hay norma que prohíba que un extranjero adquiera una concesión ya otorgada o petitorio en trámite. Lo relevante, jurídicamente hablando, es que el extranjero cumpla con obtener el decreto supremo exigido por el artículo 71 de la Constitución, sea que use la primera opción de presentar su petitorio en forma directa ante el INGEMMET o sea que adquiera el derecho de quien ya es titular de la concesión.

17. El doctor Rodríguez-Mariátegui concluye que: "*En este caso Bear Creek no tenía fundamento para estar preocupado*" de correr el riesgo de levantar el interés de competidores en la zona de proyecto minero Santa Ana, por lo que debería haber formulado los petitorios de las concesiones del Proyecto Santa Ana directamente al INGEMMET.¹² Sin embargo, como mencioné en mi Primer Dictamen, la situación de suspensión que se produce en estos casos genera incertidumbre para el inversionista extranjero por cuanto siempre está latente la posibilidad de que INGEMMET cambie su práctica de suspender el trámite hasta la oportunidad en que el inversionista extranjero acredite contar con el decreto supremo que lo

⁹ Primer Dictamen, párrafo 38.

¹⁰ *Id.*, párrafo 37.

¹¹ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 33 y siguientes.

¹² *Id.* párrafo 23.

autorice a ser titular del derecho minero solicitado y declare el abandono del procedimiento.¹³ Evidentemente, al declarar el abandono del procedimiento, habrá otros mineros que, en su oportunidad, solicitarán dicho petitorio sin haber asumido los costos de evaluación preliminar que sí podría haber asumido el extranjero (lo que en doctrina económica se conoce como *free riders*) basándose en la estrategia de *follow the leader*. Por ello, considero que esta alternativa implica asumir un riesgo alto, en particular ante la posibilidad de que un tercero pueda requerir al INGEMMET que declare concluido el procedimiento sobre la base de lo que establece la Ley del Procedimiento Administrativo General ("LPAG").¹⁴

18. El doctor Rodríguez-Mariátegui se refiere a un informe de la Dirección General de Concesiones Mineras (Informe No. 6788-2003-INACC-DGCM-UL del 21 de agosto de 2003, el "Informe")¹⁵. Este Informe confirma lo que indiqué en mi Primer Dictamen¹⁶, respecto al riesgo de aplicación del Artículo 191 de la LPAG que pondría fin al procedimiento administrativo de titulación iniciado con un petitorio.¹⁷ Dicho Informe establece expresamente que tal disposición legal es aplicable.¹⁸ Es más, sobre la base de dicha disposición legal y en atención a principios generales aplicables a los procedimientos administrativos (a los cuales también me referí en mi Primer Dictamen),¹⁹ recomienda hacer un requerimiento de presentar copia del Libro de Matrícula de Acciones de la Empresa que permita constatar la composición actual del accionariado o que no hubo variación desde su constitución a la empresa extranjera peticionaria bajo apercibimiento de declarar el abandono de su petitorio minero. Si bien el requerimiento no se refería al decreto supremo autoritativo, este Informe demuestra la aplicabilidad de las normas y principios a los cuales me referí en el contexto del procedimiento administrativo de titulación, es decir, que la LPAG es norma obligatoria y aplicable a todo procedimiento administrativo. En mi opinión, el riesgo de que esas mismas disposiciones legales sean aplicadas para declarar en abandono un procedimiento ante el paso del tiempo sin el otorgamiento de un decreto supremo autoritativo no puede descartarse. Ello pues, en mi opinión, primaría un eventual requerimiento de un tercero basado en una norma de rango legal, como es la LPAG, frente a una práctica del INGEMMET

¹³ Primer Dictamen, párrafo 42.

¹⁴ *Id.* párrafos 42, 46-47.

¹⁵ Informe (R-279).

¹⁶ Primer Dictamen, párrafo 42.

¹⁷ Artículo 191 de la LPAG: "En los procedimientos iniciados a solicitud de parte, cuando el administrado incumpla algún trámite que le hubiera sido requerido que produzca su paralización por treinta días, la autoridad de oficio o a solicitud del administrado declarará el abandono del procedimiento. Dicha resolución deberá ser notificada y contra ella procederán los recursos administrativos pertinentes." (BULLARD 005)

¹⁸ Informe: "...tratándose los petitorios mineros de procedimientos iniciados a solicitud de parte, resulta de aplicación el artículo 191 de la Ley No. 2744, Ley del Procedimiento Administrativo General..." (R-279)

¹⁹ Primer Dictamen, párrafo 47.

