

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
(CIADI)

Latam Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L.
Demandantes,

c.

La República del Perú,
Demandada.

Caso CIADI No. ARB/19/28

**Memorial de Objeciones Jurisdiccionales y
Memorial de Contestación sobre Fondo
de la República del Perú**

9 de febrero de 2021

Arnold & Porter

TABLA DE CONTENIDO

I.	Introducción y resumen ejecutivo	1
A.	Requisito para el desarrollo de actividades de generación eléctrica en el Perú: la Concesión Definitiva.....	4
B.	Promoción de la generación de electricidad con RER.....	5
C.	El Contrato RER de CH Mamacocha	7
1.	CH Mamacocha tenía la obligación de obtener la Concesión Definitiva y demás títulos habilitantes	9
2.	Financiar el Proyecto Mamacocha era obligación exclusiva de las Demandantes	11
3.	Las Demandantes asumieron el riesgo de no alcanzar la Puesta en Operación Comercial.....	13
D.	Las medidas que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes en este arbitraje parten de tergiversaciones y premisas falsas	16
E.	El Tribunal carece de jurisdicción.....	25
F.	Las reclamaciones de las Demandantes carecen de fundamento	26
G.	Las Demandantes no tienen derecho a indemnización	28
II.	Hechos	32
A.	El Proyecto Mamacocha y el Contrato RER.....	32
1.	El Proyecto Mamacocha	32
2.	El marco normativo de los Proyectos RER.....	33
3.	Subastas RER.....	40
4.	Participación de CH Mamacocha en la Tercera Subasta	45
5.	Obligaciones y riesgos asumidos por CH Mamacocha y el MINEM bajo el Contrato RER	50
B.	El Perú le otorgó a CH Mamacocha los permisos requeridos para iniciar la construcción del Proyecto Mamacocha	58

1.	Títulos habilitantes requeridos para las concesiones definitivas	61
2.	Autorización para la Ejecución de Obras	70
C.	Modificación del Cronograma de Ejecución y la extensión de la POC	74
1.	El MINEM aceptó la Primera Solicitud de Extensión de la POC de CH Mamacocha	74
2.	El MINEM aceptó la Segunda Solicitud de Extensión de la POC de CH Mamacocha	79
D.	Las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha generaron cuestionamientos por parte de la comunidad de Ayo	82
1.	El Consejo Regional de Arequipa formó una comisión para investigar las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha	88
2.	Los ciudadanos [REDACTED] presentaron una denuncia ante la Fiscalía Ambiental de Arequipa.....	92
3.	El ciudadano P.J. Begazo presentó una acción de amparo solicitando anular las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha	101
E.	El Perú adoptó acciones de buena fe para resolver la controversia.....	104
1.	Acciones de buena fe adoptadas en respuesta a la Primera Notificación de Intención.....	104
2.	El MINEM suscribió de buena fe las Adendas Nos. 3 a 6 al Contrato RER para facilitar las negociaciones	112
F.	El Perú no podía otorgar a CH Mamacocha una extensión de la POC Real sin modificar el régimen legal vigente.....	120
III.	Precisiones sobre las medidas que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes	130
A.	Las Demandantes son exclusivamente responsables de no haber logrado el Cierre Financiero.....	131
1.	La estructura de financiamiento del Proyecto Mamacocha era manifiestamente inadecuada y riesgosa	132

2.	Lograr el Cierre Financiero era responsabilidad exclusiva de CH Mamacocha	138
B.	Los supuestos retrasos y defectos en la emisión de la Autorización para la Ejecución de Obras no impidió la POC.....	147
1.	Las Demandantes ofrecen una descripción sesgada del trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras	147
2.	Ningún atraso imputable a la Autoridad Administrativa del Agua podía haber impactado la POC	155
C.	La Demanda del Gobierno Regional no era frívola y tampoco impidió la POC	161
1.	La Demanda del Gobierno Regional no impidió la POC.....	162
2.	La Demanda del Gobierno Regional no era frívola	165
3.	Las Demandantes retiraron sus reclamos en relación con la Demanda del Gobierno Regional con base en las acciones de buena fe adoptadas por el Perú en respuesta a la Primera Notificación de Intención.....	171
D.	La investigación y acción penal por parte de la Fiscalía Ambiental de Arequipa es razonable y no constituyó obstáculo a la POC.....	173
E.	CH Mamacocha no tenía derecho a una extensión de la Fecha de Término del Contrato ni de la POC Real.....	189
1.	La POC Real del 31 de diciembre de 2018 era inamovible.....	190
2.	CH Mamacocha no tenía derecho a una ampliación de la POC Real	199
3.	El MINEM tiene derecho a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento bajo la cláusula 8.4 del Contrato RER	212
F.	Tampoco el Arbitraje de Lima impidió que CH Mamacocha llegase a la POC	214
IV.	El Tribunal carece de jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes	219
A.	Principios legales aplicables a la determinación de la jurisdicción del Tribunal.....	219

B.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione voluntatis</i> sobre las reclamaciones basadas en el Tratado porque las Demandantes no han cumplido con el requisito de renuncia establecido en el artículo 10.18(2)(b) del Tratado.....	224
1.	Las Demandantes han presentado y mantienen múltiples actuaciones en contra el Perú, en violación del Requisito de Renuncia.....	226
2.	Las actuaciones que mantienen las Demandantes en contra del Perú involucran disputas que surgen de las mismas medidas gubernamentales	232
C.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione voluntatis</i> sobre ciertas reclamaciones de las Demandantes por incumplimiento con el requisito de notificación y espera (artículo 10.16.2 del Tratado)	235
D.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione materiae</i> dado que el Contrato RER no constituye un Acuerdo de Inversión	240
E.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione materiae</i> respecto de las reclamaciones sobre los proyectos Río Arriba.....	246
1.	El Proyecto Mamacocha y los Proyectos Río Arriba deben ser tratados como “inversiones” separadas	247
2.	Los Proyectos Río Arriba no constituyen una “inversión” bajo el artículo 25 del Convenio CIADI.....	250
3.	Los Proyectos Río Arriba no son una inversión cubierta bajo el Tratado	252
F.	El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione personae</i> porque el Perú no ha atribuido en ningún momento a CH Mamacocha el carácter de “nacional de otro Estado Contratante” de conformidad con el Artículo 25(2) del Convenio CIADI.....	254
1.	La atribución del carácter de “nacional de otro Estado Contratante” debe haber sido inequívoca e indiscutible	255
2.	El Perú nunca atribuyó a CH Mamacocha el carácter de “nacional de otro Estado Contratante”	258
V.	El Perú ha cumplido con sus obligaciones bajo el Tratado.....	263

A.	El Perú ha cumplido con su obligación de otorgar un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo	263
1.	El estándar legal aplicable en este caso es el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario	264
2.	Aplicación del estándar legal a los hechos	297
B.	El Perú no ha expropiado las inversiones de las Demandantes.....	338
1.	El estándar de expropiación bajo derecho internacional	341
2.	Aplicación del estándar legal a los hechos	355
C.	El Perú no violó la cláusula Nación Más Favorecida	374
1.	Estándar Legal de la Cláusula NMF	375
2.	El Perú no violó la cláusula del TBI Perú-Paraguay que las Demandantes intentan (pero no pueden) importar.....	380
3.	El ámbito de las cláusula paraguas invocadas por las Demandantes	385
VI.	El MINEM no incumplió sus obligaciones bajo el Contrato RER ni la ley peruana.....	388
A.	Precisiones sobre el Contrato RER y el régimen legal que se le aplica.....	388
1.	Régimen legal aplicable al Contrato RER.....	388
2.	El Contrato RER no establece ni una asociación público-privada ni un contrato asociativo	392
3.	El MINEM, como Parte en el Contrato RER, no vincula a otras entidades estatales.....	394
B.	El MINEM no violó sus obligaciones bajo el Contrato RER al no otorgar las extensiones solicitadas por CH Mamacocha (y en consecuencia tampoco violó el artículo 1361 del Código Civil)	400
1.	La Fecha de Término del Contrato y la POC Real eran inamovibles	402

2.	CH Mamacocha solo tenía derecho a percibir los Ingresos Garantizados si cumplía con los términos del Contrato RER.....	407
C.	El MINEM no violó la obligación de coadyuvar con la obtención de los permisos.....	408
1.	Alcance de la obligación de coadyuvar establecida en la cláusula 4.3 del Contrato RER.....	409
2.	El MINEM no violó la Cláusula 4.3 del Contrato RER.....	418
D.	El MINEM no violó el Contrato RER al iniciar el Arbitraje de Lima.....	423
1.	El MINEM no violó la cláusula 2.2.1 del Contrato RER.....	424
2.	El MINEM no violó la cláusula 11.3 a) del Contrato RER.....	426
E.	El MINEM no violó el principio de buena fe bajo derecho peruano	428
1.	El alcance del principio de buena fe bajo derecho peruano.....	428
2.	Aplicación del principio de buena fe a las medidas impugnadas.....	429
F.	El MINEM no violó el principio de los actos propios.....	434
1.	El alcance del principio de los actos propios bajo derecho peruano.....	434
2.	Aplicación de la teoría de los actos propios a las medidas impugnadas.....	436
G.	El MINEM no violó el principio de confianza legítima	440
1.	El principio de confianza legítima no aplica en relaciones contractuales entre privados y la administración pública	441
2.	El alcance del principio de confianza legítima bajo derecho peruano.....	442
3.	Aplicación del principio de confianza legítima a las medidas impugnadas.....	444
H.	El Perú no violó sus obligaciones bajo derecho administrativo por supuestos retrasos en responder a solicitudes de CH Mamacocha	455

1.	La Tercera Solicitud de Extensión de la POC no era un procedimiento administrativo y por lo tanto no le aplican los plazos previstos en la LPAG.....	455
2.	Las supuestas violaciones del TUPA por la Autoridad Administrativa del Agua no generan responsabilidad contractual.....	457
I.	El Perú no hizo imposible que CH Mamacocha cumpliera con sus obligaciones bajo el Contrato RER.....	459
VII.	Daños: Las Demandantes no tienen derecho al pago de la indemnización que pretenden	468
A.	Estándares aplicables a la indemnización.....	469
1.	Estándares aplicables a la indemnización bajo el derecho internacional público.....	471
2.	Estándares aplicables a la indemnización por violación de un acuerdo de inversión bajo el Tratado.....	476
3.	Estándares legales aplicables a la indemnización bajo el derecho peruano.....	478
B.	No existe nexo causal entre los daños reclamados y las violaciones alegadas.....	485
1.	La ausencia de financiamiento del Proyecto Mamacocha no es atribuible al Estado.....	489
2.	Las Demandantes no han probado que hubiesen podido cumplir con la POC Real en ausencia de las supuestas medidas del Perú .	492
3.	La Terminación del Contrato RER no frustró el Proyecto Mamacocha	497
C.	Los cálculos de supuestos daños presentados por las Demandantes son infundados y erróneos	498
1.	La Teoría Principal de las Demandantes respecto del valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha es exagerada	499
2.	La Teoría Alternativa de las Demandantes respecto del importe invertido en el Proyecto Mamacocha adolece de deficiencias fundamentales	507

3.	Las Demandantes no tienen derecho las indemnizaciones adicionales que reclaman.....	509
4.	Las Demandantes no tienen derecho al interés pre-laudo que reclaman	511
5.	Las Demandantes no tienen derecho a una indemnización neta de impuestos	516
D.	Las Demandantes no tienen derecho a las costas del proceso	520
E.	Las Demandantes no tienen derecho a intereses compuestos post-laudo.....	521
VIII.	Las peticiones accesorias de las Demandantes son infundadas	523
IX.	Conclusión y petitorio	528

GLOSARIO

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
Acusación Fiscal	La acusación presentada por la Fiscal Ambiental ante el Juez del Quinto Juzgado Especializado de Investigación Preparatoria de Arequipa el 25 de octubre de 2019
Adenda No. 1	Adenda al Contrato RER suscrita el 22 de julio de 2015, mediante la cual se otorgó a CH Mamacocha una extensión de 705 días calendario para la POC Referencial
Adenda No. 2	Adenda al Contrato RER suscrita el 29 de diciembre de 2016, mediante la cual se otorgó a CH Mamacocha una extensión de 393 días calendario para el hito Cierre Financiero y una extensión 449 días calendario para el resto de los hitos del Cronograma de Ejecución
Adenda No. 3	Adenda al Contrato RER suscrita el 8 de septiembre del 2017, mediante la cual se suspendió el Contrato RER hasta el 31 de diciembre del 2017
Adenda No. 4	Adenda al Contrato RER suscrita el 17 de enero del 2018, mediante la cual se suspendió el Contrato RER hasta el 28 de febrero de 2018
Adenda No. 5	Adenda al Contrato RER suscrita el 26 de marzo de 2018, mediante la cual se suspendió el Contrato RER hasta el 30 de junio de 2018 o hasta la culminación de las negociaciones a cargo de la Comisión Espacial
Adenda No. 6	Adenda al Contrato RER suscrita el 23 de julio de 2018, mediante la cual se suspendió el Contrato RER hasta el 30 de septiembre de 2018 o hasta la culminación de las negociaciones a cargo de la Comisión Espacial
Amparo	La acción de amparo presentada el 13 de septiembre de 2016 por el ciudadano P.J. Begazo López ante el Juez Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en contra del Gobierno Regional de Arequipa, el Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa, la Autoridad Regional Ambiental, el MINEM, y el Procurador Público del MINEM

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
Arbitraje de Lima	El arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima iniciado por el MINEM el 27 de diciembre de 2018, en ejercicio de sus derechos bajo la cláusula 11.3 b) del Contrato RER (<i>Lima Arbitration</i>) ¹
Autoridad Administrativa del Agua	La Autoridad Administrativa del Agua de la región Caplina Ocoña (AAA)
Autoridad Nacional del Agua	La Autoridad Nacional del Agua del Ministerio de Agricultura y Riego del Perú (ANA)
Autoridad Regional Ambiental	La Autoridad Regional del Medio Ambiente de Arequipa (ARMA)
Autorización para la Ejecución de Obras	Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico para la Obtención de Licencia de Uso de Agua Superficial
Bases Consolidadas	Bases Consolidadas para la Subasta de Suministro de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables, septiembre de 2013
Certificación Ambiental	Certificación ambiental expedida por la Autoridad Ambiental Regional
Clasificación Ambiental	Determinación por la Autoridad Ambiental Regional del impacto ambiental de un proyecto de generación eléctrica. La Clasificación Ambiental determina el tipo de estudio de impacto ambiental requerido

¹ Término definido utilizado por las Demandantes para referirse al mismo concepto en su Memorial de Demanda.

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
CH Mamacocha	Originalmente denominada Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L., una de las Demandantes en este arbitraje. Es la empresa que suscribió el Contrato RER el 18 de febrero de 2014 y que intentó desarrollar el Proyecto Mamacocha (CHM)
Cierre Financiero	Fecha en la cual el contrato de financiamiento completo del Proyecto RER ha sido suscrito por todas las partes que participan en el financiamiento y se han cumplido todas las condiciones establecidas en dicho contrato para que se produzcan los desembolsos (Financial Closing)
Código Civil	Código Civil de la República del Perú
COES	Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional
Comité de Selección	Comité de selección de las Subastas RER
Comisión Especial	Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas (Special Commission)
Concesión Definitiva	Derecho eléctrico otorgado por la Autoridad competente, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, para el desarrollo de la actividad de generación con RER
Contrato RER	Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable (RER Contract)
Cronograma de Ejecución	Cronograma presentado por cada concesionario que establece la secuencia de actividades programadas para la ejecución de la construcción y POC del Proyecto RER

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
Declaración de Impacto Ambiental	Estudio ambiental de proyectos de generación eléctrica que tienen un impacto negativo <i>leve y previsible</i> en el ambiente físico, biológico y social (DIA)
Declaración Jurada	Declaración Jurada prevista en el Anexo 6-9 de las Bases Consolidadas realizada por CH Mamacocha el 30 de octubre de 2013 sobre el reconocimiento de carácter no modificable de la Fecha de Término del Contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor.
Demanda del Gobierno Regional	La demanda contencioso administrativa presentada por la Procuraduría Pública Regional el 14 de marzo de 2017 que solicitó la nulidad de las Resoluciones Sub Gerenciales vinculadas a la aprobación de las Declaraciones de Impacto Ambiental del Proyecto Mamacocha
Demandantes	En conjunto, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L.
DS 24	Decreto Supremo No. 024-2013, 6 de julio de 2013 que modificó al Reglamento RER 2011
Estudio de Pre-Operatividad o EPO	Certificado emitido por el COES en el cual manifiesta su conformidad técnica con los estudios presentados por el titular del proyecto de instalación eléctrica
Estudio de Impacto Ambiental Detallado	Estudio ambiental de proyectos de generación eléctrica que tienen un impacto negativo <i>significativo</i> y previsible en el ambiente físico, biológico y social
Fecha de Término del Contrato	Para la Tercera Subasta RER, era el 31 de diciembre de 2036, fecha no modificable por ninguna causa
Fiscal Ambiental	Carolina A. Cáceres Zúñiga, Fiscal Provincial adscrita a la Fiscalía Ambiental de Arequipa
Fiscalía Ambiental de Arequipa	Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Arequipa (AEP)

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
Garantía de Fiel Cumplimiento	La carta fianza que cada concesionario de Proyectos RER debe otorgar al MINEM, garantiza el cumplimiento del Cronograma de Ejecución
Investigación Penal	Investigación penal por parte de la Fiscalía Ambiental de Arequipa respecto de las circunstancias en que fueron emitidas las certificaciones ambientales del Proyecto Mamacocha
Latam Hydro	Latam Hydro LLC, una de las Demandantes en este arbitraje. Es la sociedad matriz de CH Mamacocha
Ley de Concesiones Eléctricas	Ley de Concesiones Eléctricas – Decreto Ley No. 25844
Ley RER	Ley de Promoción de la Inversión para la Generación de Electricidad con el Uso de Energías Renovables – Decreto Legislativo No. 1002 (Legislative Decree No. 1002)
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 (GLAP)
Memorial de Demanda	Memorial de Demanda de las Demandantes, presentada el 14 septiembre de 2020
MINEM	Ministerio de Energía y Minas de la República del Perú
Osinerghmin	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
Plazo de Vigencia	Es el período comprendido entre la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato (31 de diciembre de 2036). Durante el Plazo de Vigencia la Sociedad Concesionaria se compromete a suministrar electricidad al sistema con tecnología RER y se le garantiza el pago de la Tarifa de Adjudicación por las Inyecciones Netas de Energía producida por su central de generación RER hasta el límite de la correspondiente Energía Adjudicada

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
POC	Puesta en Operación Comercial (COS)
POC Real	Fecha inamovible para la cual el Proyecto RER relevante debía haber sido puesto en operación comercial; de exceder en más de dos años la POC Referencial, el Contrato RER correspondiente quedaría resuelto de pleno derecho y se ejecutaría la Garantía de Fiel Cumplimiento. Para la Tercera Subasta, la POC Real era el 31 de diciembre de 2018
POC Referencial	El 31 de diciembre de 2016, fecha establecida considerando 20 años hasta la Fecha de Término del Contrato
Primera Notificación de Intención	Primera notificación de intención de someter una reclamación a consultas y negociación bajo el Tratado, del 19 de junio de 2017
Primera Solicitud de Extensión de la POC	Solicitud de modificación de ciertas cláusulas del Contrato RER y extensión de la POC presentada por CH Mamacocha ante el MINEM el 24 de noviembre de 2015
Proceso Contencioso Administrativo	El proceso contencioso administrativo que fue resultado de la Demanda del Gobierno Regional
Proyecto de Decreto Supremo	Proyecto de decreto supremo para la modificación del Reglamento RER, publicado mediante la Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM
Proyecto Mamacocha o Proyecto	Central hidroeléctrica materia del Contrato RER a construirse en el distrito de Ayo, provincia de Castilla, región de Arequipa y que habría generado 20 MW usando la Laguna Mamacocha como recurso hídrico
Proyectos RER	Proyectos independientes propuestos por los participantes en las Subastas RER; los adjudicatarios de Proyectos RER suscribirían un Contrato RER por cada Proyecto RER que se les había adjudicado

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
Proyectos Río Arriba	Diseño conceptual de cuatro centrales hidroeléctricas en cascada que usarían el agua que fluye entre la laguna Pumajallo y la laguna Mamacocha
Reglamento RER 2008	Primer Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables aprobado el 2 de octubre de 2008 mediante el Decreto Supremo No. 050-2008-EM
Reglamento RER 2011	Reglamento RER de la Generación de Electricidad con Energías Renovables aprobado el 22 de marzo de 2011 mediante el Decreto Supremo No. 012-2011-EM
Reglamento RER	Reglamento RER 2011, modificado por el DS 24-2014
RER	Recursos energéticos renovables
Ruta Crítica	El conjunto de actividades esenciales del Proyecto RER que se deben finalizar, en orden de precedencia, para que el Proyecto RER se pueda completar; forman parte del Cronograma de Ejecución
SEIN	Sistema Eléctrico Interconectado Nacional
Segunda Notificación de Intención	Segunda notificación de intención de someter una reclamación a consultas y negociación bajo el Tratado, del 8 de marzo de 2018
Segunda Solicitud de Extensión de la POC	Solicitud de modificación de ciertas cláusulas del Contrato RER y extensión de la POC presentada por CH Mamacocha ante el MINEM el 1 de julio de 2016
Sistema de Evaluación Ambiental	Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental
Solicitud de Arbitraje	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, presentada el 30 de agosto diciembre de 2019
Subastas RER	Subastas para la adjudicación de Proyectos RER bajo el marco del Decreto Legislativo No. 1002 y el Reglamento RER

<u>TÉRMINO</u>	<u>DESCRIPCIÓN</u>
Tarifa de Adjudicación	Es la oferta de precio presentada por cada adjudicatario en las Subastas RER (precio monómico en US\$/MWh). Esta tarifa se le garantiza a cada adjudicatario por las inyecciones netas de energía hasta el límite de su energía adjudicada. Cada Tarifa de Adjudicación tiene carácter de firme y es aplicada únicamente durante el plazo de vigencia del Contrato RER
Tercera Notificación de Intención	Tercera notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje, del 28 de mayo de 2019
Tercera Subasta	Subasta RER realizada en el año 2013
Tercera Solicitud de Extensión de la POC	Solicitud de extensión de la POC y modificación de los términos Fecha de Término del Contrato y Plazo de Vigencia presentada por CH Mamacocha ante el MINEM el 1 de febrero de 2018
Tribunal Hídrico	Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO

1. Las Demandantes en este caso son las empresas Latam Hydro LLC ("**Latam Hydro**"), constituida en los Estados Unidos de América ("**Estados Unidos**"), y CH Mamacocha S.R.L.¹ ("**CH Mamacocha**"), constituida en la República del Perú ("**Perú**") (Latam Hydro en conjunto con CH Mamacocha, las "**Demandantes**").
2. Las Demandantes alegan que la inversión de Latam Hydro consiste en su participación accionaria en CH Mamacocha, así como en dos proyectos que planeaban construir en el Perú. El primer proyecto consistía en una central hidroeléctrica con una potencia de 20 MegaWatts (MW), que utilizaría el reboce de la laguna Mamacocha, a construirse en el distrito de Ayo, provincia de Castilla, región de Arequipa, en el sur del Perú ("**Proyecto Mamacocha**"). La laguna Mamacocha es la laguna de manantial más grande del mundo, y se encuentra en la zona denominada "Valle de los Volcanes". La zona de la laguna Mamacocha es árida y forma una suerte de oasis que fomenta la diversidad biológica.
3. El segundo proyecto, según las Demandantes, consiste en un diseño conceptual de cuatro centrales hidroeléctricas en cascada, que utilizarían el agua que fluye entre la laguna Pumajallo y la laguna Mamacocha ("**Proyectos Río Arriba**").
4. La inversión de CH Mamacocha consiste exclusivamente en el Proyecto Mamacocha. En relación con ese proyecto, CH Mamacocha suscribió con el Ministerio de Energía y Minas del Perú ("**MINEM**") el Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional ("**SEIN**"), del 18 de febrero de 2014 ("**Contrato RER**")². Este arbitraje es un intento de las Demandantes de excusar o justificar su incumplimiento del Contrato RER,

¹ Antes denominada Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L.

² **Anexo C-0002**, Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, 18 de febrero de 2014 ("**Contrato RER**").

modificando la asignación de riesgos acordada e incluso ignorando disposiciones expresas del Contrato RER.

5. En su Memorial de Demanda del 14 de septiembre de 2020 ("**Memorial de Demanda**"), las Demandantes alegan que el Perú incumplió sus obligaciones bajo el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos ("**Tratado**")³. También alegan que el Perú incumplió ciertas obligaciones contractuales bajo el Contrato RER. Específicamente, Latam Hydro presenta (i) reclamos a nombre propio, alegando que el Perú violó sus obligaciones bajo el Tratado; y (ii) reclamos en nombre de CH Mamacocha, alegando violaciones al Tratado con base en las obligaciones previstas en el Contrato RER. Por otro lado, CH Mamacocha presenta reclamos contractuales en nombre propio, invocando la cláusula 11 del Contrato RER ("**Cláusula de Solución de Controversias**"), y alegando que el Perú violó sus obligaciones bajo ese contrato⁴.
6. Las Demandantes argumentan que esas supuestas violaciones al Tratado y al Contrato RER afectaron el valor de sus inversiones y, en consecuencia, solicitan a este Tribunal que condene al Perú al pago de una indemnización de USD 47.191 millones, bajo su teoría principal, o USD 35.777 millones, bajo en una teoría alternativa.
7. En el presente Memorial de Objeciones Jurisdiccionales y Memorial de Contestación sobre Fondo ("**Memorial de Contestación**"), el Perú demostrará que el Tribunal carece de jurisdicción, incluyendo sobre todas las reclamaciones contractuales de las Demandantes –porque el Contrato RER no constituye un “acuerdo de inversión” en los términos del Tratado, como incorrectamente alegan las Demandantes⁵. En la medida en que el Tribunal considere que tiene

³ **RL-0051**, Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, 12 de abril de 2006 ("**Tratado**").

⁴ Memorial de Demanda, ¶ 188.

⁵ Memorial de Demanda, ¶ 194.

jurisdicción, el Perú demostrará que todas y cada una de dichas reclamaciones carecen de fundamento fáctico y jurídico. Consecuentemente, el Perú le solicita respetuosamente a este Tribunal que rechace las pretensiones de las Demandantes (principales y accesorias), y que condene a las Demandantes al pago no solo de todas las costas del procedimiento arbitral, sino también de la totalidad de los gastos del Perú (incluyendo los honorarios y gastos de sus abogados y peritos).

8. Los hechos y los argumentos de las Demandantes demuestran que lo que realmente pretende esa parte es obtener los beneficios ofrecidos en el Contrato RER, a pesar de que fueron manifiestamente incapaces de cumplir con las condiciones y términos expresamente acordados en el Contrato RER y en la normativa aplicable. Concretamente, las Demandantes pretenden que el Perú les pague una indemnización incluso superior a la tarifa preferencial y garantizada ("**Tarifa de Adjudicación**") por el suministro de energía eléctrica de fuente renovable durante 40 años, a pesar de que CH Mamacocha ni siquiera empezó a construir el Proyecto Mamacocha que hubiera generado esa energía.
9. Para intentar justificar sus pretensiones, las Demandantes presentan argumentos que se caracterizan por su falta de claridad y precisión acerca de diferentes aspectos fundamentales de hecho y de derecho. A lo largo del Memorial de Demanda, las Demandantes confunden, entre otras cosas, las leyes aplicables, las competencias de las diferentes entidades del Estado, la naturaleza de los contratos RER, la distribución de riesgos entre CH Mamacocha y el Estado, y el alcance de los derechos y obligaciones de las Partes, tanto bajo derecho internacional como bajo derecho peruano. Ante esa falta de precisión por parte de las Demandantes —que muchas veces consiste en manifiestas falsedades— el Perú se ve obligado a describir aspectos tan básicos como fundamentales del marco normativo y de los términos del Contrato RER. El correcto entendimiento de ese marco normativo y contractual, y de los antecedentes del Contrato RER, permite apreciar que todas

las reclamaciones de las Demandantes carecen de fundamento y deben ser rechazadas — con una debida condenatoria en costas.

A. Requisito para el desarrollo de actividades de generación eléctrica en el Perú: la Concesión Definitiva

10. El sector eléctrico en el Perú comprende cuatro actividades: (i) generación, (ii) transmisión, (iii) distribución, y (iv) comercialización. A partir de la promulgación del Decreto Ley No. 25844 en noviembre de 1992 ("**Ley de Concesiones Eléctricas**")⁶, el sector eléctrico en el Perú ha experimentado importantes cambios regulatorios. Uno de esos cambios fue la desintegración vertical de cada una de las cuatro actividades antes mencionadas, con el objetivo de fomentar la competencia en el sector eléctrico peruano. La presente disputa está relacionada exclusivamente con la primera actividad: la generación eléctrica.
11. Las empresas que desean dedicarse al desarrollo de las actividades de generación eléctrica (incluyendo la construcción y operación de centrales de generación) deben cumplir con los requisitos que impone la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 009-2003- EM ("**Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas**"). De acuerdo con lo previsto en la Ley de Concesiones Eléctricas, aquellas empresas que deseen operar una central de generación de energía eléctrica con recursos energéticos renovables ("**RER**") con potencia instalada mayor de 500 KM deben contar con una "concesión definitiva" ("**Concesión Definitiva**").
12. La Concesión Definitiva se define en el Contrato RER como "el derecho eléctrico otorgado por la Autoridad competente, conforme con las disposiciones de la LCE [Ley de Concesiones Eléctricas] y el RLCE [su Reglamento], para el desarrollo de la actividad de generación con RER"⁷. La Ley de Concesiones Eléctricas explica

⁶ **RL-0001**, Decreto Ley No. 25844, 7 de noviembre de 1992 ("**Ley de Concesiones Eléctricas**").

⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.11.

que la Concesión Definitiva “permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbres para la construcción y operación de centrales de generación y obras conexas, subestaciones y líneas de transmisión así como también de redes y subestaciones de distribución para Servicio Público de Electricidad”⁸.

13. El Ing. **Jaime Mendoza**, Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“**Osinergmin**”), explica en su declaración testimonial que la Concesión Definitiva es “el título habilitante que otorga el derecho de generar la energía eléctrica y la posibilidad de venderla al mercado de corto plazo –conocido coloquialmente como el ‘mercado spot’– y también al mercado mayorista (empresas distribuidoras y clientes libres)”⁹. El Ing. Jaime Mendoza precisa en su declaración testimonial que “resulta posible tener una Concesión Definitiva sin un Contrato RER, pero no es posible obtener los beneficios de un Contrato RER sin una Concesión Definitiva”¹⁰. Por lo tanto, el Contrato RER no le concedió a CH Mamacocha el derecho a generar y distribuir energía eléctrica; para eso debía obtener una Concesión Definitiva. Y sin esa Concesión Definitiva, las Demandantes no podían obtener los beneficios del Contrato RER.

B. Promoción de la generación de electricidad con RER

14. La generación de electricidad puede realizarse utilizando diferentes fuentes primarias (e.g., petróleo, gas natural, nuclear, eólica, hidráulica, fotovoltaica, entre otras). Velando por la protección del medio ambiente, el Perú ha buscado promover la generación de electricidad con recursos energéticos renovables (“**RER**”) a través de diferentes medidas. Una de esas medidas fue la promulgación del Decreto Legislativo No. 1002, Decreto Legislativo de Promoción de la Inversión

⁸ **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, art. 24.

⁹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 13.

¹⁰ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 14.

para la Generación de Electricidad con el uso de Energías Renovables (**“Ley RER”**)¹¹.

15. A fin de promover el uso de RER, la Ley RER estableció una serie de incentivos para los generadores en ese sector, entre ellos: (i) prioridad (en relación con otros generadores de electricidad) en el suministro de electricidad al sistema¹²; y (ii) la asignación de la Tarifa de Adjudicación, que es la tarifa que obtiene el generador de electricidad y que se le garantiza durante la vigencia del contrato (i.e., veinte años). Por medio de esa Tarifa de Adjudicación (preferencial), el generados de electricidad evitan el riesgo de variaciones en el precio en función de la oferta y la demanda en el denominado “mercado spot” (conocido como el “Precio Spot”).
16. La asignación de las Tarifas Adjudicadas para promover el uso de RER se realiza en el Perú mediante subastas (**“Subastas RER”**), administradas por el Osinergmin¹³. El MINEM convocó a un total de cuatro Subastas RER: 2009 (**“Primera Subasta”**), 2011 (**“Segunda Subasta”**), 2013 (**“Tercera Subasta”**), y 2015 (**“Cuarta Subasta”**)¹⁴. Las bases consolidadas para la Subasta RER explican de manera detallada las etapas y los requisitos de cada Subasta RER. El proceso de las Subastas RER incluye una etapa de consulta y análisis de las bases por parte de las empresas interesadas, así como la publicación de las respuestas a las sugerencias y consultas formuladas, luego del respectivo análisis por parte del Comité de Selección de la Subasta RER.

¹¹ **Anexo C-0007**, Decreto Legislativo No. 1002, 1 de mayo de 2008 (**“Ley RER”**).

¹² La desintegración del sector eléctrico requirió la creación de un operador central del mercado para gestionar el funcionamiento del sistema. Ese agente es el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (**“COES”**). El COES (una entidad privada, sin fines de lucro, y con personería de Derecho Público) tiene la función es coordinar la operación de corto, mediano, y largo plazo del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (**“SEIN”**), al mínimo costo. Por lo tanto, el COES determina cuáles generadores tendrán prioridad en el suministro de electricidad al sistema.

¹³ **Anexo C-0007**, Ley RER, art. 7.1.

¹⁴ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 28.

17. Al adjudicarse la “buena pro” (i.e., aprobación) de una oferta en el marco de una Subasta RER, se le asigna al adjudicatario (i.e., postor cuya oferta fue aprobada) una cuota de energía que éste le suministrará al SEIN, durante la vigencia del contrato RER, y por la cual obtendrá la tarifa preferencial que se le haya adjudicado (es decir, la Tarifa de Adjudicación). A cambio de ese enorme beneficio, los respectivos adjudicatarios asumen una serie de riesgos y obligaciones.
18. A diferencia de asociación público-privada, los proyectos propuestos por los participantes en las Subastas RER (“**Proyectos RER**”) no son de riesgo compartido entre el inversionista y el Estado. En los Proyectos RER, el inversionista privado asume el riesgo del diseño, financiación, obtención de permisos y ejecución del proyecto. El único riesgo que es mitigado a través del contrato RER es el de ingresos por la generación y venta de electricidad, hasta la capacidad establecida en el contrato, con base en la Tarifa de Adjudicación.

C. El Contrato RER de CH Mamacocha

19. Los contratos RER son contratos de compraventa de energía a largo plazo que otorgan al adjudicatario (referidos en esos contratos como “**sociedad concesionaria**”) el derecho de recibir el pago de la Tarifa de Adjudicación por el suministro de la potencia y energía hidroeléctrica contratada. Como se ha mencionado, los contratos RER no son contratos de concesión de generación, y en consecuencia no confieren el derecho a generar energía.
20. CH Mamacocha participó en la Tercera Subasta, proponiendo el Proyecto Mamacocha, y su oferta fue aceptada. En consecuencia, CH Mamacocha y el MINEM suscribieron el Contrato RER. Como todo contrato, el Contrato RER asignaba riesgos y obligaciones a cada parte.
21. Los riesgos y obligaciones asumidos bajo el Contrato RER fueron de conocimiento de CH Mamacocha incluso durante el proceso de la Tercera Subasta; estaban

reflejados en las bases consolidadas de la Tercera Subasta ("**Bases Consolidadas**"). De hecho, con la presentación del Sobre de Calificación, CH Mamacocha realizó la siguiente declaración jurada:

[CH Mamacocha] [c]onoce, acepta y se somete **incondicional, expresa e indubitablemente a las Bases** y demás reglas de la presente Subasta, así como las consultas y absoluciones respectivas.

[...]

Se comprometo a cumplir cabal y fielmente todas y cada una de las estipulaciones, términos y condiciones del Contrato que celebre como consecuencia de la Buena Pro que le sea concedida.

Acepta la totalidad de términos y condiciones establecidas en las Bases¹⁵. (Énfasis añadido)

22. La principal obligación del MINEM bajo el Contrato RER era el pago de la Tarifa de Adjudicación por la energía inyectada al SEIN, durante el plazo de vigencia del contrato (viz., veinte años)¹⁶. Para obtener ese beneficio, CH Mamacocha debía cumplir con una serie de condiciones y obligaciones. El Contrato RER establecía expresamente que si CH Mamacocha no cumplía con esas condiciones y obligaciones, dicho contrato establecía que el mismo quedaría resuelto de pleno derecho (i.e., automáticamente) y se ejecutaría la garantía de fiel cumplimiento ("**Garantía de Fiel Cumplimiento**") que la empresa debía otorgar. Esta última constituía un respaldo en caso de que CH Mamacocha incumpliese algunos términos del Contrato RER.

¹⁵ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

¹⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 6.3.1 ("La Sociedad Concesionaria recibirá mensualmente pagos a cuenta del Ingreso Garantizado, correspondientes por energía y potencia inyectada al SEIN").

23. A cambio de recibir el beneficio de la Tarifa de Adjudicación durante veinte años, la sociedad concesionaria (en este caso, CH Mamacocha) asumía una serie de riesgos y obligaciones bajo el Contrato RER.

1. *CH Mamacocha tenía la obligación de obtener la Concesión Definitiva y demás títulos habilitantes*

24. Los participantes en las Subastas RER son exclusivamente los que proponen sus proyectos. El MINEM no tiene injerencia alguna en el diseño de los Proyectos RER. De hecho, el MINEM solo obtiene información detallada sobre los distintos proyectos una vez que se abren los sobres que presentan los postores en las Subastas RER. Por lo tanto, el MINEM tampoco conoce con precisión cuáles son los permisos ambientales, arqueológicos, servidumbres u otro tipo de autorizaciones que serán necesarios para poder implementar cada Proyecto RER en el Perú, ni las autoridades gubernamentales competentes (a nivel central, regional o local) que estarán involucradas, porque esos varían dependiendo del tipo de proyecto y ubicación.

25. Es CH Mamacocha la que tenía la obligación de obtener la Concesión Definitiva y los respectivos permisos necesarios para la construcción y puesta en operación comercial (“POC”) de la central de generación eléctrica¹⁷. Esa obligación está expresamente establecida en la cláusula 1.3 del Contrato RER, en los siguientes términos:

La suscripción del Contrato [RER] no elimina ni afecta la obligación de la Sociedad Concesionaria, de solicitar, suscribir y cumplir los requisitos para obtener la Concesión Definitiva de la Central de Generación que la Sociedad Concesionaria deberá tramitar en el Ministerio¹⁸.

¹⁷ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.63.

¹⁸ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.3.

26. En el mismo sentido, la cláusula 3.2 del Contrato RER prevé expresamente lo siguiente:

La Sociedad Concesionaria se obliga a gestionar y cumplir con todos los requisitos para la obtención de la Concesión Definitiva y para la construcción de una planta de generación eléctrica especificada en el Anexo N° 1¹⁹.

27. No era obligación del MINEM gestionar la Concesión Definitiva de CH Mamacocha, así como tampoco asumió el MINEM la obligación de garantizar que CH Mamacocha de hecho obtendría la Concesión Definitiva –ni mucho menos que lo haría en un plazo determinado. En cambio, el MINEM simplemente asumió la obligación de “coadyuvar” con la obtención de permisos. En efecto, el Contrato RER señala en la parte relevante de la cláusula 4.3 del Contrato RER que

de ser requerido por la Sociedad Concesionaria, el Ministerio [i.e., MINEM] hará sus mejores esfuerzos para que aquélla acceda a instalaciones de terceros, y coadyuvará en la obtención de permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y similares, en caso éstos no fueran otorgados por la Autoridad Gubernamental competente en el tiempo debido, a pesar de haberse cumplido los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables²⁰. (Énfasis añadido)

28. Las citadas cláusulas del Contrato RER reflejan lo que establecían las Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, las cuales forman parte integrante del Contrato RER²¹. Al respecto, las Bases Consolidadas establecían que la sociedad concesionaria (en este caso, CH Mamacocha) tenía la exclusiva responsabilidad de contar con los títulos que la habilitaría legalmente para la instalación de la central de generación RER:

Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.2.

²⁰ **Anexo C-0002**, Contrato RER, art. 4.3.

²¹ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.6 (“**Bases Consolidadas**: Son las Bases definitivas que serán publicadas en el Data Room de acuerdo con el Cronograma. Forman parte integrante del Contrato”)(énfasis en original).

Cada Adjudicatario debe obtener la Concesión Definitiva cumpliendo las disposiciones establecidas en la LCE [Ley de Concesiones Eléctricas] y el RLCE [Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas], en caso que no tuviera dicha Concesión Definitiva. . . .

En ese sentido, **es de su exclusiva responsabilidad el contar con los títulos que los habiliten legalmente para la instalación de la central de generación RER en el área del terreno que señalen para tal fin . . .**²². (Énfasis añadido).

29. Por lo tanto, desde el momento en el que CH Mamacocha presentó su oferta en el marco de la Tercera Subasta, dicha empresa ya había asumido el riesgo y la exclusiva responsabilidad de obtener los títulos habilitantes requeridos (incluyendo la Concesión Definitiva) para la instalación y puesta en operación del Proyecto Mamacocha²³.
30. Tomando las cláusulas 1.3, 3.2, y 4.3 del Contrato RER en conjunto con las Bases Consolidadas, es evidente que CH Mamacocha asumió expresamente cualquier riesgo relacionado con la no obtención oportuna de los títulos habilitantes pertinentes.
 2. *Financiar el Proyecto Mamacocha era obligación exclusiva de las Demandantes*
31. El Contrato RER también le asignó a CH Mamacocha todo riesgo vinculado al diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento y obtención de los permisos o autorizaciones requeridos para la operación del Proyecto Mamacocha. En concreto, la cláusula 3.3 del Contrato RER especificó que CH Mamacocha “se obliga a diseñar, **financiar**, suministrar los bienes y servicios

²² Ver **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas para la Subasta de Suministro de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables, septiembre de 2013 (“**Bases Consolidadas de la Tercera Subasta**”), cláusula 1.4.1.

²³ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 17.

requeridos, para construir, operar y mantener la planta de generación eléctrica a que se refiere en el Anexo No. 1 . . .”²⁴ (énfasis añadido).