(aunque esta práctica tenga sustento solo en normas de rango reglamentario). De hecho, en mi experiencia este es un riesgo que las empresas extranjeras perciben, y ello genera que muchos inversionistas estructuren la adquisición de derechos mineros en zonas de frontera mediante mecanismos alternativos que recomiendan sus abogados peruanos; mecanismos jurídicos que son totalmente válidos, pues controlan una contingencia muy sensible; toda vez que, desde la óptica legal, la empresa minera extranjera no adquiere la concesión minera sino hasta después de la expedición del decreto supremo autoritativo.

3.3 Los ejemplos presentados por el doctor Rodríguez-Mariátegui

19. El doctor Rodríguez-Mariátegui presenta siete casos en los cuales según él: “...las empresas extranjeras actuaron correctamente”,²⁰ por cuanto “... 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.”²¹ Los ejemplos presentados por el doctor Rodríguez-Mariátegui, confirman la existencia de la práctica que describí en mi Primer Dictamen, según la cual, INGEMMET suspende el trámite de otorgamiento de concesión minera hasta que el inversionista extranjero acredite contar con el decreto supremo que lo autorice a ser titular del derecho minero que solicita.²² Con todo respeto por mi colega el doctor Rodríguez-Mariátegui, estimo que en su dictamen hay un error conceptual, que se patentiza cuando hace referencia a lo que denomina “*adquisición indirecta*”. En efecto, el contrato de opción -como lo precisa de manera exhaustiva y uniforme tanto la doctrina civil nacional como extranjera- no es una adquisición indirecta. En un contrato de opción no se tiene la propiedad sino hasta que se ejerce la opción y ésta se ejerce, como en caso de Bear Creek, luego de la autorización gubernamental para tener propiedad en zona de frontera. Antes del ejercicio de la opción, no existe propiedad, ni directa ni indirecta; solo existe, eso sí, una expectativa de adquirir un futuro derecho de propiedad.

20. El doctor Rodríguez-Mariátegui se basa en estos ejemplos para sostener que “no existía el riesgo que temía Bear Creek”.²³ En mi opinión esa conclusión es equivocada. Los ejemplos demuestran únicamente que algunas empresas (solo siete, para ser exactos) estuvieron dispuestas a asumir ese riesgo. Las razones pueden ser diversas.

21. Reafirmo mi opinión de que la estrategia desplegada por las empresas extranjeras en estos siete casos es una de las posibilidades que se tienen para adquirir las concesiones mineras en zonas de frontera. Sin embargo, no es la única, pues, como expliqué en mi Primer

²⁰ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 59 (REX-009).

²¹ *Íd.* párrafo 58.

²² Primer Dictamen, párrafos 40 y siguientes.

²³ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 58 (REX-009).

Dictamen, la alternativa empleada por Bear Creek es igualmente legal y consistente con la práctica en la industria minera en el Perú.²⁴

3.4 Comentarios a los casos propuestos por Bear Creek

22. Adicionalmente a los siete ejemplos mencionados en la Sección 3.3 anterior, el doctor Rodríguez-Mariátegui se refiere a cuatro ejemplos que Bear Creek ha presentado en este caso.²⁵ En dos de estos casos se emitieron los decretos supremos autoritativos, declarando la necesidad pública luego de que el inversionista extranjero ya había adquirido los derechos mineros.²⁶ En los otros dos, Bear Creek afirma que la autoridad competente emitió decretos supremos en similares circunstancias a la adquisición de Bear Creek a las concesiones mineras de Santa Ana.²⁷ En mi opinión, estos cuatro casos validan clara e inobjetablemente la posición que he sostenido, pues reflejan que existen varios posibles mecanismos para la adquisición de derechos mineros en zonas de frontera, todos ellos legales y legítimos.