32. La definición del Cierre Financiero (uno de los cinco hitos en el cronograma de ejecución del Proyecto Mamacocha) no requería que se efectuase el desembolso del capital a esa fecha. Tampoco obligaba o limitaba a CH Mamacocha a adoptar un tipo particular de financiamiento. Al contrario, el Contrato RER le otorgaba a CH Mamacocha la flexibilidad de ofrecer a potenciales acreedores diferentes garantías sobre el Proyecto Mamacocha, para facilitar la obtención de financiamiento:

Para cumplir con el objeto del Contrato, la Sociedad Concesionaria podrá: a) constituir hipoteca sobre la Concesión en los términos previstos en la Ley N° 26885; b) constituir garantía sobre sus ingresos futuros; c) constituir prenda sobre valores que sean de propiedad de la Sociedad Concesionaria; d) emitir valores mobiliarios (bonos, títulos etc.) respaldados con garantías reales; y, e) constituir cualquier otra garantía real o personal permitida por las Leyes Aplicables, (en adelante, Deuda Garantizada)²⁵.

33. La cláusula 6.4.2 del Contrato RER expresamente prevé que las opciones de las que disponía CH Mamacocha para obtener el financiamiento requerido para la construcción del Proyecto Mamacocha, “**no eximirá a [CH Mamacocha] de su obligación de cumplir con todas y cada una de las disposiciones del presente Contrato**, del Contrato de Concesión Definitiva y las Leyes Aplicables”²⁶ (énfasis añadido). Es decir, nada en el Contrato RER, en las Bases Consolidadas, en el Reglamento RER, o en ninguna otra disposición normativa obligaba al MINEM, o a ningún otro órgano del Estado, a ajustar su conducta, trámites o plazos, para adecuarse a la estrategia de financiamiento que eligiera CH Mamacocha.

²⁴ Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 3.3.

²⁵ Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 6.4.1.

²⁶ Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 6.4.2.

3. *Las Demandantes asumieron el riesgo de no alcanzar la Puesta en Operación Comercial*
34. El Reglamento de la Ley RER, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 012-2011-EM del 22 de marzo de 2011, modificado luego por el Decreto Supremo No. 024-2013-EM del 5 de julio de 2013 ("**Reglamento RER**"), establece que las bases de las Subastas RER deben especificar (i) la Fecha Referencial de la POC del respectivo Proyecto RER ("**POC Referencial**")²⁷ y (ii) la Fecha de Término del Contrato ("**Fecha de Término**")²⁸. A su vez, el Reglamento RER establece que la Fecha Real de la POC del Proyecto RER ("**POC Real**") "no podrá exceder en dos (02) años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento"²⁹. El artículo 1.13.D del Reglamento RER fijaba un período de veinte años entre la POC Referencial y la Fecha de Término del Contrato³⁰ y el artículo 1.13.B del precisaba, además, que la Fecha de Término del Contrato RER era "no modificable por ninguna causa"³¹.
35. Las Bases Consolidadas eran consistentes con las disposiciones del Reglamento RER, pues definieron la Fecha de Término del Contrato RER de la siguiente manera:

²⁷ **Anexo MQ-0005**, Decreto Supremo No. 012-2011-EM, 22 de marzo de 2011, modificado por el Decreto Supremo 024-2013-EM, 6 de julio de 2013 ("**Reglamento RER**"), art. 1.13.D ("Fecha Referencial de Puesta en Operación: Es la fecha **establecida en las Bases**, considerando veinte (20) años hasta la Fecha de Término del Contrato" (énfasis añadido)).

²⁸ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.B ("Fecha de Término del Contrato: Es la fecha máxima **establecida en las Bases, no modificable por ninguna causa**, hasta la cual se le pagará al Concesionario la Tarifa de Adjudicación" (énfasis añadido)).

²⁹ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.C.

³⁰ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.D.

³¹ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.B.

Es el 31 de diciembre de 2036, **fecha no modificable por ninguna causa**, hasta la cual se le garantiza al Concesionario la Tarifa de Adjudicación³². (Énfasis añadido)

36. El carácter inamovible de la Fecha de Término del Contrato se reafirmó en la cláusula 7.1 de las Bases Consolidadas, la cual establecía que esa fecha “**no ser[í]a modificable por ninguna causa, ni aún por Fuerza Mayor**”³³ (énfasis añadido).
37. En aplicación de lo dispuesto en el Reglamento RER y la Bases Consolidadas, el Contrato RER estableció tres fechas críticas *no modificables*: (i) la POC Referencial se fijó para el 31 de diciembre de 2016³⁴; (ii) se acordó que la fecha de la POC Real no podría exceder del 31 de diciembre de 2018³⁵; y (iii) se estableció que la Fecha de Término del Contrato RER ocurriría el 31 de diciembre de 2036³⁶.
38. La cláusula 8.4 del Contrato RER estableció también que si el Proyecto Mamacocha no acreditaba su POC Real antes del 31 de diciembre de 2018, el Contrato RER quedaría resuelto de pleno derecho y el MINEM ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento:

Si al 31 de diciembre de 2018, **por cualquier motivo**, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, **éste quedará resuelto de pleno derecho**, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento³⁷. (Énfasis añadido)

39. Como explica el experto independiente en derecho civil, **Claudio Lava**, “[e]l Reglamento de la Ley RER, las Bases y el Contrato establecen una condición resolutoria consistente en que, si ‘*por cualquier motivo*’ no se alcanza la POC a más

³² **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.30.

³³ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 7.1.

³⁴ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.24.

³⁵ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.23.

³⁶ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

³⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

tardar el 31 de diciembre de 2018, el Contrato queda resuelto de manera automática”³⁸ (énfasis en el original).

40. Antes de la firma del Contrato RER, CH Mamacocha y los demás participantes de la Tercera Subasta tuvieron la oportunidad de realizar sugerencias y consultas a las Bases. Durante esa etapa, se realizaron varias sugerencias y consultas en relación con las fechas críticas establecidas, incluyendo con respecto a la resolución de pleno derecho establecida en la cláusula 8.4 antes citada. Un participante incluso sugirió que se excluyese la “fuerza mayor” del ámbito de la frase “por cualquier motivo” en la cláusula 8.4 de los contratos RER, pero el MINEM rechazó esa sugerencia, concluyendo inequívocamente “Sugerencia no aceptada”³⁹.
41. En consecuencia, todos los postores estaban conscientes del hecho de que estaban asumiendo el riesgo de que, si no llegaran a cumplir con la POC Real en el plazo establecido, el contrato se resolvería automáticamente.
42. La fechas antes mencionadas, y el carácter inamovible de la POC Real y la Fecha de Término del Contrato RER, era algo que estaba claramente establecido en el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. CH Mamacocha tenía pleno conocimiento de todo lo anterior, y lo aceptó expresamente en la Declaración Jurada que firmó del 30 de octubre de 2013, en términos que no admiten equivocación ni duda:

DECLARAMOS BAJO JURAMENTO que reconocemos el carácter no modificable de la Fecha de Término del Contrato, aun cuando se presenten eventos de Fuerza Mayor⁴⁰.

³⁸ Informe Pericial de Claudio Lava, 3 de febrero de 2021, ¶ 1.18.

³⁹ Ver **Anexo R-0101**, Circular No. 1, Comité para la Tercera Subasta, 10 de septiembre de 2013, Consultas No. 37, 54.

⁴⁰ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

43. A pesar de la claridad de todos los términos y condiciones contractuales, en este arbitraje las Demandantes adoptan una posición que intenta negar esos términos y condiciones, y efectivamente le pide a este Tribunal reescribir el Contrato RER.

D. Las medidas que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes en este arbitraje parten de tergiversaciones y premisas falsas

44. Las Demandantes basan sus reclamaciones en seis medidas que le atribuyen al Estado peruano:
- a. La decisión del 16 de mayo de 2017 de la Autoridad Administrativa del Agua que inicialmente denegó la Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico para la Obtención de Licencia de Uso de Agua Superficial (**“Autorización para la Ejecución de Obras”**)⁴¹.
 - b. La emisión, el 5 de julio de 2017, de una Autorización para la Ejecución de Obras supuestamente defectuosa⁴²;
 - c. la demanda contencioso administrativa presentada por la Procuraduría Pública Regional de Arequipa el 14 de marzo de 2017 (**“Demanda del Gobierno Regional”**), a través de la cual se solicitó la nulidad de dos certificaciones ambientales otorgadas por la Autoridad Regional del Medio Ambiente de Arequipa (**“Autoridad Regional Ambiental”**) a CH Mamacocha (**“Certificaciones Ambientales”**)⁴³.
 - d. la investigación iniciada por la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Arequipa (**“Fiscalía Ambiental de Arequipa”**) respecto de las circunstancias en las que fueron otorgadas las Certificaciones Ambientales

⁴¹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 321-333, 368, 373, 393, 454, 476.

⁴² Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 321-333, 368, 373, 394, 454, 476.

⁴³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 284-307, 368, 372, 391, 451, 474.

del Proyecto Mamacocha y la acusación presentada por la Fiscal Ambiental el 25 de octubre de 2019 ("**Acusación Fiscal**")⁴⁴;

- e. el rechazo del MINEM de la Solicitud de Extensión de la POC y modificación de los términos Fecha de Término del Contrato y Plazo de Vigencia, presentada por CH Mamacocha ante el MINEM el 1 de febrero de 2018 ("**Tercera Solicitud de Extensión de la POC**")⁴⁵; y
 - f. la iniciación por parte del MINEM, en ejercicio de sus derechos bajo la cláusula 11.3 b) del Contrato RER, de un arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima el 27 de diciembre de 2018, que buscaba la nulidad de las extensiones del Cronograma de Ejecución que el MINEM le otorgó a CH Mamacocha a través de las Adendas Nos. 1 y 2 ("**Arbitraje de Lima**")⁴⁶.
45. Para poder presentar sus reclamos en forma tal que no resultara manifiesta la falta de fundamento de sus pretensiones, las Demandantes han recurrido a tergiversaciones y omisiones, tanto de hechos como de derecho. Además, las reclamaciones de las Demandantes se basan en premisas falsas. Las reclamaciones de las Demandantes no pueden ser amparadas en este arbitraje sin que ello implique una modificación *de facto* de la asignación de riesgos, condiciones, y obligaciones voluntariamente acordadas por las Partes bajo el Contrato RER.
46. Las reclamaciones de las Demandantes también exigen, como premisa, que el Perú y el Tribunal ignoren la aplicación de su ordenamiento jurídico y la legislación nacional, incluyendo el Reglamento RER. De hecho, es evidente que las Demandantes pretenden que, por el solo hecho de haber suscrito el Contrato RER, el Perú renuncie a la posibilidad de tomar acciones para velar por el cumplimiento de la ley peruana y la protección del interés público. Las Demandantes pretenden

⁴⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 309–320, 368, 392, 453, 475.

⁴⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 345–355, 368, 375, 439, 478.

⁴⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 334–344, 368, 455, 477.

además que las entidades del Estado peruano renuncien a su derecho de recurrir a cortes judiciales o tribunales arbitrales para la defensa de sus derechos y protección del ordenamiento jurídico, e incluso que no inicien investigaciones penales ante la sospecha de un posible delito. Las Demandantes también le piden a este Tribunal que interprete acciones de buena fe del Perú, como supuestas admisiones de responsabilidad de violaciones del Tratado y del Contrato RER.

47. En este Memorial de Contestación, el Perú corrige las principales tergiversaciones y expone las premisas falsas en las que se apoyan las reclamaciones de las Demandantes. A continuación el Perú señala algunas de esas tergiversaciones y premisas falsas más notables de las Demandantes.
48. Partes obligadas bajo el Contrato RER. Las Demandantes en este caso parten de un error elemental de derecho peruano, referente a la organización del Estado y la distribución de funciones y competencias de los órganos estatales. Las Demandantes pretenden imputarle al Estado peruano el incumplimiento de obligaciones contractuales bajo el Contrato RER, por actuaciones de autoridades gubernamentales que no son parte del Contrato RER. Pero como explica en su informe pericial el experto independiente en derecho administrativo, **Carlos Monteza**, el MINEM es “a quién le ha sido atribuida la competencia exclusiva de actuar en el Contrato RER, asumiendo obligaciones y reconociendo derechos en el ámbito de su competencia, esto es, de la actividad de generación eléctrica; y al ser este el límite de su competencia, no puede invadir las competencias ni autonomías de otros órganos y entidades”⁴⁷. Si bien en el Contrato RER comparece el Estado peruano, lo hace a través del MINEM y únicamente en el marco de sus competencias⁴⁸. El MINEM no asumió obligaciones contractuales u ofreció garantías en respecto a conductas que son competencia de otras autoridades

⁴⁷ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 180.

⁴⁸ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 197 (refiriéndose a la (i) Ley de Descentralización, (ii) Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y (iii) Ley del MINEM.).

gubernamentales, ya sea a nivel nacional, regional o local. Los argumentos de las Demandantes sencillamente ignoran el principio de competencia y autonomía administrativa de las entidades del Estado peruano, el cual está reflejado en varias fuentes normativas y en la Constitución Política del Perú⁴⁹.

49. Obtención de permisos. Con base en interpretaciones manifiestamente contrarias al propio texto del Contrato RER, las Demandantes alegan que el Perú violó la ya mencionada obligación de coadyuvancia por parte del MINEM bajo la cláusula 4.3 del Contrato RER⁵⁰. Según las Demandantes, la obligación de coadyuvar no se limitaba a un deber de prestar asistencia a CH Mamacocha en la obtención de permisos, sino que establecía una *garantía* de que CH Mamacocha recibiría todo permiso necesario para la construcción del Proyecto Mamacocha⁵¹. Esa interpretación de la cláusula 4.3 del Contrato RER es manifiestamente incorrecta. Primero, la obligación de coadyuvar es simplemente una obligación de medios, y solo consiste en contribuir o ayudar, previa solicitud expresa de CH Mamacocha, a lograr la obtención de los títulos habilitantes⁵². Segundo, el MINEM no podría haberse obligado a causar que las autoridades gubernamentales competentes aprueben permisos, pues al hacerlo habría excedido manifiestamente sus competencias. Como se explicó, esa interpretación es errada e incluso contraria a las leyes que asignan y limitan las facultades y competencias de las autoridades gubernamentales.
50. Adicionalmente, las Demandantes argumentan que el MINEM violó la obligación de coadyuvar bajo el Contrato RER al no brindar asistencia a CH Mamacocha respecto de la Demanda del Gobierno Regional y la Investigación Penal seguida

⁴⁹ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 183–198.

⁵⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 441–454.

⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 447 (“[M]ore than mere assistance, the ‘coadyuvará’ obligation means that MINEM must contribute to, and, in fact, ensure, that CHM will obtain the permits if the appropriate public authority has failed to act in due time.”).

⁵² Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.64; Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 287.

por la Fiscalía Ambiental de Arequipa. Sin embargo, las Demandantes no pueden pretender que, al amparo de la cláusula 4.3, el MINEM exceda sus competencias y obstaculizase o frene acciones adoptadas por otras entidades del Estado en respuesta a posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico peruano, incluyendo delitos penales.

51. En cualquier caso, las diversas autoridades gubernamentales competentes cooperaron con CH Mamacocha para que esta pudiera obtener las concesiones definitivas y los permisos necesarios para construir el Proyecto. De hecho, CH Mamacocha excedió los plazos aplicables durante los trámites de numerosos permisos, pero ninguna autoridad gubernamental competente rechazó solicitudes de CH Mamacocha por no haber respetado esta tales plazos.
52. Financiamiento del Proyecto Mamacocha. Las Demandantes alegan que una serie de medidas adoptadas por el Estado supuestamente obstruyeron el Cierre Financiero del Proyecto Mamacocha y su POC⁵³. Por ejemplo, alegan que el Perú impidió la obtención de los permisos necesarios para construir el Proyecto Mamacocha⁵⁴ y rechazó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, lo que a su vez, según las Demandantes, impidió que CH Mamacocha pudiese acreditar el Cierre Financiero⁵⁵. A través de esas alegaciones, lo que las Demandantes pretenden es trasladarle al Perú todos los riesgos relacionados con el financiamiento del Proyecto Mamacocha, a pesar de que el Contrato RER explícitamente había asignado tales riesgos a CH Mamacocha⁵⁶.
53. Como el Perú demuestra en este Memorial de Contestación, la estructura de financiamiento elegida voluntariamente por CH Mamacocha para construir el Proyecto Mamacocha fue manifiestamente inadecuada. CH Mamacocha decidió

⁵³ Ver Memorial de Demanda, ¶ 147.

⁵⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 107-108.

⁵⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 142, 170.

⁵⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

desde el inicio financiar la construcción del Proyecto Mamacocha a través de una combinación de deuda (préstamo) y la entrada de un accionista mayoritario. Para obtener el financiamiento, las Demandantes pretendían obtener todos los permisos, autorizaciones, y concesiones. En palabras del testigo de las Demandantes, el Sr. Stefan Sillen, “[i]n short, we could not close on our financing obligations if we did not have all permits in place”⁵⁷. Pero nada en el Contrato RER o la normativa aplicable ataba el Cierre Financiero a la obtención de permisos. Las condiciones que impusieran terceros para otorgar financiamiento no es atribuible al Perú ni impone obligaciones sobre las autoridades gubernamentales competentes. Las Demandantes mantuvieron esa estructura de financiamiento a pesar del riesgo que significaba y de que era evidente que esa estructura impediría a CH Mamacocha concretar la POC Real antes de la fecha límite contractual, viz., 31 de diciembre de 2018. Las Demandantes pretendían que el Estado ajustara su conducta a la estrategia de financiamiento que ellas eligieron, y pretenden ahora imputarle al Perú las consecuencias de esa estrategia.

54. Tergiversación de las acciones de buena fe del Estado. Las Demandantes argumentan también que la Demanda del Gobierno Regional fue el hecho que frenó el desarrollo del Proyecto Mamacocha, y que esa demanda “*was meritless and merely a tactic to block continued work on the Project*”⁵⁸. Sin embargo, la Demanda del Gobierno Regional no impidió de manera alguna a las Demandantes ejecutar el Proyecto Mamacocha y alcanzar la POC. Además, no es cierto que la Demanda del Gobierno Regional haya sido frívola, así como tampoco es cierto que el Perú en algún momento haya admitido responsabilidad.
55. La Demanda del Gobierno Regional fue materia de un procedimiento de trato directo entre las Partes, y fue en ese contexto que el Gobierno Regional desistió del proceso contencioso administrativo iniciado por la Procuraduría Pública Regional

⁵⁷ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 63

⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶ 102.

(“**Proceso Contencioso Administrativo**”). Es contrario a la buena fe que en este arbitraje las Demandantes pretendan imputar responsabilidad al Estado peruano por la interposición de la Demanda del Gobierno Regional⁵⁹. Las Demandantes no solo impugnan esa medida (retirada oportunamente por el Gobierno Regional, sin admisión de responsabilidad), sino que además intentan sustentar sus argumentos con base en groseras tergiversaciones de las acciones adoptadas de buena fe por el Perú en el contexto del trato directo, y violando el entendimiento expreso de las Partes de que esas acciones no constituían admisión de responsabilidad por parte del Estado.

56. El Sr. **Ricardo Ampuero**, ex Presidente de la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión (“**Comisión Especial**”), aclara en sus declaración testimonial que “[e]s absolutamente falso que el Perú reconociera responsabilidad alguna en el contexto del trato directo —o en otro contexto”⁶⁰.
57. Acciones para velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico peruano. Las Demandantes también alegan que el Perú violó sus obligaciones bajo el Tratado y el Contrato RER por el solo hecho de iniciar la Demanda del Gobierno Regional, la investigación penal de la Fiscalía Ambiental de Arequipa, y el Arbitraje de Lima. Sin embargo, es irrazonable pretender que el ejercicio regular de derechos contemplados bajo ley peruana para solicitar la revisión judicial de posibles irregularidades, o el inicio de investigaciones penales ante indicios de conductas delictivas, constituyan violaciones bajo derecho internacional o derecho peruano⁶¹. Tampoco es razonable pretender que el ejercicio del derecho contractual del MINEM de activar el mecanismo de solución de diferencias establecido en la

⁵⁹ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶¶ 44–45.

⁶⁰ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 44.

⁶¹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.59.

cláusula 11 del Contrato RER, con base en el cual dio inicio al Arbitraje de Lima, constituya una violación de sus obligaciones.

58. El MINEM no debió haber otorgado a CH Mamacocha la Adenda No. 2 del Contrato RER, mediante la cual había concedido la extensión de la POC hasta el 14 de marzo de 2020, porque eso no era permitido bajo el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. Habiendo identificado ese error, el MINEM ejerció su derecho contractual de solicitar la nulidad de la Adenda No. 2 ante la Cámara de Comercio de Lima. El Arbitraje de Lima era un legítimo ejercicio del derecho del MINEM a solicitar a un tribunal la solución de una disputa contractual. El tribunal en ese caso emitió un laudo el 24 de diciembre de 2020, declarando que no tenía jurisdicción para conocer la demanda de nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2. Por lo tanto, esas Adendas siguen vigentes.
59. Tercera Solicitud de Extensión de la POC. A pesar de la holgada extensión que la Adenda No. 2 le otorgó a CH Mamacocha (393 días calendario), CH Mamacocha presentó una Tercera Solicitud de Extensión de la POC el 1 de febrero de 2018, alegando que la Demanda del Gobierno Regional y las suspensiones del Contrato RER le habían impedido cumplir con el Cronograma de Ejecución. En esa solicitud, CH Mamacocha solicitó, además de una extensión de la POC, que se modificara la Fecha de Término del Contrato y el Plazo de Vigencia. Lo que CH Mamacocha verdaderamente pretendía con esa solicitud era forzar al Estado a otorgarle un trato exclusivo y preferencial, lo cual hubiese violado la legislación aplicable. Las Demandantes pretenden que el Tribunal acepte una tesis según la cual CH Mamacocha podía operar al margen del marco normativo y transferir al Estado todos los riesgos relacionados a la obtención de permisos y el financiamiento para construir el Proyecto Mamacocha.
60. El MINEM correctamente rechazó (por segunda vez) la solicitud de modificación de la definición de Fecha de Término del Contrato, toda vez que el marco normativo especificaba claramente que esa fecha era “no modificable por ninguna

causa”. En consecuencia, también fue rechazada la propuesta de modificación de la definición de Plazo de Vigencia. Adicionalmente, y de conformidad con la cláusula 8.4 del Contrato RER, el MINEM denegó la extensión de la POC Real. Lo que las Demandantes presentan ante este Tribunal como un incumplimiento del Tratado fue simplemente una debida aplicación del marco normativo de los Proyectos RER. El MINEM no tenía obligación alguna de conceder la Tercera Solicitud de Extensión de la POC –de hecho, estaba imposibilitado legalmente de hacerlo.

61. Proyecto de Decreto Supremo para modificar el Reglamento RER. El MINEM, de buena fe, consideró una posible solución global al riesgo que enfrentaban CH Mamacocha y otros adjudicatarios de contratos RER que estaban teniendo dificultades en llegar a la POC antes del 31 de diciembre de 2018. La solución global que evaluó el MINEM consistía en una posible modificación normativa que permitiera flexibilizar ciertos términos inequívocos del Contrato RER. En ese contexto, el 9 de noviembre de 2018, el MINEM autorizó la publicación de un proyecto de decreto supremo para la modificación del Reglamento RER (“**Proyecto de Decreto Supremo**”) y otorgó un plazo para la presentación de opiniones y sugerencias sobre el proyecto⁶².
62. Los cambios propuestos en el Proyecto de Decreto Supremo consistían, principalmente, en permitir que la fecha máxima de la POC Real se pudiese prorrogar en caso de fuerza mayor, o de acción u omisión injustificada del Estado; o mediante el aumento de la Garantía de Fiel Cumplimiento⁶³. Asimismo, preveía la prórroga de la Fecha de Término de los Contratos RER en razón a la existencia

⁶² **RL-0131**, Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM, 9 de noviembre de 2018 *adjuntando* un proyecto de modificación del Reglamento RER, art. 2.

⁶³ **RL-0131**, Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM, 9 de noviembre de 2018 *adjuntando* un proyecto de modificación del Reglamento RER

de acción u omisión injustificada del Estado⁶⁴. Adicionalmente, ese proyecto facultaría al MINEM a suscribir adendas a los Contratos RER de la Tercera y de la Cuarta Subasta que aún no hubieran iniciado la operación comercial⁶⁵.

63. Luego de su debida evaluación, el MINEM decidió *no* aprobar el Proyecto de Decreto Supremo⁶⁶. El ex Ministro **Francisco Ísmodes** explica en su declaración testimonial las razones que motivaron esa decisión: “[L]os comentarios recibidos al Proyecto de Decreto Supremo resaltaron que su aprobación implicaría un cambio en las condiciones previstas en la tercera y la cuarta subasta, lo cual causaría perjuicio a terceros y podría generar responsabilidad estatal”⁶⁷. Distintos comentarios de empresas privadas enfatizaron que, de aprobarse el Proyecto de Decreto Supremo, MINEM estaría modificando las condiciones en virtud de las cuales se participó (o se decidió no participar) en la Tercera y la Cuarta Subasta⁶⁸. Esos comentarios confirman, por lo tanto, la claridad de la Bases Consolidadas y los contratos RER en el sentido que las fechas críticas eran inmodificables.
64. En este Memorial de Contestación el Perú explicará en detalle los anteriores hechos, y corregirá las tergiversaciones, falsedades, y premisas erradas sobre las cuales las Demandantes erigen su caso en este arbitraje.

E. El Tribunal carece de jurisdicción

65. En la **Sección IV** de este Memorial de Contestación, el Perú demostrará que el Tribunal carece de jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes (tanto aquellas basadas en el Tratado como aquellas basadas en el Contrato RER).

⁶⁴ **RL-0131**, Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM, 9 de noviembre de 2018 *adjuntando* un proyecto de modificación del Reglamento RER

⁶⁵ Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 26; **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 8.

⁶⁶ *Ver* Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 27.

⁶⁷ *Ver* Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 27.

⁶⁸ *Ver* **Anexo R-0108**, Observaciones remitidas por Kallpa Generación S.A.; **Anexo R-0133**, Observaciones remitidas por Inland Energy, Registro No. 2874802, 23 de noviembre de 2018.

66. Concretamente, el Perú explicará que el Tribunal carece de: (i) jurisdicción *ratione voluntatis* sobre las reclamaciones basadas en el Tratado porque las Demandantes no han cumplido con el requisito de renuncia establecido en el artículo 10.18(2)(b) del Tratado; (ii) jurisdicción *ratione voluntatis* sobre las reclamaciones de las Demandantes basadas en la Investigación Penal por incumplimiento con el requisito de notificación y espera en el artículo 10.16.2 del Tratado; (iii) jurisdicción *ratione materiae* sobre las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 10.16(1)(b)(i)(C) del Tratado, dado que el Contrato RER no constituye un Acuerdo de Inversión en los términos del Tratado; (iv) jurisdicción *ratione materiae* respecto de las reclamaciones sobre los proyectos Río Arriba; y (v) jurisdicción *ratione personae* sobre las reclamaciones de CH Mamacocha, porque el Perú no ha atribuido en ningún momento a esta el carácter de “nacional de otro Estado Contratante” de conformidad con el Artículo 25(2) del Convenio CIADI.

F. Las reclamaciones de las Demandantes carecen de fundamento

67. Aun asumiendo que el Tribunal tiene jurisdicción, las reclamaciones de las Demandantes deben ser rechazadas porque carecen de mérito. Las Demandantes no han demostrado —porque no pueden— que el Perú haya incumplido con sus obligaciones bajo el Tratado o el Contrato RER.
68. Las Demandantes alegan que el Perú violó el artículo 10.5 del Tratado, el cual establece en forma clara y expresa que el estándar que aplica al presente caso es el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario. El Perú demuestra en el presente Memorial de Contestación que las Demandantes pretenden aplicar un estándar de trato justo y equitativo que no corresponde al nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario. Pero incluso bajo el estándar propuesto por las Demandantes (más cercano a un estándar autónomo de trato justo y equitativo), el Perú no ha violado sus obligaciones bajo el artículo 10.5 del Tratado.

69. Las Demandantes también alegan que una serie de medidas adoptadas por el Perú resultaron en la expropiación indirecta de su inversión. Sin embargo, las medidas identificadas por las Demandantes no cumplen con el estándar legal aplicable a reclamos sobre expropiación indirecta bajo el artículo 10.7 del Tratado.
70. Las Demandantes argumentan además que el Perú violó la cláusula de Nación Más Favorecida del artículo 10.4 del Tratado (“**Cláusula NMF**”). Las Demandantes invocan la Cláusula NMF para importar obligaciones bajo otros tratados suscritos por el Perú. Sin embargo, las Demandantes no han cumplido con su carga de probar que la Cláusula NMF permite que se importen las protecciones de los tratados que citan. Además, aún si ello fuera permisible (*quod non*), las Demandantes no han demostrado que las medidas impugnadas serían contrarias a esas protecciones.
71. Las Demandantes también acusan al Perú de haber violado el Contrato RER y la ley peruana, en perjuicio de las Demandantes. Las Demandantes se basan en el Contrato RER, artículos dispersos del Código Civil, principios de derecho civil, principios de derecho administrativo, y la propia Ley del Procedimiento Administrativo General (“**LPAG**”) para imputar toda una serie de supuestos incumplimientos al Estado. Simultáneamente, las Demandantes tergiversan las normas aplicables, invocan normas que no son aplicables, y se equivocan en su análisis legal. Un error fundamental que afecta a la mayor parte de las reclamaciones de las Demandantes es que pretenden imputarle al MINEM como parte contractual bajo el Contrato RER la conducta de otras entidades del Estado. Ese error justifica el rechazo de varias de las reclamaciones de las Demandantes (e.g., las reclamaciones que se basan en la Demanda del Gobierno Regional, en las actuaciones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa, y en las actuaciones de la Autoridad Ambiental del Agua).
72. Por otra parte, el MINEM no violó sus obligaciones bajo el Contrato RER cuando decidió rechazar la Tercera Solicitud de Modificación de la POC, y cuando decidió

iniciar el Arbitraje de Lima. El MINEM tampoco violó su obligación de coadyuvar bajo la cláusula 4.3 del Contrato RER.

73. Las reclamaciones de las Demandantes con base en el principio de “confianza legítima” fallan, entre otras cosas, porque ese principio no aplica en relaciones contractuales entre privados y la administración pública. Asimismo fracasan las reclamaciones de las Demandantes que se basan en los principios de buena fe y actos propios. Por un lado, las Demandantes interpretan incorrectamente el alcance de esos principios y, por el otro, los presupuestos fácticos requeridos para que se configure la violación a esos principios no se reúnen.
74. Finalmente, las Demandantes se equivocan cuando alegan que el Contrato RER terminó de pleno derecho el 31 de diciembre de 2018 por imposibilidad sobrevenida por culpa del Estado. El Perú de ninguna manera imposibilitó que CH Mamacocha cumpliera con el Contrato RER. El estándar para que se configure la imposibilidad es muy alto y en este caso no se cumple. En ese sentido, CH Mamacocha no se libera de su responsabilidad de cumplir con el Contrato RER. Al no lograr la POC Real en la fecha pactada, el Contrato RER terminó de pleno derecho, quedando el MINEM facultado para ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato RER otorgada por CH Mamacocha cuando este procedimiento arbitral concluya, de conformidad con la cláusula 8.4 del Contrato RER.

G. Las Demandantes no tienen derecho a indemnización

75. Las Demandantes han planteado sus reclamaciones sobre daños de la misma forma antojadiza y sesgada en la que han descrito las medidas que forman la base de sus reclamaciones. Según las Demandantes, el Perú interfirió con la capacidad de las Demandantes de obtener financiamiento para el Proyecto Mamacocha causando, de esa forma, la frustración del proyecto. Dado que Latam Hydro no pudo obtener el financiamiento que deseaba (porque no logró asociarse con un socio mayoritario con experiencia en energía renovable que se encargara de

capitalizar el 70% de CH Mamacocha y de supervisar la construcción y operación del Proyecto) intentan mediante este arbitraje responsabilizar al Perú de la supuesta “frustración” del Proyecto Mamacocha. Sin embargo, eran las Demandantes las responsables de financiar el Proyecto Mamacocha y lograr la POC Real en el plazo establecido. No pueden pretender las Demandantes trasladar su responsabilidad al Estado simplemente por el hecho de que no les funcionó el riesgoso esquema de financiamiento que ellos mismos libremente habían elegido. Si el Proyecto Mamacocha fracasó, fracasó por culpa de las Demandantes, no por culpa del Estado.

76. Como parte de sus pretensiones de indemnización, las Demandantes exigen el pago del valor justo de mercado de un proyecto que había tenido un cero por ciento de avance y cuya probabilidad de éxito era, en el mejor de los casos, especulativa. Las Demandantes reclaman una indemnización de USD 47.191 millones como compensación por una Planta de Generación que nunca ni siquiera empezaron a construir, y como pago por 40 años de energía que nunca llegaron a entregar, ni entregarán en el futuro, al sistema eléctrico del Perú.
77. El caso de daños de las Demandantes adolece de defectos notorios y fundamentales. Además de que la teoría de causalidad de las Demandantes es insostenible, sus modelos de cuantificación de daños se basan en premisas exageradas, especulativas, e infundadas. Los expertos en cuantificación del Perú, Matthew Shopp y Kieran Sequeira, de **Versant Partners**, exponen en detalle en su informe pericial los numerosos errores y premisas incorrectas en los cuales se basan dichos modelos. Con base en la información con la que se cuenta a la fecha, cuando se corrigen los errores del modelo de daños de las Demandantes, las Demandantes tendrían derecho, como máximo, a un 10% de la indemnización que reclaman. Sin embargo, los expertos de Versant Partners explican que dicha cifra podría ser aún menor.

78. En síntesis, las reclamaciones de las Demandantes adolecen de numerosos defectos, entre ellos jurisdiccionales y de fondo que ameritan la desestimación de la totalidad de aquéllas, y en cualquier caso las teorías y cálculos de daños ofrecidos por las Demandantes son deficientes por lo que no deben ser acogidos por el Tribunal. Se justifica además en el presente caso una condena en costas y honorarios legales en contra de las Demandantes.

* * *

79. El presente Memorial de Contestación está respaldado por tres declaraciones testimoniales, tres informes periciales, anexos R-0001 a R-150 y autoridades legales RL-0001 a RL-180.

80. Las tres declaraciones testimoniales son las siguientes:

- Declaración Testimonial del **Ing. Jaime Mendoza**, Presidente del Consejo Directivo del Osinergmin desde enero de 2021, Gerente de Regulación de Tarifas entre agosto de 2017 y diciembre de 2020, y Gerente de Generación y Transmisión Eléctrica entre enero de 2008 y enero de 2017.
- Declaración del Sr. **Francisco Ísmodes Mezzano**, ex Ministro de Energía y Minas del Perú, desde el 2 de abril de 2018 hasta el 4 de octubre de 2019.
- Declaración del Sr. **Ricardo Ampuero Llerena**, ex Presidente de la Comisión Especial, desde el 6 de junio de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2020.

81. Los tres informes periciales son de los siguientes expertos:

- Claudio Lava Cavassa, quien aporta un informe pericial sobre derecho civil peruano, en el que analiza las obligaciones recogidas en el Contrato RER ("**Informe Pericial de Claudio Lava**").
- Carlos Monteza Palacios, quien aporta un análisis de derecho administrativo peruano y analiza el régimen jurídico del Contrato RER como contrato administrativo ("**Informe Pericial de Carlos Monteza**").

- Versant Partners, peritos en análisis y cuantificación de daños, que evalúan los supuestos daños que las Demandantes alegan haber sufrido (“**Informe Pericial de Versant**”).
82. El Perú incluye además un Glosario al inicio de este Memorial de Contestación, para facilitar su lectura y asistir al Tribunal.

II. HECHOS

A. El Proyecto Mamacocha y el Contrato RER

1. El Proyecto Mamacocha

83. Las empresas Greinvest Americas LLC y Greinvest Latin America (BVI) Ltd (conjuntamente “**Greinvest**”) propiedad del Sr. Jacobson, decidieron desarrollar un proyecto hidroeléctrico en la laguna Mamacocha (“**Proyecto Mamacocha**”), ubicada en el distrito de Ayo, provincia de Castilla, en el sur del Perú⁶⁹. La laguna Mamacocha es la laguna de manantial más grande del mundo, y se encuentra en una zona denominada el Valle de los Volcanes⁷⁰. La zona de la laguna Mamacocha es árida y forma una suerte de oasis que fomenta la diversidad biológica⁷¹.



Figura 1 - Mapas mostrando la ubicación de la Laguna Mamacocha

84. Greinvest consideró que esa ubicación sería ideal para construir una central hidroeléctrica que utilizaría el reboce de la laguna Mamacocha en forma de

⁶⁹ Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, 14 de septiembre de 2020, ¶ 6.

⁷⁰ **Anexo R-0095**, “Arequipa: laguna de Mamacocha, la nueva maravilla natural de la Comunidad Andina”, EL COMERCIO, 4 de junio de 2019.

⁷¹ **Anexo R-0095**, “Arequipa: laguna de Mamacocha, la nueva maravilla natural de la Comunidad Andina”, EL COMERCIO, 4 de junio de 2019.

cascada, para alimentar las turbinas que generarían electricidad (la “**Planta de Generación**”). El diseño del Proyecto Mamacocha preveía que el reboce sería captado en la orilla de la laguna, y luego canalizado a un túnel dentro de una montaña⁷². La cascada sería construida dentro de una montaña (cascada interna), y el agua utilizada para alimentar las turbinas sería descargada al río Colca⁷³. Greinvest anticipaba que el Proyecto Mamacocha generaría una potencia de 20 MegaWatts (MW), y que se para conectar al SEIN , se requeriría construir una línea de transmisión para conectar la Planta de Generación con la subestación de Chipmo (“**Línea de Transmisión**”)⁷⁴.

85. Como explica el Sr. Andrés Bartrina (testigo de las Demandantes) en su declaración testimonial, la ubicación y diseño del Proyecto Mamacocha fue la exclusiva responsabilidad de Greinvest⁷⁵. Fue esta empresa la que diseñó el proyecto para participar en la Tercera Subasta RER y obtener los incentivos que ofrecía ese marco regulatorio y el Contrato RER.

2. *El marco normativo de los Proyectos RER*

86. Los Contratos RER tienen su origen en la política energética peruana, que en los últimos diez años ha fomentado el uso de tecnologías de RER para reducir las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) y mejorar los niveles de seguridad energética⁷⁶. Para ello, el Perú desarrolló un marco normativo que promueve el ingreso de este tipo de tecnologías para la generación de energía eléctrica.

⁷² Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶ 11.

⁷³ Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶ 11.

⁷⁴ Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶ 13, 20; *ver* **Anexo R-0096**, Central Hidroeléctrica Laguna Azul (Mamacocha) (20MW), noviembre de 2020; **Anexo R-0150**, Contrato de Concesión Definitiva (Línea de Transmisión), 2 de mayo de 2016, firmada el 13 de mayo de 2016.

⁷⁵ Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶¶ 2, 6.

⁷⁶ *Ver* **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinergmin, marzo de 2017, pág. 49.

87. Para entender la relación contractual entre las partes del Contrato RER es necesario entender primero las normas aplicables en el Perú a las empresas de generación eléctrica en general, a las empresas de generación RER, y, más específicamente, a las empresas que obtuvieron una adjudicación de primas para el suministro de energía en el marco de las subastas (licitaciones).
88. El Contrato RER es un contrato de compraventa de energía a largo plazo que otorga al concesionario el derecho de recibir una tarifa preferencial por el suministro de la potencia y energía hidroeléctrica contratada⁷⁷. Sin embargo, el Contrato RER no es un contrato de concesión de generación, y no implica un derecho a generar energía. Para el desarrollo de las actividades de generación de energía CH Mamacocha debía obtener lo que se denomina en la normativa pertinente peruana una Concesión Definitiva de Generación (“**Concesión Definitiva**”) para el Proyecto Mamacocha.
89. La Concesión Definitiva se define en los Contratos RER como “el derecho eléctrico otorgado por la Autoridad competente, conforme a las disposiciones establecidas en la [Ley de Concesiones Eléctricas] y el RLCE, para el desarrollo de la actividad de generación con [recursos energéticos renovables]”⁷⁸. El contrato que se suscribe a raíz del otorgamiento de la Concesión Definitiva se denomina el Contrato de Concesión Definitiva (“**Contrato de Concesión Definitiva**”). CH Mamacocha obtuvo el Contrato de Concesión Definitiva para el Proyecto Mamacocha a través de la Resolución Ministerial No. 255-2016-MEM/DM emitida por el MINEM el 23 de junio de 2016⁷⁹. Ese título habilita a CH Mamacocha a generar electricidad⁸⁰.

⁷⁷ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 10.

⁷⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.11; ver también **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.15.

⁷⁹ **Anexo R-0098**, Resolución Ministerial No. 255-2016-MEM/DM, 23 de junio de 2016.

⁸⁰ **Anexo R-0002**, Contrato de Concesión Definitiva.

90. También es importante conocer (i) el proceso de las Subastas RER para otorgar contratos de suministro de energía (Contratos RER) con respecto a Proyectos RER independientes, y (ii) el objeto de dichos Contratos RER (incluyendo todas las obligaciones y riesgos que surgen de tales contratos). El desarrollo de los proyectos de generación con energías renovables en el Perú se inició en el año 2008, con la promulgación de un “marco normativo especial que introdujo el mecanismo de subastas para la promoción de inversiones privadas y la adjudicación de proyectos RER”⁸¹. Así, el 2 de mayo de 2008, el Estado peruano emitió la Ley RER⁸², que promueve, a través de las Subastas RER, “la inversión para la generación de electricidad con fuentes de energía renovables no convencionales, denominado en este marco legal como ‘Recursos Energéticos Renovables – RER’, tales como la energía eólica, solar, geotérmica, mareomotriz, la biomasa y las pequeñas hidroeléctricas con una capacidad instalada de hasta 20 MW”⁸³.
91. La Ley RER tiene por objeto promover el aprovechamiento de los RER “para mejorar la calidad de vida de la población y proteger el medio ambiente, mediante la promoción de la inversión en la producción de electricidad”⁸⁴. Si bien esa ley “corresponde a la actividad de generación de electricidad con RER que entre en operación comercial a partir de la vigencia de este Decreto Legislativo”⁸⁵, la obtención de los derechos para conducir tales actividades no se sujeta a la Ley

⁸¹ Ver **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinergmin, marzo de 2017, pág. 49.

⁸² **Anexo C-0007**, Decreto Legislativo No. 1002, 1 de mayo de 2010 (“**Ley RER**”).

⁸³ Ver **Anexo R-0099**, Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales en el Perú, Osinergmin, octubre de 2014, pág. 2.

⁸⁴ Ver **Anexo R-0100**, Supervisión de Contratos de Proyectos de Generación y Transmisión de Energía Eléctrica, Osinergmin, junio de 2020, pág. 8.

⁸⁵ Ver **Anexo R-0100**, Supervisión de Contratos de Proyectos de Generación y Transmisión de Energía Eléctrica, Osinergmin, junio de 2020, pág. 8.

RER, sino a lo establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, y las normas complementarias de esa ley⁸⁶.

92. La Ley RER establece los siguientes incentivos para la promoción y desarrollo de los proyectos RER⁸⁷:

“Compra de toda la energía producida por los generadores RER al precio que resulte en el mercado de corto plazo y complementado por la prima que fije el . . . (Osinerghmin) en caso de que el costo marginal sea menor que la tarifa resultante de las licitaciones”⁸⁸;

“Prioridad para el despacho diario de carga efectuado por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES), para lo cual se le considera un costo variable de producción igual a cero”⁸⁹;

“Prioridad para conectarse a las redes eléctricas de transmisión y distribución del [Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN)] en caso de existir capacidad en dichas redes”⁹⁰;

“Tarifas estables a largo plazo (20 años) establecidas mediante las [Subastas RER]”⁹¹;

⁸⁶ Ver **Anexo C-0007**, Ley RER, art. 1; **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas.

⁸⁷ Ver **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinerghmin, marzo de 2017, pág. 50.

⁸⁸ **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinerghmin, marzo de 2017, pág. 50; ver **Anexo C-0007**, Ley RER, art. 5.

⁸⁹ **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinerghmin, marzo de 2017, pág. 50; ver **Anexo C-0007**, Ley RER, art. 5.

⁹⁰ **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinerghmin, marzo de 2017, pág. 50; ver **Anexo C-0007**, Ley RER, art. 8.

⁹¹ **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinerghmin, marzo de 2017, pág. 50.

“Fondos financieros para investigación y desarrollo de proyectos de generación eléctrica con RER”⁹².

93. El 2 de octubre de 2008 se aprobó el primer Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables (“**Reglamento RER 2008**”)⁹³. Ese reglamento sirvió como base para que el Estado peruano comenzara a actualizar el sistema de energías renovables en el Perú. Posteriormente, el 22 de marzo de 2011 se aprobó el Reglamento de la Ley RER (“**Reglamento RER 2011**”), el cual señalaba expresamente que los postores de las Subastas RER serían los responsables de efectuar los procedimientos destinados a obtener la Concesión Definitiva para efectuar las labores de generación eléctrica, de conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas y el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas⁹⁴. Más adelante se explicarán las principales modificaciones al Reglamento RER 2011 introducidas mediante el Decreto Supremo 024-2013, del 6 de julio de 2013 (“**DS 24-2014**”)⁹⁵ (el Reglamento RER 2011 y el DS 24, en conjunto, “**Reglamento RER**”)⁹⁶.
94. *Subastas RER*. El MINEM convocó a un total de cuatro Subastas RER en el año 2009 (“**Primera Subasta**”), 2011 (“**Segunda Subasta**”), 2013 (“**Tercera Subasta**”), y 2015 (“**Cuarta Subasta**”)⁹⁷. Los Proyectos RER de la Primera y Segunda Subasta sufrieron significativas demoras en cumplir con la puesta en operación comercial

⁹² **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinergmin, marzo de 2017, pág. 50; *ver* **Anexo C-0007**, Ley RER, art. 12.

⁹³ **Anexo MQ-0004**, Decreto Supremo No. 050-2008-EM, 1 de octubre de 2008 (“**Reglamento RER 2008**”).

⁹⁴ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 16.

⁹⁵ **Anexo MQ-0038**, Decreto Supremo No. 024-2013-EM, 5 de julio de 2013 (“**DS 24-2014**”).

⁹⁶ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, (A través del Decreto Supremo No. 050-2008-EM se aprobó el Reglamento de 2008, el cual fue derogado por el Decreto Supremo No. 012-2011-EM que se a su vez, fue modificado por el Decreto Supremo No. 024-2013-EM, norma vigente al momento de la Tercera Subasta RER.).

⁹⁷ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 28.

(POC), algunos de hasta más de cinco años⁹⁸. Para solucionar ese problema, el MINEM decidió modificar el Reglamento RER 2011 con el objetivo de evitar que los Proyectos RER de la Tercera y Cuarta Subasta sufriesen demoras similares⁹⁹.

95. Adicionalmente, algunos proyectos de la Primera y Segunda Subasta habían presentado otros problemas. Por ejemplo, en muchos casos, la empresa a la que se le adjudicaba el proyecto RER no tenía verdadera intención de construirlo, sino que pretendía vender el proyecto RER a terceros que quisieran desarrollar el proyecto¹⁰⁰. Para esos adjudicatarios que obtuvieron una Tarifa de Adjudicación garantizada por un plazo de hasta 20 años pero que su intención era vender el proyecto, tenía sentido esperar antes de realizar esa venta, porque los costos de tecnología RER y construcción serían menores a medida que pasara el tiempo (mientras que la Tarifa de Adjudicación se mantendría fija). Eso presentaba un beneficio, porque la Tarifa de Adjudicación se había calculado sobre la base de costos de tecnología RER y de construcción más altos¹⁰¹.
96. *Principales modificaciones al Reglamento RER 2011.* Para corregir la situación que se dio con varios Proyectos RER de la Primera y Segunda Subasta, el 6 de julio de 2013, por medio del DS 24, se realizaron ciertas modificaciones al Reglamento RER 2011 que aplicarían a la Tercera y Cuarta Subasta¹⁰². Estas modificaciones crearon el Reglamento RER. Los cambios más relevantes para la Tercera Subasta fueron los siguientes:

⁹⁸ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 43.

⁹⁹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 43.

¹⁰⁰ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 43.

¹⁰¹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 43.

¹⁰² Ver **Anexo MQ-0038**, DS 24-2014; ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 44.

Reglamento RER 2011	Reglamento RER
No se contemplaba una Fecha de Cierre en el Reglamento, aunque sí en las Bases Consolidadas de la Primera y Segunda Subasta. ¹⁰³	1.13.A Fecha de Cierre: Es el día establecido en las Bases, en que se cumplen todos y cada uno de los requisitos establecidos en las Bases para la firma del Contrato y conclusión del proceso de Subasta." ¹⁰⁴ (énfasis añadido)
No se contemplaba una Fecha de Término del Contrato dentro del Reglamento RER 2011.	"1.13.B Fecha de Término del Contrato: Es la fecha máxima establecida en las Bases, no modificable por ninguna causa , hasta la cual se le pagara al Concesionario la Tarifa de Adjudicación" ¹⁰⁵ (énfasis añadido).
No se contemplaba una Fecha Real de Puesta en Operación Comercial dentro del Reglamento RER de 2011.	"1.13.C Fecha Real de Puesta en Operación Comercial: Fecha real de entrada en operación comercial de cada central, certificada por el [Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional] de acuerdo a sus Procedimientos, la cual no podrá exceder en dos (02) años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento " ¹⁰⁶ (énfasis añadido).
No se contemplaba una Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial dentro del Reglamento RER 2011.	"1.13.D Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial: Es la fecha establecida en las Bases, considerando veinte (20) años hasta la Fecha de Término del Contrato." ¹⁰⁷

97. Lo que se buscaba con estas modificaciones era establecer con claridad que si el Concesionario no llegase a cumplir con la Fecha Real de Puesta en Operación

¹⁰³ Ver **Anexo R-0102**, Bases Definitivas para la Subasta, cláusula 1.2.37 ("**Fecha de cierre:** Fecha en la que se suscribe el Contrato de Inversión entre el Ministerio y el Inversionista. En esta fecha también se suscribirán los Contratos de Servicio correspondientes"); ver **Anexo R-0103**, Bases Consolidadas para la Segunda Subasta, cláusula 1.2.28 ("**Fecha de Cierre:** Fecha establecida en el Cronograma, para la firma del Contrato entre el Ministerio y la Sociedad Concesionaria.").

¹⁰⁴ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.A.

¹⁰⁵ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.B.

¹⁰⁶ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.C.

¹⁰⁷ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.D.

Comercial (“**POC Real**”) del proyecto RER, se ejecutaría la garantía de fiel cumplimiento y se resolvería el contrato RER de pleno derecho. Estas modificaciones fueron reflejadas en las bases consolidadas¹⁰⁸ y los contratos RER¹⁰⁹ que firmaron los adjudicatarios de la Tercera Subasta.

98. Como se explicará más adelante, la POC Real es “la fecha real de entrada en operación comercial de cada central, certificada por el COES de acuerdo a sus Procedimientos, la cual no podrá exceder en dos (02) años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutara la Garantía de Fiel Cumplimiento.”¹¹⁰.

3. Subastas RER

99. El objeto de las Subastas RER era la adjudicación de un precio garantizado (“**Tarifa de Adjudicación**”) que el Estado le pagaría a los adjudicatarios por la energía RER que produjeran con base en Proyectos RER, hasta ciertos límites y bajo ciertas condiciones¹¹¹. Así, el numeral 7.1 de la Ley RER estableció que

[e]l OSINERGMIN subastará **la asignación de primas a cada proyecto con generación RER**, de acuerdo a las pautas fijadas por el [MINEM]¹¹². (Énfasis añadido)

100. Los Proyectos RER son desarrollados bajo riesgo exclusivo de los adjudicatarios, y permanecen bajo la titularidad de estos¹¹³. En ningún momento los Proyectos RER son transferidos al MINEM o a otro órgano del Estado Peruano. No se establece tampoco un esquema de riesgo compartido tipo *joint venture*, ni de asociación público-privada, sino que el inversionista asume la ejecución del proyecto bajo su

¹⁰⁸ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.31.

¹⁰⁹ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusulas 1.4.21, 1.4.22, 1.4.23.

¹¹⁰ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.23.

¹¹¹ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 10.

¹¹² Ver **Anexo C-0007**, Ley RER, art. 7.1.

¹¹³ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 16.

propio riesgo —salvo en lo que se refiere al riesgo de ingresos, que es mitigado mediante la asignación de la Tarifa de Adjudicación.

101. *Etapas en el proceso de licitación.* El proceso de licitación mediante las Subastas RER estaba compuesto de varias fases, y tenía varias fechas límites. Tal proceso se puede dividir en cuatro etapas: (i) etapa de consulta y análisis de las bases de la Subasta RER, (ii) etapa de notificación de precalificación, (iii) etapa de adjudicación, y (iv) etapa de firma de contrato¹¹⁴.
102. La etapa de consulta y análisis de las bases de las Subastas RER comenzaba a partir del momento en que se abría la convocatoria y las empresas interesadas compraban las bases de la Subastas RER, hasta la publicación de las bases consolidadas¹¹⁵. Estas establecían la estructura y regían el desarrollo de las Subastas RER. Esta etapa estaba conformada a su vez por las siguientes cuatro instancias:
 - *Apertura de sugerencias y consultas a las bases:* período de aproximadamente dos semanas en el que los participantes enviaban sus sugerencias y consultas al Comité de Selección.
 - *Análisis de las sugerencias y consultas:* una vez que se cerraba la fase de apertura a sugerencias y consultas, el Comité de Selección tenía aproximadamente una semana para analizar las sugerencias y consultas.
 - *Publicación de circular con respuestas a sugerencias y consultas:* el Comité de Selección publicaba las sugerencias y consultas que formularon los participantes, y las respuestas a las mismas por parte del Comité de Selección.
 - *Publicación de las bases consolidadas:* con base en las sugerencias recibidas y de las consultas realizadas, el Comité de Selección podía realizar

¹¹⁴ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 30.

¹¹⁵ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 31; **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.9 (“Bases Consolidadas: Es la versión final de las Bases aprobadas por el Comité como resultado de la etapa de análisis de sugerencias y consultas a las Bases, que serán publicadas en el Data Room de acuerdo con el Cronograma”).

modificaciones a las Bases originales. De existir modificaciones, ellas se publicaban en el *Data Room*, y las Bases adquirían la calidad de “bases consolidadas”.

103. Una vez terminada la etapa de consulta y análisis, se pasaba a la etapa de notificación de precalificación. En esa etapa, las empresas participantes presentaban sus propuestas de Proyectos RER en dos sobres: el primero (“**Sobre de Calificación**”) debía contener cierta información sobre el Proyecto RER sobre el cual versaba, incluyendo un mapa de su ubicación, y una indicación de la potencia pertinente, entre otros¹¹⁶. El Sobre de Calificación de cada propuesta de Proyecto RER también debía incluir un segundo sobre (“**Sobre de Oferta**”), el cual se debía verter la oferta económica del Proyecto RER correspondiente¹¹⁷. El MINEM solo obtenía información detallada sobre el Proyecto RER una vez que se abrían los sobres¹¹⁸.

104. La presentación del Sobre de Calificación constituía la aceptación del participante de lo dispuesto en las bases consolidadas, según lo disponían expresamente tales bases:

La sola presentación del Sobre de Calificación, implic[a], sin necesidad de acto posterior alguno, **el pleno conocimiento, aceptación y sometimiento** incondicional del Participante, de **todo lo dispuesto en las Bases [Consolidadas]**¹¹⁹. (Énfasis añadido)

105. El Comité de Selección luego evaluaba los Sobre de Calificación. Si se determinaba que el participante había cumplido con los requisitos establecidos en las bases consolidadas y el Comité no tenía observaciones, este calificaba al participante como “postor”¹²⁰. Si el Comité de Selección realizaba observaciones, se le otorgaba

¹¹⁶ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 2.5.11.

¹¹⁷ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusulas 2.4.1, 2.6.

¹¹⁸ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 16.

¹¹⁹ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, art. 1.4.4.

¹²⁰ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 35.

al participante aproximadamente dos semanas para subsanar cualquier defecto que fuera susceptible de ser subsanado¹²¹. Después de que el participante subsanase cualquier defecto identificado en las observaciones, el Comité de Selección procedía a publicar el “Acta de Postores”. Si el participante era descalificado (i.e., no calificaba como postor) tenía la oportunidad de impugnar la descalificación, la cual era resuelta por el Comité de Selección¹²².

106. Una vez terminada la etapa de notificación de precalificación, se pasaba a la etapa de adjudicación¹²³. Conforme al Reglamento RER y a las bases consolidadas, se realizaba un solo acto público en el que (1) se abría el Sobre de Oferta de los postores, y (2) se adjudicaba la “Buena Pro”, es decir, se declaraba esa oferta como una propuesta ganadora¹²⁴. Durante el proceso de adjudicación¹²⁵

[s]e abrían los Sobres [de Oferta] y se ordenaban los proyectos según los precios, de menor a mayor¹²⁶. Esto, con base al precio de oferta¹²⁷ que, para efectos de la Subasta, era calculada por Osinergmin en USD/mvh¹²⁸, en la Barra de Oferta¹²⁹, por cada tipo de tecnología de generación con RER

¹²¹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 35.

¹²² Ver **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, Anexo 1: Cronograma; ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 36.

¹²³ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 38.

¹²⁴ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 4.

¹²⁵ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 39.

¹²⁶ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 4.

¹²⁷ Ver **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinergmin, marzo de 2017, pág. 138 (“Nótese que los generadores ofrecen energía y potencia al sistema; por ello en las subastas presentan ofertas correspondientes tanto al precio de la energía como al precio de potencia. En este sentido, el precio monómico que captura un promedio entre ambos precios es adecuado como factor de competencia.”).

¹²⁸ Megavatios-hora.

¹²⁹ Ver **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.7 (“Barra de Oferta: Es la Barra seleccionada por cada Postor de la lista contenida en el Anexo 8 de las Bases, a la cual referirá su Oferta y en la que serán efectuadas las liquidaciones económicas. La Sociedad Concesionaria será responsable de los cargos que corresponden entre la Barra de Conexión al SEIN y la Barra de Oferta”).

(“Precio Máximo de Adjudicación”). Los Proyectos RER que excedían el Precio Máximo de Adjudicación son descartados¹³⁰.

Si el mvh ofertado excedía a la Energía Requerida, se verificaba si existía adjudicación parcial, siempre y cuando esté por debajo del Precio Máximo de Adjudicación.

Se adjudicaban sucesivamente los proyectos hasta cubrir la Energía Requerida¹³¹.

107. Los postores cuya oferta es aceptada (total o parcialmente) adquirirían la calidad de adjudicatarios.
108. Una vez terminada la etapa de adjudicación, se pasaba a la etapa de firma del contrato¹³². Esta etapa estaba ligada a la “Fecha de Cierre”, que en las Bases Consolidadas de la Tercera Subasta (“**Bases Consolidadas**”) se definía como “el día establecido en las Bases para la firma del Contrato y conclusión del proceso de Subasta”¹³³.
109. En resumen, “el diseño de subasta utilizado en el [Perú] para la adjudicación de proyectos de generación RER [era]de sobre cerrado a mejor precio y utiliza[ba] como factor de competencia el precio monómico de generación, además de la cantidad de energía a subastar”¹³⁴. Las Subastas RER “se caracteriz[ab]an porque [solían] ofrecer a los adjudicatarios un contrato de compra de energía a largo plazo, con duración de entre 10 y 30 años”¹³⁵.

¹³⁰ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 4.5(a).

¹³¹ Ver **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.12 (La Energía Requerida se refiere a “la cantidad total de energía anual expresada en MWh materia de la Subasta”).

¹³² Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 41.

¹³³ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.29.

¹³⁴ Ver **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinergmin, marzo de 2017, pág. 50.

¹³⁵ Ver **Anexo R-0097**, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinergmin, marzo de 2017, pág. 50.

110. *Tercera Subasta.* La Tercera Subasta fue convocada el 12 de julio de 2013. El proceso pertinente se efectuó al amparo del marco legal establecido en la Ley RER y el Reglamento RER:

1.1 Objeto de la Subasta: El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, en adelante OSINERGMIN, . . . ha convocado a Subasta para el suministro de energía, con Recursos Energéticos Renovables (RER), al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), por el Plazo de Vigencia, de acuerdo a las normas y procedimientos especificados en las presentes Bases, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 012-2011-EM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1002, de Generación de Electricidad con Energías Renovables, en adelante Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 024-2013-EM¹³⁶.

111. En la Tercera Subasta se adjudicaron 19 proyectos, de los cuales 14 llegaron a la fase de firma de contrato, incluyendo el Contrato RER referente al Proyecto Mamacocha¹³⁷. Específicamente, el 18 de febrero de 2014 CH Mamacocha suscribió con el MINEM el Contrato RER, que obligaba a CH Mamacocha a financiar, diseñar, construir y poner en operación el Proyecto Mamacocha, a más tardar el 31 de diciembre de 2018¹³⁸.

4. *Participación de CH Mamacocha en la Tercera Subasta*

112. El Contrato RER era atractivo para CH Mamacocha porque establecía una Tarifa de Adjudicación “monómica”¹³⁹. El precio monómico capturaba un promedio

¹³⁶ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.1.

¹³⁷ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 47.

¹³⁸ *Ver Anexo C-0002*, Contrato RER.

¹³⁹ *Ver Anexo R-0097*, La Industria de la Energía Renovable en el Perú: 10 Años de Contribuciones a la Mitigación del Cambio Climático, Osinergmin, marzo de 2017, pág. 138 (“Nótese que los generadores ofrecen energía y potencia al sistema; por ello en las subastas presentan ofertas correspondientes tanto al precio de la energía como al precio de potencia. En este sentido, el precio monómico que captura un promedio entre ambos precios es adecuado como factor de competencia.”); *ver* Declaración Testimonial de Goran Stefan Sillen, 14 de septiembre de 2020, ¶

entre el precio de la energía y el precio de potencia¹⁴⁰ para las inyecciones de energía que realizarían las concesionarias mediante centrales que utilizaran RER. La Tarifa de Adjudicación reducía el riesgo financiero, toda vez que CH Mamacocha recibiría Ingresos Garantizados¹⁴¹ durante la vigencia del Contrato RER. Asimismo reducía, el riesgo de demanda, puesto que CH Mamacocha inyectaría la Energía Adjudicada al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (“SEIN”). Dicho de otra forma, CH Mamacocha tendría un comprador asegurado.

113. Otra ventaja para CH Mamacocha bajo el Contrato RER era el plazo de vigencia de la Tarifa de Adjudicación. Dicho plazo era “el periodo comprendido entre la [POC Real] y la Fecha de Término del Contrato” (“**Plazo de Vigencia**”)¹⁴². El Contrato RER establecía un Plazo de Vigencia de hasta 20 años.
114. El diferencial entre la Tarifa de Adjudicación y el precio en el mercado spot sería pagado mediante un cargo específico asociado al peaje de transmisión por toda la demanda del SEIN.
115. El artículo 1 de las Bases Consolidadas establecía que se presumiría, sin admitir prueba en contrario, que toda persona que participase en esa Subasta conocería las leyes aplicables y los usos y costumbres del mercado peruano:

Las Bases, y las Leyes Aplicables tal como éstas son definidas
más adelante, regirán la Subasta y el Contrato. Se presumirá,

12 (“The RER Promotion’s chief incentive was the government’s offer of a guaranteed-revenue concession whereby Peru guaranteed to pay a fixed price per megawatt hour for a fixed amount of megawatt hours per year of electricity injected into the electricity grid for a 20-year period . . . Peru’s offer of a 20-year concession period that guaranteed a price up to a required energy output made its RER projects very attractive”).

¹⁴⁰ La potencia se refiere a la *capacidad* de la central hidroeléctrica de producir energía. Una planta de generación hidroeléctrica generalmente tiene una mayor capacidad que las solares, porque las plantas solares solo tienen la capacidad de generar energía durante el día, mientras que las hidroeléctricas típicamente generan energía las 24 horas de día.

¹⁴¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.26 (“**Ingreso Garantizado**: Es el ingreso anual que percibirá la Sociedad Concesionaria por las inyecciones netas de energía hasta el límite de la Energía Adjudicada remuneradas a la Tarifa de Adjudicación. Se aplicará únicamente durante el Plazo de Vigencia”).

¹⁴² **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.27.

sin admitirse prueba en contrario, que toda Persona que, de manera directa o indirecta participe en la Subasta, **conoce las Leyes Aplicables y los usos y costumbres del mercado peruano**. No son de aplicación a la Subasta ni al Contrato, las normas de la Ley de Adquisiciones del Estado ni su reglamento¹⁴³. (Énfasis añadido)

116. Las Bases Consolidadas establecían una clara asignación de responsabilidades en cabeza de los postores y adjudicatarios:

1.4.1 Los Postores participan en la Subasta bajo su propia y exclusiva responsabilidad y basan su decisión en sus propias investigaciones, mediciones del recurso energético, estudios, exámenes, inspecciones, cálculos económicos, cálculos financieros y otros como parte de su propio due diligence.

Cada Adjudicatario debe obtener la Concesión Definitiva cumpliendo las disposiciones establecidas en la LCE y el RLCE, en caso que no tuviera dicha Concesión Definitiva. El Adjudicatario es responsable de contar con la disponibilidad del área de terreno que señale para la central de generación RER, conforme a lo señalado en el numeral 4.4 del Contrato.

En ese sentido, **es de su exclusiva responsabilidad el contar con los títulos que los habiliten legalmente para la instalación de la central de generación RER** en el área de terreno que señalen para tal fin¹⁴⁴ (Énfasis añadido)

117. Las Bases Consolidadas también establecían una renuncia por parte de los participantes a plantear demandas de indemnización en contra del Estado peruano:

1.4.4 La sola presentación del Sobre de Calificación, implicará, sin necesidad de acto posterior alguno, el pleno conocimiento, aceptación y sometimiento incondicional del Participante, de todo lo dispuesto en las Bases, así como su renuncia irrevocable e incondicional, de la manera más amplia que permitan las Leyes Aplicables, a plantear cualquier acción, reconvención, excepción, reclamo,

¹⁴³ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.1.

¹⁴⁴ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.4.1.

demanda o solicitud de indemnización contra el Estado Peruano o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, el Ministerio, OSINERGMIN, el Comité y sus Asesores¹⁴⁵. (Énfasis añadido)

118. La limitación de responsabilidades y renuncia bajo las Bases Consolidadas formaban parte integral del Contrato RER¹⁴⁶. La obligación de desarrollar el proyecto la asumía exclusivamente el postor. Una vez adjudicado el Proyecto RER, y firmado el Contrato RER, el adjudicatario —en este caso, CH Mamacocha— asumía la obligación de obtener la Concesión Definitiva y la exclusiva responsabilidad de obtener todo los títulos para habilitarlo legalmente a instalar la central de generación RER¹⁴⁷.
119. *Fechas críticas del Contrato RER*. Los contratos RER de la Tercera Subasta fijaban tres fechas críticas no modificables:
- Fecha de la POC Referencial: 31 de diciembre de 2016¹⁴⁸.
 - Fecha de la POC Real: 31 de diciembre de 2018¹⁴⁹.
 - Fecha de Término del Contrato: 31 de diciembre de 2036¹⁵⁰.
120. La inamovilidad de esas fechas bajo el Contrato RER estaba dictada por el Reglamento RER. Así, el artículo 1.13.B del Reglamento RER establecía que la Fecha de Término del Contrato prevista en las Bases Consolidadas era “no

¹⁴⁵ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.4.4.

¹⁴⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.12 (“**Contrato**: Es el presente Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable resultante de la Subasta, que suscribe la Sociedad Concesionaria con el Ministerio, y que establece los compromisos y condiciones relativos a la construcción, operación, suministro de energía y régimen tarifario de las centrales de generación con RER. Incluye las Bases y las circulares. Se inicia a partir de la Fecha de Cierre y se mantiene vigente hasta la Fecha de Término del Contrato”).

¹⁴⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusulas 1.3, 3.2.

¹⁴⁸ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.24.

¹⁴⁹ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.23.

¹⁵⁰ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

modificable por ninguna causa”¹⁵¹. El artículo 1.13.C expresamente establecía que la POC Real “no podrá exceder en dos (02) años la Fecha de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento”¹⁵². Y el artículo 1.13.D del Reglamento RER fijaba un período de 20 años entre la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato¹⁵³.

121. Desde el momento en que CH Mamacocha participó en la etapa de sugerencias y consultas de la Tercera Subasta (debidamente asesorado por expertos en materia de generación de electricidad en el Perú), y cuando firmó el Contrato RER, lo hizo teniendo pleno conocimiento de la Fecha de Término del Contrato, la fecha de POC Real, las obligaciones del concesionario, y las obligaciones del MINEM, y del hecho que tales fechas no podían ser susceptibles a modificación alguna.
122. Durante la etapa de sugerencias y consultas de la Tercera Subasta, se realizaron varias sugerencias y consultas con respecto a la Fecha de Término del Contrato, la fecha de la POC Real, y la asignación de riesgos. Un participante sugirió que se excluyese la “fuerza mayor” del ámbito de la frase, “por cualquier motivo”, en la cláusula 8.4 de los Contratos RER. Sin embargo, el MINEM rechazó esa sugerencia:

Numeral 8.4, Anexo 12, Página 64:

Solicitamos se sirvan precisar en el numeral 8.4 del Contrato que la frase: "por cualquier motivo", excluye el supuesto de Fuerza Mayor definido en la cláusula 7 del Contrato.

En ese sentido, se propone la siguiente redacción al numeral bajo análisis:

“8.4. Puesta en Operación Comercial posterior al 31 de diciembre de 2018: Si al 31 de diciembre de 2018, por cualquier motivo salvo Fuerza Mayor conforme a la definición establecida en la cláusula 7 del presente Contrato, no se ha concretado la Puesta

¹⁵¹ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.B.

¹⁵² Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.C.

¹⁵³ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.D.

en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento.”

Respuesta a la Consulta . . .

Sugerencia no aceptada¹⁵⁴. (Énfasis añadido)

123. Como se mencionó anteriormente, esta y las demás sugerencias y consultas se pusieron a disposición de todos los participantes en el *Data Room* y el Portal de Internet del Osinergmin, como lo requería el Reglamento RER¹⁵⁵. Esto significaba que todos los postores estaban conscientes del hecho que estaban asumiendo el riesgo que, si no llegaran a cumplir con la POC Real, el contrato pertinente sería resuelto (incluso en el evento de fuerza mayor). Todas las sugerencias y consultas realizadas por los participantes se recopilaban en circulares, las cuales pasaban a ser parte de las Bases Consolidadas y el Contrato RER¹⁵⁶.

5. Obligaciones y riesgos asumidos por CH Mamacocha y el MINEM bajo el Contrato RER

124. Como todo contrato, el Contrato RER asignaba riesgos y obligaciones a cada parte. Las partes del Contrato RER eran la “Sociedad Concesionaria” (CH Mamacocha) y el MINEM¹⁵⁷.
125. La principal obligación del MINEM bajo el Contrato RER era el pago del Ingreso Garantizado a la Sociedad Concesionaria por la energía inyectada al SEIN durante el Plazo de Vigencia del contrato¹⁵⁸. Esa obligación del MINEM suponía un claro

¹⁵⁴ Ver **Anexo R-0101**, Circular No. 1, Comité para la Tercera Subasta, 10 de septiembre de 2013, Consultas No. 37, 54.

¹⁵⁵ Ver **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 8.1.

¹⁵⁶ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶¶ 32, 42; **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.12.

¹⁵⁷ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.35.

¹⁵⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 6.3.1 (“La Sociedad Concesionaria recibirá mensualmente pagos a cuenta del Ingreso Garantizado, correspondientes por energía y potencia inyectada al SEIN”).

beneficio para CH Mamacocha, puesto que blindaría a la empresa de las fluctuaciones del mercado spot, al recibir esta una compensación garantizada por la electricidad generada durante el Plazo de Vigencia. No obstante, esa obligación estaba condicionada a que CH Mamacocha acreditase la POC antes de la POC Real (31 de diciembre de 2018)¹⁵⁹. A cambio de ese beneficio, CH Mamacocha asumía una serie de riesgos y obligaciones.

126. Bajo las cláusulas 1.3, 3.2 y 4.1 del Contrato RER, CH Mamacocha se comprometió a gestionar y cumplir todos los requisitos para obtener la Concesión Definitiva¹⁶⁰. Esas cláusulas reafirmaban que el Contrato RER era simplemente un contrato de compraventa de electricidad por un precio garantizado (viz., Tarifa de Adjudicación), mas no otorgaba un derecho a CH Mamacocha de proveer servicios de generación o distribución de energía al público en representación del Perú. Tal derecho se adquiriría solamente a través de la Concesión Definitiva.
127. El Contrato RER le asignó a CH Mamacocha todo el riesgo vinculado al diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento y obtención de los permisos o autorizaciones requeridos para la operación del Proyecto Mamacocha. En concreto, la cláusula 3.3 del Contrato RER especificó que CH Mamacocha:

se obliga a diseñar, **financiar**, suministrar los bienes y servicios requeridos, para construir, operar y mantener la planta de generación eléctrica a que se refiere en el Anexo No. 1¹⁶¹ (Énfasis añadido)

¹⁵⁹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

¹⁶⁰ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.3 (“La suscripción del Contrato no elimina ni afecta la obligación de la Sociedad Concesionaria de solicitar, suscribir y cumplir los requisitos para obtener la Concesión Definitiva de la Central de Generación que la Sociedad Concesionaria deberá tramitar en el Ministerio.”), cláusula 3.2 (“La Sociedad Concesionaria se obliga a gestionar y cumplir con todos los requisitos para la obtención de la Concesión Definitiva y para la construcción de una planta de generación eléctrica especificada en el Anexo No. 1.”).

¹⁶¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

128. La cláusula 3.2 del Contrato RER también responsabilizó a CH Mamacocha de la obtención de todos los permisos requeridos para la construcción del Proyecto Mamacocha, conforme al marco jurídico vigente:

La Sociedad Concesionaria se obliga a gestionar y cumplir con todos los requisitos para la obtención de la Concesión Definitiva y para la construcción de una planta de generación eléctrica especificada en el Anexo N° 1¹⁶².

129. La responsabilidad de CH Mamacocha de obtener las autorizaciones o permisos necesarios para la construcción del Proyecto se reitera en la cláusula 4.2 del Contrato RER:

La imposición de las servidumbres y en general cualquier otra autorización o similar, que, según las Leyes Aplicables, requiera la Sociedad Concesionaria para el cumplimiento de sus obligaciones conforme al Contrato, deberá ser solicitada por la Sociedad Concesionaria conforme al procedimiento y cumpliendo los requisitos previstos en las Leyes Aplicables¹⁶³.

130. Con la firma del Contrato RER, CH Mamacocha declaró “conoce[r] el marco jurídico peruano, así como los usos y costumbres del mercado peruano”¹⁶⁴. Ese marco jurídico, y los usos y costumbres del mercado peruano, incluyen los procedimientos y requisitos relativos a cada una de las obligaciones. Como se explica en detalle en el informe pericial del Carlos Monteza, bajo ese marco jurídico, el MINEM no puede forzar a las autoridades pertinentes a otorgar los permisos y títulos en cuestión, aún cuando se hubiesen cumplido los procedimientos y requisitos establecidos en la ley. A lo sumo, lo que podía hacer el MINEM era *coadyuvar* en la obtención de esos permisos.

131. Así lo prevé el Contrato RER, el cual establece en su cláusula 4.3 que:

¹⁶² Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 3.2.

¹⁶³ Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 4.2.

¹⁶⁴ Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 2.1.5.

de ser requerido por la Sociedad Concesionaria [CH Mamacocha], el Ministerio [MINEM] hará sus mejores esfuerzos para que aquélla acceda a instalaciones de terceros, y coadyuvará en la obtención de permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y similares, en caso éstos no fueran otorgados por la Autoridad Gubernamental competente en el tiempo debido, a pesar de haberse cumplido los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables¹⁶⁵.

132. La obligación del MINEM de coadyuvar solo aplicaría una vez que (i) CH Mamacocha cumpliera con todos los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables para la obtención de la autorización; (ii) la autorización no fuese emitida por la Autoridad Gubernamental competente en el tiempo debido; y (iii) CH Mamacocha solicitase la asistencia del MINEM.
133. La transferencia a CH Mamacocha del riesgo de obtener todos los permisos necesarios para la construcción del Proyecto Mamacocha era razonable y nada inusual. La transferencia de ese riesgo a CH Mamacocha es consistente con los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas¹⁶⁶. A pesar de que el Contrato RER no es un contrato de Asociación Público Privada, la decisión del MINEM de transferir a CH Mamacocha el riesgo de la obtención de los permisos y autorizaciones demuestra una práctica consistente e intencionada en la asignación de riesgos por parte del MINEM. La sección 1.8 de dichos lineamientos, que trata el riesgo de obtención de permisos y licencias, prevé:

La gestión conducente a **la obtención de las distintas licencias es un riesgo que debe ser trasladado al concesionario** dado que es éste quien debe llevar a cabo las debidas diligencias para su obtención. Es un riesgo vinculado con el diseño y el plan de trabajo del concesionario y por lo

¹⁶⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3.

¹⁶⁶ **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 27 (citando los Lineamientos para la Asignación de riesgos en los contratos de Asociaciones Público Privadas aprobados mediante Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15).

tanto es éste quien se encuentra en mejores condiciones para gestionarlo. Incluso, la no obtención de los pertinentes permisos o licencias por negligencia o causas imputables al concesionario sería causal de penalidades o resolución contractual por incumplimiento del concesionario¹⁶⁷. (Énfasis añadido)

134. Otro riesgo que asumió exclusivamente CH Mamacocha se refiere a la obtención del financiamiento requerido para construir el Proyecto Mamacocha y certificar el Cierre Financiero¹⁶⁸. Así, la cláusula 3.3 del Contrato RER citada anteriormente establece que CH Mamacocha “se obliga a . . . **financiar**, suministrar los bienes y servicios requeridos, para construir, operar y mantener la planta de generación eléctrica”¹⁶⁹. El Contrato RER define a su vez “Cierre Financiero” como el momento en que:

el contrato de financiamiento completo del proyecto RER, haya sido suscrito por todas las partes que participan en el financiamiento y se han cumplido todas las condiciones establecidas en dicho contrato para que se produzcan los desembolsos¹⁷⁰.

135. La definición del Cierre Financiero (la cual es particularmente importante para efectos del Cronograma de Ejecución de Obras que se discutirá en más detalle en la **Sección III.A**), no requería que se efectuase el desembolso del capital. Tampoco obligaba o limitaba a CH Mamacocha a adoptar un tipo particular de financiamiento. Al contrario, el Contrato RER le otorgaba a CH Mamacocha la flexibilidad de ofrecer a potenciales acreedores diferentes garantías sobre el Proyecto Mamacocha, para facilitar la obtención de financiamiento:

¹⁶⁷ **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 27 (Citando los Lineamientos para la Asignación de riesgos en los contratos de Asociaciones Público Privadas aprobados mediante Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15).

¹⁶⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

¹⁶⁹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

¹⁷⁰ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.9.

Para cumplir con el objeto del Contrato, la Sociedad Concesionaria podrá: a) constituir hipoteca sobre la Concesión en los términos previstos en la Ley N° 26885; b) constituir garantía sobre sus ingresos futuros; c) constituir prenda sobre valores que sean de propiedad de la Sociedad Concesionaria; d) emitir valores mobiliarios (bonos, títulos etc.) respaldados con garantías reales; y, e) constituir cualquier otra garantía real o personal permitida por las Leyes Aplicables, (en adelante, Deuda Garantizada)¹⁷¹.

136. La cláusula 6.4.2 del Contrato RER expresamente prevé que las opciones de las que disponía CH Mamacocha para obtener el financiamiento requerido para la construcción del Proyecto Mamacocha, “no eximirá a [CH Mamacocha] de su obligación de cumplir con todas y cada una de las disposiciones del presente Contrato, del Contrato de Concesión Definitiva y las Leyes Aplicables”¹⁷². Es decir, el cumplimiento del Contrato RER no estaba condicionado a la disponibilidad de capital de CH Mamacocha para construir el Proyecto.
137. En concordancia con la cláusula 4.6 del Contrato RER, CH Mamacocha se comprometió a presentar al Osinergmin, en un plazo máximo de seis meses a partir de la Fecha de Cierre, un cronograma (“**Cronograma de Ejecución**”) que detallase la ejecución de obras para el proyecto, el cual debía distinguir claramente la ruta crítica de la obra, e incluir al menos los siguientes cinco hitos: (i) Cierre Financiero; (ii) inicio de obras civiles; (iii) llegada a sitio de obra del principal equipamiento electromecánico; (iv) inicio de equipamiento electromecánico; y (v) POC¹⁷³.
138. Una vez presentado el Cronograma de Ejecución al Osinergmin, ese ente regulador verificaba si el cronograma cumplía con los requisitos anteriormente mencionados. Sin embargo, tal verificación no constituía una aprobación del

¹⁷¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 6.4.1.

¹⁷² **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 6.4.2.

¹⁷³ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.6; *ver id.* cláusula 1.4.13.

Cronograma, ni mucho menos una indicación sobre si el mismo era adecuado o apropiado para el Proyecto¹⁷⁴. La elaboración del Cronograma de Ejecución era responsabilidad exclusiva de CH Mamacocha, el cual gozaba de total libertad para estructurar el Cronograma de Ejecución. Eso, a su vez, era consistente con la asignación del riesgo sobre la obtención del Cierre Financiero y los permisos necesarios para construir el Proyecto Mamacocha. Fue CH Mamacocha quien diseñó el Proyecto y quien estaba en la mejor posición para determinar la ruta crítica más adecuada y cuándo estaría en capacidad de cumplir los hitos.

139. De acuerdo con la cláusula 8.1 del Contrato RER, CH Mamacocha presentó una garantía de fiel cumplimiento en la Fecha de Cierre ("**Garantía de Fiel Cumplimiento**")¹⁷⁵. Esa Garantía ofrecía al MINEM un respaldo en caso de que CH Mamacocha incumpliese algunos términos del Contrato RER. Por ejemplo, en caso de que CH Mamacocha no cumpliera alguno de los hitos bajo el Cronograma de Ejecución, CH Mamacocha debía incrementar el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento en un 20%¹⁷⁶. Si CH Mamacocha no incrementaba ese monto, entonces el MINEM quedaba facultado a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento¹⁷⁷.
140. El MINEM también quedaba facultado a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento si "al 31 de diciembre de 2018, **por cualquier motivo**, no se ha

¹⁷⁴ **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velauchaga), ¶ 300 ("Conforme a las estipulaciones citadas, el Cronograma de Ejecución de Obras no es de naturaleza contractual porque no tiene como fuente el acuerdo de voluntades de las partes. Por el contrario, se trata de un documento que elabora unilateralmente el Concesionario, a través del cual libremente decide los tiempos de ejecución de cada etapa de la obra, y la ruta crítica. El cronograma no se presentaba ante el Ministerio de Energía y Minas, contraparte en el Contrato celebrado, sino ante OSINERGMIN. Esta última no lo aprobaba, ni expresaba su consentimiento. Simplemente verificaba que cumpliera, en cuanto a su forma y contenido, con lo que exige el Contrato, con la finalidad de que permitiera efectuar el control de avance de la ejecución del proyecto.").

¹⁷⁵ Memorial de Demanda, ¶ 72.

¹⁷⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.3.

¹⁷⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.3.

concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto [Mamacocha]” (énfasis añadido)¹⁷⁸. Otra consecuencia de no concretar la POC a más tardar el 31 de diciembre de 2018 (fecha de la POC Real) era que el Contrato RER se resolvería de pleno derecho, i.e., automáticamente¹⁷⁹.

141. Al suscribir el Contrato RER CH Mamacocha tenía pleno conocimiento de todo lo anterior. Además, como se señaló anteriormente, esas fechas, y su naturaleza inamovible, fueron reafirmadas por el Osinergmin en la etapa de sugerencias y consultas de la Tercera Subasta¹⁸⁰. CH Mamacocha tuvo acceso a esa información en el *Data Room*. De hecho, con la presentación del Sobre de Calificación, CH Mamacocha realizó la siguiente declaración jurada:

Conoce, acepta y se somete incondicional, expresa e indubitadamente a las Bases y demás reglas de la presente Subasta, **así como las consultas y absoluciones respectivas.**

[. . .]

Se comprometo a cumplir cabal y fielmente todas y cada una de las estipulaciones, términos y condiciones del Contrato que celebre como consecuencia de la Buena Pro que le sea concedida.

Acepta la totalidad de términos y condiciones establecidas en las Bases¹⁸¹.

142. En consecuencia, es irrefutable que CH Mamacocha sabía que: (i) la POC Real no podía modificarse por ningún motivo; y (ii) si aquella no concretase la POC Real

¹⁷⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

¹⁷⁹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

¹⁸⁰ *Ver Anexo R-0101*, Circular No. 1, Comité para la Tercera Subasta, 10 de septiembre de 2013, Consultas No. 37, 54.