23. A continuación, me referiré a cada uno de los ejemplos propuestos por Bear Creek.

24. Primer Ejemplo²⁸ (Decreto Supremo No. 024-2008-DE)²⁹: En este caso el inversionista extranjero (Xiamen Zijin Tongguan Investment and Development Co., Ltd) obtuvo la declaración de interés público mediante decreto supremo cuando ya era propietario indirecto (a través una estructura corporativa que incluía sociedades intermedias) de los derechos mineros asociados al Proyecto Minero Río Blanco los cuales se encontraban dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Ecuador.³⁰ Esta adquisición era de conocimiento público, y específicamente era conocida por el Estado.³¹

25. Este caso demuestra que mediante un decreto supremo autoritativo se puede aprobar una adquisición que, incluso, ya tuvo lugar. Es claro que el inversionista de nacionalidad china había adquirido derechos mineros en zona de frontera y el Estado tuvo pleno conocimiento de ello, no tuvo inconveniente en expedir el decreto supremo correspondiente.³²

²⁴ Primer Dictamen, párrafos 48-52.

²⁵ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafos 43-57 (REX-009).

²⁶ Memorial de Réplica en los Méritos y Contestación de Jurisdicción, párrafos 47-59.

²⁷ *Id.* párrafos 60-65.

²⁸ *Id.* párrafos 47-53.

²⁹ Decreto Supremo No. 024-2008-DE (C-0204).

³⁰ Reporte Anual del 2007 de Monterrico Metals Plc's, página 54 (C-0205) y Decreto Supremo No. 024-2008-DE (C-0204).

³¹ Informe de Prensa del Consorcio Xiamen Zijin Tongguan Investment and Development Co., Ltd del 11 de junio de 2007 (C-0207).

³² *Id.*

En ese sentido, la circunstancia antes mencionada no fue impedimento alguno para que se otorgue el derecho supremo autoritativo. Este caso demuestra la absoluta legalidad -y práctica usual- la posición de Bear Creek, pues el Estado peruano, emitió el decreto supremo a una compañía extranjera que -inclusive- ya tenía la propiedad de la concesión minera (indirecta, pero ya la tenía al fin y al cabo)..

26. El doctor Rodríguez-Mariátegui indica que “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”³³. Discrepo de esa interpretación por varias razones. Primero, ello no se desprende del texto constitucional.³⁴ Segundo, ejemplos como el ya expuesto demuestran que la interpretación legal del Poder Ejecutivo de esta disposición en los hechos es distinta a la supuesta “intención subyacente” a la que se refiere el doctor Rodríguez-Mariátegui, emitiendo una autorización posterior a la adquisición. Tercero, las normas que establecen limitaciones a derechos deben ser interpretadas en forma restrictiva, siendo que la interpretación del doctor Rodríguez-Mariátegui es extensiva.

27. El hecho de que la transferencia de las concesiones mineras haya sido consecuencia de una venta forzada³⁵ o que haya existido una declaratoria de necesidad pública emitida antes en favor de otro inversionista extranjero referida al mismo proyecto³⁶, como se menciona, no son relevantes, pues igual es necesaria la emisión del decreto supremo autoritativo.

28. Primero, el Ministerio de Energía y Minas debe emitir una declaración de necesidad pública sea cual fuere la modalidad a través de la cual se produce la adquisición por parte del inversionista extranjero.³⁷ No existe ninguna disposición específica que se refiera a ciertas modalidades de adquisición y establezca reglas distintas para una u otra modalidad.

29. Segundo, la declaración de necesidad pública es específica para cada inversionista extranjero. De hecho, así lo establecen expresamente los decretos supremos autoritativos de

³³ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 22 (REX-009).

³⁴ Artículo 71 de la Constitución (C-0024).

³⁵ El Reporte Anual del 2007 de Monterrico Metals Plc's, indica que el Consorcio Zijin se convirtió en propietario de Monterrico Metals Plc's en abril de 2007 como resultado de una venta forzada. Reporte Anual del 2007 de Monterrico Metals Plc's, página 1 (C-0205). Memorial de Dúplica de los Méritos y Réplica de Jurisdicción, párrafo 87 y Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 49 (REX-009).

³⁶ Memorial de Dúplica de los Méritos y Réplica de Jurisdicción, párrafos 86-87 y Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafos 46-47 (REX-009).

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

manera consistente. Así, el propio decreto autoritativo obtenido por el anterior propietario en este primer ejemplo, establecía expresamente como es usual en este tipo de decretos, que para transferir los derechos mineros referidos en este decreto a otro extranjero era necesario un nuevo decreto autoritativo.³⁸

30. Segundo Ejemplo³⁹ (**Decreto Supremo No. 021-2003-EM**)⁴⁰: Este caso es muy similar al anterior. Minera IMP-Perú S.A.C., una empresa constituida en el Perú de accionistas extranjeros (IMPESA Resources BVI Inc.), obtuvo la declaración de necesidad pública mediante decreto supremo cuando ya era titular de ciertas concesiones mineras ubicadas dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera (comprendidas en el Proyecto Río Tabaconas).⁴¹ Se demuestra nuevamente que no era inusual que el Estado emita un decreto supremo autoritativo cuando la adquisición por parte del extranjero ya había ocurrido.