¹⁸¹ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

antes del 31 de diciembre de 2018, el Contrato RER sería resuelto de pleno derecho y se ejecutaría la Garantía de Fiel Cumplimiento.

B. El Perú le otorgó a CH Mamacocha los permisos requeridos para iniciar la construcción del Proyecto Mamacocha

143. El Contrato RER no le otorgó a CH Mamacocha el derecho de construir y operar el Proyecto Mamacocha, sino que simplemente le garantizó el derecho de recibir la tarifa que le fue adjudicada en la Tercera Subasta¹⁸². Al presentar su oferta y suscribir el Contrato RER, CH Mamacocha asumió el riesgo y la responsabilidad de obtener todos los títulos habilitantes requeridos para la instalación y puesta en operación del Proyecto Mamacocha¹⁸³. De hecho, las Bases Consolidadas (que forman parte integrante del Contratos RER¹⁸⁴) establecían que el adjudicatario – en este caso, CH Mamacocha – “es responsable de contar con la disponibilidad del área de terreno que señale para la central de generación RER”¹⁸⁵ y que “**es de su exclusiva responsabilidad** el contar con los títulos que los habiliten legalmente para la instalación de la central de generación RER en el área del terreno que señalen para tal fin”¹⁸⁶ (énfasis añadido).
144. Aunado a lo anterior, el Contrato RER es claro en establecer que el MINEM únicamente asumió la obligación de “coadyuvar” en la obtención de los títulos habilitantes y demás permisos, licencias autorizaciones, concesiones, y similares¹⁸⁷. Como se explica en la **Sección VI.C**, la obligación de “coadyuvar” es una obligación de medios y no de resultados, y como tal no garantiza que los permisos

¹⁸² Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶¶ 10–11.

¹⁸³ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusulas 3.2, 3.3, 4.4.

¹⁸⁴ **Anexo MQ-0004**, Decreto Supremo No. 050-2008-EM, 1 de octubre de 2008 (“**Reglamento RER 2008**”), art. 1.8; **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.8.

¹⁸⁵ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.4.1; *ver también* **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.4 (“La Sociedad Concesionaria es responsable de contar con la disponibilidad de los terrenos necesarios para la planta de generación, subestación y otros”).

¹⁸⁶ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.4.1.

¹⁸⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3.

serán otorgados —mucho menos en un plazo determinado— y no le atribuye responsabilidad a MINEM en el evento que dichos permisos no sean otorgados¹⁸⁸.

145. De conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas, la realización de actividades de generación, transmisión, y de distribución de energía requiere del otorgamiento de ciertos permisos ambientales y otros títulos habilitantes. Dichos títulos habilitantes se deben tramitar a través de un procedimiento administrativo ante la entidad gubernamental competente, ya sea a nivel nacional o regional¹⁸⁹. Entre esos títulos habilitantes están las concesiones definitivas, que son otorgadas por el MINEM una vez que el adjudicatario de un proyecto ha satisfecho ciertos requisitos¹⁹⁰. Específicamente, la Ley de Concesiones Eléctricas exige que los proyectos de generación de energía que utilizan recursos hidráulicos cuenten con concesiones definitivas¹⁹¹.
146. Para obtener una concesión definitiva, el interesado debe obtener una serie de permisos (descritos en la siguiente sub-sección), incluyendo la Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico para la Obtención de Licencia de Uso de Agua Superficial ("**Autorización para la Ejecución de Obras**") (*ver Sección III.B* abajo). El MIENM no es la autoridad competente para otorgar esos permisos. Las autoridades que sí son competentes, y que se identifican a continuación, son independientes del MINEM¹⁹². Consecuentemente, el MINEM no puede dirigir, controlar, o predeterminar las actuaciones de esas otras entidades, ni puede ser legal o contractualmente responsable por las acciones u omisiones de esas entidades (*ver Sección VI.C*)¹⁹³. Por otra parte, esos entes

¹⁸⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3; Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.64.

¹⁸⁹ **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, arts. 3, 22, 25.

¹⁹⁰ **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, art. 25; *ver* Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶¶ 11-14.

¹⁹¹ **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, art. 3(a).

¹⁹² *Ver* Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 197-198.

¹⁹³ *Ver* Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 197-198.

competentes para otorgar los permisos no son partes del Contrato RER, y no tienen obligaciones bajo el mismo¹⁹⁴. En cualquier caso, y como se explica a continuación, ningún atraso supuestamente imputable a dichos entes afectó los hitos del Cronograma de Ejecución del Proyecto.

147. CH Mamacocha tenía la obligación contractual de cumplir con los plazos establecidos en el Contrato RER y en el marco regulatorio. Una de esas obligaciones consistía en la obligación de presentar un Cronograma de Ejecución de Obras al Osinergmin dentro de seis meses después de la celebración del Contrato RER¹⁹⁵. El Cronograma de Ejecución debía incluir todos los hitos de la ruta crítica del Proyecto; por ejemplo, el Cierre Financiero, la fecha de inicio de obras, y la POC Referencial. CH Mamacocha presentó su Cronograma de Ejecución el 18 de agosto de 2014¹⁹⁶, pero lo hizo sin haberlo firmado. Ante ese defecto, Osinergmin le informó que era necesario presentar un Cronograma de Ejecución firmado para que pudiese resultar legalmente efectivo¹⁹⁷. Cuando CH Mamacocha presentó su Cronograma de Ejecución firmado, el 7 de noviembre de 2017, había cambiado la fecha de varios hitos, entre ellos el Cierre Financiero y el inicio de obras¹⁹⁸. Como se demostrará, CH Mamacocha no logró cumplir con los plazos incluidos en su Cronograma de Ejecución, e incumplió con su obligación de completar la construcción del Proyecto antes de la POC Real. Consecuentemente, el Contrato RER se resolvió automáticamente y de pleno derecho.

¹⁹⁴ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 171.

¹⁹⁵ Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 4.6.

¹⁹⁶ Anexo R-0142, Cronograma de Ejecución de 18 de agosto de 2014

¹⁹⁷ Anexo R-0143, Cronograma de Ejecución de 7 de noviembre de 2014.

¹⁹⁸ Anexo R-0143, Cronograma de Ejecución de 7 de noviembre de 2014.

1. *Títulos habilitantes requeridos para las concesiones definitivas*

148. En virtud del artículo 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas, para ser otorgado la Concesión Definitiva, el titular del proyecto debe obtener los siguientes cuatro permisos: (i) Estudio de Aprovechamiento Hídrico; (ii) Certificación Ambiental; (iii) Certificado de Conformidad con el Estudio de Pre-Operatividad; y (iv) Certificado Arqueológico¹⁹⁹.
149. Las Demandantes afirman haber firmado el Contrato RER con la expectativa de que los permisos (algunos de los cuales ya habían empezado a tramitar) se otorgarían sin demora²⁰⁰. Pero las Demandantes sabían o debían saber que era posible que surgieran demoras significativas en el trámite para la obtención de permisos, ya sea por causa de la entidad competente o de errores de las propias Demandantes. Además, las propias Demandantes de hecho fueron responsables de varias de las demoras, causadas por sus errores, hecho probado —como se demostrará— que las Demandantes omiten deliberadamente de su Memorial de Demanda. Además, las Demandantes cuentan una historia sesgada y engañosamente incompleta, para ofuscar el hecho de que CH Mamacocha asumió el riesgo y la responsabilidad total de obtener los permisos requeridos para su proyecto.
150. Las Demandantes también omiten mención en su Memorial de Demanda del hecho que ningún atraso supuestamente atribuible a alguna entidad estatal afectó los hitos del Cronograma de Ejecución CH Mamacocha. Esto es importante porque cualquier ajuste al Cronograma de Ejecución debía estar debidamente justificado mediante una determinación de que la “ruta crítica” del Cronograma de Ejecución se había afectado²⁰¹. Sin embargo, como se verá a continuación, el único atraso que

¹⁹⁹ **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, art. 25; **RL-0004**, Decreto Supremo No. 003-2014-MC, Aprueban Reglamento de Intervenciones Arqueológicas, 4 de octubre de 2014, art. 54.

²⁰⁰ Memorial de Demanda, ¶ 74.

²⁰¹ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, ¶ 2.10.

podía haber afectado el Cronograma de Ejecución fue atribuible a la propia CH Mamacocha. En todo caso, y como se explica en la **Sección VI** y en los informes periciales de los expertos Claudio Lava y Carlos Monteza, ningún atraso en la obtención de permisos –incluso aquellos atribuibles al Estado– justifica una ampliación de la POC Real o del Plazo de Vigencia del Contrato RER.

151. A continuación el Perú describe el trámite de cada permiso identificado anteriormente, y demuestra que el único atraso posiblemente relevante para la presente disputa fue imputable a CH Mamacocha.

- a. Estudio de Aprovechamiento Hídrico

152. El artículo 25(b) de la Ley de Concesiones Eléctricas dispone que la solicitud de Concesión Definitiva para la generación de energía eléctrica debe contar con la “autorización del uso de recursos naturales de propiedad del Estado, cuando corresponda”²⁰². A su vez, el Decreto Supremo No. 041-2011-EM –el cual regula las autorizaciones de uso de agua para las obras de generación eléctrica– establece que la autorización requerida por el artículo 25(b) de la Ley de Concesiones Eléctricas en relación con recursos hídricos se entenderá cumplida con la presentación de resolución expedida por la Autoridad Nacional del Agua del Ministerio de Agricultura y Riego del Perú (“**Autoridad Nacional del Agua**”). Esa resolución es la que puede aprobar el estudio hidrológico que acredite la existencia de recursos hídricos de libre disponibilidad para el desarrollo de la actividad de generación de energía (“**Estudio de Aprovechamiento Hídrico**”)²⁰³.
153. El 28 de diciembre de 2012, CH Mamacocha presentó ante la dependencia regional de la Autoridad Nacional del Agua, viz., la Autoridad Local del Agua de Camaná – Majes (“**Autoridad Local del Agua**”), el expediente para la aprobación del Estudio de Aprovechamiento Hídrico. El 18 de enero de 2013, la Autoridad Local

²⁰² **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, art. 25(b).

²⁰³ **Anexo R-0003**, Decreto Supremo No. 041-2011-EM, 19 de julio de 2011.

del Agua solicitó que CH Mamacocha efectuase las publicaciones requeridas por el Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua²⁰⁴. El 27 de marzo de 2013, CH Mamacocha remitió a la Autoridad Local del Agua las publicaciones solicitadas, y solicitó a su vez a la entidad que se realicen las inspecciones oculares necesarias²⁰⁵. La inspección ocular se realizó el día 19 de abril de 2013, y la Autoridad Local del Agua aprobó el Estudio de Aprovechamiento Hídrico solicitado por CH Mamacocha el 29 de agosto de 2013²⁰⁶.

154. En definitiva, el trámite de aprobación del Estudio de Aprovechamiento Hídrico empezó el 28 de diciembre de 2012 y se completó el 29 de agosto de 2013. Las Demandantes no alegan retrasos en el procedimiento de aprobación del referido estudio. Visto que el Contrato RER no se firmó sino hasta el 18 de febrero de 2014, ningún atraso en ese trámite podía haber afectado los hitos del Cronograma de Ejecución presentado por CH Mamacocha.

b. Certificación Ambiental

155. La Ley General del Ambiente del Perú ("**Ley Ambiental**")²⁰⁷ dispone que las actividades humanas que impliquen construcciones, obras, servicios, u otras actividades susceptibles de causar impactos ambientales significativos, están sujetas a la supervisión del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Por su parte, la Ley No. 27446, por medio de la cual se creó dicho sistema, requiere que la iniciación y ejecución de proyectos de construcción que puedan causar impactos ambientales negativos cuente con la previa certificación

²⁰⁴ **Anexo R-0004**, Carta No. 038-2013-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (J. Iglesias Salas) a HLA (R. Santiváñez), 14 de enero de 2013.

²⁰⁵ **Anexo R-0005**, Carta de HLA (R. Santiváñez) a la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 27 de marzo de 2013.

²⁰⁶ **Anexo R-0006**, Resolución Directoral No. 590-2103-ANA-AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 29 de agosto de 2013.

²⁰⁷ *Ver* **RL-0034**, Ley Ambiental.

ambiental ("**Certificación Ambiental**") expedida por la respectiva entidad ambiental competente²⁰⁸.

156. Para poder obtener la Certificación Ambiental es necesario que, de forma previa, el titular de un proyecto de generación eléctrica (es decir, el adjudicatario) presente ante la autoridad competente una solicitud de clasificación de estudios ambientales ("**Clasificación Ambiental**")²⁰⁹. Tal clasificación dependerá de la magnitud del impacto ambiental que el proyecto de generación eléctrica pueda tener, según sea *leve*, *moderado*, o *significativo*²¹⁰:
- a. los proyectos de generación eléctrica que tienen un impacto negativo *leve* y previsible en el ambiente físico, biológico, y social requieren solamente una declaración de impacto ambiental ("**Declaración de Impacto Ambiental**")²¹¹;
 - b. los proyectos de generación eléctrica que tienen un impacto negativo *moderado* y previsible en el ambiente físico, biológico, y social requieren un estudio de impacto ambiental semidetallado ("**Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado**")²¹²; y
 - c. los proyectos de generación eléctrica que tienen un impacto negativo *significativo* y previsible en el ambiente físico, biológico, y social requieren un estudio de impacto ambiental detallado ("**Estudio de Impacto Ambiental Detallado**")²¹³.

²⁰⁸ Ver **RL-0002**, Certificación Ambiental, arts. 1-3.

²⁰⁹ Ver **RL-0002**, Certificación Ambiental, art. 4.

²¹⁰ Ver **RL-0003**, Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley No. 27446, 24 de septiembre de 2009, art 36; **RL-0002**, Certificación Ambiental, art. 8.

²¹¹ Ver **RL-0003**, Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley No. 27446, 24 de septiembre de 2009, art. 36, Categoría I.

²¹² Ver **RL-0003**, Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley No. 27446, 24 de septiembre de 2009, art. 36, Categoría II.

²¹³ Ver **RL-0003**, Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley No. 27446, 24 de septiembre de 2009, art. 36, Categoría III.

157. Dado que el Proyecto Mamacocha se desarrollaría en la región de Arequipa, la entidad competente ante la cual CH Mamacocha debía tramitar la Clasificación Ambiental era la Autoridad Regional del Medio Ambiente ("**la Autoridad Regional Ambiental** ") de Arequipa.

(i) *Solicitud de CH Mamacocha sobre la Planta de Generación*

158. El 4 de julio de 2013 CH Mamacocha presentó ante la Autoridad Regional Ambiental una petición de Clasificación Ambiental para la Planta de Generación. Específicamente, CH Mamacocha solicitó una Declaración de Impacto Ambiental por haber considerado que los impactos ambientales de su proyecto serían *leves*²¹⁴. Sin embargo, el 11 de octubre de 2013, la Autoridad Regional Ambiental concluyó que, contrariamente a lo sostenido por CH Mamacocha, el proyecto de CH Mamacocha tendría un impacto negativo *significativo* y previsible en el ambiente físico, biológico, y social. En consecuencia, tal autoridad requirió que CH Mamacocha presentara un Estudio de Impacto Ambiental Detallado, así como un plan de participación ciudadana²¹⁵.

159. CH Mamacocha, no satisfecho con la determinación técnica de la Autoridad Regional Ambiental, interpuso un recurso de reconsideración el 30 de octubre de 2013²¹⁶. El 29 de noviembre de 2013, la Autoridad Regional Ambiental declaró procedente el recurso de reconsideración²¹⁷. El 24 de diciembre de 2013, la Autoridad Regional Ambiental solicitó información suplementaria de CH Mamacocha, y le otorgó un plazo de 10 días hábiles para proporcionar dicha

²¹⁴ **Anexo R-0009**, Carta de HLA (R. Santiváñez) a la Autoridad Regional Ambiental (A. Diaz), 5 de junio de 2013.

²¹⁵ **Anexo C-0184**, Oficio No. 748-2013-GRA/ARMA/SG del GRA (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 11 de octubre de 2013.

²¹⁶ **Anexo R-0011**, Recurso de Reconsideración para la Clasificación Ambiental, 29 de octubre de 2013.

²¹⁷ **Anexo R-0012**, Oficio No. 890-2013-GRA/ARMA/SG de la Autoridad Regional Ambiental (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 29 de noviembre de 2013.

información²¹⁸. El 15 de enero de 2014, dos días después de vencido el plazo otorgado por la Autoridad Regional Ambiental, CH Mamacocha envió la información solicitada a la Autoridad Regional Ambiental²¹⁹. El 17 de febrero de 2014, la Autoridad Regional Ambiental determinó que el proyecto podía proceder con una Declaración de Impacto Ambiental como CH Mamacocha había pretendido originalmente (en lugar de un Estudio de Impacto Ambiental Detallado y un plan de participación ciudadana)²²⁰. Como se explica en la **Secciones III.C y III.D**, esta reconsideración y reclasificación del impacto ambiental que tendría la Planta de Generación del Proyecto Mamacocha dio lugar a la Demanda del Gobierno Regional, así como a la Investigación Penal y la Acusación Fiscal²²¹.

160. El 5 de marzo de 2014, CH Mamacocha solicitó la aprobación de la Declaración de Impacto Ambiental para la Planta de Generación²²². El 5 de septiembre de 2014, después de dos rondas de revisiones ocasionadas por defectos en la solicitud de CH Mamacocha²²³, la Autoridad Regional Ambiental aprobó la Declaración de

²¹⁸ **Anexo R-0013**, Oficio No. 957-2013-GRA/ARMA/SG de la Autoridad Regional Ambiental (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 24 de diciembre de 2013.

²¹⁹ Ver **Anexo C-0185**, Informe No. 009-2014-GRA/ARMA-SG-EA-E, 17 de febrero de 2014, pág. 2.

²²⁰ **Anexo C-0185**, Informe No. 009-2014-GRA/ARMA-SG-EA-E, 17 de febrero de 2014, pág. 7.

²²¹ Ver ¶¶ 359, 385–386.

²²² **Anexo R-0020**, Carta de HLA (R. Santiváñez) a la Autoridad Regional Ambiental (A. Diaz), 3 de marzo de 2014.

²²³ **Anexo R-0021**, Oficio No. 304-2014-GRA/ARMA/SG de la Autoridad Regional Ambiental (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 31 de marzo de 2014 *adjuntando* Informe No. 015-2014-GRA/ARMA-SG-EA-M de Autoridad Regional Ambiental, 31 de marzo de 2014; **Anexo R-0016**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Regional Ambiental (A. Diaz), 16 de abril de 2014; **Anexo R-0023**, Oficio No. 481-2014-GRA/ARMA/SG de la Autoridad Regional Ambiental (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 15 de mayo de 2014 *adjuntando* Informe No. 028-2014-GRA/ARMA-SG-EA-E de Autoridad Regional Ambiental, 14 de mayo de 2014.

Impacto Ambiental de la Planta de Generación y emitió la Certificación Ambiental²²⁴, la cual caducó el 3 de septiembre de 2019²²⁵.

161. Las Demandantes se quejan de los retrasos en los trámites de la Clasificación Ambiental y la Certificación Ambiental²²⁶, pero omiten el hecho que tales atrasos se debieron en parte a los defectos en las solicitudes presentadas por la propia CH Mamacocha. También omiten el hecho que el trámite de Clasificación Ambiental terminó el 17 de febrero de 2014, es decir, *antes* de que se firmara el Contrato RER. Asimismo, la Certificación Ambiental fue otorgada el 5 de setiembre de 2014, *más de dos meses antes* de que CH Mamacocha presentara su Cronograma de Ejecución. Por ende, CH Mamacocha sabía plenamente de los atrasos en el procedimiento de la Certificación Ambiental al momento de presentar su Cronograma de Ejecución. Como consecuencia de ello, las Demandantes no pueden seriamente argumentar que la Clasificación y Certificación Ambiental de la Planta de Generación imposibilitó que cumplieran con el Cronograma de Ejecución y con la fecha límite para la POC bajo el Contrato RER.

(ii) *Solicitud de CH Mamacocha sobre la Línea de Transmisión*

162. El 5 de marzo de 2014 CH Mamacocha presentó ante la Autoridad Regional Ambiental una petición de Clasificación Ambiental para la Línea de Transmisión²²⁷. Después de dos rondas de observaciones (debido a deficiencias en la petición de CH Mamacocha), la Autoridad Regional Ambiental determinó que la Línea de Transmisión tendría un impacto negativo *leve* y previsible. Consecuentemente, el 21 de agosto de 2014, la Autoridad Regional Ambiental

²²⁴ **Anexo R-0024**, Oficio No. 957-2014-GRA/ARMA/SG de la Autoridad Regional Ambiental (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 5 de septiembre de 2014.

²²⁵ **Anexo R-0148**, Resolución Sub Gerencial Regional No. 070-2017-FRA/ARMA-SGCA, Autoridad Regional Ambiental (A. Toro), 1 de agosto de 2017.

²²⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 76-77.

²²⁷ **Anexo R-0014**, Carta de HLA (R. Santiváñez) a la Autoridad Regional del Medio Ambiente (A. Díaz), 3 de marzo de 2014.

requirió de CH Mamacocha una Declaración de Impacto Ambiental²²⁸ y la Autoridad Regional Ambiental solicitó información adicional con respecto a esa Declaración²²⁹. Sin embargo, CH Mamacocha se demoró casi dos meses en entregar la información solicitada.²³⁰ El día 29 de diciembre de 2014, la Autoridad Regional Ambiental aprobó la Declaración de Impacto Ambiental de la Línea de Transmisión y emitió la Certificación Ambiental²³¹, la cual caducó el 24 de diciembre de 2019²³².

163. CH Mamacocha había entregado su Cronograma de Ejecución el 7 de noviembre de 2014. Es decir, cuando CH Mamacocha presentó su Cronograma de Ejecución, tenía conocimiento de que existían atrasos —generados en su mayoría por el mismo CH Mamacocha— en relación con la Certificación Ambiental para la Línea de Transmisión. Es decir, al preparar su Cronograma de Ejecución, CH Mamacocha conocía el estado del proceso y presumiblemente lo tomó (o debió tomar) en cuenta. Siendo eso así, no puede CH Mamacocha razonablemente argumentar que el atraso en el trámite frente a la Autoridad Regional Ambiental que imprevisiblemente afectó los hitos del Cronograma de Ejecución.

c. Estudio de Pre-Operatividad

164. Otro de los requisitos necesarios para obtener una concesión definitiva es la obtención de un certificado de conformidad del estudio de pre-operatividad

²²⁸ **Anexo R-0019**, Oficio No. 899-2014-GRA/ARMA/SG de la Autoridad Regional Ambiental (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 20 de agosto del 2014.

²²⁹ **Anexo R-0019**, Oficio No. 899-2014-GRA/ARMA/SG de la Autoridad Regional Ambiental (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 20 de agosto del 2014.

²³⁰ **Anexo R-0026**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Regional Ambiental (A. Díaz), 17 de octubre de 2014.

²³¹ **Anexo R-0089**, Informe de Gestión No. 3, HLA, 14 de enero de 2015, pág. 2.

²³² **Anexo R-0149**, Resolución No. 074-2017-GRA/ARMA-SGCA, Autoridad Regional Ambiental (A. Toro), 7 de agosto de 2017.

(“**Estudio de Pre-operatividad**” o “**EPO**”). Tal certificado es emitido por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado (“**COES**”)²³³, ente conformado por diversos actores del SEIN. A través de ese certificado, el COES manifiesta su conformidad técnica con los estudios presentados por el titular del proyecto de instalación eléctrica²³⁴.

165. El 3 de junio de 2014 CH Mamacocha presentó ante el COES el Estudio de Pre-Operatividad, para llevar a cabo la conexión del Proyecto al SEIN²³⁵. El 4 de julio de 2014 el COES identificó deficiencias en el Estudio de Pre-Operatividad presentado por CH Mamacocha²³⁶. No fue sino hasta el 9 de diciembre de 2014, 159 días más tarde, que CH Mamacocha resolvió las deficiencias identificadas por el COES²³⁷. El COES presentó nuevas observaciones al EPO el 7 de enero de 2015²³⁸, las cuales CH Mamacocha absolvió dos semanas después²³⁹. El 28 de enero del 2015, el COES aprobó el EPO²⁴⁰.
166. En su Memorial de Demanda, las Demandantes no mencionan el procedimiento que se debe seguir en relación con el Estudio de Pre-Operatividad, y omiten por completo los atrasos generados por la actuación de CH Mamacocha. Esta tampoco reconoce el hecho que los atrasos en el trámite del Estudio de Pre-Operatividad sucedieron *después* de los atrasos en la obtención de los permisos descritos en las

²³³ Ver **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, art. 25.

²³⁴ Ver **RL-0041**, Resolución Osinergmin No. 035-2013-OS-CD, 12 de marzo de 2013.

²³⁵ **Anexo-0089**, Informe de Gestión No. 3, HLA, sin fecha, pág. 3; **Anexo R-0087**, Informe No. 368-2019-MINEM/DGE, MINEM, 7 de agosto de 2019, pág. 22.

²³⁶ **Anexo R-0027**, Carta No. COES/D/DP-905-2104 de COES (E. Antúnez de Mayolo) a HLA (C. Diez), 2 de julio de 2014 *adjuntando* Estudio de Pre Operatividad Para la Conexión al SEIN de la Central Hidroeléctrica Mamacocha de 20 MW, 1 de julio de 2014.

²³⁷ **Anexo R-0029**, Carta de HLA (C. Diez) a COES, 9 de diciembre de 2014.

²³⁸ **Anexo R-0030**, Carta No. COES/D/DP-021-2015 de COES (R. Ramirez) a HLA (C. Diez), 7 de enero de 2015 *adjuntando* Estudio de Pre Operatividad Para la Conexión de la Central Hidroeléctrica Mamacocha de 20 MW, 7 de enero de 2015.

²³⁹ **Anexo R-0031**, Carta de HLA (C. Diez) a COES, 21 de enero de 2015.

²⁴⁰ **Anexo R-0032**, Carta No. COES/D/DP-127-215 de COES (E. Antúnez de Mayolo) a HLA (C. Diez), 28 de enero de 2015.

secciones anteriores. Esa omisión es relevante porque CH Mamacocha necesitaba tener el Estudio de Pre-Operatividad para poder solicitar las concesiones definitivas, acto que era necesario para llegar al Cierre Financiero (el próximo hito del Cronograma de Ejecución). Por ende, los atrasos en los trámites de los otros permisos no podían haber afectado la habilidad de CH Mamacocha de cumplir con el Cronograma de Ejecución, ya que independientemente de dichos otros atrasos, CH Mamacocha no tenía aprobado el Estudio de Pre-Operatividad.

d. Certificado Arqueológico

167. La construcción de cualquier proyecto de generación de electricidad requiere de un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos ("**Certificado Arqueológico**"), expedido por el Ministerio de Cultura²⁴¹. Así lo requiere el Decreto Supremo No. 003-2014-MC, el cual establece que toda obra pública o privada que se realice sobre un área determinada del suelo peruano debe contar con una certificación del Ministerio de Cultura del Perú que confirme que en dicha área no existen vestigios arqueológicos²⁴².
168. El 27 de febrero de 2015, CH Mamacocha presentó una solicitud de Certificado Arqueológico para el Proyecto Mamacocha²⁴³. Esa solicitud fue aprobada, y el certificado correspondiente fue emitido el 6 de marzo de 2015²⁴⁴.

2. *Autorización para la Ejecución de Obras*

169. Habiendo obtenido los permisos mencionados en la sección anterior, CH Mamacocha solicitó las concesiones definitivas para la Planta de Generación y la

²⁴¹ Ver **RL-0004**, Decreto Supremo No. 003-2014-MC, Aprueban Reglamento de Intervenciones Arqueológicas, 4 de octubre de 2014, art. 54.

²⁴² Ver **RL-0004**, Decreto Supremo No. 003-2014-MC, Aprueban Reglamento de Intervenciones Arqueológicas, 4 de octubre de 2014, art. 54.

²⁴³ **Anexo R-0127**, Oficio No. 223-2014-DDC-ARE/MC *adjuntando* Oficio CIRA No. 058-2015-DMA-DDA-ARE/MC de Ministerio de Cultura (J. Barreda) a HLA, 6 de marzo de 2015.

²⁴⁴ **Anexo R-0127**, Oficio No. 223-2014-DDC-ARE/MC *adjuntando* Oficio CIRA No. 058-2015-DMA-DDA-ARE/MC de Ministerio de Cultura (J. Barreda) a HLA, 6 de marzo de 2015.

Línea de Transmisión. El MINEM otorgó la concesión definitiva a CH Mamacocha el 9 de marzo de 2016 para la Línea de Transmisión, y el 24 de junio de 2016 para la Planta de Generación²⁴⁵. Una vez obtenidas tales concesiones definitivas, CH Mamacocha quedó habilitada para solicitar la Autorización para la Ejecución de Obras, requerida para poder iniciar las obras de construcción.

170. La Autorización para la Ejecución de Obras garantiza a su titular la licencia de uso de agua, la cual se emite una vez que las obras se han completado, y previa verificación de que las obras se han ejecutado conforme a lo señalado en la solicitud para la Autorización para la Ejecución de Obras²⁴⁶. La Autorización para la Ejecución de Obras es requerida para grandes obras de construcción que se ubican en fuentes naturales de agua, lo cual era el caso por el Proyecto de CH Mamacocha²⁴⁷. CH Mamacocha solicitó la Autorización para la Ejecución de Obras ante la Autoridad Administrativa del Agua de la región Caplina Ocoña ("**Autoridad Administrativa del Agua**"), una dependencia regional de la Autoridad Nacional del Agua.
171. Las Demandantes alegan que hubo una larga demora en el trámite de evaluación de su solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras²⁴⁸. Según la narrativa sesgada e incompleta de las Demandantes, ese atraso se debió exclusivamente a la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua²⁴⁹. No obstante, las Demandantes ocultan del Tribunal varios hechos que desmienten su versión del trámite para obtener la Autorización para la Ejecución de Obras.

²⁴⁵ **Anexo R-0128**, Informe de Gestión No. 9, HLA, 11 de julio de 2016, pág. 4.

²⁴⁶ **Anexo R-0039**, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua, septiembre de 2010, art. 22.3.

²⁴⁷ **Anexo R-0039**, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua, septiembre de 2010, art. 2.1.

²⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 107-108.

²⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 107-108.

172. En resumen, y sin perjuicio de la descripción más detallada incluida en la **Sección III.B**, CH Mamacocha presentó su solicitud para la Autorización para la Ejecución de Obras el 29 de noviembre de 2016²⁵⁰. El 31 de enero de 2017, la Autoridad Administrativa del Agua identificó varios defectos en tal solicitud, y solicitó información adicional²⁵¹. No fue sino hasta el 27 de abril de 2017 —dos meses más tarde— que CH Mamacocha finalmente envió su respuesta completa a las observaciones de la Autoridad Administrativa del Agua²⁵². Sin embargo, la información suministrada por CH Mamacocha seguía siendo insuficiente.
173. El 16 de mayo de 2017, la Autoridad Administrativa del Agua declaró improcedente el pedido de Autorización para la Ejecución de Obras de CH Mamacocha, por falta de información necesaria para hacer una evaluación adecuada²⁵³. El 29 de mayo de 2017, CH Mamacocha interpuso un recurso de reconsideración, y envió un informe suplementario a la Autoridad Administrativa del Agua para intentar subsanar los defectos de su solicitud inicial²⁵⁴. El 5 de julio de 2017, con base en esa nueva información aportada por CH Mamacocha, la Autoridad Administrativa del Agua le otorgó a CH Mamacocha la Autorización para la Ejecución de Obras²⁵⁵.
174. Sin embargo, el 18 de julio de 2017, CH Mamacocha solicitó una rectificación de la Autorización para la Ejecución de Obras, alegando que existían errores materiales

²⁵⁰ **Anexo R-0041**, Formulario No. 001, Solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico, 29 de noviembre de 2016.

²⁵¹ **Anexo R-0044**, Carta No. 089-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 31 de enero de 2017.

²⁵² **Anexo R-0051**, Oficio No. 358-2017-PRES/CSJAR de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (E. Zamalloa) a la Autoridad Administrativa del Agua (A. Osorio), 4 de abril de 2017.

²⁵³ **Anexo R-0052**, Informe Legal No. 288-2017-ANA/AAA I C-O, Ministerio de Agricultura y Riego, 16 de mayo de 2017.

²⁵⁴ **Anexo R-0053**, Carta de HLA (C. Diez et al.) a la Autoridad Administrativa del Agua, 29 de mayo de 2017; **Anexo R-0054**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (I. Martinez), 3 de julio de 2017.

²⁵⁵ **Anexo C-0122**, Resolución Directoral No. 1928-2017-ANA/AAA I C-O, Ministerio de Agricultura y Riego, 5 de julio de 2017.

en dicha autorización²⁵⁶. Pocos días después, el 11 de agosto de 2017, la Autoridad Administrativa del Agua emitió un informe interno, recomendando que se rectificara la Autorización para la Ejecución de Obras, acogiendo lo solicitado por CH Mamacocha²⁵⁷. Pero ese mismo día, 11 de agosto de 2017, los señores Celso Albino Vera Aguirre y Ángel Chacabana Huayna, personas privadas, presentaron una solicitud de nulidad contra la Autorización para la Ejecución de Obras²⁵⁸. Consecuentemente, actuando de conformidad con el procedimiento administrativo correspondiente, la Autoridad Administrativa del Agua remitió el expediente administrativo sobre el permiso (incluyendo el trámite del pedido de rectificación de CH Mamacocha) al Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (“**Tribunal Hídrico**”)²⁵⁹.

175. Luego de su debida evaluación, y siguiendo el procedimiento administrativo previsto, el 24 de enero de 2018 el Tribunal Hídrico rechazó el pedido de nulidad de los señores Vera Aguirre y Chacabana Huayna²⁶⁰. Al día siguiente, la Autoridad Administrativa del Agua aprobó la solicitud de rectificación de CH Mamacocha²⁶¹. La Autorización para la Ejecución de Obras de CH Mamacocha caducó el 12 de septiembre de 2019²⁶².

²⁵⁶ **Anexo R-0056**, Carta de HLA (R. Ibarra *et al.*) al Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 18 de julio de 2017.

²⁵⁷ **Anexo R-0088**, Informe Técnico No. 062-2017-ANA-AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 11 de agosto de 2017.

²⁵⁸ **Anexo R-0126**, Informe Legal No. 746-2017-ANA-AAA I C-O, Ministerio de Agricultura y Riego, 31 de agosto de 2017.

²⁵⁹ **Anexo R-0058**, Oficio No. 2604-2017-ANA/AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (V. Manuel) al Tribunal Nacional de Resolución de Controversia Hídricas (J. Aguilar), 12 de septiembre de 2017; **Anexo R-0126**, Informe Legal No. 746-2017-ANA-AAA I C-O, Ministerio de Agricultura y Riego, 31 de agosto de 2017.

²⁶⁰ **Anexo C-0126**, Resolución No. 053-2018-ANA/TNRCH, 24 de enero de 2018.

²⁶¹ **Anexo HKA-0035**, Resolución Directorial No. 51-2018-ANA/AAA I C-O.

²⁶² **Anexo HKA-0035**, Resolución Directorial No. 51-2018-ANA/AAA I C-O, págs. 1, 3.

176. Como se explicará en la **Sección III.B**, cualquier atraso imputable a la Autoridad Administrativa del Agua en la tramitación de la Autorización para la Ejecución de Obras no podía haber afectado la habilidad de CH Mamacocha de completar el Proyecto Mamacocha. Las Demandantes se quejan de un atraso supuestamente imputable a la Autoridad Administrativa del Agua²⁶³. Sin embargo, el expediente revela que los atrasos en el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras se debieron, en gran medida, al pedido de nulidad presentado por los privados Celso Albino Vera Aguirre y Ángel Chacabana Huayna — hecho que no puede ser atribuido al Estado —, así como a los propios errores de CH Mamacocha.

C. Modificación del Cronograma de Ejecución y la extensión de la POC

1. *El MINEM aceptó la Primera Solicitud de Extensión de la POC de CH Mamacocha*
177. El 24 de noviembre de 2016, CH Mamacocha presentó ante el MINEM una solicitud de modificación del Cronograma de Ejecución ("**Primera Solicitud de Extensión de la POC**"), pidiendo la ampliación del plazo para la POC *Referencial* (sin afectar la POC Real) por un período de 705 días²⁶⁴. CH Mamacocha fundamentó esa solicitud en las supuestas demoras en los trámites de los permisos descritos en la Sección anterior²⁶⁵. En su solicitud, CH Mamacocha ofreció una versión parcial e imprecisa de las supuestas demoras, sin referirse en absoluto a los atrasos que fueron producto de su propia conducta²⁶⁶. Esa omisión no fue inocente ni inconsecuente, porque para que la extensión al Cronograma de Ejecución fuera procedente, CH Mamacocha debía acreditar no solo que la prórroga era necesaria, sino además que los atrasos no se debían a sus propios

²⁶³ Memorial de Demanda, ¶¶ 107–108.

²⁶⁴ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, pág. 1.

²⁶⁵ Ver **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, pág. 8.

²⁶⁶ Ver **Sección II.B.1**.

actos u omisiones²⁶⁷. CH Mamacocha omitió información relevante, y además afirmó falsamente que era “inimputable por el inminente retraso de los hitos contractivos y de puesta en operación comercial”²⁶⁸.

178. Una de las principales omisiones en la Primera Solicitud de Extensión de la POC se relacionaba al retraso imputable a CH Mamacocha en el trámite del Estudio de Pre-Operatividad, el cual la empresa necesitaba para llegar al Cierre Financiero (uno de los hitos del Cronograma de Ejecución). Como se explicó en la Sección anterior, la actuación de CH Mamacocha causó un atraso de al menos 178 días en la obtención del Estudio de Pre-Operatividad, debido a deficiencias en información que presentó la empresa al COES²⁶⁹. De hecho, a la fecha de presentar su Primera Solicitud de Extensión de la POC, CH Mamacocha todavía no había resuelto las referidas deficiencias²⁷⁰. Ello significa que, independientemente de las otras demoras, los atrasos que según CH Mamacocha causaron “el inminente retraso de los hitos contractivos” son en realidad atribuibles a la propia CH Mamacocha. Esta actuó de mala fe al omitir por completo esa información de su solicitud de Primera Solicitud de Extensión de la POC.
179. CH Mamacocha también omitió mencionar en su solicitud de Primera Solicitud de Extensión de la POC el hecho que tres de los eventos de atraso que había invocado para justificar esa solicitud finalizaron *antes* de la firma del Contrato RER, y que los demás eventos surgieron *antes* de que CH Mamacocha presentara su Cronograma de Ejecución²⁷¹. Eso quiere decir que para cuando CH Mamacocha presentó su Cronograma de Ejecución, el 7 de noviembre del 2014, ya tenía pleno conocimiento de todos los eventos de atraso²⁷². Por lo tanto, no podía CH

²⁶⁷ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, ¶ 2.10.

²⁶⁸ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, ¶ 2.10.

²⁶⁹ Ver **Sección II.B.1**.

²⁷⁰ Ver **Sección II.B.1**.

²⁷¹ Ver **Sección II.B.1**.

²⁷² Ver **Sección II.B.1**.

Mamacocha razonablemente sostener que los hitos de ese Cronograma de Ejecución se convirtieron en inalcanzables debido a eventos que la empresa ya conocía antes de la presentación del Cronograma de Ejecución e incluso antes de la firma del Contrato RER.

180. Además de lo anterior, CH Mamacocha incurrió en doble cómputo de plazos en su solicitud de Primera Solicitud de Extensión de la POC. Es decir, en su cómputo del período total de atrasos, CH Mamacocha sumó plazos que se superponían temporalmente, por ocurrir de manera paralela y no de manera consecutiva²⁷³. CH Mamacocha también incluyó en su cómputo de plazos períodos de atrasos correspondientes a procedimientos *anteriores* a la suscripción del Contrato RER o a la presentación del Cronograma de Ejecución. Tal método de computar los períodos de atraso llevó al resultado absurdo de que CH Mamacocha reclamaba un supuesto atraso de 705 días²⁷⁴, a pesar de que el Contrato RER se había firmado hacía solo 276 días, y que el Cronograma de Ejecución se había presentado hacía solo 18 días.
181. Cuando el MINEM evaluó la Primera Solicitud de Extensión de la POC, no tenía acceso a los expedientes de los permisos solicitados por CH Mamacocha, y por lo tanto basó su análisis exclusivamente en la información presentada por CH Mamacocha²⁷⁵. Actuando de buena fe y presumiendo que CH Mamacocha hacía lo mismo —lo cual resultó no ser el caso—, el MINEM aceptó la Primera Solicitud de Modificación de la POC²⁷⁶. Consecuentemente, el MINEM

²⁷³ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, ¶¶ 1.11–1.83.

²⁷⁴ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, pág. 3.

²⁷⁵ **Anexo C-0186**, Oficio No. 504-2015-MEM/DGE del MINEM (L. Nicho) a HLA (C. Diez), 6 de abril de 2015.

²⁷⁶ **Anexo C-0186**, Oficio No. 504-2015-MEM/DGE del MINEM (L. Nicho) a HLA (C. Diez), 6 de abril de 2015.

y CH Mamacocha suscribieron la Adenda No. 1 del Contrato RER (“**Adenda No. 1**”), la cual estableció como nueva fecha de POC el 8 de diciembre de 2018²⁷⁷.

182. Esa Adenda No. 1, sin embargo, fue producto de artimaña de CH Mamacocha, y nunca debió haberse otorgado. CH Mamacocha basó su Primera Solicitud de Extensión de la POC en la falsa afirmación de que era “inimputable por el inminente retraso de los hitos contractivos y de puesta en operación comercial”²⁷⁸, es decir, que los atrasos no eran atribuibles a ella, y omitió información crítica para la evaluación de su solicitud. Por otro lado, no existía ninguna causalidad entre los atrasos reclamados y “el inminente retraso de los hitos” del Cronograma de Ejecución del 7 de noviembre de 2014; CH Mamacocha ya tenía pleno conocimiento de dichos atrasos al momento de presentar su Cronograma de Ejecución. Fue por estos motivos que el MINEM posteriormente habría de pedir que la Adenda No. 1 fuera declarada nula en el Arbitraje de Lima.
183. En todo caso, la consecuencia práctica de esa Adenda No. 1 fue que CH Mamacocha redujo voluntariamente su margen de error para lograr la POC Real y el plazo efectivo de vigencia de la Tarifa de Adjudicación. El sistema RER está diseñado para permitir un período de retraso (una suerte de margen de error) de hasta dos años, entre la POC Referencial (31 de diciembre de 2016) y la POC Real (31 de diciembre de 2018). De esa manera, el concesionario tiene hasta dos años de holgura para completar su proyecto y aun así alcanzar la POC Real. Es decir, el concesionario podía exceder la fecha de la POC Referencial por hasta dos años, aunque si lo hacía debía aceptar una reducción correspondiente en el plazo de 20 años durante el cual podrá obtener los beneficios de la Tarifa de Adjudicación²⁷⁹, porque la Fecha de Término del Contrato (viz., 31 de diciembre

²⁷⁷ **Anexo C-0008**, Escritura Pública de Adenda No. 1 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L., 22 de julio de 2015.

²⁷⁸ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, ¶ 2.10.

²⁷⁹ *Ver* Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 19(b).

de 2036) era inamovible. El tribunal en el caso de *Electro Zaña c. Perú* explicó ese plazo de dos años de la siguiente manera:

El plazo adicional de dos años que el Régimen RER contempla para permitir la Concesionario alcanzar la POC sin perder el Contrato, es una herramienta de mitigación de daños que el Concesionario puede utilizar libremente para evitar que los riesgos que afectan el plazo de ejecución del proyecto generen retrasos que le hagan perder el Contrato. Ese plazo tiene efectos equivalentes al otorgamiento de una ampliación de plazo otorgada por el dueño de una obra al contratista que por causas ajenas a su control incurre en retrasos en la ejecución de la obra²⁸⁰.

184. Pero con la modificación solicitada y obtenida por CH Mamacocha a través de la Adenda No. 1 (la cual fijó el 8 de diciembre 2018 como la POC bajo su Cronograma), CH Mamacocha aceptó contar únicamente con 23 días calendario entre la nueva POC (8 de diciembre de 2018) y la POC Real (31 de diciembre de 2018). CH Mamacocha sabía que si no alcanzaba esa POC Real para el 31 de diciembre de 2018, su Contrato RER sería terminado automáticamente, de pleno derecho.
185. Además, como consecuencia inevitable de la Adenda No.1 solicitada, CH Mamacocha aceptó que el plazo durante el cual podría gozar de la Tarifa de Adjudicación se reduciría necesariamente de 20 años a 18 años y 8 días.
186. Por su parte, el MINEM actuó de buena fe al aprobar la Primera Solicitud de la Extensión de la POC y conceder la Adenda No. 1 —aunque no debió haberlo hecho. Otorgó lo que CH Mamacocha solicitó, para facilitar que esta lograra concretar la POC.

²⁸⁰ **Anexo RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 289.

2. *El MINEM aceptó la Segunda Solicitud de Extensión de la POC de CH Mamacocha*

187. El 1 de julio de 2016, CH Mamacocha presentó ante el MINEM una nueva solicitud, esta vez para modificar ciertas cláusulas del Contrato RER y del Cronograma de Ejecución del Proyecto Mamacocha ("**Segunda Solicitud de Extensión de la POC**")²⁸¹. CH Mamacocha sustentó esa segunda solicitud en "la existencia de retrasos no atribuibles a [CH Mamacocha] en la tramitación de las Concesiones definitivas de generación y transmisión necesarias para la ejecución del proyecto..."²⁸². Específicamente, CH Mamacocha solicitó una extensión de 393 días calendario para el hito de Cierre Financiero²⁸³ y una extensión de 860 días calendario para el resto de los hitos²⁸⁴. Fundamentó esa extensión en supuestos retrasos en la obtención de ambas concesiones (i.e., para la Planta de Generación y para la Línea de Transmisión).
188. Adicionalmente, CH Mamacocha solicitó lo siguiente con respecto al Contrato RER:
- a. Modificar la definición de Fecha de Término del Contrato (cláusula 1.4.22 del Contrato RER), de tal forma que el período entre la Fecha de Término del Contrato y la POC propuesta con la extensión del Cronograma de Ejecución solicitado no fuese menor a 20 años²⁸⁵.

²⁸¹ **Anexo C-0157**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (R. Ortiz), 1 de julio de 2016 ("**Segunda Solicitud de Extensión de la POC**").

²⁸² **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 2. (CH Mamacocha también alega que los retrasos relacionados a la tramitación de las Concesiones de Generación y Transmisión generaron la necesidad de tramitar una renovación de la resolución de aprobación del estudio de aprovechamiento hídrico ante la autoridad competente).

²⁸³ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 29 (CH Mamacocha también solicitó una extensión de "un plazo equivalente a los días contados desde el 24 de junio de 2016 hasta la fecha en la que el MINEM ponga a disposición de [CH Mamacocha] los documentos para formalizar contractualmente la concesión definitiva de generación RER del Proyecto" (énfasis omitido)).

²⁸⁴ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, pág. 1.

²⁸⁵ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 29.

- b. Modificar la cláusula 8.4 del Contrato RER para precisar que el Estado no podría resolver el Contrato RER en caso de que la POC del Proyecto Mamacocha ocurriese con posterioridad al 31 de diciembre de 2018 por causas atribuibles al Estado²⁸⁶.
 - c. Incluir una cláusula que aclarase que el Contrato RER tendría primacía sobre las Bases Consolidadas en caso de que surgiese una inconsistencia entre ambos²⁸⁷.
189. Luego de contabilizar los atrasos en la otorgación de la Concesión de Generación y la Concesión de Transmisión, el MINEM acordó conceder la extensión del Cierre Financiero por 393 días calendario (tal como lo había solicitado CH Mamacocha), y una extensión de 449 días calendario para los demás hitos (mas no los 860 días calendario solicitados por CH Mamacocha)²⁸⁸. Pero el MINEM rechazó las otras tres solicitudes de modificación al Contrato RER formuladas por CH Mamacocha mediante su Segunda Solicitud de Extensión de la POC²⁸⁹.
190. Con la primera solicitud (modificación de la Fecha de Término del Contrato), CH Mamacocha buscaba que el MINEM le asegurara que podría percibir los ingresos garantizados (a través de la Tarifa de Adjudicación) bajo el Contrato RER por la totalidad del Plazo de Vigencia (i.e., 20 años), a pesar de que el Cronograma de Ejecución aprobado con la Adenda No. 1 preveía la POC para el 8 de diciembre de 2018²⁹⁰. En otras palabras, CH Mamacocha quería corregir el efecto que su Primera Solicitud de Extensión de la POC tendría sobre el plazo de vigencia del Contrato

²⁸⁶ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 29.

²⁸⁷ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 29.

²⁸⁸ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, pág. 13.

²⁸⁹ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, págs. 13-14.

²⁹⁰ **Anexo C-0008**, Escritura Pública de Adenda No. 1 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L., 22 de julio de 2015, § 7 (“[L]as Partes acuerdan modificar el Cronograma de Ejecución de Obras del Contrato de Suministro y ampliar en 705 días calendario el plazo para la POC . . . , fijándose ésta para el 08 de diciembre del 2018”).

RER. Eso, sin embargo, era contrario al Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER, puesto que la Fecha de Término del Contrato era “no modificable por ninguna causa”²⁹¹.

191. Con la segunda solicitud (modificación de la cláusula 8.4 del Contrato RER), CH Mamacocha pretendía evitar que el Contrato RER se resolviese de pleno derecho en la eventualidad de que el Proyecto Mamacocha no alcanzase la POC antes del 31 de diciembre de 2018.
192. La tercera modificación propuesta al Contrato RER buscaba efectuar un cambio fundamental, toda vez que el Contrato RER expresamente incorporaba las Bases Consolidadas y las circulares²⁹². CH Mamacocha pretendía subordinar las Bases Consolidadas al Contrato RER. El motivo de esa propuesta era que CH Mamacocha sabía que el cambio que pretendía introducir a la cláusula 8.4 del Contrato RER era contraria a las Bases Consolidadas. Como se explica en detalle en la **Sección III.E**, las Bases Consolidadas y la normativa aplicable *requerían* que el Contrato RER se resolviera de pleno derecho (i.e., automáticamente) si el Proyecto Mamacocha no se ponía en operación comercial a más tardar el 31 de diciembre de 2018. Además de ser improcedente, la propuesta era incongruente, toda vez que las Bases Consolidadas formaban parte del Contrato RER, y era imposible subordinar algo que formaba parte del propio Contrato RER.
193. Con base en lo anterior, el 29 de diciembre de 2016 CH Mamacocha y el MINEM suscribieron una adenda al Contrato RER que extendía el hito de Cierre Financiero del Cronograma de Ejecución por 393 días calendario y los demás hitos en 462 días calendario (“**Adenda No. 2**”). La Adenda No. 2 fijó el 14 de marzo de 2020 como la POC.

²⁹¹ **Anexo MTQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.B, **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.30; **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

²⁹² **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.12.

194. A través de las Adendas Nos. 1 y 2, el MINEM le había otorgado a CH Mamacocha un total de 1.098 días calendario para acreditar el Cierre Financiero del Proyecto Mamacocha. Eso demuestra los esfuerzos que el MINEM de buena fe realizó para lograr que el Proyecto Mamacocha llegase a buen puerto. A pesar de esa significativa ampliación del plazo, sin embargo, CH Mamacocha no logró concretar el Cierre Financiero del Proyecto.
195. Como se explica en la **Sección III.F**, las Adendas Nos. 1 y 2 luego fueron objeto del Arbitraje de Lima. El Estado determinó que tales Adendas no debiesen haber sido otorgadas, y consecuentemente pidió que se declarara su invalidez. En particular, la ampliación del plazo para lograr la POC bajo la Adenda No. 2 era contraria al Reglamento RER y a las Bases Consolidadas, puesto que la POC Final era inamovible. Eso se explicará en la **Sección III.E**.

D. Las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha generaron cuestionamientos por parte de la comunidad de Ayo

196. El Proyecto Mamacocha obtuvo sus Certificaciones Ambientales mediante la aprobación de las Declaraciones de Impacto Ambiental para la Planta de Generación y la Línea de Transmisión²⁹³. La legislación peruana exige ese tipo de Certificación Ambiental para proyectos cuyo impacto ambiental negativo será *leve* y previsible²⁹⁴. Sin embargo, originalmente la Autoridad Regional Ambiental había determinado que la Planta de Generación tendría un impacto ambiental *significativo*, por lo cual requería un Estudio de Impacto Ambiental Detallado y un

²⁹³ **RL-0036**, Resolución Sub Gerencial Regional No. 110-2014-GRA/ARMA-SG, que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental de la Planta de Generación, 3 de septiembre de 2014; **RL-0037**, Resolución Sub Gerencial Regional No. 158-2014-GRA/ARMA-SG, que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental de la Línea de Transmisión, 24 de diciembre de 2014. Ver **Sección II.B** re permisos.

²⁹⁴ Ver **RL-0003**, Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley No. 27446, 24 de septiembre de 2009, art. 36.

plan de participación ciudadana²⁹⁵. La reclasificación de la Planta de Generación como un proyecto que tendría un impacto leve en el medio ambiente se obtuvo luego de que CH Mamacocha presentara un recurso de reconsideración ante la Autoridad Regional Ambiental²⁹⁶.

197. En su Memorial de Demanda, las Demandantes admiten que hicieron lo posible por cambiar la decisión original de la Autoridad Regional Ambiental, y las razones son evidentes, tanto de lo que dicen en el Memorial como de lo que manifestaron en comunicaciones años antes²⁹⁷. En el Memorial, las Demandantes explican por qué querían acortar plazos y someterse a un proceso de revisión y control menos exigente:

*If classified under Category I, the Project would only need to submit a sworn environmental impact statement (or "DIA") to secure the critical environmental permit. But if the Project was classified under Categories II or III . . . it would need to submit a detailed environmental impact study (or "EIA") and go through various bureaucratic processes. . . . [T]he DIA process would take thirty (30) business days or, approximately, forty-five (45) calendar days, while the EIA process could take up to 345 calendar days.*²⁹⁸

198. En las palabras del señor Carlos Diez Canseco, testigo de las Demandantes: *"There is a big difference between the approval procedure of a [sic] Environmental Declaration (45 days), or the procedure for a [sic] Environmental Study (12 or 18 months)"*²⁹⁹.
199. Poco tiempo después de lograr que la *Planta de Generación* fuera clasificada como proyecto de impacto leve (requiriendo, por lo tanto, una Declaración de Impacto

²⁹⁵ Ver **Anexo C-0184**, Oficio No. 748-2013-GRA/ARMA/SG del GRA (D. Otazú) a HLA (R. Santiváñez), 11 de octubre de 2013, pág. 1.

²⁹⁶ Ver **Anexo C-0185**, Informe No. 009-2014-GRA/ARMA-SG-EA-E, Evaluación Preliminar y Clasificación del Proyecto Hidroeléctrica Laguna Azul, 17 de febrero de 2014, págs. 1-2, 6-7.

²⁹⁷ Ver **Anexo C-0180**, Correo del MINEM (C. Diez) a Telia (U. Tisell, *et al.*), 12 de enero de 2012, pág. 1.

²⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 42.

²⁹⁹ **Anexo C-0180**, Correo del MINEM (C. Diez) a Telia (U. Tisell, *et al.*), 12 de enero de 2012, pág. 1.

Ambiental), CH Mamacocha presentó ante la Autoridad Regional Ambiental la solicitud de evaluación ambiental correspondiente a la *Línea de Transmisión*³⁰⁰. Al igual que para la Planta de Generación, CH Mamacocha logró obtener una clasificación como proyecto de impacto leve que solo requeriría una Declaración de Impacto Ambiental para la Línea de Transmisión³⁰¹.

200. Al ser proyectos clasificados como de impacto medioambiental leve, la Planta de Generación y la Línea de Transmisión obtuvieron sus Certificaciones Ambientales, sin necesidad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental y sin tener que someterse a un proceso formal de participación ciudadana.
201. Esas acciones de CH Mamacocha tuvieron consecuencias adversas para su proyecto. Los habitantes de la localidad de Ayo (conocidos como Ayeños) percibieron esas acciones de CH Mamacocha como una burla a la ley, un intento transparente de evitar la realización de los estudios ambientales necesarios— estudios que según esos Ayeños revelarían el impacto real del Proyecto Mamacocha³⁰². Eso generó la oposición comunitaria al Proyecto Mamacocha.
202. El respaldo de la población es fundamental para el éxito de un proyecto que pretende utilizar recursos naturales. Eso era bien sabido por las Demandantes. Desde la concepción del Proyecto Mamacocha, las Demandantes tenían conocimiento de que “obtener el consenso social [sería necesario] para asegurar la

³⁰⁰ **Anexo R-0014**, Carta de HLA (R. Santiváñez) a la Autoridad Regional del Medio Ambiente (A. Díaz), 3 de marzo de 2014.

³⁰¹ **RL-0037**, Resolución Sub Gerencial Regional No. 158-2014-GRA/ARMA-SG, que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental de la Línea de Transmisión, 24 de diciembre de 2014.

³⁰² *Ver e.g.*, **Anexo R-0010**, Memorial del Frente de Defensa de los Recursos Naturales y Culturales Distrito del Ayo *et al.* al Señor Pedro Pablo Kuczynski, Presidente de la República, agosto de 2016, pág. 2 (“La ejecución del Proyecto Hidroeléctrico en Mamacocha, causará un gran impacto negativo irreversible en el medio ambiente, ecosistema, biodiversidad, paisajístico natural existente en la zona. . . . [L]a Empresa ha faltado a elementales principios de veracidad, en su pretendido afán de ocultar el gran impacto negativo ambiental que causaría el proyecto hidroeléctrico y para evadir el cumplimiento de la Ley lo ha considerado como categoría I y no en la categoría III donde las exigencias técnicas legales son mayores precisamente por ser un proyecto de gran envergadura”).

viabilidad y sostenibilidad del proyecto en sus fases de construcción y operación”³⁰³. Independientemente del mérito de los cuestionamientos de la población respecto del proyecto, las Demandantes no midieron adecuadamente el riesgo de su estrategia agresiva y perdieron la confianza de los habitantes de la localidad y, con ello, el consenso social que reconocían como necesario para asegurar la viabilidad y sostenibilidad del proyecto en sus fases de construcción y operación.

203. No es cierto que el apoyo del pueblo de Ayo a la construcción del Proyecto Mamacocha fuera “abrumador”, como las Demandantes incorrectamente afirman³⁰⁴. El proyecto creó tanta discordia en la comunidad de Ayo que en al menos dos ocasiones (viz., julio de 2016 y enero de 2018) estuvo a punto de provocar un conflicto social³⁰⁵. Un sector importante de la población de Ayo se oponía a la ejecución del Proyecto Mamacocha porque consideraba que tendría un impacto ambiental negativo en la Laguna Mamacocha³⁰⁶. Tanto es así que en el 2017, más de 150 individuos, actuando en nombre de la población de Ayo, hicieron constar formalmente y por escrito su oposición a la construcción del Proyecto

³⁰³ **Anexo C-0100(e)**, Estudio de Prefactibilidad de la Central Hidroeléctrica Mamacocha: Informe Final Vol. V, CESEL, 26 de octubre de 2012, pág. 53; *ver también Anexo C-0180*, Correo del MINEM (C. Diez) a Telia (U. Tisell, *et al.*), 12 de enero de 2012, pág. 1.

³⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 114 (“*On the other hand, the constituents who lived near the Project site – and, hence, would be most affected by the Project – overwhelmingly supported the Project.*”).

³⁰⁵ **Anexo R-0022**, Defensoría del Pueblo, Reporte Mensual de Conflictos Sociales No. 149, julio de 2016, pág. 10; **Anexo R-0028**, Defensoría del Pueblo, Reporte Mensual de Conflictos Sociales No. 167, enero de 2018, pág. 38.

³⁰⁶ *Ver Anexo R-0043*, “Pobladores de Ayo se Pronuncian: Se oponen a hidroeléctrica en laguna Mamacocha”, DIARIO CORREO, 10 de julio de 2015.

Mamacocha³⁰⁷, refiriéndose expresamente a la ausencia de un estudio de impacto ambiental como uno de los principales motivos de su oposición³⁰⁸.

204. Le guste o no a las Demandantes, el Perú es un Estado de Derecho y democrático, donde se respeta la libertad de expresión³⁰⁹. Los ciudadanos y organizaciones tienen el derecho de oponerse al otorgamiento de títulos habilitantes y de impugnar mediante acciones legales los ya otorgados³¹⁰. Las Demandantes no pueden pretender ignorar esos derechos o acallar las voces de quienes se oponían al Proyecto Mamacocha. La oposición comunitaria y de algunos funcionarios locales ante el Proyecto Mamacocha se manifestó mediante el ejercicio de derechos

³⁰⁷ Ver **Anexo R-0055**, Oficio No. 039-2017-MDA de la Municipalidad Distrital de Ayo (A. Vega) a la Gobernadora Regional de Arequipa (Y. Osorio Delgado), 18 de octubre de 2017 *adjuntado* Memorial Dirigido a las Autoridades Regionales y Nacionales, págs. 4-9.

³⁰⁸ **Anexo R-0055**, Oficio No. 039-2017-MDA de la Municipalidad Distrital de Ayo (A. Vega) a la Gobernadora Regional de Arequipa (Y. Osorio Delgado), 18 de octubre de 2017 *adjuntado* Memorial Dirigido a las Autoridades Regionales y Nacionales, pág. 2 (“La empresa Central HIDROELECTRICA LAGUNA AZUL SRL no cuenta con los permisos correspondientes para su proyecto, debió hacer un estudio de impacto ambiental detallado.”).

³⁰⁹ **RL-0055**, Constitución Política, arts. 3, 43; *ver también* **RL-0096**, Sentencia No. 008-2003-AI-TC, Tribunal Constitucional del Perú, 11 de noviembre de 2003, ¶ 11 (“El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca”).

³¹⁰ Ver **RL-0042**, LPAG, art. IV 1.2 (“Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a *impugnar las decisiones que los afecten*.”) (énfasis añadido); art. 69.3 (“Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.”); **RL-0003**, Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley No. 27446, 24 de septiembre de 2009, art. 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 No. 27444”).

bajo el ordenamiento jurídico peruano³¹¹. Ni los dirigentes locales ni los miembros de la comunidad impidieron por la fuerza u otros medios ilegales la realización del proyecto. La oposición de la población se manifestó mediante marchas, protestas pacíficas y el ejercicio del derecho de petición³¹².

205. No obstante la oposición de la comunidad y de algunos dirigentes, CH Mamacocha obtuvo los títulos habilitantes que requería para iniciar la construcción del Proyecto Mamacocha, y ninguna autoridad administrativa del Gobierno nacional, regional, o local revocó dichos títulos.
206. A mediados del 2016, la Oficina de Prevención de Conflictos del Gobierno Regional de Arequipa organizó mesas de trabajo con el objetivo de aclarar los cuestionamientos sobre el Proyecto Mamacocha³¹³. Las mesas de trabajo contaron con la participación de CH Mamacocha, autoridades locales y regionales, y miembros de la población en general³¹⁴. El trabajo de las mesas de trabajo se discontinuó tras la negativa de CH Mamacocha de continuar con la suspensión de los trabajos a la que se había comprometido en la primera reunión³¹⁵; para ese momento, CH Mamacocha ya había recibido su Concesión Definitiva de Generación para el Proyecto Mamacocha³¹⁶.

³¹¹ Ver e.g., **RL-0038**, Resolución No. 334-2016-ANA/TNRCH, Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas, 15 de julio de 2016; **Anexo C-0119**, Informe No. 004-2018-ANA-AAA I C-O, CO-AT/JMPV, 9 de mayo de 2018, pág. 3; **Anexo C-0199**, Resolución No. 053-2018-ANA/TNRCH, 24 de enero de 2018, pág. 1.

³¹² Ver **Anexo R-0059**, Comunicado No. 9, Club Social “Ayo”, 29 de marzo de 2017; **Anexo R-0062**, “*Marcha contundente contra proyecto Laguna Azul*”, SIN FRONTERAS, 27 de julio de 2016; **Anexo R-0028**, Defensoría del Pueblo, Reporte Mensual de Conflictos Sociales No. 167, enero de 2018, pág. 38.

³¹³ **Anexo R-0063**, “*Instalan mesa de trabajo por construcción de hidroeléctrica Laguna Azul*”, LA REPÚBLICA, 27 de abril de 2016.

³¹⁴ **Anexo R-0064**, “*Acuerdan paralizar trabajos mientras resuelven controversia por Laguna Azul*”, DIARIO CORREO, 27 de abril de 2016.

³¹⁵ **Anexo C-0130**, Carta de HLA (C. Diez) a Gobernadora Regional de Arequipa (Y. Osorio), 13 de junio de 2016.

³¹⁶ **Anexo R-0098**, Resolución Ministerial No. 255-2016-MEM/DM, MINEM, 23 de junio de 2016.

207. Luego del fracaso de las mesas de trabajo, varios grupos de interés iniciaron acciones legales en oposición al Proyecto Mamacocha. A continuación se describen las tres acciones legales más relevantes para el presente arbitraje³¹⁷.

1. *El Consejo Regional de Arequipa formó una comisión para investigar las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha*

208. El 19 de julio de 2016 el Consejo Regional de Arequipa aprobó la conformación de una comisión especial investigadora encargada de fiscalizar la emisión de las Certificaciones Ambientales de la Planta de Generación y la Línea de Transmisión del Proyecto Mamacocha ("**Comisión Investigadora Regional**")³¹⁸. El Consejo Regional es el órgano normativo y fiscalizador del Gobierno Regional de Arequipa y está integrado por los Consejeros Regionales³¹⁹. Dentro de sus funciones se encuentra "[f]iscalizar la gestión y conducta pública de los funcionarios del Gobierno Regional y, dentro de ello, llevar a cabo investigaciones sobre cualquier asunto de interés público regional"³²⁰. Para ejercer esa función fiscalizadora, los Consejeros Regionales conforman distintas comisiones investigadoras³²¹.

209. Dentro del plazo otorgado por el Consejo Regional de Arequipa³²², la Comisión Investigadora Regional presentó su informe final (de una extensión de

³¹⁷ En adición a estas acciones, el 17 de febrero de 2017, el ciudadano David Miranda Soto interpuso una demanda de nulidad de resolución administrativa contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Autoridad Regional Ambiental cuestionando las Certificaciones Ambientales de la Planta de Generación y de Línea de Transmisión. A la fecha de presentación de este memorial no ha intervenido decisión respecto de dicha acción. Ver **Anexo R-0065**, Demanda Contencioso Administrativa de David Gerónimo Miranada Soto, 14 de febrero de 2017.

³¹⁸ **Anexo R-0136**, Acuerdo Regional No. 059-2016-GRA/CR-AREQUIPA, 19 de julio de 2016.

³¹⁹ **Anexo CLC-0013**, Ley No. 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, 8 de noviembre de 2002, art. 13.

³²⁰ **Anexo CLC-0013**, Ley No. 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, 8 de noviembre de 2002, art. 15(k).

³²¹ **Anexo CLC-0013**, Ley No. 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, 8 de noviembre de 2002, art. 16(c).

³²² **Anexo CLC-0030**, Acuerdo Regional No. 087/2016-GRA/CR-AREQUIPA, 21 de octubre de 2016.

aproximadamente 90 páginas), el cual recogió los hallazgos relacionados con las Certificaciones Ambientales de la Planta de Generación y la Línea de Transmisión ("**Informe Final de la Comisión Investigadora**")³²³. Con base en su investigación, la Comisión Investigadora Regional concluyó que existían una serie de irregularidades respecto a las Certificaciones Ambientales obtenidas por CH Mamacocha³²⁴ y recomendó, entre otras cosas, que la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Arequipa inicie acciones legales para obtener la declaratoria de nulidad judicial de las Resoluciones Sub Gerenciales vinculadas a la aprobación de las Declaraciones de Impacto Ambiental para la Planta de Generación y la Línea de Transmisión del Proyecto Mamacocha³²⁵.

210. El Consejo Regional de Arequipa aprobó el Informe Final de la Comisión Investigadora el 21 de octubre de 2016³²⁶. El Consejo Regional decidió además que el Informe Final de la Comisión Investigadora se le comunicara a la Gobernadora Regional de Arequipa (para que decida cuáles medidas adoptar para implementar las recomendaciones contenidas en el mencionado informe), así como de la Contraloría General, el MINEM y la Procuraduría Pública Regional³²⁷.
211. El 12 de diciembre de 2016, la Autoridad Regional Ambiental emitió la Resolución Gerencial Regional No. 033-2016-GRA/ARMA, a través de la cual resolvió que, en la expedición de las Resoluciones Sub Gerenciales vinculadas a la aprobación de

³²³ **Anexo R-0137**, Informe final de la Comisión Especial Investigadora encargada de fiscalizar la emisión de las Resoluciones Sub Gerenciales No. 110-2014-GRA/ARMA-SG y No. 158-2014-GRA/ARMA-SG y otras, emitidas por la Autoridad Regional Ambiental-ARMA.

³²⁴ **Anexo R-0137**, Informe final de la Comisión Especial Investigadora encargada de fiscalizar la emisión de las Resoluciones Sub Gerenciales No. 110-2014-GRA/ARMA-SG y No. 158-2014-GRA/ARMA-SG y otras, emitidas por la Autoridad Regional Ambiental-ARMA, págs. 83-89.

³²⁵ **Anexo R-0137**, Informe final de la Comisión Especial Investigadora encargada de fiscalizar la emisión de las Resoluciones Sub Gerenciales No. 110-2014-GRA/ARMA-SG y No. 158-2014-GRA/ARMA-SG y otras, emitidas por la Autoridad Regional Ambiental-ARMA, pág. 89.

³²⁶ **Anexo CLC-0030**, Acuerdo Regional No. 087-2016-GRA/CR-AREQUIPA, 21 de octubre de 2016.

³²⁷ **Anexo CLC-0030**, Acuerdo Regional No. 087-2016-GRA/CR-AREQUIPA, 21 de octubre de 2016.

las Declaraciones de Impacto Ambiental para la Planta de Generación y la Línea de Transmisión³²⁸ “se ha producido agravio a la legalidad administrativa y al interés público”³²⁹. Asimismo, esa Resolución precisó que se había vencido el plazo para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa, por lo que correspondía hacerlo en la vía judicial (en un proceso contencioso administrativo).

212. En consecuencia, el 14 de marzo de 2017, la Procuraduría Pública Regional presentó una demanda contencioso administrativa, solicitando la nulidad de las Resoluciones Sub Gerenciales vinculadas a la aprobación de las Declaraciones de Impacto Ambiental del Proyecto Mamacocha (**“Demanda del Gobierno Regional”**)³³⁰. Concretamente, se solicitó ante la corte peruana la nulidad de: (i) la Resolución Sub Gerencial No. 124-2013-GRA/ARMA-SG, que declaró fundado el recurso de reconsideración ante la Autoridad Regional Ambiental; (ii) la Resolución Sub Gerencial No. 110-2014-GRA/ARMA-SG, que aprobó la Declaración de Impacto Ambiental para la Planta de Generación; y (iii) la Resolución Sub Gerencial No. 158-2014-GRA/ARMA-SG, que aprobó la Declaración de Impacto Ambiental para la Línea de Transmisión³³¹. La Demanda del Gobierno Regional le fue asignada al Cuarto Juzgado Civil de Arequipa (**“Proceso Contencioso Administrativo”**).
213. La Procuraduría Pública Regional presentó la Demanda del Gobierno Regional al amparo de la ley peruana, la cual reconoce que las entidades públicas también pueden solicitar la nulidad de sus actos a través de un proceso contencioso administrativo. Específicamente, el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley

³²⁸ **RL-0036**, Resolución Sub Gerencial Regional No. 110-2014-GRA/ARMA-SG, que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental de la Planta de Generación, 3 de septiembre de 2014; **RL-0037**, Resolución Sub Gerencial Regional No. 158-2014-GRA/ARMA-SG, que aprueba la Declaración de Impacto Ambiental de la Línea de Transmisión, 24 de diciembre de 2014.

³²⁹ **Anexo C-0085**, Resolución Gerencial Regional No. 033-2016-GRA/ARMA, 12 de diciembre de 2016, pág. 4.

³³⁰ **Anexo C-0087**, Interpone Demanda Contencioso Administrativa, 3 de marzo de 2016.

³³¹ **Anexo C-0087**, Interpone Demanda Contencioso Administrativa, 3 de marzo de 2016.

No. 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (**“Ley del Proceso Contencioso Administrativo”**), señala lo siguiente:

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa³³². (Énfasis añadido)

214. Ante la interposición de la Demanda del Gobierno Regional, el 19 de junio de 2017 las Demandantes presentaron una notificación de intención de someter una reclamación a consultas y negociación (**“trato directo”**) al amparo del artículo 10.5 del Tratado (**“Primera Notificación de Intención”**)³³³. Como el Perú explicará en la **Sección II.E**, en el marco de ese trato directo, el Perú adoptó distintas acciones de buena fe destinadas a resolver la controversia entre las Partes —sin que esas acciones constituyeran, de forma alguna, supuesta admisión de responsabilidad.
215. En el contexto de las acciones adoptadas por el Perú de buena fe en el marco del trato directo, el 27 de diciembre de 2017 la Gobernadora Regional autorizó a la Procuradora Pública Regional a desistirse del Proceso Contencioso Administrativo³³⁴. En consecuencia, el 28 de diciembre de 2017 la Procuradora Pública Regional presentó el escrito de desistimiento del proceso ante el Cuarto Juzgado Civil de Arequipa³³⁵.

³³² **RL-0159**, Decreto Supremo No. 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, 3 de mayo de 2019, art. 13.

³³³ Memorial de Demanda, ¶ 111; **Anexo MQ-0018**, Primera Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017.

³³⁴ **Anexo C-0010**, Resolución Ejecutiva Regional No. 665-2017-GRA/GR, Gobierno Regional de Arequipa, 27 de diciembre de 2017.

³³⁵ **Anexo R-0132**, Escrito de Desistimiento, Cuarto Juzgado Civil de Arequipa, 28 de diciembre de 2017.

216. En la **Sección III.C** el Perú demostrará que, contrariamente a lo alegado por las Demandantes, el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo no implica, de modo alguno, que la Demanda del Gobierno Regional no tuviera fundamento, ni mucho menos supone un reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado peruano.

2. *Los ciudadanos [REDACTED] presentaron una denuncia ante la Fiscalía Ambiental de Arequipa*

217. El [REDACTED], los ciudadanos [REDACTED] presentaron una denuncia en contra de CH Mamacocha ante la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Arequipa ("**Fiscalía Ambiental de Arequipa**") por la posible comisión de delitos contra el medio ambiente relacionados con el Proyecto Mamacocha ("**Denuncia**")³³⁶. La Denuncia fue acompañada de varios documentos de soporte³³⁷, los cuales fueron suplementados por los Denunciantes con documentos de soporte adicionales el [REDACTED]³³⁸.

218. Las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental forman parte del Ministerio Público —el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos de ciudadanos, y los intereses públicos³³⁹— y tienen competencia sobre la investigación y persecución de los

³³⁶ **Anexo R-0066**, Oficio No. 001-2017, Denuncia presentada por [REDACTED] ante la Fiscalía Ambiental de Arequipa, [REDACTED].

³³⁷ **Anexo R-0066**, Oficio No. 001-2017, Denuncia presentada por [REDACTED] ante la Fiscalía Ambiental de Arequipa, [REDACTED].

³³⁸ **Anexo R-0110**, Carta de [REDACTED] a la Fiscalía de la Nación (C. Cáceres), [REDACTED].

³³⁹ **RL-0052**, Decreto Legislativo No. 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, 16 de marzo de 1981, art. 1.

delitos ambientales previstos en el Título XIII del Código Penal Peruano³⁴⁰. Como titular de la acción penal pública, las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental pueden actuar de oficio, a instancia de la parte agraviada, o por acción popular³⁴¹. Los Fiscales de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental actúan de manera independiente en el ejercicio de sus atribuciones³⁴².

219. Con base en la Denuncia, la Fiscal Provincial adscrita a la Fiscalía Ambiental de Arequipa, Carolina A. Cáceres Zúñiga ("**Fiscal Ambiental**"), llegó a la conclusión de que existían indicios suficientes para iniciar una investigación penal respecto de las circunstancias en que fueron emitidas las certificaciones ambientales del Proyecto Mamacocha ("**Investigación Penal**")³⁴³. Por lo tanto, la Fiscal Ambiental emitió la Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP-AR, mediante la cual dispuso promover las diligencias preliminares para investigar si existían suficientes elementos de convicción que acreditaran que los acusados, varios funcionarios de la Autoridad Regional Ambiental (viz., [REDACTED]), cometieron el delito de Otorgamiento Ilegal de Derechos, tipificado en el artículo 314 del Código Penal³⁴⁴, en agravio del medio ambiente y el Estado en beneficio de CH

³⁴⁰ **RL-0053**, Resolución de Junta de Fiscales Supremos No. 038-2008-MP-FN-JFS, Ministerio Público Fiscalía de la Nación, 12 de agosto de 2008, art. 5.1; **RL-0088**, Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, 13 de junio de 2020, art. 6; **RL-0054**, Resolución de Fiscalía de la Nación No. 435-2020-MP-FN, 24 de febrero de 2020.

³⁴¹ Ver **RL-0055**, Constitución Política, art. 159.1; **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 60.1.

³⁴² Ver **RL-0052**, Decreto Legislativo No. 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, 16 de marzo de 1981, art. 5.

³⁴³ Ver **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 65.2 ("El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará -si correspondiere- las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional".); y art. 329.1 ("El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes".).

³⁴⁴ **RL-0039**, Código Penal, art. 314 ("El funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de

Mamacocha³⁴⁵. Posteriormente, mediante Disposición Fiscal No. 03-2017-FPEMA-MP-AR, la Fiscal Ambiental dispuso ampliar la Investigación Penal para incluir a [REDACTED], también funcionario de la Autoridad Regional Ambiental³⁴⁶.

220. Según consta en la Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP-AR, de la Denuncia y de los documentos que la Fiscal Ambiental había tenido a la vista cuando abrió la Investigación Penal, se advertían los siguientes hechos:

- a. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- b. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- c. [REDACTED]
[REDACTED]

autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e Inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.”).

³⁴⁵ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017.

³⁴⁶ **Anexo R-0067**, Disposición Fiscal No. 03-2017-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 5 de septiembre de 2017.

³⁴⁷ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, págs. 2-3.

³⁴⁸ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, págs. 2-3.

³⁴⁹ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 3.

- d. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- e. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- f. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- g. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- h. [REDACTED]
[REDACTED]

³⁵⁰ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, págs. 3-4.

³⁵¹ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁵² **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁵³ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- i. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- j. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- k. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

³⁵⁴ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁵⁵ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁵⁶ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁵⁷ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁵⁸ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

221. El delito cuya comisión investigaba la Fiscalía Ambiental de Arequipa (viz., el delito de otorgamiento ilegal de derechos tipificado en el artículo 314 del Código Penal) no requiere un elemento subjetivo de parte del funcionario público. Basta con que el funcionario haya faltado gravemente a sus obligaciones funcionales al autorizar o pronunciarse favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de un título habilitante relacionado al medio ambiente sin observar las leyes, reglamentos, y estándares ambientales vigentes³⁵⁹.
222. Los funcionarios de la Autoridad Regional Ambiental que estaban siendo investigados habían aprobado o se habían pronunciado favorablemente sobre el otorgamiento de la certificaciones ambientales del Proyecto Mamacocha mediante la presentación de declaraciones de impacto ambiental. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

³⁵⁹ **RL-0039**, Código Penal, art. 314 (“El funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.”).

³⁶⁰ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁶¹ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
223. Luego de meses de investigación, y con base en sus hallazgos, el 2 de febrero de 2018 la Fiscal Ambiental emitió la Disposición Fiscal No. 04-2018-O-FPEMA-MP-AR, la cual dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria en contra [REDACTED] por la comisión del delito Otorgamiento Ilegal de Derechos en agravio del medio ambiente; y en contra de [REDACTED] en calidad de cómplice secundario³⁶⁵. Según la Disposición Fiscal No. 04-2018-O-FPEMA-MP-AR, a [REDACTED] se le imputó haber colaborado dolosamente con los demás imputados para obtener las certificaciones ambientales del Proyecto Mamacocho³⁶⁶.

³⁶² **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 03-2017-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 5 de septiembre de 2017, págs. 2-3.

³⁶³ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

³⁶⁴ **Anexo R-0067**, Disposición Fiscal No. 03-2017-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 5 de septiembre de 2017, págs. 2-3.

³⁶⁵ **Anexo C-0193**, Disposición Fiscal No. 04-2018-O-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 2 de febrero de 2018.

³⁶⁶ **Anexo C-0193**, Disposición Fiscal No. 04-2018-O-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 2 de febrero de 2018, págs. 8, 12.

224. La formalización y continuación de la investigación constituye un importante hito en el proceso penal. Para dar ese paso procesal, el Código Procesal Penal requiere que existan “indicios reveladores de la existencia de un delito”³⁶⁷. La formalización y continuación se le notifica al Juez de la Investigación Preparatoria, con lo cual las investigaciones se judicializan³⁶⁸.
225. Cuando la Fiscal Ambiental decidió formalizar y continuar la Investigación Penal, contaba con un informe que había solicitado al equipo técnico de la Universidad Nacional de San Agustín. El equipo técnico concluyó que, debido a los impactos ambientales previsibles, la Planta de Generación requería un estudio de impacto ambiental semidetallado³⁶⁹.
226. El 29 de marzo de 2019, la Fiscal Ambiental emitió la Disposición Fiscal No. 07-2019-FPEMA-MP-AR, disponiendo ampliar y precisar la investigación preventiva sobre los hechos imputados al investigado [REDACTED]³⁷⁰. Dicha Disposición Fiscal señaló que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]³⁷¹.

³⁶⁷ **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 336.1.

³⁶⁸ **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, arts. 3, 336.3.

³⁶⁹ **Anexo R-0111**, Informe No. 111, Comité Técnico de Apoyo (F. Cuadro Pinto), 24 de agosto de 2017, págs. 11-12.

³⁷⁰ **Anexo R-0068**, Disposición No. 07-2019-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 29 de marzo de 2019.

³⁷¹ **Anexo R-0068**, Disposición No. 07-2019-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 29 de marzo de 2019, pág. 3.

227. Posteriormente, el 2 de mayo de 2019, luego de más de dos años de investigación, la Fiscal Ambiental emitió la Disposición Fiscal No. 08-2018-FPEMA-MP-AR, declarando el cierre de la investigación [REDACTED]³⁷².
228. El 25 de octubre de 2019, la Fiscal Ambiental presentó ante el Juez del Quinto Juzgado Especializado de Investigación Preparatoria de Arequipa la acusación en contra de varios funcionarios de la Autoridad Regional Ambiental y [REDACTED] [REDACTED] (este último en calidad de cómplice) (“**Acusación Fiscal**”)³⁷³. Con ese paso procesal se pasó a la etapa intermedia del proceso, en la cual el fiscal debe presentar su acusación ante el juez de la investigación preparatoria, etapa en la cual las partes involucradas tiene derecho a ser escuchadas por el juez³⁷⁴.
229. La Acusación Fiscal imputa a [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] el delito de responsabilidad de funcionario público por Otorgamiento Ilegal de Derechos, tipificado en el artículo 314 del Código Penal. A [REDACTED] se le atribuye la complicidad en la comisión del referido delito en virtud del artículo 25 del Código Penal³⁷⁵.
230. El 25 de septiembre de 2020 inició lo que se denomina la “audiencia de control” de acusación en el proceso penal. La audiencia de control es una audiencia de preparación y saneamiento, en donde se discute si en efecto existe una “causa probable” que amerite ser sometida al debate probatorio del juicio oral³⁷⁶. La audiencia de control se extendió hasta el 16 de noviembre de 2020, fecha en la cual

³⁷² **Anexo R-0113**, Disposición No. 08-2019-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 2 de mayo de 2019; **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 344.

³⁷³ **Anexo R-0069**, Acusación Fiscal, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 18 de octubre de 2019.

³⁷⁴ **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 351.

³⁷⁵ **RL-0039**, Código Penal, art. 25 (“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.”).

³⁷⁶ **RL-0097**, Segismundo Israel León Velasco, Las Etapas del Proceso Penal, sin fecha, pág. 1.

el Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa dictó auto de enjuiciamiento en contra de todos los acusados³⁷⁷. El procedimiento está activo y sigue su curso procesal.