31. Adicionalmente, en este caso se presenta la participación de la doctora Catalina Tomatis Chiappe, reconocida abogada dedicada al derecho minero, quien realiza un petitorio y luego transfiere los derechos mineros a la empresa extranjera (antes de la emisión del decreto supremo autoritativo).⁴² No me cabe duda alguna que los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas conocen, si no personalmente, al menos de nombre y reputación, de esta prestigiosa abogada, especialista en asuntos mineros, puesto que ella ha realizado una brillante carrera en este sector, habiendo sido asesora del despacho ministerial y otras instancias del Ministerio de Energía y Minas, además de haberse desempeñado como miembro del Consejo de Minería (máximo órgano de la jurisdicción administrativa minera) que depende funcionalmente del antes señalado ministerio. Ningún acto realizado para este fin es ilegal o punible, por cuanto se trata de procesos que se ejecutan desde siempre en beneficio del país y del desarrollo minero que a muchos interesa. En mi opinión, es muy común que abogados formulen petitorios a pedido de sus clientes para luego transferir las concesiones obtenidas, al igual que es normal que los abogados constituyan sociedades por encargo de sus clientes. Como expliqué en mi Primer Dictamen, esto es frecuente tanto en zonas de frontera como en otras áreas del país.⁴³

³⁸ Artículo 4 del Decreto Supremo No. 022-2003-EM: "La adquisición de los bienes a que se refiere el presente Decreto Supremo o la transferencia de la posesión o propiedad de dichos bienes a otros inversionistas extranjeros que no cuentan con la correspondiente autorización, serán sancionadas con la pérdida para el inversionista del derecho adquirido, en beneficio del Estado conforme a lo prescrito en el artículo de la Constitución Política del Perú." (**R-281**).

³⁹ Memorial de Réplica en los Méritos y Contestación de Jurisdicción, párrafos 54-59.

⁴⁰ Decreto Supremo No. 021-2003-EM (**C-0211**).

⁴¹ Expediente Único de la Concesión "Don Jose" No. 01-01751-00, páginas 31-33 y 39-40 (**C-0212**); Título Archivado del Asiento No. 8 de la Ficha Registral No. 11564463 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima, páginas 4-5 (**C-0213**) y Decreto Supremo No. 021-2003-EM (**C-0211**).

⁴² Expediente Único de la Concesión "Don Jose" No. 01-01751-00, páginas 39-40 (**C-0212**).

⁴³ Primer Dictamen, párrafo 51.

32. Al respecto, el doctor Rodríguez-Mariátegui señala que los funcionarios encargados de realizar el trámite no tendrían necesariamente que haber conocido la relación entre la doctora Tomatis y la empresa extranjera.⁴⁴ En mi experiencia, no es usual que los abogados se dediquen al negocio minero por cuenta propia y, por tanto, cuando un abogado minero formula un petitorio en área de frontera, es común que lo realice a pedido de algún cliente. Ello ocurre con mucha frecuencia y es totalmente legal. En todo caso, esta relación abogado-cliente es irrelevante, pues lo importante consiste en, como lo expresé, si se cuenta o no con el decreto supremo autoritativo.⁴⁵

33. El hecho de que los derechos mineros hayan caducado años después (lo que normalmente es producto de una decisión del titular de dejar de pagar el derecho de vigencia por haber perdido interés en el área)⁴⁶ y, por tanto, no se encuentren hoy vigentes, no afecta mi análisis.

34. Tercer Ejemplo⁴⁷ (**Decreto Supremo No. 041-94-EM**)⁴⁸: En este caso el doctor Hugo Forno, otro reconocido abogado corporativo peruano que tenía una relación cercana con Compañía Minas Ubinas S.A. ("CMU")⁴⁹, una empresa constituida en el Perú cuyo accionista era Colorrobia Holding S.P.A. una sociedad italiana, adquirió a título personal concesiones mineras que se encontraban dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera.⁵⁰ Luego las transfirió a CMU, una vez que esta empresa había obtenido la declaración de necesidad pública mediante decreto supremo para adquirir tales derechos mineros.⁵¹

35. En mi opinión, la estructura legal usada por este inversionista extranjero es similar a la utilizada por Bear Creek para adquirir el Proyecto Santa Ana. Ambas se enmarcan en la

⁴⁴ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 50 (**REX-009**).

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.* párrafo 51.

⁴⁷ Memorial de Réplica en los Méritos y Contestación de Jurisdicción, párrafos 60-61.

⁴⁸ Decreto Supremo No. 041-94-EM (**C-0217**).

⁴⁹ Fue accionista y gerente general de CMU y, a su vez, representante de sus accionistas. Ver Título Archivado del Asiento No. 1 de la Ficha Registral No. 01186245 del Registro Público de Personas Jurídicas de Arequipa, página 10 (**C-0218**) y Ficha Registral No. 02002531 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima, páginas 1-2 (**C-0219**). Según el Artículo 2012 del Código Civil, el contenido de los registros públicos se presume conocido por todos (sin admitirse prueba en contrario), incluyendo a los funcionarios del Estado (**C-0198**).

⁵⁰ Expediente Único de la Concesión "La Solución" No. 14003327x01, páginas 85-92. (**C-0221**).

⁵¹ Expediente Único de la Concesión "La Solución" No. 14003327x01, páginas 114-117 (**C-0221**) y artículo 4 del Decreto Supremo No. 041-94-EM (**C-0217**).

segunda alternativa que describí en mi Primer Dictamen, la cual consiste en asegurarse, a través de mecanismos contractuales, que se podrá obtener en el futuro la titularidad de la concesión minera una vez tramitada la autorización ante el Ministerio de Energía y Minas; evitando de esta forma la sensible contingencia ya expresada líneas arriba.⁵²

36. En ambos casos un ciudadano peruano tuvo la titularidad de los derechos mineros mientras el inversionista tramitaba la declaración de necesidad pública. Una vez otorgado el decreto supremo, se transfirió la titularidad de las concesiones mineras.

37. En opinión del doctor Rodríguez-Mariátegui este caso no es comparable con el de Bear Creek porque las concesiones mineras adquiridas por el doctor Forno tenían un propietario, es decir ya estaban tituladas, y no se trataba de áreas de libre disponibilidad.⁵³ En mi opinión, esta distinción no es relevante, pues ya que el artículo 71 de la Constitución no distingue entre derechos mineros que se adquieren (i) de terceros que fueron los peticionarios originales, (ii) de terceros que los adquirieron a su vez de otro tercero, o (iii) solicitándolos de manera directa al Estado mediante un petitorio.⁵⁴ En cualquiera de los supuestos en que nos encontremos, lo importante es que se requiere un decreto supremo autoritativo; y, en la práctica debido a las razones ya expresadas, se suelen usar el mismo tipo de estructuras para adquirir derechos mineros en cualquiera de estas situaciones. Repito, lo relevante es que se expida el decreto supremo, no es relevante la estructuración legal a través de la cual la compañía minera adquiere la concesión minera.

38. Adicionalmente, el doctor Rodríguez-Mariátegui señala que en el caso de CMU no se ha demostrado la existencia del acuerdo entre CMU y el doctor Forno para la adquisición de las concesiones ni que el Estado tenía conocimiento al respecto.⁵⁵ Como expliqué anteriormente, en mi experiencia y sobre la base de la información mencionada por Bear Creek,⁵⁶ parece innegable que existió algún acuerdo de este tipo entre el doctor Forno y la empresa extranjera (como suele ocurrir entre cliente y abogado; y el acuerdo podría incluso ser oral y no escrito). Nuevamente, ello no es relevante, pues nos encontramos ante un mecanismo jurídico totalmente legal y por lo mismo es natural que no haya sido cuestionado por las autoridades competentes.

⁵² Primer Dictamen, párrafos 48-52.

⁵³ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 53 (REX-009).

⁵⁴ Artículo 71 de la Constitución (C-0024).

⁵⁵ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 53 (REX-009).

⁵⁶ Memorial de Réplica en los Méritos y Contestación de Jurisdicción, párrafos 60-61. Ver, Decreto Supremo No. 041-94-EM (C-0217), Título Archivado del Asiento No. 1' de la Ficha Registral No. 01186245 del Registro Público de Personas Jurídicas de Arequipa, página 10 (C-0218) y Ficha Registral No. 02002531 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima, página 1-2 (C-0219).