3. *El ciudadano P.J. Begazo presentó una acción de amparo solicitando anular las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha*

231. El 13 de septiembre de 2016, el ciudadano P.J. Begazo López presentó ante el Juez Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa una acción constitucional de amparo dirigida en contra del Gobierno Regional de Arequipa, el Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa, la Autoridad Regional Ambiental, el MINEM, y el Procurador Público del MINEN. Invocando el derecho al debido proceso y a gozar de un medio ambiente equilibrado, consagrados en la Constitución Política del Perú, el Sr. P.J. Begazo solicitó la declaración de la nulidad e ineficacia de: (i) las Certificaciones Ambientales otorgadas a la Planta de Generación y la Línea de Transmisión del Proyecto Mamacocha, (ii) los demás autos y resoluciones de la Autoridad Regional Ambiental que condujeron a la emisión de las Certificaciones Ambientales, y (iii) la Concesión Definitiva otorgada a la Planta de Generación³⁷⁸.
232. El 26 de septiembre de 2016, el Juzgado Constitucional de Arequipa emitió la Resolución No. 1, declarando improcedente la acción constitucional de amparo, por considerar que el proceso contencioso administrativo era la vía idónea para proteger los derechos del peticionario³⁷⁹. El 19 de octubre de 2016, el Sr. P.J. Begazo López presentó un recurso de apelación en contra de esa Resolución No. 1³⁸⁰. El

³⁷⁷ **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, pág. 39.

³⁷⁸ **Anexo R-0071**, Demanda de Acción de Amparo de Pablo Julián Begazo López, Corte Superior de Justicia de Arequipa, 22 de agosto de 2016.

³⁷⁹ **Anexo R-0072**, Resolución No. 01, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 26 de septiembre de 2016.

³⁸⁰ **Anexo R-0073**, Reporte de Expedientes Judiciales No. 00530-2016-0-0401-JR-DC-01, último acceso 22 de enero de 2021, pág. 54.

recurso de apelación fue admitido el 7 de diciembre de 2016, suspendiendo la eficacia de la Resolución No. 1³⁸¹.

233. Mediante Resolución No. 3 del 27 de febrero de 2017, la Corte Superior de Justicia de Arequipa fijó fecha para realizar la audiencia referente al recurso de apelación: 8 de marzo de 2017³⁸². El 28 de marzo de 2017, 20 días después de realizada la audiencia, la Corte Superior de Justicia de Arequipa declaró nula la Resolución No. 1 que había declarado improcedente la acción de amparo y ordenó al Juzgado Constitucional de Arequipa que volviera a valorar la acción³⁸³.
234. El 28 de abril de 2017, el Juzgado Constitucional de Arequipa emitió la Resolución No. 6, declarando inadmisibile el recurso de amparo y fijando un plazo para que P.J. Begazo López respondiera a las observaciones contenidas en la Resolución No. 6, bajo apercibimiento de rechazar la demanda si no lo hacía³⁸⁴. El 22 de mayo de 2017, luego de considerar la respuesta del peticionario P.J. Begazo López, el Juzgado Constitucional de Arequipa emitió la Resolución No. 7, admitiendo a trámite el recurso de amparo³⁸⁵.
235. El 7 de agosto de 2018, el Juzgado Constitucional de Arequipa integró a CH Mamacocha al proceso como litisconsorte necesario pasivo³⁸⁶. CH Mamacocha planteó una defensa activa y vigorosa en contra del Amparo. Presentó varios recursos de apelación y nulidad en contra de las resoluciones adoptadas por el

³⁸¹ **Anexo R-0074**, Resolución No. 02, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 7 de diciembre de 2016.

³⁸² **Anexo R-0075**, Resolución No. 03 (UNO-1SC), Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 27 de febrero de 2017.

³⁸³ **Anexo R-0076**, Resolución No. 5 (TRES-1SC), Corte Superior de Justicia de Arequipa, Primera Sala Civil, 28 de marzo de 2017.

³⁸⁴ **Anexo R-0077**, Resolución No. 06, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 28 de abril de 2017.

³⁸⁵ **Anexo R-0078**, Resolución No. 07, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 22 de mayo de 2017.

³⁸⁶ **Anexo R-0079**, Resolución No. 08, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 7 de agosto de 2017.

Juzgado Constitucional de Arequipa³⁸⁷. El Juzgado Constitucional de Arequipa rechazó las solicitudes de medidas cautelares solicitadas por P.J. Begazo López en contra de CH Mamacocha³⁸⁸.

236. El 30 de enero de 2020, el Juzgado Constitucional de Arequipa emitió la Sentencia No. 29-2020, declarando fundada la acción constitucional de amparo por vulneración a los derechos al debido procedimiento y al goce de un ambiente sano y equilibrado. En su sentencia, el Juzgado Constitucional de Arequipa declaró la nulidad de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha y de la Concesión Definitiva de la Planta de Generación, y ordenó a la Autoridad Regional Ambiental expedir una nueva resolución³⁸⁹.
237. CH Mamacocha, el Gobierno Regional de Arequipa, y el MINEM presentaron recursos de apelación en contra de esa Sentencia No. 29-2020. El 5 de octubre de 2020, el Juzgado Constitucional de Arequipa concedió la apelación con efecto suspensivo de la sentencia y dispuso elevar el asunto a la Corte Superior de Arequipa³⁹⁰. Dado el efecto suspensivo de la apelación, las Certificaciones Ambientales y la Concesión Definitiva de la Planta de Generación no se han anulado. El proceso de apelación sigue en curso.

³⁸⁷ *Ver e.g.*, **Anexo R-0080**, Resolución No. 09, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 31 de agosto de 2017; **Anexo R-0081**, Resoluciones Nos. 13, 14, 15, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 27 de septiembre de 2017, pág. 2; **Anexo R-0082**, Resolución No. 16, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 13 de noviembre de 2017; **Anexo R-0083**, Resolución No. 20, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 11 de mayo de 2018.

³⁸⁸ *Ver* **Anexo R-0084**, Resolución No. 01, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 14 de agosto de 2017; **Anexo R-0085**, Resolución No. 04 (DOS-1SC), Corte Superior de Justicia de Arequipa, Primera Sala Civil, 19 de enero de 2018.

³⁸⁹ **Anexo R-0070**, Sentencia No. 29-2020, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 30 de enero de 2020.

³⁹⁰ **Anexo R-0086**, Resolución No. 34, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 5 de octubre de 2020.

E. El Perú adoptó acciones de buena fe para resolver la controversia

1. Acciones de buena fe adoptadas en respuesta a la Primera Notificación de Intención

238. El 19 de junio de 2017 las Demandantes presentaron la Primera Notificación de Intención³⁹¹. Con ese acto, se dio inicio a la etapa de consultas y negociación — denominada etapa “trato directo” bajo la legislación peruana³⁹²— con el Perú, representado por la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión (“**Comisión Especial**”).
239. La reclamación de las Demandantes bajo la Primera Notificación de Intención se refería al inicio del Proceso Contencioso Administrativo (i.e., proceso judicial presentado por la Procuraduría Pública Regional de Arequipa ante el Cuarto Juzgado Civil de Arequipa, el 14 de marzo de 2017)³⁹³. Las Demandantes alegaron en esa notificación que la existencia de la Demanda del Gobierno Regional “pon[ía] en riesgo la viabilidad de la inversión de Latam [Hydro] al haber generado una situación de incertidumbre que imp[edía] a [CH] Mamacocha obtener financiamiento a través de los Acreedores Permitidos”³⁹⁴. A fin de resolver la controversia, las Demandantes solicitaron, principalmente, que el Gobierno Regional de Arequipa se desistiera del Proceso Contencioso Administrativo³⁹⁵.

³⁹¹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 111; **Anexo MQ-0018**, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017.

³⁹² Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 15.

³⁹³ Ver **Anexo MQ-0018**, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017; ver también Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 19; Memorial de Demanda, ¶ 111 (“On June 20, 2017, Latam Hydro and CHM submitted its first Notice of Intent to submit a dispute to consultation and negotiation under Article 10.15 of the TPA regarding their claims under the TPA and RER Contract against Peru arising from the RGA Lawsuit and Peru’s interferences with the Project.”).

³⁹⁴ **Anexo MQ-0018**, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017, ¶ 19.

³⁹⁵ **Anexo MQ-0018**, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017, ¶ 73.A.

240. Como se explicó en la **Sección II.A**, el Contrato RER asignó el riesgo financiero a CH Mamacocha³⁹⁶; era responsabilidad exclusiva de CH Mamacocha financiar su Proyecto y acreditar el Cierre Financiero. No obstante, el Perú, a través de la Comisión Especial y actuando de buena fe, evaluó las reclamaciones de las Demandantes, así como las posibles alternativas de solución. Como explica en su declaración testimonial el ex Presidente de la Comisión Especial, el Sr. Ricardo Ampuero, durante la etapa de trato directo con las Demandantes la Comisión Especial llevó a cabo el mismo proceso que sigue respecto de cualquier notificación de intención de someter reclamaciones a arbitraje al amparo de tratados de inversión del Perú³⁹⁷. Como en otras etapas de trato directo, y a fin de facilitar un posible acuerdo, el 5 de diciembre de 2017 la Comisión Especial y las Demandantes suscribieron un Acuerdo de Confidencialidad ("**Acuerdo de Confidencialidad**")³⁹⁸. Ese Acuerdo de Confidencialidad estableció los términos y condiciones en los que se realizarían las consultas y negociación durante la etapa de trato directo con las Demandantes³⁹⁹. Entre otras cosas, en el Acuerdo de Confidencialidad las Partes acordaron expresamente que:

cualquier clase de declaración o comunicación, verbal o por escrito enviada por una Parte a la otra Parte o a terceros o acciones tomadas en el curso de las Consultas y Negociación, incluyendo el presente Acuerdo de Confidencialidad, **no puede ni podrá ser usado, por cualquiera de las Partes, bajo**

³⁹⁶ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

³⁹⁷ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 20.

³⁹⁸ **Anexo C-0028**, Carta de HLA (C. Diez), 6 de diciembre de 2017 *adjuntando* Acuerdo de Confidencialidad, 5 de diciembre de 2017; **Anexo R-0129**, Primer Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 26 de diciembre 2017; **Anexo C-0195**, Segundo Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 27 de febrero de 2018; **Anexo R-0130**, Tercer Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 28 de junio de 2018; **Anexo C-0062**, Cuarto Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 21 de septiembre de 2018; *ver también* Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 22.

³⁹⁹ **Anexo C-0028**, Carta de HLA (C. Diez), 6 de diciembre de 2017 *adjuntando* Acuerdo de Confidencialidad, 5 de diciembre de 2017, ¶ 8.

ninguna circunstancia y de ninguna forma en cualquier otro contexto, incluyendo cualquier procedimiento de arbitraje, nacional o internacional, o cualquier otro procedimiento legal o litigioso ante tribunales nacionales o del exterior que se encuentren en proceso o pueda ser iniciado por las Partes. (Énfasis añadido)

241. En su declaración testimonial, el Sr. Ricardo Ampuero explica la relevancia de haber suscrito el referido Acuerdo de Confidencialidad:

Recuerdo expresamente mencionar durante las distintas reuniones sostenidas con las Demandantes que el Acuerdo [de Confidencialidad] era para nosotros fundamental, pues **debía quedar absolutamente claro que las acciones de buena fe del Estado en el contexto del trato directo,** y las comunicaciones cursadas respecto a la controversia que podían adoptar las partes, **eran naturalmente sin perjuicio de las posiciones y los derechos de las partes**⁴⁰⁰. (Énfasis añadido)

242. La existencia del Acuerdo de Confidencialidad, cuyo plazo fue luego prorrogado⁴⁰¹, sentó el marco para que el Perú, confiando en la palabra de las Demandantes, adoptara acciones destinadas a buscar solucionar la controversia existente.
243. Una de esas acciones fue solicitar la opinión legal de un abogado independiente para que realizara un análisis de la Demanda del Gobierno Regional⁴⁰². En este caso, la Comisión Especial contrató al abogado peruano Juan Carlos Morón Urbina. El Sr. Ricardo Ampuero explica que la Comisión Especial tomó esa

⁴⁰⁰ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 34.

⁴⁰¹ Ver **Anexo R-0129**, Primer Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 26 de diciembre 2017; **Anexo C-0195**, Segundo Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 27 de febrero de 2018; **Anexo R-0130**, Tercer Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 28 de junio de 2018; **Anexo C-0062**, Cuarto Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 21 de septiembre de 2018.

⁴⁰² Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 34.

decisión en tanto entendía que era posible que existieran plazos vencidos para dar inicio a un reclamo de la naturaleza que había iniciado el Gobierno Regional de Arequipa⁴⁰³. Además, el reclamo de las Demandantes estaba limitado al Proceso Contencioso Administrativo. En su declaración testimonial Sr. Ricardo Ampuero precisa que la Comisión Especial:

consider[ó] aconsejable obtener la opinión legal de un abogado externo, porque si era correcto que la Demanda del Gobierno Regional de Arequipa podría ser desestimada (más aun por un asunto formal), era mejor para todas las partes (incluyendo el Gobierno Regional de Arequipa) que esto fuera tomado en cuenta por el Gobierno Regional de Arequipa para evaluar los próximos pasos a seguir⁴⁰⁴.

244. Recalca también el Sr. Ricardo Ampuero que, al tomar esa decisión, la Comisión Especial actuó de buena fe, en procura de una solución pragmática, pero sin que ello pudiera ser interpretado como una aceptación por parte del Estado de las reclamaciones de las Demandantes⁴⁰⁵.
245. Sin embargo, a pesar de los claros acuerdos entre las Partes, en su Memorial de Demanda las Demandantes tergiversan y manipulan las acciones adoptadas por el Estado de buena fe. Por ejemplo, alegan que la Comisión Especial evaluó los méritos de la Demanda del Gobierno Regional y ordenó el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo, bajo la amenaza de que el Gobierno Regional sería responsable de pagar cualquier laudo y los costos del arbitraje⁴⁰⁶. Lo alegado por las Demandantes no es cierto⁴⁰⁷.
246. La Comisión Especial no evaluó ni cuestionó en forma alguna el mérito de la Demanda del Gobierno Regional, ni consideró que el reclamo de las Demandantes

⁴⁰³ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 25.

⁴⁰⁴ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 27.

⁴⁰⁵ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶¶ 26, 28.

⁴⁰⁶ *Ver e.g.* Memorial de Demanda, ¶¶ 119-120.

⁴⁰⁷ *Ver* Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 26.

fuera procedente. Ese hecho se ve reflejado claramente en el Oficio No. 274-2017-EF/CE-36⁴⁰⁸, de fecha 14 de diciembre de 2017, mediante el cual la Comisión Especial compartió con el Gobierno Regional de Arequipa la opinión legal del abogado Morón Urbina⁴⁰⁹. En ese oficio, la Comisión Especial señaló expresamente que la opinión legal fue requerida en el marco del proceso deliberativo y consultivo de la Comisión Especial, y que no implicaba la aceptación de los reclamos de las Demandantes, por lo que no perjudicaría la futura defensa del Estado⁴¹⁰:

Cabe señalar que el Informe Legal elaborado por el experto contratado fue requerido en el marco del proceso deliberativo y consultivo de la Comisión Especial en la etapa de negociaciones de trato directo y se trata de información preparada por abogados, por lo que tiene el carácter de confidencial de acuerdo a la Ley, y **no implica la existencia o aceptación por parte del Estado peruano de algún tipo de vulneración al Tratado ni de los reclamos alegados por las Empresas; y, por ende no perjudica una futura defensa del Estado en caso se iniciara un arbitraje en su contra**⁴¹¹.

⁴⁰⁸ **Anexo R-0131**, Oficio No. 274-2017-EF/CE-36, del MEF (R. Ampuero) al Gobierno Regional de Arequipa (Y. Osorio), 14 de diciembre de 2017.

⁴⁰⁹ Se deja constancia que tanto el Oficio No. 274-2017-EF/CE-36 como la opinión legal del abogado Juan Carlos Morón del 5 de diciembre de 2016 contienen información confidencial, al contener consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo de la Comisión Especial en las negociaciones de trato directo. No obstante, el Perú presenta dichos documentos en este arbitraje en tanto el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública resolvió entregar copias de dichos documentos en respuesta a la solicitud presentada por un particular (presuntamente bajo instrucciones de las Demandantes). El Perú se reserva todos sus derechos en relación con estos y todos los demás documentos que están cubiertos por el privilegio deliberativo y consultivo, incluyendo los preparados en relación con las negociaciones de trato directo.

⁴¹⁰ **Anexo R-0131**, Oficio No. 274-2017-EF/CE-36, del MEF (R. Ampuero) al Gobierno Regional de Arequipa (Y. Osorio), 14 de diciembre de 2017, pág. 2; *ver también* Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 28.

⁴¹¹ **Anexo R-0131**, Oficio No. 274-2017-EF/CE-36, del MEF (R. Ampuero) al Gobierno Regional de Arequipa (Y. Osorio), 14 de diciembre de 2017, pág. 2.

247. En ese mismo Oficio No. 274-2017-EF/CE-36 la Comisión Especial se refirió expresamente al Acuerdo de Confidencialidad indicando que “existe un compromiso de ambas partes de que cualquier clase de declaración o comunicación, . . . o acciones tomadas en el curso del Trato Directo **no puede ni podrá ser usado por cualquiera de las partes, bajo ninguna circunstancia y de ninguna forma en cualquier otro contexto**”⁴¹² (énfasis añadido), lo cual evidentemente incluía cualquier procedimiento de arbitraje internacional como el presente. En el mencionado oficio, la Comisión Especial también resumió, de forma general, el contenido de la Ley 28933 en términos de asignación de responsabilidad, e informó sobre la estadística respecto a la duración y el costo de arbitrajes de inversión, a fin de que el Gobierno Regional de Arequipa tuviera mayor información para evaluar los pasos a seguir⁴¹³.
248. En definitiva, como confirma el Sr. Ricardo Ampuero en su declaración testimonial, la Comisión Especial “no le atribuyó responsabilidad alguna al Gobierno Regional de Arequipa, ni calificó en absoluto ninguna de las acciones adoptadas por ese Gobierno Regional autónomo”⁴¹⁴. La Comisión Especial tampoco le dijo al Gobierno Regional de Arequipa que sería responsable del pago de un laudo, ni le ordenó desistirse del Proceso Contencioso Administrativo⁴¹⁵. Es falso también lo que dicen las Demandantes⁴¹⁶, cuando afirman que la Comisión Especial advirtió a los consejeros del Gobierno Regional de Arequipa sobre una supuesta responsabilidad penal⁴¹⁷. Lo que hizo la Comisión Especial fue trasladar

⁴¹² **Anexo R-0131**, Oficio No. 274-2017-EF/CE-36, del MEF (R. Ampuero) al Gobierno Regional de Arequipa (Y. Osorio), 14 de diciembre de 2017, pág. 2.

⁴¹³ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 30; **Anexo R-0131**, Oficio No. 274-2017-EF/CE-36, del MEF (R. Ampuero) al Gobierno Regional de Arequipa (Y. Osorio), 14 de diciembre de 2017.

⁴¹⁴ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 31.

⁴¹⁵ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶¶ 31-33.

⁴¹⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 6, 120.

⁴¹⁷ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 33.

la opinión legal del abogado externo, contratado de buena fe por el Estado peruano en el marco del trato directo⁴¹⁸. El Gobierno Regional de Arequipa revisó la opinión legal externa preparada y, finalmente, optó por desistirse del Proceso Contencioso Administrativo a fin de no agravar la disputa y evitar posibles contingencias económicas⁴¹⁹.

249. Contrariamente a lo alegado por las Demandantes, el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo no implica que la Demanda del Gobierno Regional no tuviera fundamento alguno, ni que las Demandantes hubieran acreditado el supuesto impacto en la posibilidad de CH Mamacocha de cumplir con sus obligaciones bajo el Contrato RER. Menos aún implica una admisión de responsabilidad por supuestas violaciones de las obligaciones bajo el Tratado. Como el Perú explicará en la **Sección III.C**, la Demanda del Gobierno Regional no era frívola ni impidió que CH Mamacocha alcanzara la POC dentro de los plazos contractualmente acordados.
250. En cualquier caso, como consecuencia de las acciones de buena fe adoptadas por el Estado peruano, las Demandantes expresamente retiraron su Primera Notificación de Intención⁴²⁰. Luego de haber sido notificados con la Resolución No. 12-2018 de fecha 8 de marzo de 2018, mediante la cual el Cuarto Juzgado Civil de Arequipa aprobó el desistimiento y declaró concluido el Proceso Contencioso Administrativo, las Demandantes enviaron una comunicación a la Comisión Especial indicando lo siguiente:

En consecuencia, **el principal acto estatal que originó nuestra primera solicitud de inicio de consulta y negociación** bajo el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos

⁴¹⁸ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 33.

⁴¹⁹ **Anexo C-0010**, Resolución Ejecutiva Regional No. 665-2017-GRA/GR, Gobierno Regional de Arequipa, 27 de diciembre de 2017; **Anexo R-0132**, Escrito de Desistimiento, Cuarto Juzgado Civil de Arequipa, 28 de diciembre de 2017.

⁴²⁰ Ver **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018.

("Tratado"), presentada con fecha 20 de junio de 2017 ("Primera Solicitud"), **ha cesado**. Por lo tanto, mediante la presente comunicación **procedemos a retirar nuestra Primera Solicitud**⁴²¹. (Énfasis añadido)

251. En esa comunicación, las Demandantes también indicaron que el tiempo transcurrido para resolver la Primera Notificación de Intención había significado un retraso en el Proyecto y la disminución plazo del Contrato RER, que consideraban debía ser compensado por el Estado⁴²². Sin embargo, precisaron que esa reclamación era parte de una segunda notificación de intención de someter una reclamación a consultas y negociación bajo el Tratado, presentada el 8 de marzo de 2018 ("**Segunda Notificación de Intención**")⁴²³. Esa Segunda Notificación de Intención estaba referida a una supuesta reducción "de facto" del plazo de concesión de 20 años, y la negativa del Perú a reparar ese alegado menoscabo⁴²⁴.
252. Un año después, el 28 de mayo de 2019, las Demandantes presentaron una tercera notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje ("**Tercera Notificación de Intención**"), que es la que da origen al presente arbitraje. En esa Tercera Notificación de Intención las Demandantes incluyeron la Demanda del Gobierno Regional de Arequipa (i.e., "*RGA Lawsuit*") como fundamento de reclamaciones por supuesto incumplimiento por parte del Perú de sus obligaciones bajo el Tratado y el Contrato RER⁴²⁵.

⁴²¹ Ver **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018, pág. 1.

⁴²² **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018, pág. 1.

⁴²³ **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018.

⁴²⁴ **Anexo MQ-0025**, Segunda Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 8 de marzo de 2018.

⁴²⁵ **Anexo C-0023**, Aviso de Intención de someter una reclamación a arbitraje, 28 de mayo de 2019 ("**Tercera Notificación de Intención**").

253. Por todo lo anterior, es improcedente y contrario a la buena fe que en este arbitraje las Demandantes pretendan imputar responsabilidad al Estado peruano por la interposición de la Demanda del Gobierno Regional⁴²⁶. No solo las Demandantes impugnan esa medida (que fue retirada oportunamente, sin admisión de responsabilidad), sino que además intentan sustentar sus argumentos con base en groseras tergiversaciones de las acciones adoptadas de buena fe por el Perú en el contexto del trato directo, y violando el entendimiento expreso de las Partes de que esas acciones no constituían admisión de responsabilidad por parte del Estado. Acciones que además, como las propias Demandantes reconocieron, generaron que haya cesado el principal acto estatal que originó su Primera Notificación de Intención⁴²⁷.

2. *El MINEM suscribió de buena fe las Adendas Nos. 3 a 6 al Contrato RER para facilitar las negociaciones*

254. De manera previa a la presentación de la Primera Notificación de Intención (i.e. 21 de abril de 2017), CH Mamacocha solicitó al MINEM que suspendiera el Contrato RER hasta que se resolviera el Proceso Contencioso Administrativo⁴²⁸. Mediante el Oficio No. 121-2017-MEM/VME, del 14 de julio del 2017, el MINEM denegó la solicitud de suspensión de CH Mamacocha⁴²⁹. El MINEM indicó, entre otras cosas, que la gestión de los permisos y autorizaciones aplicables al Proyecto Mamacocha era de responsabilidad de CH Mamacocha y que el Proceso Contencioso Administrativo, “no supon[ía] un ejercicio directo de autotutela declarativa que

⁴²⁶ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶¶ 44-45.

⁴²⁷ **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018, pág. 1.

⁴²⁸ **Anexo MQ-0016**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (V. Carlos), 21 de abril de 2017.; *ver también Anexo MQ-0017*, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (D. Arias), 28 de marzo de 2017; **Anexo MQ-0018**, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017.

⁴²⁹ **Anexo MQ-0019**, Oficio 121-2017-MEM/VME del MINEM (A. Vásquez) a HLA (C. Diez), 13 de julio de 2017 *adjuntado* Informe No. 122-2017-MEM/DGE, 28 de julio de 2017.

haga ineficaz los instrumentos de gestión ambiental otorgados en su oportunidad, salvo decisión judicial en tal sentido”⁴³⁰. Es decir, el MINEM le dijo a CH Mamacocha que no había mérito para la suspensión, porque el Proceso Contencioso Administrativo no impedía que el Proyecto Mamacocha avanzara.

255. En respuesta a la denegatoria del MINEM, el 17 de julio de 2017 CH Mamacocha envió una comunicación manifestando su desacuerdo con la posición del MINEM y solicitando el inicio de la etapa de trato directo con el MINEM, al amparo de la cláusula 11 del Contrato RER⁴³¹. Es decir, CH Mamacocha solicitó el inicio de un procedimiento de trato directo con el MINEM, *paralelo* al trato directo bajo el Tratado. Es en el contexto de ese trato directo con el MINEM (no con la Comisión Especial) que, el 21 de julio de 2017, CH Mamacocha y el MINEM suscribieron un acta de trato directo, en la que acordaron la suspensión del Contrato RER, desde el 21 de abril de 2017 hasta el 31 de diciembre del 2017⁴³². Esa acta de trato directo es la que luego se recogió en la Adenda No. 3 al Contrato RER, del 8 de septiembre del 2017⁴³³ (“**Adenda No. 3**”). Ni el acta de trato directo ni la Adenda No. 3 dice que la POC Real o la Fecha de Término del Contrato RER se extenderían en un plazo igual al de la suspensión del Contrato RER.
256. Esos hechos demuestran que no es cierto, como alegan la Demandantes en su Memorial de Demanda, que “[o]n July 21, 2017, the Special Commission formally commenced the Trato Directo process and ordered MINEM to retroactively suspend the RER Contract effective as of April 21, 2017, the date on which Claimants first requested

⁴³⁰ **Anexo MQ-0019**, Oficio 121-2017-MEM/VME del MINEM (A. Vásquez) a HLA (C. Diez), 13 de julio de 2017 *adjuntado* Informe No. 122-2017-MEM/DGE, 28 de julio de 2017, pág. 7.

⁴³¹ **Anexo MQ-0020**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Vásquez), 17 de julio de 2017.

⁴³² **Anexo C-0094**, Acta de Trato Directo entre C.H. Mamacocha S.R.L. y el MINEM, 21 de julio de 2017 *adjuntado* Resolución Ministerial No. 129-2017-MEM/DM, 29 de marzo de 2017.

⁴³³ **Anexo C-0014**, Escritura Pública de Adenda No. 3 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 8 de septiembre de 2017.

this suspension”⁴³⁴. Tampoco es cierto que “[t]he Special Commission’s suspension order reversed MINEM’s decision from July 14, 2017 that had denied CHM’s suspension request, notwithstanding MINEM’s contractual duty to protect the Project’s permits”⁴³⁵.

Primero, no solo no existe un deber contractual de protección de los permisos del Proyecto Mamacocha (*ver Sección VI.C*), sino que la Comisión Especial no emitió ninguna decisión modificando lo indicado por MINEM el 14 de julio de 2017. A través del Oficio No. 121-2017-MEM/VME, del 14 de julio del 2017, el MINEM denegó una solicitud de suspensión planteada por CH Mamacocha, por considerar que no tenía fundamento. Luego, el MINEM, a través del acta de trato directo del 21 de julio de 2017, decidió aceptar una suspensión porque se había dado inicio a procedimientos de trato directo.

257. Como explica el Sr. Ricardo Ampuero, quien era en ese momento el Presidente de la Comisión Especial:

[L]as Demandantes argumentan que la Comisión Especial le ordenó al MINEM que suspendiera el Contrato RER de forma retroactiva. **Eso no es cierto. La Comisión Especial no tiene facultades para ordenar a entidades del Estado peruano a adoptar ninguna acción específica.**

...

Lo que la Comisión Especial sí hizo fue informarle al MINEM de la controversia y del hecho que la Comisión Especial, en cumplimiento de su mandato legal, estaba llevando adelante consultas de buena fe para evaluar la posibilidad de lograr una solución negociada—como lo hace en todas las controversias bajo su competencia⁴³⁶.

258. Las adendas celebradas entre MINEM y CH Mamacocha confirman, además, lo señalado. Por ejemplo, la Adenda No. 3 (y la anterior acta de trato directo del 21

⁴³⁴ Memorial de Demanda, ¶ 112.

⁴³⁵ Memorial de Demanda, ¶ 113.

⁴³⁶ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶¶ 23–24.

de julio de 2017) indica expresamente en los antecedentes que el “18 de julio de 2017, CH Mamacocha [] invoca el artículo 11 del Contrato [] RER, solicitando el inicio del procedimiento de Trato Directo”⁴³⁷. Asimismo, precisa que el “03 de julio de 2017, el Presidente de la Comisión Especial . . . informó que mediante notificación de intención de arbitraje presentada el 20 de junio de 2017 las empresas Latam Hydro [] y CH Mamacocha [] notifican al Estado Peruano su intención de someter al mecanismo de consultas y negociación en el marco de lo dispuesto en el artículo 10.15 del [Tratado]”⁴³⁸.

259. El MINEM, de buena fe, suspendió las obligaciones bajo el Contrato RER, “para dar un marco adecuado a las negociaciones realizadas en el marco de la Comisión Especial”⁴³⁹, tal como se recoge expresamente en el acta de trato directo y en la Adenda No. 3. Adicionalmente, en dichos acuerdos el MINEM se reservó expresamente sus derechos:

El Ministerio de Energía y Minas declara unilateralmente que lo señalado en el presente documento, **no constituye un reconocimiento de la responsabilidad contractual y/o extracontractual, y/o del [sic] cualquier tipo, del propio Ministerio de Energía y Minas y en general del Estado de la República del Perú**, de los hechos expuestos por Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL en los documentos presentados por dichas empresas. **Ambas Partes se reservan**

⁴³⁷ **Anexo C-0014**, Escritura Pública de Adenda No. 3 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 8 de septiembre de 2017, cláusula 1.5.

⁴³⁸ **Anexo C-0014**, Escritura Pública de Adenda No. 3 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 8 de septiembre de 2017, cláusula 1.6.

⁴³⁹ **Anexo C-0014**, Escritura Pública de Adenda No. 3 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 8 de septiembre de 2017, cláusula 2; **Anexo C-0094**, Acta de Trato Directo entre C.H. Mamacocha S.R.L. y el MINEM, 21 de julio de 2017 adjuntando Resolución Ministerial No. 129-2017-MEM/DM, 29 de marzo de 2017, cláusula 2.1.

todos sus derechos en relación a este asunto⁴⁴⁰. (Énfasis añadido)

260. Posteriormente, el MINEM amplió el plazo de suspensión del Contrato RER mediante las siguientes adendas: (i) la Adenda No. 4 del 17 de enero del 2018, mediante la cual se amplió el plazo de suspensión hasta el 28 de febrero de 2018 (“**Adenda No. 4**”)⁴⁴¹; (ii) la Adenda No. 5 del 26 de marzo de 2018, mediante la cual se amplió el plazo de suspensión hasta el 30 de junio de 2018 o hasta la terminación de las negociaciones a cargo de la Comisión Espacial (“**Adenda No. 5**”)⁴⁴²; y (iii) la Adenda No. 6 del 23 de julio de 2018, mediante la cual se amplió el plazo de suspensión hasta el 30 de septiembre de 2018 o hasta la culminación de las negociaciones a cargo de la Comisión Espacial (“**Adenda No. 6**”)⁴⁴³ (en conjunto con la Adenda No. 3, “**Adendas Nos. 3 a 6**”). En ningún extremo de esas adendas se estableció que la POC Real o la Fecha de Término del Contrato RER se extenderían en un plazo igual al de la duración de la suspensión del Contrato, como sugieren sin fundamento las Demandantes⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ **Anexo C-0094**, Acta de Trato Directo entre C.H. Mamacocha S.R.L. y el MINEM, 21 de julio de 2017 adjuntado Resolución Ministerial No. 129-2017-MEM/DM, 29 de marzo de 2017, cláusula 2.2; **Anexo C-0014**, Escritura Pública de Adenda No. 3 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 8 de septiembre de 2017, cláusula 2.

⁴⁴¹ **Anexo C-0015**, Escritura Pública de Adenda No. 4 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 17 de enero de 2018.

⁴⁴² **Anexo C-0016**, Escritura Pública de Adenda No. 5 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 26 de marzo de 2018.

⁴⁴³ **Anexo C-0017**, Escritura Pública de Adenda No. 6 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 23 de julio de 2018.

⁴⁴⁴ **Anexo C-0014**, Escritura Pública de Adenda No. 3 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 8 de septiembre de 2017; **Anexo C-0015**, Escritura Pública de Adenda No. 4 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico

261. Adicionalmente, en las Adendas Nos. 4, 5, y 6 se incorporó la siguiente cláusula:

Las Cláusulas y los numerales del Contrato de Concesión RER, que no han sido modificados o dejados sin efecto mediante esta Adenda, permanecen inalterados, están vigentes y son exigibles conforme a los términos del Contrato. Nada de lo indicado o contenido en esta Adenda puede ser interpretado o considerado como una renuncia, desistimiento, asentimiento o modificación de cualquier posición o declaración de las Partes con relación a cualquier asunto o materia del Contrato, salvo por lo expresamente declarado en esta Modificación⁴⁴⁵.

262. En dichas adendas también se indicó expresamente que “[e]n forma específica y no limitativa, **lo dispuesto en la Cláusula Octava del Contrato de Concesión RER mantiene su plena vigencia y eficacia**”⁴⁴⁶ (énfasis añadido). La cláusula 8.4 del Contrato RER es la que establece que “[s]i al 31 de diciembre de 2018, por cualquier motivo, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, éste quedará resuelto de pleno

interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 17 de enero de 2018; **Anexo C-0016**, Escritura Pública de Adenda No. 5 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 26 de marzo de 2018; **Anexo C-0017**, Escritura Pública de Adenda No. 6 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 23 de julio de 2018.

⁴⁴⁵ **Anexo C-0015**, Escritura Pública de Adenda No. 4 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 17 de enero de 2018, cláusula 3.2; **Anexo C-0016**, Escritura Pública de Adenda No. 5 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 26 de marzo de 2018, cláusula 3.2; **Anexo C-0017**, Escritura Pública de Adenda No. 6 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 23 de julio de 2018, cláusula 3.2.

⁴⁴⁶ **Anexo C-0015**, Escritura Pública de Adenda No. 4 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 17 de enero de 2018, cláusula 3.3; **Anexo C-0016**, Escritura Pública de Adenda No. 5 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 26 de marzo de 2018, cláusula 3.3; **Anexo C-0017**, Escritura Pública de Adenda No. 6 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con CH Mamacocha S.R.L., 23 de julio de 2018, cláusula 3.3.

derecho”⁴⁴⁷. Era claro que las suspensiones al Contrato RER no ampliaban el plazo para la POC y no modificaban la Fecha de Término del Contrato.

263. Al respecto, el experto en derecho civil, Claudio Lava, explica en su informe que

[e]l texto de las Adendas Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta no deja lugar a dudas. Las Partes acordaron suspender el Contrato [RER] – entiéndase la ejecución del Contrato [RER] – para dar un marco adecuado a las negociaciones a raíz de la intención de arbitraje planteada por las Demandantes en el marco del Tratado, **pero al mismo tiempo mantuvieron inamovibles la Fecha Real de la POC y la Fecha de Término del Contrato**⁴⁴⁸. (Énfasis añadido)

264. El experto en derecho administrativo, Carlos Monteza, llega a la misma conclusión en su informe pericial:

En las Adendas 3 a la 6, el MINEM aceptó suspender la exigibilidad de las obligaciones de las Partes en el Contrato RER en tanto se desarrollaba el Trato Directo. Estos acuerdos no incluyeron la ampliación de los plazos de la POC ni de la terminación del Contrato RER. Además, **no existe fundamento legal ni contractual para sostener que de la suspensión de las obligaciones de las Partes acordadas en estas Adendas se deriva el derecho de MAMACOCHA a la postergación de los mencionados hitos contractuales que son improrrogables por disposiciones del marco legal aplicable y del propio Contrato RER**⁴⁴⁹. (Énfasis añadido)

265. A través de las Adendas Nos. 3 a 6 se suspendieron las acciones de supervisión o fiscalización del cumplimiento de obligaciones, pero de ninguna manera otorgaron una ampliación del plazo máximo para la POC Real o la Fecha de Terminación del Contrato RER –lo cual era legalmente imposible bajo la normativa RER vigente, como se demuestra en la **Sección III.E**.

⁴⁴⁷ Anexo C-0002, Contrato RER, cláusula 8.4.

⁴⁴⁸ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 4.25.

⁴⁴⁹ Informe Pericial de Carlos Monteza, § II.C.(vi).

266. Además, como se explicará en más detalle en la siguiente sección, en paralelo, el MINEM venía evaluando una posible solución global mediante una modificación normativa (viz., Proyecto de Decreto Supremo) que permitiera flexibilizar los términos inequívocos del Contrato RER —y de otros contratos RER producto de la Tercera y Cuarta Subasta. Esa iniciativa también fue materia de los intercambios entre las Partes en el contexto del trato directo. Al igual que las acciones adoptadas por la Comisión Especial, tanto el Proyecto de Decreto Supremo como las Adendas Nos. 3 a 6 fueron acciones de buena fe adoptadas por MINEM, en procura de alternativas de solución a las controversias. Sin embargo, las Demandantes pretenden valerse de esas acciones para reclamar derechos que no tienen, o alegar supuestos reconocimientos de responsabilidad por parte del Estado peruano que no existen.
267. Al respecto, el Sr. Ricardo Ampuero explica que le sorprendió y defraudó ver que las Demandantes, en su Memorial de Demanda, pretendan presentar las acciones adoptadas de buena fe por el Estado peruano como supuestas admisiones de responsabilidad⁴⁵⁰. Declara el Sr. Ricardo Ampuero que “[e]s absolutamente falso que el Perú reconociera responsabilidad alguna en el contexto del trato directo — o en otro contexto”⁴⁵¹, precisando lo siguiente:

La posición de la Comisión Especial, en el sentido de que las acciones y esfuerzos de buena fe que adopte el Estado peruano para intentar solucionar la controversia no serían utilizados en un eventual arbitraje, no pudo haber sido más clara para las Demandantes. **Fuimos inequívocos al respecto justamente porque queríamos evitar que las Demandantes abusaran de la buena fe del Estado para solucionar la disputa. Sin embargo, eso es precisamente lo que han hecho las Demandantes en este arbitraje.** Al utilizar las actuaciones adoptadas por el Estado en el contexto del trato directo como supuesta admisión de responsabilidad por parte del Estado (cosa que no son), las Demandantes han faltado a su palabra

⁴⁵⁰ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 44.

⁴⁵¹ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 44.

y han actuado de manera contraria al entendimiento que profesaron durante ese trato directo⁴⁵². (Énfasis añadido)

F. El Perú no podía otorgar a CH Mamacocha una extensión de la POC Real sin modificar el régimen legal vigente

268. El 1 de febrero de 2018, CH Mamacocha presentó ante el MINEM una tercera solicitud de modificación del Cronograma de Ejecución del Proyecto Mamacocha y de las definiciones de Fecha de Término del Contrato (cláusula 1.4.22⁴⁵³) y Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia) (cláusula 1.4.37⁴⁵⁴) bajo el Contrato RER ("**Tercera Solicitud de Extensión de la POC**"). En esa solicitud, CH Mamacocha argumentó que la:

[R]azón principal que sustenta esta solicitud es el retraso no atribuible a la Concesionaria que ha ameritado la suscripción de cuatro (4) adendas al Contrato, las cuales a la fecha han modificado el Cronograma de Ejecución de Obras y suspendido y/o aplazado la Puesta en Operación Comercial . . . del Proyecto por un total de 1480 . . . días calendario....⁴⁵⁵

269. Según CH Mamacocha, el efecto de las cuatro adendas al Contrato RER – todas solicitadas por la propia CH Mamacocha – fue “la disminución del Plazo de

⁴⁵² Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 45.

⁴⁵³ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22 ("**Fecha de Término del Contrato**: Es el 31 de diciembre de 2036, fecha no modificable por ninguna causa, hasta la cual se le garantiza al Concesionario la Tarifa de Adjudicación.").

⁴⁵⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.37 ("**Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia)**: Es el periodo comprendido entre la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato (31 de diciembre de 2036). Durante el Plazo de Vigencia la Sociedad Concesionaria se compromete a suministrar electricidad al sistema con tecnología RER y se le garantiza el pago de la Tarifa de Adjudicación por las Inyecciones Netas de Energía producida por su central de generación RER hasta el límite de la correspondiente Energía Adjudicada.").

⁴⁵⁵ **Anexo C-0127**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 2.

Vigencia de la Tarifa de Adjudicación”⁴⁵⁶ de 20 años a 15 años, 11 meses y 8 días, calculados a la fecha de la suscripción de la Adenda No. 4⁴⁵⁷.

270. Disconforme con el efecto que sus solicitudes tendrían en el Plazo de Vigencia, y consciente de que no estaba cumpliendo con el Cronograma de Ejecución del Proyecto, CH Mamacocha solicitó:

[M]odificar el Cronograma de Ejecución de Obra del Proyecto y como consecuencia de ello, la Fecha de Término del Contrato y el Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación, según la cláusula 1.4.22 y 1.4.37 del Contrato, respectivamente adicionando un total de 1480 . . . días calendario conforme al Nuevo Cronograma de Ejecución de Obra que adjuntamos como Anexo 1⁴⁵⁸.

271. Además de improcedente, la Tercera Solicitud de Extensión de la POC fue manifiestamente defectuosa, porque CH Mamacocha no adjuntó el Anexo 1 que debía contener el Cronograma de Ejecución modificado, y tampoco ofreció una modificación al texto de las cláusulas 1.4.22 y 1.4.37 del Contrato RER —lo cual era el objeto de su solicitud. CH Mamacocha intentó corregir esos defectos mediante una carta enviada al MINEM el 9 de febrero de 2018⁴⁵⁹. En esa carta, CH Mamacocha adjuntó el Cronograma de Ejecución modificado y aclaró que solicitaba:

[M]odificar el Cronograma de Ejecución de Obra del Proyecto agregando a cada uno de los hitos la cantidad de 351 días calendario para su ejecución, resultando como fecha para el Cierre Financiero el 15 de junio de 2018 y la fecha de Puesta en Operación Comercial el 28 de febrero de 2021. Igualmente,

⁴⁵⁶ **Anexo C-0127**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 2.