39. Al igual que en el caso anterior, el hecho de que los derechos mineros hayan caducado años después (ante la falta de pago del derecho de vigencia por su titular)⁵⁷ y, por tanto, no se encuentren hoy vigentes, no afecta mi análisis.

40. Cuarto Ejemplo⁵⁸ (**Decreto Supremo No. 013-97-EM**)⁵⁹: En este caso la Empresa Minera Coripacha S.A. ("EMC") fue constituida por tres abogados peruanos integrantes del Estudio Rubio, Leguía & Normand, un reconocido estudio de abogados peruano con una de las prácticas mineras más prestigiosas en el país (el "Estudio Rubio").⁶⁰ EMC petitionó y obtuvo 18 concesiones mineras dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera.⁶¹ Posteriormente, Río Blanco Exploration LLC, obtuvo la declaración de necesidad pública mediante decreto supremo y luego le fueron transferidas las acciones de EMC.⁶²

41. Al igual que en el caso anterior, el doctor Rodríguez-Mariátegui ha señalado que este caso tampoco es comparable con el de Bear Creek. Indica que en este caso tampoco se ha probado la existencia del acuerdo previo entre los abogados del Estudio Rubio y Río Blanco US para la adquisición de las concesiones⁶³; ni que los funcionarios públicos tuvieran conocimiento de esta relación.⁶⁴ Eso, como ya lo precisé, no es lo relevante.

42. En mi opinión este ejemplo, junto con el anterior referido al caso de CMU, reafirman que este tipo de práctica es usual en la industria minera peruana; que ella no es ilegal ni menos prohibida. La información relativa a la relación entre las empresas extranjeras y los abogados saltaba a la vista y en todo caso era fácilmente accesible por la autoridad correspondiente. Sin embargo, los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas no estaban

⁵⁷ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 54 (**REX-009**).

⁵⁸ Memorial de Réplica en los Méritos y Contestación de Jurisdicción, párrafos 62-64.

⁵⁹ Decreto Supremo No. 013-97-EM (**R-283**).

⁶⁰ Título Archivado del Asiento No. 1 de la Ficha Registral No. 02021527 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima, páginas 6-7 (**C-0222**).

⁶¹ Expediente Único de la Concesión "Mojica 1" No. 01-02296-93 páginas 2-11 y 35-36; "Mojica 2" No. 01-02297-93 páginas 2-11 y 36-37; "Mojica 3" No. 01-02298-93 páginas 2-11 y 34-35; "Mojica 4" No. 01-02299-93 páginas 2-11 y 35-36; "Mojica 9" No. 01-02304-93 páginas 2-10 y 34-35; "Mojica 10" No. 01-00793-95 páginas 2-11 y 32-34; "Mojica 11" No. 01-00792-95 páginas 2-12 y 53-55; "Mojica 12" No. 01-07757-95 páginas 2-10 y 26-28; "Mojica 13" No. 01-08578-95 páginas 2-13 y 31-33; "Mojihua 1" No. 01-02424-93 páginas 2-12 y 35-36; "Mojihua 2" No. 01-02425-93 páginas 2-8 y 35-36; "Mojihua 3" No. 01-02426-93 páginas 2-8 y 34-35; "Mojihua 4" No. 01-02427-93 páginas 2-8 y 35-36; "Mojihua 5" No. 01-02428-93 páginas 2-8 y 35-36; "Mojihua 6" No. 01-02429-93 páginas 2-8 y 35-36 (**C-0224**).

⁶² Título Archivado del Asiento No. 0010 de la Ficha Registral No. 02021527 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima, página 5 (**C-0228**).

⁶³ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 56 (**REX-009**).

⁶⁴ Segundo Informe de Luis Rodríguez-Mariátegui, párrafos 55-57 (**REX-009**).

preocupados por tener muchos detalles al respecto pues no hay ninguna ilegalidad en este tipo de operación.

IV. EL CASO DE BEAR CREEK

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

43. Bear Creek es una compañía canadiense, por lo que en su calidad de extranjero debía obtener la autorización del Estado peruano, emitida a través de un decreto supremo, para poder adquirir propiedades dentro de los 50 kilómetros de la frontera.⁶⁵ Esta autorización fue otorgada para las concesiones vinculadas al Proyecto Santa Ana, ubicadas en Puno, a través del Decreto Supremo No. 083-2007-EM.⁶⁶

44. En el proceso ante el Ministerio de Energía y Minas, desde la solicitud inicial hasta la obtención del decreto supremo autoritativo, Bear Creek reveló la existencia de los contratos de opción con doña Jenny Karina Villavicencio Gardini ("Sra. Villavicencio"), sin ocultar ni disfrazar la relación entre las partes. Incluso incluyó entre los documentos proporcionados al ministerio copia de los poderes bancarios otorgados por Bear Creek en favor de la Sra. Villavicencio, una indicación de la existencia de una relación de confianza entre las partes.⁶⁷ Es decir, el Estado peruano no puede mostrarse "sorprendido" por Bear Creek.

45. En sintonía con lo señalado líneas arriba, el contrato de opción minera es una forma no solo legal sino válida y cuya utilización es muy común en el Perú. Se puede utilizar para lograr la adquisición de derechos mineros en el futuro inclusive respecto de derechos mineros ubicados en zonas de frontera. De esta forma, se busca una protección frente a los riesgos que he descrito en los párrafos 45, 46 y 49 de mi Primer Dictamen. Y el contrato de opción minera no solo se usa para adquirir a futuro derechos mineros en zona de frontera, sino que se usa en general en todo tipo de operaciones donde el comprador está interesado en la mina, pero que, por diversas razones, no puede o no le conviene efectuar la compra de inmediato.

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

⁶⁵ Artículo 71 de la Constitución (C-0024).

⁶⁶ Decreto Supremo No. 083-2007-EM (C-004).

⁶⁷ Ver Solicitud para adquirir derechos mineros ubicados en zona de frontera presentada por Bear Creek ante el Ministerio de Energía y Minas del 4 de diciembre de 2006 (C-0017).

4.2 La estructura contractual empleada por Bear Creek para la adquisición del Proyecto Santa Ana

47. Bear Creek celebró al amparo de la legislación peruana contratos regulados por la Ley General de Minería, primero el Contrato de Opción por ella que su contraparte se obligaba a transferirle un número determinado de concesiones mineras en la Región de Puno, en la zona de frontera con la república de Bolivia.⁶⁸ Y, una vez emitido a su favor el Decreto Supremo No. 083-2007-EM⁶⁹ que conforme al artículo 71 de la Constitución⁷⁰ lo autoriza a adquirir tales derechos mineros, ejerce su derecho de compra.⁷¹ De esta manera, luego de la publicación del citado decreto supremo, Bear Creek procede a suscribir el "Contrato de Transferencia" para adquirir los derechos mineros⁷². Finalmente, estos contratos se registran en el Registro de Derechos Mineros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.⁷³

48. Esta modalidad de contratación minera es natural y común en la República del Perú, siendo su uso constante en la actividad minera.

49. Es usual y aceptado por las autoridades y la legislación, que los "petitorios" que representan el derecho respecto de una zona determinada que se hayan en proceso de trámite y de titulación como concesión minera, puedan ser objeto de contratación para su transferencia a terceros (en el Perú está garantizada a nivel constitucional la libertad contractual). Históricamente ha sido muy frecuente en el Perú la celebración de contratos, incluyendo contratos de opción y de transferencia, sobre los petitorios (antes llamados "denuncios") con anterioridad a que se otorgue el título de concesión. Tales contratos son perfectamente válidos en tanto que no están prohibidos por ninguna disposición del ordenamiento legal, incluso se encuentra regulada su inscripción provisional en los Registros Públicos pese a que el título minero no ha sido aún otorgado.⁷⁴ No cabe duda alguna que el titular de un petitorio minero tiene un derecho de prioridad sobre el área peticionada y un

⁶⁸ El 17 de noviembre de 2004 y el 5 de setiembre de 2006 se celebraron los contratos de Opción de Transferencia de Derechos Mineros entre la Sra. Villavicencio y Bear Creek (C-0016).

⁶⁹ El 29 de noviembre de 2006 se publicó el Decreto Supremo No 083-2007-EM en el Diario Oficial El Peruano (C-0004).

⁷⁰ Constitución (C-0024).

⁷¹ El 30 de noviembre de 2007, Bear Creek ejerció la opción frente a su contraparte contractual, la Sra. Villavicencio (C-0018).

⁷² El 5 de diciembre de 2007 se celebró la transferencia de Derechos Mineros entre Jenny Karina Villavicencio y Bear Creek (C-0015).