⁴⁵⁷ **Anexo C-0127**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 5.

⁴⁵⁸ **Anexo C-0127**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 12.

⁴⁵⁹ **Anexo C-0128**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (Á. Grossheim), 9 de febrero de 2018.

teniendo en consideración esta modificación deberá agregarse a la Fecha de Término del Contrato y el Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación un total de 1520 . . . días calendario⁴⁶⁰ contados a partir del 31 de diciembre de 2036, es decir, hasta el 28 de febrero de 2040⁴⁶¹.

272. A pesar de que la intención de esa comunicación era corregir los defectos de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, el Cronograma de Ejecución que CH Mamacocha adjuntó a su carta del 9 de febrero de 2018 era impreciso e incompleto. La cláusula 4.6 del Contrato RER requería que el Cronograma de Ejecución incluyese “como mínimo, los siguientes hitos: cierre financiero, inicio de obras civiles, llegada a sitio de obra del principal electromecánico, inicio de equipamiento electromecánico, Puesta en Operación Comercial . . . y distingui[ese] claramente la ruta crítica de la obra”⁴⁶². El Cronograma de Ejecución modificado que CH Mamacocha presentó el 9 de febrero de 2018 únicamente identificaba dos hitos (viz., Cierre Financiero y POC) y no especificaba la ruta crítica de la obra. Eso es evidente del Anexo 1 presentado por CH Mamacocha:

⁴⁶⁰ Mientras que en la Tercera Solicitud de Extensión de la POC CH Mamacocha solicitó un aumento de 1.480 días calendario, en su carta del 9 de febrero de 2018 CH Mamacocha solicitó un aumento de 1.520 días calendario. La explicación que dio CH Mamacocha para intentar justificar esa diferencia es que “no se habían considerado los días entre el 14 de marzo de 2017 (fecha de interposición de la demanda judicial por parte del Gobierno Regional de Arequipa) y el 21 de abril de 2017, fecha del inicio de la suspensión del Contrato RER [bajo las Adendas No. 3 y No. 4]”. **Anexo C-0128**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (Á. Grossheim), 9 de febrero de 2018, pág. 3.

⁴⁶¹ **Anexo C-0128**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (Á. Grossheim), 9 de febrero de 2018, pág. 2.

⁴⁶² **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.6.

ANEXO 1

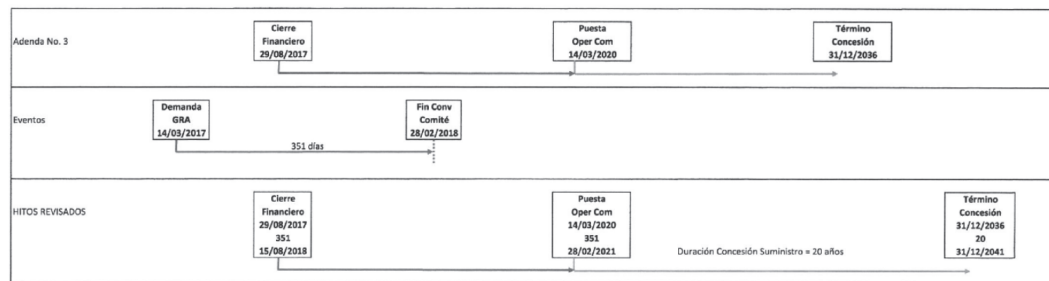


Figura 2 - Leyenda Cronograma de Ejecución de Tercera Solicitud de Extensión de POC

273. A pesar de la confusión generada por la falta de precisión en las comunicaciones de CH Mamacocha, no hay duda que el principal propósito de la solicitud era obtener una extensión del Plazo de Vigencia equivalente al período acumulativo de las extensiones y suspensiones que el MINEM ya le había otorgado a CH Mamacocha. Es decir, CH Mamacocha no solo pretendía que la POC se ajustase a su conveniencia, sino que además buscaba garantizar que percibiría los Ingresos Garantizados por la totalidad del Plazo de Vigencia original (viz., 20 años). CH Mamacocha ya había presentado esa misma solicitud (i.e. asegurar la totalidad de Plazo de Vigencia) en su Segunda Solicitud de Extensión de la POC⁴⁶³. Como se explicó en la **Sección II.F**, el MINEM rechazó esa solicitud —por ser contraria al artículo 1.13.B del Reglamento RER, el cual define la Fecha de Término del Contrato como “la fecha máxima establecida en las Bases, **no modificable por ninguna causa**, hasta la cual se le pagará al Concesionario la Tarifa de Adjudicación”⁴⁶⁴ (énfasis añadido).
274. No obstante lo anterior, el MINEM, actuando de buena fe, evaluó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, y, entre otras cosas, buscó una posible solución global mediante una modificación normativa que permitiera flexibilizar los términos inequívocos del Contrato RER —y de otros contratos RER producto de

⁴⁶³ Ver **Anexo MQ-0011**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, 1 de julio de 2016.

⁴⁶⁴ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, pág. 13.

la Tercera y Cuarta Subasta. Como explica el ex Ministro Francisco Ísmodes en su declaración testimonial, “[e]n la búsqueda de alternativas de solución, el equipo legal y técnico me comunicó que el principal impedimento que tenía el MINEM para negociar y suscribir adendas a los [c]ontratos RER (para extender la fecha para la POC Real y la Fecha de Término) estaba dado por el Reglamento RER y las bases consolidadas”⁴⁶⁵. Precisa además el ex Ministro Francisco Ísmodes que la Administración se rige por el principio de legalidad y, por ello, el MINEM no podía adoptar acuerdos que fueran contrarios a la normativa vigente⁴⁶⁶. Explica también que es por ese motivo que “el equipo legal y técnico pensó en la posibilidad de cambiar el marco normativo a través de un proyecto de decreto supremo que modificara el Reglamento RER, a fin de permitir que se prorrogue la POC Real y la Fecha de Término del [c]ontrato RER, en determinadas situaciones”⁴⁶⁷. Sin la modificación del marco normativo vigente, el MINEM no podía aprobar la Tercera Solicitud de Extensión de la POC.

275. En ese contexto, el 9 de noviembre de 2018 el MINEM publicó la Resolución Ministerial No. 453 de 2018 (“**Resolución No. 453**”)⁴⁶⁸, autorizando la publicación de un proyecto de decreto supremo para la modificación del Reglamento RER (“**Proyecto de Decreto Supremo**”). La Resolución No. 453 otorgó un plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de dicha Resolución, para que cualquier interesado presentara por escrito sus opiniones y sugerencias al MINEM con respecto al Proyecto de Decreto Supremo⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 21.

⁴⁶⁶ Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 21.

⁴⁶⁷ Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 21.

⁴⁶⁸ **RL-0131**, Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM, 9 de noviembre de 2018 *adjuntando* un Proyecto de Decreto Supremo del Reglamento RER.

⁴⁶⁹ **RL-0131**, Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM, 9 de noviembre de 2018 *adjuntando* un Proyecto de Decreto Supremo del Reglamento RER, art. 2.

276. El Proyecto de Decreto Supremo proponía, por un lado, introducir cambios en el Reglamento RER para posibles futuras subastas. Dichos cambios consistían, principalmente, en permitir que la fecha máxima de la POC Real se pudiese prorrogar (i) en caso de fuerza mayor, o de acción u omisión injustificada del Estado; o (ii) por una única vez, con la condición previa que la Garantía de Fiel Cumplimiento se aumentara en un 20%⁴⁷⁰. Asimismo, el Proyecto de Decreto Supremo preveía la prórroga de la Fecha de Término de los Contratos RER en razón a la existencia de acción u omisión injustificada del Estado⁴⁷¹. Ello siempre que esa acción u omisión afecte la ruta crítica y haya sido objeto de aviso previo⁴⁷².
277. Por otro lado, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Proyecto de Decreto Supremo facultaba al MINEM a suscribir adendas a los Contratos RER de la Tercera y de la Cuarta Subasta que aún no hubieran iniciado la operación comercial⁴⁷³. El Proyecto de Decreto Supremo facultaba —mas no obligaba— al MINEM a celebrar adendas a los Contratos RER; dichas adendas tendrían que ser el resultado de negociaciones, y ser suscritas bajo la forma de transacción civil⁴⁷⁴.
278. Luego de su debida evaluación, el MINEM decidió no aprobar el Proyecto de Decreto Supremo⁴⁷⁵, por lo cual nunca entró en vigencia. El ex Ministro Francisco Ísmodes explica las razones que motivaron esa decisión: “los comentarios recibidos al Proyecto de [Decreto Supremo] [. . .] resaltaron que su aprobación implicaría un cambio en las condiciones previstas en la tercera y la cuarta subasta,

⁴⁷⁰ **RL-0131**, Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM, 9 de noviembre de 2018 *adjuntando* un Proyecto de Decreto Supremo del Reglamento RER.

⁴⁷¹ **RL-0131**, Resolución Ministerial No. 453-2018-MEM/DM, 9 de noviembre de 2018 *adjuntando* un Proyecto de Decreto Supremo del Reglamento RER.

⁴⁷² **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 7.

⁴⁷³ Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 26; **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 8.

⁴⁷⁴ **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 8.

⁴⁷⁵ *Ver* Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 27.

lo cual causaría perjuicio a terceros y podría generar responsabilidad estatal”⁴⁷⁶. En efecto, distintos comentarios de empresas privadas enfatizaron que, de aprobarse el Proyecto de Decreto Supremo, MINEM estaría modificando las condiciones en virtud de las cuales se participó (o se decidió no participar) en la Tercera y la Cuarta Subasta⁴⁷⁷.

279. Por ejemplo, la empresa Inland Energy, en su escrito de observaciones, hizo un recuento de las definiciones incluidas en las bases de la Tercera y de la Cuarta Subasta, así como de las consultas formuladas y las respuestas brindadas por los comités a cargo⁴⁷⁸, e indicó que:

[N]o resulta lógico ni mucho menos correcto que años después el Ministerio de Energía y Minas, plantee la posibilidad de modificar la fecha de término del contrato y la fecha real de puesta en operación comercial, lo cual significaría en la práctica que se estarían modificando las reglas y condiciones de dos de las subastas de energías renovables. Se debe tener en cuenta que dicho criterio fue establecido como **inmodificable en el proceso de subasta**, lo que determinó que dicho hecho sea objeto de evaluación por parte de los postores, e innegablemente fue una variable a considerarse para decidir su participación en la subasta y también en el precio ofertado⁴⁷⁹.

280. La empresa Kallpa Generación S.A. también presentó observaciones similares. Explicó esa empresa, por ejemplo, que las estrictas condiciones establecidas en las bases de la Tercera y la Cuarta Subasta podrían haber causado que ciertos postores no presenten ofertas y que, quienes sí lo hicieron, lo hayan hecho evaluando todos los riesgos de su decisión comercial:

⁴⁷⁶ Ver Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 27.

⁴⁷⁷ Ver **Anexo R-0108**, Observaciones remitidas por Kallpa Generación S.A.; **Anexo R-0133**, Observaciones remitidas por Inland Energy, Registro No. 2874802, 23 de noviembre de 2018.

⁴⁷⁸ **Anexo R-0133**, Observaciones remitidas por Inland Energy, Registro No. 2874802, 23 de noviembre de 2018, págs. 4-9.

⁴⁷⁹ **Anexo R-0133**, Observaciones remitidas por Inland Energy, Registro No. 2874802, 23 de noviembre de 2018, pág. 9.

En efecto, muchos postores pueden haber decidido no presentar ofertas considerando que **los plazos otorgados para el desarrollo de los proyectos eran muy cortos, y que las consecuencias de ciertas demoras implicaban la terminación del contrato y del régimen de remuneración garantizada**, por lo que el precio a cargar en la licitación no los hacía competitivos. Sin duda estas condiciones restaron competitividad en dichas subastas ya que esos riesgos deben haber castigado los precios ofrecidos.

Los postores que sí participaron en las referidas licitaciones tuvieron el tiempo suficiente para evaluar los riesgos de su decisión comercial, y de reflejar en su precio, los costos y los riesgos de no llegar a la puesta en operación comercial acordada y de que el plazo del contrato no fuese extendido, perdiendo el beneficio de la remuneración anual garantizada. Probablemente algún postor no adjudicado perdió por dimensionar estos riesgos incluyendo una prima en el precio que cubra los mismos⁴⁸⁰. (Énfasis añadido)

281. Además, Kallpa Generación S.A. presentó con sus observaciones un informe legal elaborado por el Estudio Laub & Quijandría, detallando los motivos por los cuales no debía aprobarse el Proyecto de Decreto Supremo⁴⁸¹. Kallpa Generación S.A. incluso advirtió sobre posibles arbitrajes en contra del Estado peruano en caso de aprobarse el Proyecto de Decreto Supremo:

[L]a emisión de esta norma [Proyecto de Decreto Supremo] abriría la posibilidad que los postores que participaron en las licitaciones de renovables y no fueron adjudicados, planteen un arbitraje contra el Estado por la modificación arbitraria de las condiciones en las que se adjudicó la buena pro, modificación que se estaría produciendo mucho después del plazo con el que contaban los referidos postores para impugnar los resultados de la licitación, con lo cual se les estaría impidiendo su derecho de defensa y violando sus derechos constitucionales⁴⁸². (Énfasis añadido)

⁴⁸⁰ **Anexo R-0108**, Observaciones remitidas por Kallpa Generación S.A., pág. 2.

⁴⁸¹ **Anexo R-0108**, Observaciones remitidas por Kallpa Generación S.A., pág. 3.

⁴⁸² **Anexo R-0108**, Observaciones remitidas por Kallpa Generación S.A., pág. 4.

282. Estos son solo ejemplos del tipo de observaciones recibidas por el MINEM luego de la publicación del Proyecto de Decreto Supremo, y demuestran que lo que dicen las Demandantes en su Memorial de Demanda sencillamente no es cierto. Alegan las Demandantes —sin fundamento alguno— que el Perú optó por no aprobar el Proyecto de Decreto Supremo por conveniencia política y económica, e incluso dicen que el principal motivo habría sido la intención de ejecutar las garantías de fiel cumplimiento que, a esa fecha, ascendían a USD 55 millones aproximadamente⁴⁸³. Ha quedado demostrado que el MINEM no se basó en consideraciones supuestamente políticas y económicas para rechazar el mencionado proyecto.
283. Sobre las observaciones presentadas por Osinergmin al Proyecto de Decreto Supremo, las Demandantes nuevamente se equivocan y tergiversan los hechos. Las Demandantes se refieren únicamente a las observaciones de Osinergmin sobre las garantías de fiel cumplimiento y el mayor pago por concepto de prima por parte de los usuarios, pero omiten por completo la primera observación de Osinergmin, sobre afectación de la seguridad jurídica:
- [L]a propuesta normativa modifica de modo general las reglas sobre las cuales se realizaron la tercera y cuarta subasta de suministro de electricidad con RER, brindando una señal negativa de cambio de reglas posterior a la adjudicación en los procesos a subasta, afectando el principio de seguridad jurídica⁴⁸⁴.
284. En atención a los comentarios realizados al Proyecto de Decreto Supremo, el 27 de diciembre de 2018 la Dirección General de Electricidad emitió el Informe No. 505-2018-MEM/DGE, por medio del cual recomendó que no se llevara a cabo la aprobación del Proyecto de Decreto Supremo⁴⁸⁵. En consecuencia, el 31 de

⁴⁸³ Memorial de Demanda, ¶ 162

⁴⁸⁴ **Anexo C-0174**, Correo de Osinergmin (S. Buenalaya) a DEG, 23 de noviembre de 2018 adjuntando Comentarios a la propuesta de modificación del reglamento RER, pág. 3.

⁴⁸⁵ **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018.

diciembre de 2018 la Dirección General de la Oficina de Asesoría Jurídica del MINEM le recomendó a la Viceministra de Electricidad que no se aprobara el Proyecto de Decreto Supremo, con lo cual concluyó la iniciativa de modificación normativa⁴⁸⁶.

285. No obstante el eventual rechazo del Proyecto de Decreto Supremo, el MINEM actuó de buena fe al explorar una modificación normativa que hiciera posible Tercera Solicitud de Extensión de la POC. En ese sentido, el ex Ministro Francisco Ísmodes recuerda que la iniciativa de modificación normativa

fue impulsada de buena fe, para buscar flexibilizar el régimen normativo y los términos contractuales, en beneficio de los adjudicatarios. Pero si en definitiva no se logró hacer esa modificación, eso no quiere decir que el MINEM haya actuado de manera incorrecta o que haya vulnerado de forma alguna los derechos de los adjudicatarios. El MINEM no tenía obligación alguna de proponer ni aprobar el Proyecto de [Decreto Supremo]⁴⁸⁷.

286. Las Demandantes alegan que “*Claimants believed that the proposed Supreme Decree was not needed to cure the problems facing the Mamacocha Project*”⁴⁸⁸. Sin embargo, el texto del Proyecto de Decreto Supremo, así como las observaciones recibidas de privados contradicen directamente lo alegado por las Demandantes. Como se demostró, el entendimiento incluso de terceros era claro en el sentido de que los plazos para la Fecha de Terminación del Contrato RER y la POC Real eran absolutamente inmodificables, y que los postores debieron haber medido esos riesgos.

⁴⁸⁶ Ver Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶¶ 33–34.

⁴⁸⁷ Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 34.

⁴⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶ 160.

III. PRECISIONES SOBRE LAS MEDIDAS QUE FORMAN LA BASE DE LAS RECLAMACIONES DE LAS DEMANDANTES

287. En la presente sección, el Perú corregirá las imprecisiones y tergiversaciones contenidas en la descripción ofrecida por las Demandantes de las medidas que estas impugnan en el presente arbitraje. Las Demandantes basan sus reclamaciones en seis medidas:

- a. la decisión del 16 de mayo de 2017 de la Autoridad Administrativa del Agua que inicialmente denegó la Autorización de Ejecución de Obras⁴⁸⁹;
- b. la emisión, el 5 de julio de 2017, de una Autorización de Ejecución de Obras supuestamente defectuosa⁴⁹⁰;
- c. la Demanda del Gobierno Regional (de Arequipa), que cuestionó dos de los permisos otorgados a CH Mamacocha⁴⁹¹;
- d. la Investigación Penal y la Acusación Fiscal sobre las Certificaciones Ambientales otorgadas a CH Mamacocha⁴⁹²;
- e. la denegación del MINEM de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC⁴⁹³;
y
- f. la iniciación por parte del MINEM del Arbitraje de Lima⁴⁹⁴.

288. En su Memorial de Demanda, las Demandantes tergiversan el contenido de los documentos que citan, omiten hechos relevantes, e inventan teorías conspiratorias que carecen de fundamento fáctico. Dado que las Demandantes alegan (infundadamente) que cada una de esas medidas viola el Tratado, el Contrato RER, y/o la ley peruana, es necesario primero corregir esas imprecisiones y

⁴⁸⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 321–333, 368, 373, 393, 454, 476.

⁴⁹⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 321–333, 368, 373, 394, 454, 476.

⁴⁹¹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 284–307, 368, 372, 391, 451, 474.

⁴⁹² Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 309–320, 368, 392, 453, 475.

⁴⁹³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 345–355, 368, 375, 439, 478.

⁴⁹⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 334–344, 368, 455, 477.

tergiversaciones, antes de demostrar que las medidas impugnadas, objetivamente consideradas, no violan ni el Tratado, ni el Contrato RER, ni la ley peruana.

A. Las Demandantes son exclusivamente responsables de no haber logrado el Cierre Financiero

289. Las Demandantes alegan que una serie de medidas adoptadas por el Estado supuestamente obstruyó el Cierre Financiero del Proyecto Mamacocha y su POC⁴⁹⁵. Específicamente, alegan que el Perú impidió la obtención de los permisos necesarios para construir el Proyecto Mamacocha⁴⁹⁶ y rechazó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, lo que a su vez impidió que CH Mamacocha pudiese acreditar el Cierre Financiero⁴⁹⁷. Esta alegación se basa en la premisa errónea de que CH Mamacocha debía necesariamente financiar la construcción del Proyecto a través de la modalidad de *project finance*⁴⁹⁸, y que las entidades financieras no estaban dispuestas a brindar ese financiamiento sin que CH Mamacocha tuviese todas las autorizaciones requeridas para la construcción del Proyecto⁴⁹⁹. Sin embargo, las alegación de las Demandantes al respecto son incorrectas, y su premisa no tiene asidero alguno, ni en el Contrato RER ni en la normativa aplicable. Como se explicará, CH Mamacocha no logró acreditar el Cierre Financiero por razones atribuibles exclusivamente a ella.
290. El fracaso del Proyecto Mamacocha se debe, en gran medida, a la inadecuada estructura de financiamiento elegida por Greinvest (la empresa que era propietaria de CH Mamacocha al momento de participar en la Tercera Subasta) y CH Mamacocha —y no a las medidas que las Demandantes atribuyen al Estado. Fue

⁴⁹⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶ 147.

⁴⁹⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 107–108.

⁴⁹⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 142, 170.

⁴⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 71.

⁴⁹⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 93.

esa estructura la que causó que CH Mamacocha no lograra el Cierre Financiero y, a su vez, que el Proyecto Mamacocha no llegase a la POC.

291. Esta Sección describe la estructura de financiamiento elegida por Greinvest y CH Mamacocha y explica por qué esa estructura para financiar el Proyecto Mamacocha fue manifiestamente inadecuada y riesgosa (**Sección III.A.1**). Luego, en la **Sección III.A.2**, se demuestra que el Perú no es responsable de que CH Mamacocha no haya cumplido las condiciones impuestas por terceros para el financiamiento del Proyecto Mamacocha.

1. *La estructura de financiamiento del Proyecto Mamacocha era manifiestamente inadecuada y riesgosa*

292. Como se explicó en la **Sección II.A**, el Contrato RER asignó el riesgo financiero a CH Mamacocha⁵⁰⁰. El Contrato RER no impuso restricciones sobre el tipo de financiamiento que CH Mamacocha podía emplear para financiar la construcción del Proyecto⁵⁰¹.
293. El Sr. Sillen, CEO de CH Mamacocha y responsable del financiamiento para construir el Proyecto Mamacocha⁵⁰², afirma erradamente en su declaración testimonial que “MINEM and [CH Mamacocha] recognized that the Mamacocha Project would be financed through conventional project finance mechanisms in which a non-recourse loan would be secured by the guaranteed revenue stream of the concession contract”⁵⁰³. El MINEM no hizo tal cosa, y de ninguna manera limitó o determinó la estructura de financiamiento que CH Mamacocha podría emplear para construir el Proyecto.

⁵⁰⁰ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

⁵⁰¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 6.4.

⁵⁰² Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 76.

⁵⁰³ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 62, *ver también id.*, ¶ 83 (“Without project financing, [CH Mamacocha], like any typical concessionaire, was unable to construct the Project and achieve commercial operation by the contractual milestone deadline.”).

294. En la **Sección II.A**, el Perú demostró que era responsabilidad exclusiva de CH Mamacocha financiar el Proyecto Mamacocha y acreditar el Cierre Financiero. Así lo establece la cláusula 3.3 del Contrato RER: “La Sociedad Concesionaria se obliga a diseñar, **financiar**, suministrar los bienes y servicios requeridos, para construir, operar y mantener la planta de generación eléctrica”⁵⁰⁴ (énfasis añadido). Adicionalmente, la cláusula 4.6 del Contrato RER identifica la obligación de Cierre Financiero como uno de los hitos obligatorios que CH Mamacocha debía cumplir bajo el Cronograma de Ejecución.
295. La cláusula 6.4.1 del Contrato RER, por su parte, habilitaba expresamente a CH Mamacocha a otorgar hipotecas, garantías personales y reales, y prendas a entidades financieras para facilitar la obtención de el o los préstamos necesarios para construir el Proyecto. Pero eso no significa, de ninguna manera, que CH Mamacocha debía obligatoriamente financiar la construcción del Proyecto a través de préstamos otorgados por entidades financieras.
296. El Cierre Financiero era el primer hito del Cronograma de Ejecución del Proyecto Mamacocha. La definición de Cierre Financiero del Contrato RER no condiciona ese hito a la utilización de “*conventional project finance mechanisms*”. El hito de Cierre Financiero simplemente requería que CH Mamacocha demostrase que “el contrato de financiamiento completo del proyecto RER, haya sido suscrito por todas las partes que participan en el financiamiento y se han cumplido todas las condiciones establecidas en dicho contrato para que se produzcan los desembolsos”⁵⁰⁵. El Cierre Financiero se podía concretar de diferentes maneras, incluyendo financiamiento directo, un préstamo *intercompany*, un préstamo de los socios o una inyección de capital de los socios por el monto necesario para construir el Proyecto Mamacocha. Nada en el Contrato RER requería “*conventional project finance mechanisms*”.

⁵⁰⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

⁵⁰⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.9.

297. El Sr. Sillen afirma que al momento de analizar las Bases de la Tercera Subasta, Greinvest y CH Mamacocha decidieron utilizar una combinación de financiamiento que incluiría la participación de un socio adicional y préstamos bancarios: *“From the outset, we planned to solicit additional equity commitments and project financing to fund construction”*⁵⁰⁶. El Sr. Sillen declara también que Greinvest y CH Mamacocha mantuvieron esa estrategia después de la suscripción del Contrato RER⁵⁰⁷. Tal estrategia, la cual Greinvest y CH Mamacocha escogieron de manera voluntaria e intencional, requería obtener dos tipos de financiamiento de naturaleza fundamentalmente distinta (viz., deuda y capital) de dos fuentes independientes. Explica el Sr. Sillen que CH Mamacocha pretendía *“secure close to US \$20 million from third-party equity investors and obtain a project finance loan for more than US \$40 million from a reputable financial institution”*⁵⁰⁸. Los expertos de cuantificación de las Demandantes en este caso, BRG, afirman que esos *“third-party equity investors”* obtendrían a cambio de la inyección de aproximadamente USD 20 millones una participación del 70% en el Proyecto Mamacocha⁵⁰⁹. Es decir, las Demandantes pretendían vender la mayoría de su participación en el Proyecto Mamacocha y retener una participación minoritaria (de 30%)⁵¹⁰. Además de dejar en evidencia que el desarrollo del Proyecto Mamacocha no era el enfoque principal de las Demandantes, la estructura de financiamiento que escogieron adolecía de varios problemas.
298. En primer lugar, el financiamiento del Proyecto Mamacocha estaba condicionado a la entrada de un nuevo accionista. A diferencia de una entidad financiera que realiza un préstamo en capacidad de acreedor (habitualmente con garantías

⁵⁰⁶ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 52.

⁵⁰⁷ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 62 (*“To achieve Financial Close, [CH Mamacocha] had to secure equity capital and loans to finance construction and commissioning of the hydroelectric plant and transmission line.”*).

⁵⁰⁸ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 76.

⁵⁰⁹ Informe Pericial de BRG, ¶ 61; ver Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 76.

⁵¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 91; Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 52.

personales o reales del deudor como colateral), un accionista se expone a mayor riesgo. En el presente caso, CH Mamacocha pretendía que un tercero adquiriera una participación mayoritaria (70%) por USD 20 millones, a cambio de acciones. Condicionar el financiamiento a la voluntad y apetito de riesgo de un tercero es, naturalmente, riesgoso. De hecho, la estrategia de las Sociedades Concesionarias de vender Proyectos RER una vez que se habían suscrito los Contratos RER fue la principal razón por la cual varios Proyectos RER de la Primera y Segunda Subastas RER no llegaron a concretar la POC, o lo hicieron con muchos años de atraso⁵¹¹. Las Demandantes eran conscientes de la problemática que esa estrategia había generado para los Proyectos RER de la Primera y Segunda Subasta. Así, reconocen expresamente que algunos de los adjudicatorios en esas subastas RER “*were mere speculators who merely intended to flip the RER contracts to third parties to invest in and develop projects.*”⁵¹². Las Demandantes, parecen no discernir la ironía que, con su estrategia expresa de procurar que “*third-party equity investors*” financiaran el proyecto a cambio de una participación del 70% en el Proyecto Mamacocha⁵¹³, no estaban lejos de ser ellos mismos “*mere speculators who merely intended to flip the RER contracts to third parties*”⁵¹⁴. Las Demandantes voluntariamente asumieron el riesgo que implicaba obtener el financiamiento a través de terceros.

⁵¹¹ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 43.

⁵¹² Memorial de Demanda, ¶ 60 (“*Some winning bidders during these [first] two auctions had limited experience with renewable energy projects and some were mere speculators who merely intended to flip the RER contracts to third parties to invest in and develop projects.*”); ver Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 44 (“*I also understood that some of the winning bidders from those auctions [Primera y Segunda Subastas RER] had limited experience with renewable energy projects and were looking to sell the project once they were awarded the concession agreement.*”); ver Declaración Testimonial de Roberto Santiváñez, ¶ 43.

⁵¹³ Informe Pericial de BRG, ¶ 61; ver Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 74.

⁵¹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 60 (“*Some winning bidders during these [first] two auctions had limited experience with renewable energy projects and some were mere speculators who merely intended to flip the RER contracts to third parties to invest in and develop projects.*”); ver Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 44 (“*I also understood that some of the winning bidders from those auctions [Primera y*

299. En segundo lugar, negociar de forma paralela dos procesos de obtención de capital (un préstamo con entidades financieras y la entrada de un accionista) es más complicado, y requiere más tiempo y atención que una sola negociación. Por ejemplo, estructurar el financiamiento de dos fuentes separadas necesariamente implica que ambas fuentes realizaran su propio *due diligence*. Además, si una de las fuentes de financiamiento está condicionada a la obtención de una segunda fuente, la estructura es más compleja y riesgosa.
300. En este caso, CH Mamacocha pretendía construir el Proyecto con un préstamo de USD 60 millones⁵¹⁵, el cual a su vez estaba condicionado a la entrada de un nuevo socio que constituiría la segunda fuente de financiamiento⁵¹⁶. No hay evidencia en el expediente de este arbitraje que demuestre que CH Mamacocha intentó aumentar la base de potenciales entidades financieras que pudiesen sustituir al nuevo accionista, o considerar otras opciones de financiamiento. Es decir, lejos de mitigar los riesgos en el transcurso del desarrollo del Proyecto Mamacocha, CH Mamacocha mantuvo la misma riesgosa y rígida estructura de financiamiento. Eso, nuevamente, fue decisión exclusiva de CH Mamacocha, y un riesgo que asumieron las propias Demandantes.
301. En marcado contraste a CH Mamacocha, otras empresas que también participaron en la Tercera Subasta exitosamente acreditaron el Cierre Financiero a través de otros métodos de financiamiento menos riesgosos. Por ejemplo, la empresa Huaura Power Group S.A., que construyó la Central Hidroeléctrica Yarucaya, acreditó el Cierre Financiero el 15 de enero de 2015, con aportes de capital y

Segunda Subastas RER] *had limited experience with renewable energy projects and were looking to sell the project once they were awarded the concession agreement.*"); ver Declaración Testimonial de Roberto Santiváñez, ¶ 43.

⁵¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 97; Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 121.

⁵¹⁶ **Anexo C-0162**, DEG Requisitos de Cierre, enero de 2017.

préstamos de su principal accionista, la empresa Corporación Financiera de Inversiones⁵¹⁷.

302. Otro ejemplo es la Empresa Eléctrica Agua Azul S.A., la cual acreditó el Cierre Financiero utilizando una combinación de deuda y aportes de sus accionistas⁵¹⁸. Esa empresa proyectó que los costos de construcción de su proyecto, la Central Hidroeléctrica Potrero, ascenderían a aproximadamente USD 47.830.000⁵¹⁹. Ese monto fue financiado a través de un préstamo bancario por USD 31 millones (aproximadamente 65% del monto total) y la parte restante, equivalente a USD 16.830.000 (aproximadamente 35% del monto total), fue financiado por aportes de sus accionistas⁵²⁰.
303. Las estructuras de financiamiento de los citados proyectos no dependían de la entrada de un accionista ajeno dispuesto a adquirir una participación mayoritaria en el proyecto, y tenían un nivel de endeudamiento menor toda vez que contaban con aportes de capital de sus accionistas y no dependían exclusivamente de fuentes de financiamiento externas para la construcción de los proyectos.
304. En conclusión, la responsabilidad de obtener el financiamiento necesario para construir el Proyecto Mamacocha la tenían exclusivamente las Demandantes, de conformidad con el Contrato RER. La estructura de financiamiento que estas

⁵¹⁷ **Anexo R-0121**, Carta HPG No. 166-2016 de Huaura Power Group S.A. (M. Izquierdo) a Osinergmin (L. Sayas), 17 de junio de 2016.

⁵¹⁸ **Anexo R-0122**, Oficio No. 3299-2015-OS-GFE de Osinergmin (E. La Torre) a Empresa Eléctrica Agua Azul S.A. (P. Aguirre Pérez), 4 de mayo de 2015; **Anexo R-0123**, Carta de Empresa Eléctrica Agua Azul S.A. (P. Aguirre Pérez) a Osinergmin (E. La Torre), 21 de mayo de 2015.

⁵¹⁹ **Anexo R-0122** Oficio No. 3299-2015-OS-GFE de Osinergmin (E. La Torre) a Empresa Eléctrica Agua Azul S.A. (P. Aguirre Pérez), 4 de mayo de 2015; **Anexo R-0123**, Carta de Empresa Eléctrica Agua Azul S.A. (P. Aguirre Pérez) a Osinergmin (E. La Torre), 21 de mayo de 2015.

⁵²⁰ **Anexo R-0122**, Oficio No. 3299-2015-OS-GFE de Osinergmin (E. La Torre) a Empresa Eléctrica Agua Azul S.A. (P. Aguirre Pérez), 4 de mayo de 2015; **Anexo R-0123**, Carta de Empresa Eléctrica Agua Azul S.A. (P. Aguirre Pérez) a Osinergmin (E. La Torre), 21 de mayo de 2015.

eligieron, los riesgos que asumieron, y las consecuencia de ambas no le pueden ser endilgadas al MINEM, como parte contractual, o al Estado peruano en general.

2. *Lograr el Cierre Financiero era responsabilidad exclusiva de CH Mamacocha*

305. Las Demandantes pretenden responsabilizar al Estado peruano por el hecho que CH Mamacocha no logró acreditar el Cierre Financiero bajo el Contrato RER. Específicamente, las Demandantes se apoyan en tres supuestos obstáculos al cierre financiero: (i) supuestas demoras en el otorgamiento de la Autorización para la Ejecución de Obras⁵²¹, (ii) el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC⁵²² y (iii) la no ampliación del Plazo de Vigencia del Contrato RER⁵²³. Nuevamente, las Demandantes intentan evadir su responsabilidad y obligaciones bajo el Contrato RER, y lo hacen sobre la base de argumentos que no tienen fundamento legal o fáctico.
306. La obtención de la Autorización para la Ejecución de Obras, al igual que otros permisos, no era una condición o requisito contractual para obtener el Cierre Financiero. Según las Demandantes⁵²⁴, esa fue una exigencia de los posibles financistas, pero aun si ello fuera cierto, eso sería consecuencia de la estrategia de financiamiento que eligieron las propias Demandantes, y que por lo tanto ellas (y no el Estado) deben asumir. Pero los requisitos que les hayan impuesto sus financistas nada tiene que ver con las obligaciones contractuales de CH

⁵²¹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 93.

⁵²² Ver Memorial de Demanda, ¶ 145.

⁵²³ Ver Declaración Testimonial de Michael Jacobson, ¶ 74; Memorial de Demanda, ¶ 170; **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.37 (“Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia): Es el periodo comprendido entre la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato (31 de diciembre de 2036). . .”); ver **MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.22 (“Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia): Es el período comprendido entre la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato...”).

⁵²⁴ Memorial de Demanda, ¶ 93.

Mamacocha relativas al Cierre Financiero. Esto se explica en mayor detalle en la siguiente **Sección III.A.2.a**.

307. Con respecto al segundo supuesto obstáculo que impidió lograr el Cierre Financiero, el Estado no tenía ninguna obligación de aceptar la Tercera Solicitud de Extensión de la POC; de hecho, estaba legalmente impedido a hacerlo, por ser contrario al Reglamento RER, a las Bases Consolidadas, y al mismo Contrato RER. Esto se aborda en más detalle en la **Sección III.A.2.b**. Esa Sección también explica las razones por las que era legalmente imposible para el MINEM asegurarle a CH Mamacocha un Plazo de Vigencia no menor de 20 años.

a. La Autorización para la Ejecución de Obras y otros permisos no eran requisito para acreditar el Cierre Financiero

308. Las Demandantes hacen particular énfasis en la obtención de todos las autorizaciones necesarias para construir el Proyecto Mamacocha como una supuesta condición para poder suscribir los contratos de financiamiento y así acreditar el Cierre Financiero. Por ejemplo, el Sr. Sillen afirma que

[t]he Financial Close milestone was inextricably linked to attainment of all necessary permits and concessions. All banks and financial institutions we spoke with during this time frame [preparation of the Execution Works Schedule] required that all permits and concessions had to be secured before they would disburse funds pursuant to a non-recourse loan. In short, we could not close on our financing obligations if we did not have all permits in place⁵²⁵.

309. Pero lo que afirma el Sr. Sillen es simplemente una descripción de la estrategia y del riesgo del financiamiento que CH Mamacocha asumió –sin que el Contrato RER o el Estado lo requiriera– al suscribir el Contrato RER. CH Mamacocha decidió financiar la construcción del Proyecto Mamacocha empleando financiamiento de terceros. Al tomar esa decisión, CH Mamacocha

⁵²⁵ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 63.

voluntariamente se sometió a cualesquiera condiciones que esos terceros pudiesen imponer para otorgar el financiamiento que buscaban las Demandantes. Como se explicó anteriormente, el Contrato RER no dictaba o limitaba el tipo de financiamiento que CH Mamacocha podía emplear para acreditar el Cierre Financiero. Si las Demandantes hubiesen financiado el Proyecto Mamacocha sin depender de terceros, o utilizando métodos de financiamiento menos onerosos o riesgos (por ejemplo, aportes de capital por sus accionistas), no habrían tenido que preocuparse por el hecho que los bancos requirieran *“that all permits and concessions had to be secured before they would disburse funds pursuant to a non-recourse loan.”*

310. En todo caso, como se explicó en la **Sección II.A**, la obtención en tiempo y forma de todas las autorizaciones y concesiones para desarrollar el Proyecto también fue un riesgo que la propia CH Mamacocha asumió al suscribir el Contrato RER.
311. Según las Demandantes, en enero de 2017 CH Mamacocha se encontraba en las etapas finales de la negociación de un contrato de inversión con la empresa canadiense Innergex Renewable Energy Inc. (“**Innergex**”) y de un contrato de préstamo con Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft (“**DEG**”)⁵²⁶. Alegan además las Demandantes (sin citar ninguna evidencia contemporánea de sustento) que *“the negotiated agreements with Innergex and DEG could not be signed until [CH Mamacocha] received the civil works authorization from the AAA . . . From the outset, Innergex and DEG had made it clear they would not sign their respective agreements until the permitting process was complete. These entities were not willing to make an exception for the civil works authorization.”*⁵²⁷. La supuesta obligación de obtener todas las autorizaciones como una condición precedente para la suscripción de los contratos pertinentes con esas entidades no ha sido probada por las Demandantes. De hecho, esa supuesta obligación no consta en el *Letter of Intent*

⁵²⁶ Memorial de Demanda, ¶ 92.

⁵²⁷ Memorial de Demanda, ¶ 93.

que Innergex envió a CH Mamacocha el 6 de abril de 2016⁵²⁸. Ese documento identificaba “*in general terms the structure of a proposed joint venture partnership . . . for the development, construction, financing, operation, maintenance and ownership of the Project.*”⁵²⁹. Señalaba además los principales términos bajo los cuales Innergex estaría interesado en adquirir una participación mayoritaria en el Proyecto Mamacocha, pero entre esos términos principales no constaba la obtención de todos los permisos como un requisito para proseguir con la adquisición del Proyecto Mamacocha.

312. La supuesta obligación de contar con la totalidad de los permisos para construir el Proyecto Mamacocha tampoco figura en el informe interno de Innergex, *Peru Development Planning*, del 10 de enero de 2017⁵³⁰. Las Demandantes se basan en ese documento para alegar que el Proyecto Mamacocha era “*Innergex’s top priority in Peru*” y que Innergex estaba a punto de firmar el acuerdo de inversión a finales de enero de 2017⁵³¹. El documento al que se refieren las Demandantes mostraba el estado de diferentes tareas del Proyecto Mamacocha que estaban pendientes, proponía una fecha aspiracional para cumplir con dichas tareas, e identificaba a las personas responsables de esas tareas⁵³². Si bien el documento señala que finales de enero de 2017 sería la fecha aspiracional para suscribir el acuerdo de inversión, también se puede extraer que la suscripción de dicho acuerdo de inversión era una condición para la obtención de *project finance*⁵³³, y que Innergex quería obtener lo

⁵²⁸ **Anexo C-0151**, Correo de Innergex (R. De Batz) a Latam (S. Sillen, *et al.*), 6 de abril de 2016.

⁵²⁹ **Anexo C-0151**, Correo de Innergex (R. De Batz) a Latam (S. Sillen, *et al.*), 6 de abril de 2016, pág. 2.

⁵³⁰ **Anexo C-0205**, Renaud de Batz, *Peru Development Planning*, INNERGEX, enero de 2017.

⁵³¹ Memorial de Demanda, ¶ 92.

⁵³² **Anexo C-0205**, Renaud de Batz, *Peru Development Planning*, INNERGEX, enero de 2017, pág. 2.

⁵³³ **Anexo C-0205**, Renaud de Batz, *Peru Development Planning*, INNERGEX, enero de 2017, pág. 2 (“*As a reminder, the Innergex Equity investment is still conditional to the project financing.*”).

más pronto posible una actualización sobre la obtención de las servidumbres⁵³⁴. El documento no dice que el Proyecto Mamacocha era la prioridad principal de Innergex en el Perú (como incorrectamente alegan las Demandantes), y tampoco identifica la obtención de todos los permisos necesarios para construir el Proyecto Mamacocha como una tarea pendiente, y mucho menos aun como una condición indispensable para la suscripción del acuerdo de inversión.