⁷³ Entre el 26 de febrero de 2008 y el 28 de febrero de 2008 se inscribieron en Registros Públicos la transferencia de derechos mineros a favor de Bear Creek (C-0020) (C-0021).

⁷⁴ Artículo 7(b) de la Resolución No. 052-2004-SUNARP-SN (R-145).

derecho expectatio de obtener en el futuro la concesión minera, todo ello dentro de un procedimiento administrativo. Conforme se señala en el Artículo 162 la Ley General de Minería,⁷⁵ los contratos mineros (o los que versen sobre derechos mineros) se rigen por las reglas generales del derecho común, en todo lo que no se oponga a lo establecido en dicha Ley. Y, ciertamente, el derecho común no prohíbe este tipo de contratos; al contrario, en el derecho común (civil) está regulado el contrato de opción.

50. El doctor Rodríguez-Mariátegui opina que el mecanismo contractual empleado por Bear Creek no era el “adecuado”, lo cual es una respetable opinión, mas no el mandato de la ley peruana.⁷⁶ El requisito constitucional es obtener el decreto supremo conforme cumplió en su oportunidad Bear Creek.

V. CONCLUSIONES

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

- (i) El ordenamiento jurídico peruano permite: (a) que el inversionista extranjero solicite el petitorio él mismo de manera directa ante el INGEMMET, o (b) que mediante algún mecanismo contractual previsto en la legislación nacional, como lo es el contrato de opción minera, el inversionista extranjero se asegure que podrá adquirir en un futuro la concesión minera de su interés, siendo indiferente si se trata de derechos mineros ya existentes o de nuevos derechos sobre áreas libres. No existe razón legal que justifique diferenciar entre la adquisición de concesiones mineras que ya han sido otorgadas y nuevas concesiones.
- (ii) Ante una solicitud de abandono del procedimiento de otorgamiento de concesión minera formulada por un tercero al amparo de la LPAG, primaria el requerimiento del tercero frente a la práctica del INGEMMET, porque estaría basado en una norma de rango legal superior. Es decir, debido a la posible declaración de abandono en el procedimiento de adquisición del derecho minero por el exceso de tiempo en la emisión del decreto supremo autoritativo, sí existe un considerable riesgo a la viabilidad de la adquisición del derecho minero.
- (iii) El contrato de opción minera es una forma legal, válida y común en el Perú para en el futuro asegurar la adquisición de derechos mineros.
- (iv) Del expediente se desprende claramente que el Ministerio de Energía y Minas jamás cuestionó la relación entre las partes ni la estructura contractual empleada

⁷⁵ Ley General de Minería, Artículo 162 (**BULLARD 031**).

⁷⁶ Segundo Informe Rodríguez-Mariátegui, párrafo 32 (**REX-009**).

por Bear Creek; tan es así que, se emitió la autorización correspondiente para adquirir concesiones mineras en zona de frontera.

- (v) En el Perú, la celebración de contratos, incluyendo contratos de opción y de transferencia, incluso sobre los petitorios (antes llamados "denuncios") que aún no cuentan con el título de concesión, es muy frecuente. Ello es perfectamente válido en tanto que no están prohibidos por ninguna disposición del ordenamiento legal, incluso se encuentra regulada su inscripción en los Registros Públicos.
- (vi) Por lo señalado, soy de la opinión independiente, que Bear Creek adquirió válidamente sus derechos mineros.

VI. DECLARACIONES

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

53. Adicionalmente a las declaraciones realizadas en mi Primer Dictamen respecto de mi relación pasada y presente con las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral, declaro lo siguiente:

- Como indiqué en mi Primer Dictamen, he formado parte del Directorio de varias empresas mineras. Entre ellas está Rio Cristal Resources Corporation, una empresa constituida en Canadá. Formé parte de su Directorio entre los años 2008 y 2014. Los señores Andrew Swarthout, CEO de Bear Creek y testigo en el arbitraje, y Kevin Krause, CFO de Bear Creek, también formaron parte del Directorio de esa empresa en este periodo.
- El señor Kevin Morano, miembro del Directorio de Bear Creek, fue miembro del Directorio de SCC hasta 1999. Como mencioné en mi Primer Dictamen, en mi calidad de Vicepresidente Legal y luego de Director Legal fui Secretario del Directorio de SCC y, por ello, asistí a sesiones del Directorio. Sin embargo, yo nunca he sido miembro del Directorio de SCC.

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

Lima, 25 de mayo de 2016.



Hans A. Flury