313. Que Innergex haya exigido que CH Mamacocha obtuviese la totalidad de los permisos para construir el Proyecto antes de suscribir el acuerdo de inversión es aun más dudoso si se toma en cuenta que el Sr. Sillen afirma que Innergex le confirmó el 5 de enero de 2017 que *“as far as [Innergex is] concerned, they’re ready to sign the partnership agreements.”*⁵³⁵. Si la obtención de todas las autorizaciones para construir el Proyecto Mamacocha realmente hubiese sido un requerimiento que impedía la suscripción del acuerdo de inversión, Innergex no hubiese hecho tal afirmación. Adicionalmente, el 28 de abril de 2017, el Sr. Sillen le envió un correo electrónico a la entidad financiera alemana, DEG, con una actualización sobre el estado de las negociaciones con Innergex para la suscripción del acuerdo de inversión⁵³⁶. En ese correo, el Sr. Sillen identificó las tres principales condiciones precedentes del acuerdo de inversión⁵³⁷; sin embargo, la obtención de todas las autorizaciones para la construcción del Proyecto Mamacocha no figuraba entre ellas.
314. La única referencia a ciertos permisos del Proyecto Mamacocha en la documentación contemporánea pertinente está en una línea de tiempo en formato

⁵³⁴ **Anexo C-0205**, Renaud de Batz, *Peru Development Planning*, INNERGEX, enero de 2017, pág. 2 (*“Land tenures and Project opponets An update should be obtained from Latam, GP Planning and Santivañez as soon as posible.”*).

⁵³⁵ **Anexo C-0041**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (G. Bengier), 5 de enero de 2017.

⁵³⁶ **Anexo C-0167**, Correo de Latam (S. Sillen) a la DEG (P. Gyergyay), 28 de abril de 2017.

⁵³⁷ **Anexo C-0167**, Correo de Latam (S. Sillen) a la DEG (P. Gyergyay), 28 de abril de 2017, pág. 1.

Excel, que estimaba las fechas para cumplir ciertos hitos⁵³⁸. Esa línea de tiempo presuntamente elaborada por el Sr. Sillen identifica la Autorización para la Ejecución de Obras como un permiso que estaba pendiente⁵³⁹. Sin embargo, no indica ni sugiere en ninguna parte que tal permiso constituía una condición para la suscripción del acuerdo de inversión. Lo único que ese documento demuestra es que tal autorización no se había obtenido aún.

315. Las Demandantes tampoco han presentado prueba alguna que demuestre que DEG impuso como una condición para la suscripción del contrato de préstamo la obtención de la totalidad de los permisos. El Sr. Sillen resumió en un correo electrónico del 18 de agosto de 2015 la discusión inicial (de cuatro horas) que mantuvo con DEG, en la que abordaron el Proyecto Mamacocha⁵⁴⁰. De ese correo electrónico se puede desprender que DEG estaba particularmente preocupado por la obtención *de las servidumbres* (mas no de las autorizaciones ambientales para construir el Proyecto Mamacocha)⁵⁴¹. Las Bases Consolidadas y el Contrato RER claramente establecían que CH Mamacocha era exclusivamente responsable de obtener las servidumbres y terrenos necesarios para la construcción de la central de generación⁵⁴². Además, la obtención de las servidumbres debía negociarse directamente con los propietarios de tierras o las comunidades que habitaban el área donde se construiría el Proyecto Mamacocha.

⁵³⁸ **Anexo C-0063**, Transferencia bancaria de Latam a Bengier Revocable Trust, 7 de mayo de 2014.

⁵³⁹ **Anexo C-0063**, Transferencia bancaria de Latam a Bengier Revocable Trust, 7 de mayo de 2014.

⁵⁴⁰ **Anexo C-0042**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (M. Jacobson, *et al.*), 18 de agosto de 2015.

⁵⁴¹ **Anexo C-0042**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (M. Jacobson, *et al.*), 18 de agosto de 2015, ¶ 16.

⁵⁴² **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta cláusula 1.4.1 (“Cada Adjudicatario debe obtener la Concesión Definitiva cumpliendo las disposiciones establecidas en la LCE y el RLCE, en caso que no tuviera dicha Concesión Definitiva. El Adjudicatario es responsable de contar con la disponibilidad del área de terreno que señale para la central de generación RER, conforme a lo señalado en el numeral 4.4 del Contrato”); **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.4 (“La Sociedad Concesionaria es responsable de contar con la disponibilidad de los terrenos necesarios para la planta de generación, subestación y otros”).

316. Sobre las condiciones precedentes para un desembolso, DEG expresó que

*[it] will not disburse money until [CH Mamacocha] ha[s] satisfied certain conditions precent, e.g. that [CH Mamacocha] ha[s] the land rights for the construction site and secured the land for the transmission line or, at least, can show that [CH Mamacocha] will be able to do so*⁵⁴³.

317. Del contenido de ese correo electrónico, y de la ausencia de una referencia expresa en el mismo a la obtención de todos los permisos para construir el Proyecto Mamacocha, se puede inferir que DEG estaba principalmente preocupado por la obtención de las servidumbres, y que la obtención de las autorizaciones para construir el Proyecto Mamacocha *no* era una condición precedente para el desembolso del préstamo.

318. Lo anterior lo confirma asimismo el *Engagement Letter* enviado el 26 de mayo de 2016 por DEG a CH Mamacocha en el que DEG presentaba “*the terms and conditions for the engagement of DEG . . . by [CH Mamacocha] to arrange and structure the senior debt of the Mamacocha Hydroelectric Project*”⁵⁴⁴. Esos términos y condiciones eran “*a non-binding indication of possible terms*”⁵⁴⁵. El anexo 1 del *Engagement Letter* contenía una lista no exhaustiva de condiciones precedentes para el desembolso del préstamo⁵⁴⁶. Pero tal lista no incluía la obtención de todas las autorizaciones para construir el Proyecto Mamacocha como una condición precedente para el desembolso del préstamo.

319. Posteriormente, el 26 de enero de 2017, DEG compartió con CH Mamacocha un documento que contenía los *closing requirements* (requisitos que se debían cumplir

⁵⁴³ **Anexo C-0042**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (M. Jacobson, *et al.*), 18 de agosto de 2015, ¶ 16.

⁵⁴⁴ **Anexo C-0043**, Carta de Compromiso de KFW (P. Gyergyay) a HLA (S. Sillen), 20 de mayo de 2016, pág. 1.

⁵⁴⁵ **Anexo C-0043**, Carta de Compromiso de KFW (P. Gyergyay) a HLA (S. Sillen), 20 de mayo de 2016, pág. 1.

⁵⁴⁶ **Anexo C-0043**, Carta de Compromiso de KFW (P. Gyergyay) a HLA (S. Sillen), 20 de mayo de 2016, pág. 12.

antes de la suscripción del contrato de préstamo)⁵⁴⁷. Tampoco en ese documento, sin embargo, DEG identificó la obtención de todas las autorizaciones para la construcción del Proyecto Mamacocha como una condición para la suscripción del acuerdo de préstamo. Como se puede apreciar en la tabla titulada “DEG CONDITIONS”, la entidad bancaria alemana estaba principalmente preocupada por la obtención de las servidumbres para la construcción de la planta y la línea de transmisión⁵⁴⁸.

320. En consecuencia, las Demandantes no han probado que la falta de obtención de la Autorización para la Ejecución de Obras de la Autoridad Administrativa del Agua hubiese representado un impedimento para la suscripción del acuerdo de inversión con Innergex y del contrato de préstamo con DEG.
321. De hecho, el Sr. Diez Canseco parece reconocer en un correo electrónico al Sr. Sillen y al Sr. Bartrina que la obtención de todas las autorizaciones vinculadas al Proyecto Mamacocha de hecho *no* constituía un requisito indispensable para poder comenzar las labores de construcción⁵⁴⁹. Según el Sr. Diez Canseco, otros proyectos importantes en el Perú comenzaron sus obras de construcción *antes* de la obtención de todos los permisos necesarios, mas no obstante ello no habían sufrido consecuencias importantes⁵⁵⁰. Lo anterior sugiere que la obtención de todos los permisos no era un requisito que condicionaba el financiamiento o la construcción del Proyectos en el mercado peruano.
322. En todo caso, cabe recordar nuevamente que, como se ha demostrado, aun en el supuesto que Innergex, DEG, o cualquier otro posible inversionista o financista

⁵⁴⁷ **Anexo C-0045**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (G. Bengier, *et al.*), 26 de enero de 2017.

⁵⁴⁸ **Anexo C-0045**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (G. Bengier, *et al.*), 26 de enero de 2017, pág. 4 (Ver filas 2 y 3 de la tabla en la que DEG manifiesta los requerimientos sobre las servidumbres relacionadas a la planta y línea de transmisión que debían cumplirse para enviar el acuerdo de préstamo para la aprobación del comité de crédito de DEG y el desembolso del préstamo).

⁵⁴⁹ **Anexo C-0152**, Correo de HLA (C. Diez) a Latam (S. Sillen, *et al.*), 21 de marzo de 2016.

⁵⁵⁰ **Anexo C-0152**, Correo de HLA (C. Diez) a Latam (S. Sillen, *et al.*), 21 de marzo de 2016.

hubiese exigido la obtención de todos los permisos necesarios para la construcción del Proyecto Mamacocha como condición para otorgar el financiamiento, ello no obligaba al Estado a otorgar tales permisos —y mucho menos a hacerlo en un período determinado de tiempo. De la misma manera, no es responsabilidad del Estado que CH Mamacocha no haya logrado obtener el financiamiento antes del Cierre Financiero.

b. El Perú no podía otorgar la Tercera Solicitud de Extensión de la POC

323. Las Demandantes también alegan que “*without the [third] extension, [CH Mamacocha] could not attract financing due to the uncertainties created.*”⁵⁵¹. Como se explicó anteriormente, la Tercera Solicitud de Extensión de la POC solicitaba una prórroga de los hitos del Cronograma de Ejecución (de tal forma a postponer la POC hasta el 28 de febrero de 2021)⁵⁵². Asimismo solicitaba modificar las definiciones de Fecha de Término de Contrato y Plazo de Vigencia para garantizar que CH Mamacocha percibiría Ingresos Garantizados por 20 años⁵⁵³.
324. El Sr. Jacobson afirma que en noviembre de 2018, luego de que el MINEM publicara el Proyecto de Decreto Supremo, CH Mamacocha recibió ofertas de financiamiento que estaban sujetas a que “*the 20-year concession term would be restored and that that [sic] a new and reasonable COD date would give us sufficient time to build the Project.*”⁵⁵⁴. No obstante, como se explicó en la **Sección II.F**, el Perú no podía aprobar el Proyecto de Decreto Supremo ni la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, por ser contrario a la normativa aplicable. En concreto, el Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER no permitían una extensión de la

⁵⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 147; *ver* Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 154; Declaración Testimonial de Michael Jacobson, ¶ 69.

⁵⁵² *Ver* Memorial de Demanda, ¶ 142.

⁵⁵³ *Ver* Memorial de Demanda, ¶ 142.

⁵⁵⁴ Declaración Testimonial de Michael Jacobson, ¶ 74.

POC Real más allá del 31 de diciembre de 2018. Una ampliación de la Fecha de Término del Contrato para garantizar el Plazo de Vigencia tampoco era posible.

325. Dicho de otra forma, las exigencias que pretendían imponer las fuentes de financiamiento para el Proyecto Mamacocha eran sencillamente una imposibilidad legal para el Estado. Esa imposibilidad legal fue clara para CH Mamacocha desde el momento en que decidió invertir en los Proyectos RER. La imposibilidad de modificar la Fecha de Término del Contrato y la POC Real estaba claramente establecida en el Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER. Adicionalmente, CH Mamacocha declaró bajo juramento que reconocía “el carácter no modificable de la Fecha de Término del Contrato, aun cuando se presenten eventos de Fuerza Mayor”⁵⁵⁵. Las Demandantes no pueden responsabilizar al Estado por exigencias de financistas que son contrarias a la legislación peruana.

B. Los supuestos retrasos y defectos en la emisión de la Autorización para la Ejecución de Obras no impidió la POC

1. *Las Demandantes ofrecen una descripción sesgada del trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras*

326. Las Demandantes basan sus reclamaciones relacionadas a la Autorización para la Ejecución de Obras en una teoría conspiratoria sin fundamento. Las Demandantes han omitido de su relato varios hechos que contradicen su versión de los hechos relativos al trámite de ese permiso. Por ejemplo, no mencionaron que su solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras contenía varios errores y había omitido información crítica para su evaluación. Las Demandantes tampoco mencionaron en sus argumentos que habiendo ya la Autoridad Administrativa del Agua brindando su aprobación a la Autorización para la Ejecución de Obras, dos

⁵⁵⁵ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

ciudadanos (Celso Albino Vera Aguirre y Ángel Chacabana Huayna) presentaron un pedido de nulidad contra esa decisión, lo que llevó a un atraso no imputable al Estado de más de cinco meses. Esas omisiones por parte las Demandantes no son inocentes ni inconsecuentes; las Demandantes pretenden ocultar esos hechos porque socavan sus reclamaciones.

327. Las omisiones de las Demandantes se refieren a hechos incluso anteriores a que CH Mamacocha iniciara el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras. CH Mamacocha contaba con todo lo que necesitaba para presentar su solicitud para tal autorización a partir de la fecha en que la Autoridad Administrativa del Agua delimitó el área bajo su competencia que sería afectada por el Proyecto Mamacocha (“faja marginal”), que fue el 16 de septiembre de 2016⁵⁵⁶. Pero no fue sino hasta el 29 de noviembre de 2016 que CH Mamacocha presentó su solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras⁵⁵⁷.
328. CH Mamacocha debió haber solicitado la Autorización para la Ejecución de Obras *lo antes posible*, dado que para ese entonces ya tenía muy poco tiempo para llegar a la POC. Las Demandantes sabían que cada día que pasaba aumentaba el riesgo que no podrían cumplir con la fecha límite para la POC del Proyecto Mamacocha. CH Mamacocha sabía también que podrían suscitarse demoras en el trámite administrativo correspondiente, sea por causa de la Autoridad Administrativa del Agua, de un eventual error suyo en su solicitud, y/o de oposición por parte de terceros. De hecho, CH Mamacocha tenía pleno conocimiento de que había ciudadanos particulares que se oponían al Proyecto Mamacocha, y que los mismos estaban dispuestos a ejercer sus derechos y a recurrir a procedimientos contenciosos. Aun así, CH Mamacocha demoró casi dos meses y medio para iniciar

⁵⁵⁶ **Anexo R-0090**, Resolución Directoral No. 1762-2016-ANA/AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 16 de septiembre 2016.

⁵⁵⁷ **Anexo R-0040**, Formulario No. 001 , Solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico, 21 de noviembre de 2016.

el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras (viz., el plazo entre el 16 de septiembre y el 29 de noviembre de 2016).

329. Por algún motivo que el Perú ignora, CH Mamacocha presentó dos solicitudes por la misma Autorización para la Ejecución de Obras: una para la parte de la Planta de Generación que se ubicaría aguas arriba⁵⁵⁸ de la confluencia entre el río Mamacocha y el río Colca, y otra para la parte de la planta que se ubicaría en las aguas abajo de la confluencia⁵⁵⁹. No obstante, no era necesario ni procedente que CH Mamacocha presentara dos solicitudes para el mismo proyecto. Por lo tanto, la Autoridad Administrativa del Agua consolidó las dos solicitudes, de modo a proceder con el trámite del permiso de manera más eficiente⁵⁶⁰.
330. Como ya había sucedido con otros permisos, las solicitudes que CH Mamacocha entregó eran defectuosas. CH Mamacocha había omitido información sobre diversos temas que eran relevantes a la evaluación de la solicitud⁵⁶¹. Asimismo, la Autoridad Administrativa del Agua observó varias inconsistencias y otros defectos en la solicitud de CH Mamacocha⁵⁶². En vista de esas omisiones y defectos, el 31 de enero de 2017 la Autoridad Administrativa del Agua le envió a CH Mamacocha una carta señalando los defectos, y solicitando información adicional⁵⁶³. Conforme al reglamento aplicable, la Autoridad Administrativa del Agua otorgó a CH Mamacocha un plazo de 10 días hábiles para subsanar los

⁵⁵⁸ **Anexo R-0040**, Formulario No. 001, Solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico, 21 de noviembre de 2016.

⁵⁵⁹ **Anexo R-0041**, Formulario No. 001, Solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico, 29 de noviembre de 2016.

⁵⁶⁰ **Anexo R-0042**, Informe Legal No. 283-2017-ANA/AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 6 de abril de 2017; **Anexo C-0118**, Resolución Directoral No. 1292-2017-ANA/AAA I C-O, 2 mayo de 2017.

⁵⁶¹ **Anexo R-0044**, Carta No. 089-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 31 de enero de 2017.

⁵⁶² **Anexo R-0044**, Carta No. 089-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 31 de enero de 2017.

⁵⁶³ **Anexo R-0044**, Carta No. 089-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 31 de enero de 2017.

defectos de su solicitud⁵⁶⁴. Una semana después, el 7 de febrero de 2017, CH Mamacocha respondió a la carta de la Autoridad Administrativa del Agua, solicitando una prórroga de 30 días hábiles adicionales⁵⁶⁵. La Autoridad Administrativa del Agua le otorgó a CH Mamacocha una prórroga de 10 días hábiles⁵⁶⁶, a lo cual CH Mamacocha respondió con un pedido de suspensión del cómputo del plazo para resolver los defectos observados⁵⁶⁷.

331. El 28 de febrero de 2017, casi un mes después de que la Autoridad Administrativa del Agua invitara a CH Mamacocha a corregir los defectos de su solicitud, CH Mamacocha envió una carta a la Autoridad Administrativa del Agua con información suplementaria destinada a subsanar algunos de los defectos⁵⁶⁸. Sin embargo, CH Mamacocha no respondió a todas las observaciones de la Autoridad Administrativa del Agua. Fue recién el 24 de abril de 2017 –58 días después del plazo otorgado, y 72 días después del plazo requerido por el reglamento aplicable– que CH Mamacocha presentó un nuevo informe técnico⁵⁶⁹.
332. No obstante que el informe técnico entregado por CH Mamacocha había sido presentada de manera manifiestamente tardía, la Autoridad Administrativa del Agua, actuando de buena fe, aceptó su presentación⁵⁷⁰. Dos semanas después, el 16 de mayo de 2017, luego de evaluar el informe técnico presentado por

⁵⁶⁴ **Anexo R-0044**, Carta No. 089-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 31 de enero de 2017.

⁵⁶⁵ **Anexo R-0045**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio), 7 de febrero de 2017.

⁵⁶⁶ **Anexo R-0046**, Carta No. 103-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 14 de febrero de 2017.

⁵⁶⁷ **Anexo R-0047**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio), 14 de febrero de 2017.

⁵⁶⁸ **Anexo R-0061**, Carta de HLA (C. Diez *et al.*) a la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 28 de febrero de 2017.

⁵⁶⁹ **Anexo R-0051**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (I. Martínez), 24 de abril de 2017.

⁵⁷⁰ **Anexo R-0039**, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua, septiembre de 2010, art. 12(c).

CH Mamacocha, la Autoridad Administrativa del Agua declaró improcedente el pedido de Autorización para la Ejecución de Obras, por falta de información necesaria para realizar una evaluación adecuada⁵⁷¹.

333. Sobre esa determinación de la Autoridad Administrativa del Agua, las Demandantes alegan, sin ningún fundamento, lo siguiente: “*Upon appeal, the central government’s water authority in Lima, Autoridad Nacional del Agua (“ANA”), sided with CHM, rejected AAA’s [Autoridad Administrativa del Agua] baseless challenge, and ordered AAA to reverse its decision and grant the permit*”⁵⁷². Esta aseveración es factual y legalmente falsa. Las Demandantes no proporcionan, ni pueden proporcionar, documento contemporáneo alguno que respalde su historia. El Estado peruano entiende que la Autoridad Nacional de Agua no intervino en ningún momento para ordenar que la Autoridad Administrativa del Agua revocara su decisión y otorgara el permiso. Además, contrario a lo indicado por las Demandantes, CH Mamacocha *no* apeló la decisión de la Autoridad Administrativa del Agua, sino que optó por interponer un recurso de reconsideración⁵⁷³. Esa distinción es relevante. Bajo el derecho procesal administrativo peruano, un administrado interpone un *recurso de apelación* ante la autoridad superior a aquella que denegó su solicitud (la que en este caso era la Autoridad Nacional del Agua) cuando pretende revertir la denegación con base en cuestiones de derecho o en interpretaciones alternativas de las pruebas ya producidas⁵⁷⁴. En cambio, se interpone un *recurso de reconsideración* cuando se pretende proporcionar información nueva al mismo ente de la Administración Pública (en este caso, a la Autoridad Administrativa del Agua), para que este

⁵⁷¹ **Anexo C-0121**, Resolución Directoral No. 1480-2017-ANA/AAA I C-O, Ministerio de Agricultura y Riego, 16 de mayo de 2017.

⁵⁷² Memorial de Demanda, ¶ 107.

⁵⁷³ Ver **Anexo R-0053**, Carta de HLA (C. Diez, *et al.*) a la Director de la Autoridad Administrativa del Agua, 29 de mayo de 2017.

⁵⁷⁴ **RL-0042**, LPAG, art. 209.

pueda reconsiderar su decisión a la luz de la información nueva ingresada al expediente⁵⁷⁵. CH Mamacocha interpuso su recurso de reconsideración el 29 de mayo de 2017 y remitió un informe suplementario a la Autoridad Administrativa del Agua, con el fin de subsanar las fallas de su solicitud inicial⁵⁷⁶.

334. A finales de mayo de 2017, la Autoridad Administrativa del Agua se reunió dos veces con CH Mamacocha, una en Lima con representantes de la Autoridad Nacional del Agua y otra en Arequipa⁵⁷⁷. El 27 de junio de 2017, representantes de la Autoridad Administrativa del Agua acordaron reunirse otra vez con CH Mamacocha para explicarle exactamente lo que faltaba en sus informes anteriores⁵⁷⁸. Poco después, CH Mamacocha remitió información adicional a la Autoridad Administrativa del Agua⁵⁷⁹. El 5 de julio de 2017, con base en la nueva información aportada por CH Mamacocha, la Autoridad Administrativa del Agua emitió la Autorización para la Ejecución de Obras⁵⁸⁰.
335. Las Demandantes argumentan, sin embargo, que tal autorización fue defectuosa. Alegan además que la Autoridad Administrativa del Agua se negó a corregir los defectos pertinentes, por lo cual CH Mamacocha se vio obligada a apelar ante el Tribunal Hídrico para hacer rectificar la Autorización para la Ejecución de Obras⁵⁸¹. Ofrecen además otra teoría conspiratoria, esta vez argumentado que la actuación de la Autoridad Administrativa del Agua estaba políticamente

⁵⁷⁵ **RL-0042**, LPAG, art. 208.

⁵⁷⁶ **Anexo R-0053**, Carta de HLA (C. Diez, *et al.*) a la Director de la Autoridad Administrativa del Agua, 29 de mayo de 2017; **Anexo R-0054**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 3 de julio de 2017.

⁵⁷⁷ **Anexo R-0091**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 25 de mayo de 2017.

⁵⁷⁸ *Ver Anexo R-0054*, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (I. Martinez), 3 de julio de 2017, pág. 1.

⁵⁷⁹ **Anexo R-0054**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (I. Martinez), 3 de julio de 2017.

⁵⁸⁰ **Anexo C-0122**, Resolución Directoral No. 1928-2017-ANA/AAA I C-O, 5 de julio de 2017.

⁵⁸¹ Memorial de Demanda, ¶ 108.

motivada. Una vez más, las Demandantes no sustentan sus argumentos con ninguna documentación contemporánea. Su teoría conspiratoria la basan exclusivamente en la declaración testimonial del Sr. Andrés Bartrina, un antiguo gestor de proyectos de Latam Hydro⁵⁸².

336. Sin embargo, la prueba documental existente desmiente las afirmaciones de las Demandantes y de su testigo.
337. El 18 de julio de 2017, CH Mamacocha solicitó ante la Autoridad Administrativa del Agua la rectificación de la Autorización para la Ejecución de Obras, por contener supuestos errores materiales⁵⁸³. Tan solo tres semanas después, el 11 de agosto de 2017, la Sub-Dirección de Estudios de Proyectos Hidráulicos Multisectoriales de la Autoridad Administrativa del Agua emitió un informe interno, recomendando que se rectificara la Autorización para la Ejecución de Obras, tal como lo había solicitado por CH Mamacocha⁵⁸⁴. Ese hecho, por sí solo, desmiente las afirmaciones de las Demandantes, según la cual “AAA *refused to fix the permit*”⁵⁸⁵. Lo que pasó, sin embargo, es que el mismo día en que se emitió ese informe interno, los señores Celso Albino Vera Aguirre y Ángel Chacabana Huayna, ciudadanos particulares, presentaron una solicitud de nulidad contra la Autorización para la Ejecución de Obras⁵⁸⁶. Consecuentemente, la Autoridad Administrativa del Agua estuvo obligada a remitir el expediente administrativo al

⁵⁸² Ver Memorial de Demanda, ¶ 108 (citando Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶ 66–70).

⁵⁸³ **Anexo R-0056**, Carta de HLA (R. Ibarra *et al.*) a la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 18 de julio de 2017.

⁵⁸⁴ **Anexo R-0088**, Informe Técnico No. 062-2017-ANA-AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 11 de agosto de 2017.

⁵⁸⁵ Memorial de Demanda, ¶ 108.

⁵⁸⁶ Ver **Anexo R-0057**, Carta No. 381-2017-ANA/AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (V. Manuel) a C. Vera y Á. Chacabana, 24 de agosto de 2017.

Tribunal Hídrico⁵⁸⁷, imposibilitando legalmente que se formalizara inmediatamente la aceptación del pedido de rectificación⁵⁸⁸.

338. Dado que el expediente administrativo estaba bajo evaluación por el Tribunal Hídrico, la Autoridad Administrativa del Agua no podía realizar actuaciones sobre la Autorización para la Ejecución de Obras, porque esa autorización era objeto de la solicitud de nulidad presentada por los señores Vera Aguirre y Chacabana Huayna. No obstante, la Autoridad Administrativa del Agua escribió al Tribunal Hídrico el 28 de noviembre de 2017 para dar seguimiento a los pedidos de nulidad y rectificación⁵⁸⁹ — otro hecho que contradice la teoría conspiratoria de las Demandantes.
339. El 20 de diciembre de 2017, el Tribunal Hídrico devolvió el expediente administrativo a la Autoridad Administrativa del Agua, para que esta pudiera empezar la evaluación del pedido de rectificación de CH Mamacocha.⁵⁹⁰ Acto seguido, la Autoridad Administrativa del Agua elaboró un informe técnico y un informe legal sobre el pedido de rectificación⁵⁹¹. El 24 de enero de 2018, el Tribunal Hídrico rechazó el pedido de nulidad de los señores Vera Aguirre y Chacabana

⁵⁸⁷ **Anexo R-0058**, Oficio No. 2604-2017-ANA/AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (V. Manuel) al Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (J. Aguilar), 12 de septiembre de 2017; **Anexo R-0092**, Oficio No. 2773-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña) al Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (J. Aguilar), 26 de septiembre de 2017.

⁵⁸⁸ **RL-0042**, LPAG, arts. 211.1-211.2 (“En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales. La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida.”).

⁵⁸⁹ **Anexo R-0093**, Oficio No. 3449-2017-ANA-AAA I C-O de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) al Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (J. Aguilar), 28 de noviembre de 2017.

⁵⁹⁰ **Anexo R-0141**, Memorandum No. 2121-2017-ANA-TNRCH de ANA (R. Dalí) a la Autoridad Administrativa de Agua (A. Osorio), 20 de diciembre de 2017.

⁵⁹¹ **Anexo C-0119**, Informe No. 004-2018-ANA-AAA I C-O, CO-AT/JMPV, 9 de mayo de 2018, pág.4.

Huayna⁵⁹², e inmediatamente después —al día siguiente— la Autoridad Administrativa del Agua aprobó a la solicitud de rectificación de CH Mamacocha⁵⁹³.

340. Lo anterior demuestra la falsedad de la afirmación de las Demandantes, según la cual “*finally, in December 2017, the ANA administrative court ordered AAA to reissue the permit without these defects*”⁵⁹⁴, y desmiente la acusación de que la Autoridad Administrativa del Agua era “intransigente” hacia CH Mamacocha⁵⁹⁵. Los hechos demuestran más bien que el 11 de agosto de 2017, la Sub-Dirección de Estudios de Proyectos Hidráulicos Multisectoriales de la Autoridad Administrativa del Agua recomendó la rectificación de la Autorización para la Ejecución de Obras⁵⁹⁶. Cuando el Tribunal Hídrico le devolvió el expediente, la Autoridad Administrativa del Agua siguió el procedimiento apropiado y aprobó la solicitud de rectificación.

2. *Ningún atraso imputable a la Autoridad Administrativa del Agua podía haber impactado la POC*

a. La fecha de emisión de la Autorización para la Ejecución de Obras no afectó el cronograma de obras de CH Mamacocha

341. Como se mostró en la sección anterior, los atrasos en la evaluación de la solicitud de la Autorización para la Ejecución de Obras de CH Mamacocha se debieron en gran medida a los numerosos defectos en la solicitud de esta (y por ende atribuibles a la propia CH Mamacocha), así como las demoras de CH Mamacocha en resolver dichos defectos. En todo caso, dichos atrasos no pudieron haber afectado el cronograma de obras que CH Mamacocha entregó con su solicitud.

⁵⁹² **Anexo C-0126**, Resolución No. 053-2018-ANA/TNRCH, 24 de enero de 2018.

⁵⁹³ **Anexo HKA-0035**, Resolución Directorial No. 51-2018-ANA/AAA I C-O, 25 de enero de 2018.

⁵⁹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 108.

⁵⁹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 108.

⁵⁹⁶ **Anexo R-0088**, Informe Técnico No. 062-2017-ANA-AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 11 de agosto de 2017.

342. CH Mamacocha no necesitaba una Autorización para la Ejecución de Obras hasta la fecha prevista para el inicio de las obras de construcción, i.e., el 1 de agosto de 2017⁵⁹⁷. Las Demandantes escogieron tal fecha porque no tenían previsto obtener financiamiento para el Proyecto Mamacocha hasta mayo o junio de 2017, por motivos ajenos al trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras⁵⁹⁸. Cuando la Autoridad Administrativa del Agua otorgó la autorización a CH Mamacocha el 5 de julio de 2017, aún faltaban 26 días para llegar a la fecha de inicio de obras. Por lo tanto, cualquier demora que haya ocurrido antes de la emisión de la autorización no pudo haber afectado el cronograma de obras de CH Mamacocha, toda vez que la referida autorización en definitiva fue brindada *antes* de la fecha que tenía planeada CH Mamacocha para iniciar la construcción.

b. El atraso en la rectificación de la Autorización para la Ejecución de Obras no es atribuible a la Autoridad Administrativa del Agua, y en todo caso no impidió la POC

343. Como el Perú demostró anteriormente, el tiempo que demoró la emisión de la rectificación de la Autorización para la Ejecución de Obras no es imputable a la Autoridad Administrativa del Agua. Dicha demora se debió al pedido de nulidad presentado por ciudadanos particulares que, ejerciendo sus derechos, se oponían al Proyecto Mamacocha. La Autoridad Administrativa del Agua recomendó la rectificación de la Autorización en poco más de tres semanas⁵⁹⁹ y retomó la evaluación de la solicitud de rectificación tan proto como pudo⁶⁰⁰.

344. En cualquier caso, aun si el atraso en la evaluación del pedido de rectificación fuese imputable a la Autoridad Administrativa del Agua (*quod non*), dicho atraso no habría impedido la POC, porque CH Mamacocha no tenía ningún impedimento

⁵⁹⁷ Ver **Anexo R-0094**, Cronograma del Proyecto Mamacocha, Pöyry, 24 de abril de 2017.

⁵⁹⁸ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 122; Memorial de Demanda, ¶ 99.

⁵⁹⁹ **Anexo R-0088**, Informe Técnico No. 062-2017-ANA-AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 11 de agosto de 2017.

⁶⁰⁰ **Anexo HKA-0035**, Resolución Directorial No. 51-2018-ANA/ AAA I C-O, 25 de enero de 2018.

para iniciar las obras de construcción (incluso antes de que el permiso fuera rectificado). En efecto, los supuestos defectos en la Autorización para la Ejecución de Obras no impedían que CH Mamacocha iniciara las obras de construcción.

345. Según las Demandantes, la Autorización para la Ejecución de Obras tenía dos defectos: (i) se omitieron algunas obras que se integraban al Proyecto⁶⁰¹; y (ii) el plazo de vigencia del permiso (viz., 772 días, plazo no cuestionado por CH Mamacocha) iniciaba el cómputo a partir del día siguiente de su emisión (viz., el 6 de julio de 2017), y no a partir de la fecha del inicio de obras especificada por CH Mamacocha en su solicitud (viz., el 1 de agosto de 2017)⁶⁰².
346. Sobre el primer defecto, aunque faltaban algunas obras en la Autorización para la Ejecución de Obras, la mayoría de las obras del Proyecto Mamacocha sí estaba incluidas en la Autorización⁶⁰³. Es decir, CH Mamacocha tenía la autorización para ejecutar dichas obras. Por ende nada impedía que CH Mamacocha iniciara esas obras mientras esperaba que se rectificara el permiso para incluir las demás obras.
347. Con respecto al segundo defecto (plazo de vigencia de la Autorización para la Ejecución de Obras), las Demandantes no pueden argumentar de manera seria que una diferencia de solo 25 *días* en el plazo de vigencia de la autorización realmente haya obstaculizado el inicio de las obras de construcción. En todo caso, CH Mamacocha tenía el derecho de solicitar una prórroga del plazo de vigencia de la Autorización para la Ejecución de Obras por un período igual al plazo que se había incluido en la Autorización original (i.e., 772 días adicionales)⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ **Anexo R-0056**, Carta de HLA (R. Ibarra *et al.*) al Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 18 de julio de 2017, pág. 5.

⁶⁰² **Anexo R-0056**, Carta de HLA (R. Ibarra *et al.*) al Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 18 de julio de 2017, pág. 4.

⁶⁰³ *Ver Anexo HKA-0035*, Resolución Directorial No. 51-2018-ANA/AAA I C-O.

⁶⁰⁴ **Anexo R-0039**, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua, septiembre de 2010, art. 24.

348. De hecho, CH Mamacocha habría necesitado solicitar una prórroga, aun si se hubiese iniciado el cómputo del plazo de vigencia a partir del 1 de agosto de 2017. El plazo de vigencia de la Autorización para la Ejecución de Obras era de 772 días (i.e., veinticinco meses y once días), conforme con el cronograma incluido en la solicitud de CH Mamacocha de 24 de abril de 2017. Pero las propias Demandantes admiten ahora que la construcción del Proyecto “*at a minimum required between twenty-six (26) and thirty (30) months to complete*”⁶⁰⁵. Por lo tanto, las Demandantes no pueden afirmar que el supuesto “defecto” en el plazo de vigencia les causó algún daño, ya que el plazo de 772 días que CH Mamacocha solicitó era igualmente defectuoso.
349. Por los motivos expuestos, los supuestos “defectos” en la Autorización para la Ejecución de Obras no impidieron que CH Mamacocha iniciara la construcción del Proyecto.
- c. CH Mamacocha no habría llegado a la POC, independientemente de cualesquiera defectos en la Autorización para la Ejecución de Obras y de cualquier atraso en rectificar los mismos
350. Independientemente de las medidas impugnadas, CH Mamacocha no habría completado las obras de construcción antes de llegar a la fecha de la POC.
351. Las propias Demandantes admiten que no habrían llegado al Cierre Financiero antes del 8 de marzo de 2018 (que fue la fecha de desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo)⁶⁰⁶. Pero para esa fecha, CH Mamacocha ya contaba con la Autorización para la Ejecución de Obras rectificada. Por lo tanto, ninguna demora en la obtención de la Autorización para la Ejecución de Obras pudo haber afectado el inicio de las obras de construcción. Esto es así porque para la fecha en

⁶⁰⁵ Memorial de Demanda, ¶ 7.

⁶⁰⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 99-100, 131; Declaración Testimonial de Michael Jacobson, ¶ 58.

la cual las Demandantes obtuvieron dicha Autorización (que fue 5 de julio de 2017 en su versión original y 25 de enero de 2018 en su versión modificada), todavía no habían tenido el financiamiento pertinente.

352. Aparte del tema de financiamiento, era probable que el Proyecto Mamacocha, tal y como había sido diseñado por CH Mamacocha, no alcanzaría la POC aun si la Autorización para la Ejecución de Obras hubiese sido emitida sin errores. Ello, porque el plazo de construcción de 772 días (veinticinco meses y once días) previsto era poco realista. Ese plazo había sido propuesto por GCZ Ingenieros (“GCZ”), la empresa de ingeniería contratada por las propias Demandantes. El Sr. Michael Jacobson, testigo de las Demandantes, reconoce que las Demandantes contrataron a GCZ en parte porque esa empresa había sido la que había propuesto el cronograma más corto de entre las propuestas recibidas⁶⁰⁷. No obstante, la evaluación independiente de Hatch Engineering (“**Informe de Hatch**”), empresa contratada por los financistas del Proyecto Mamacocha, revela que era muy probable que las obras de construcción durarían entre treinta y tres y treinta y seis meses⁶⁰⁸, plazo que haría imposible que CH Mamacocha llegase a la POC.
353. Las Demandantes tergiversan las conclusiones del Informe de Hatch, afirmando que según ese Informe, “GCZ’s contemplated 26-month construction schedule was feasible, but unforeseen and unknown force majeure events may result in a 33-month construction Schedule”⁶⁰⁹. En realidad, el Informe de Hatch señaló que el

*[GCZ] schedule indicates a 26-month construction schedule with the critical path flowing through the headworks tunnel construction followed by the commissioning of the units. . . . **The construction schedule can easily extend to 33 months** principally due to more pessimistic conditions than assumed regarding headrace tunnel rock classification. **Under the stress case scenario, this duration would be increased to 36 months** along those activities associated*

⁶⁰⁷ Declaración Testimonial de Michael Jacobson, ¶ 39.

⁶⁰⁸ Ver **Anexo C-0187**, *Independent Engineering Review of the Mamacocha Project*, HATCH, 13 de marzo de 2017, pág. 16.

⁶⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶ 98.

*with work at the intake front inclusive of completing the HRT*⁶¹⁰.
(Énfasis añadido).

354. Con base en ese análisis, el Informe de Hatch indicó que el escenario base de la fase de construcción debía ser de 33 meses, sin tomar en cuenta eventuales obstáculos comunes:

*In the absence of events, such as material and equipment delivery delays, labor difficulties, unusually adverse weather influences, force majeure events, the untimely failure of major equipment components, or the occurrence of any other abnormal event that is prejudicial to normal construction or installation, the 33-month design and construction schedule for the Project is achievable and within the previously demonstrated capabilities of EPC Contractor using generally accepted construction practices*⁶¹¹.
(Énfasis añadido).

355. Las Demandantes intentan minimizar el significado del Informe de Hatch en su Memorial de Demanda, argumentando que la fecha de inicio de obras de CH Mamacocha

*allowed the Project to achieve commercial operation in time even under Hatch Engineering's conservative 33-month construction schedule, which the parties viewed as a worst-case scenario*⁶¹².

356. Una vez más, las Demandantes tergiversan los hechos. Treinta y tres meses después del 1 de agosto de 2017 (que era la fecha proyectada para el inicio de obras⁶¹³) habría sido el 1 de mayo de 2020, fecha *posterior* a la POC. Esto significa que el Proyecto Mamacocha ya se encontraba en peligro de fracasar incluso antes de que la Autoridad Administrativa del Agua emitiera la autorización supuestamente defectuosa. Por otra parte, ninguna de las tres fuentes que las

⁶¹⁰ **Anexo C-0187**, *Independent Engineering Review of the Mamacocha Project*, HATCH, 13 de marzo de 2017, ¶ 8.2.4.

⁶¹¹ **Anexo C-0187**, *Independent Engineering Review of the Mamacocha Project*, HATCH, 13 de marzo de 2017, pág. 16.

⁶¹² Memorial de Demanda, ¶ 99.

⁶¹³ Ver **R-0094**, Cronograma del Proyecto Mamacocha, Pöyry, 25 de abril de 2017.

Demandantes citan fundamenta su aseveración de que CH Mamacocha y sus financistas consideraban el cronograma de Hatch como un “*worst-case scenario*”⁶¹⁴, otro hecho que expone la desesperación de las Demandantes para minimizar el significado del Informe de Hatch.

C. La Demanda del Gobierno Regional no era frívola y tampoco impidió la POC

357. Las Demandantes alegan que “[e]verything changed on March 17, 2017, when Claimants became aware that the RGA had commenced a contentious administrative proceeding in Arequipa”⁶¹⁵. Según las Demandantes la Demanda del Gobierno Regional fue el hecho que frenó el desarrollo del Proyecto Mamacocha, supuestamente porque impidió que CH Mamacocha obtuviera el Cierre Financiero y lograra la POC⁶¹⁶. Las Demandantes también argumentan que la Demanda del Gobierno Regional “*was meritless and merely a tactic to block continued work on the Project*”⁶¹⁷. Ninguna de esas alegaciones de las Demandantes es cierta.
358. Los argumentos de las Demandantes en relación con la Demanda del Gobierno Regional se basan en tergiversaciones y manipulaciones de los hechos. En primer lugar, la Demanda del Gobierno Regional no impidió de manera alguna a las Demandantes ejecutar el Proyecto Mamacocha y alcanzar la POC (**Sección III.C.1**). En segundo lugar, no es cierto que la Demanda del Gobierno Regional haya sido frívola, así como tampoco es cierto que el Perú en algún momento haya admitido responsabilidad (**Sección III.C.2**). La Demanda del Gobierno Regional fue materia de un procedimiento de trato directo entre las Partes, y fue en ese contexto que el

⁶¹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 99 (citando **Anexo C-0109**, Correo de GCZ (P. Gonzalez-Orbegoso) a Nor Consult (A. Ledesma, *et al.*), 3 de abril de 2017 *adjuntando* Presupuesto GCZ No. 2915 Rev. 6F, 3 de abril de 2017; **Anexo C-0110**, Cronograma de obra: Central Hidroeléctrica Mamacocha, abril de 2017; Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶ 54.

⁶¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 100.

⁶¹⁶ *Ver e.g.*, Memorial de Demanda, ¶¶ 6, 100.

⁶¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 102.

Perú se desistió del Proceso Contencioso Administrativo; en consecuencia, la impugnación de esa medida en este arbitraje es improcedente y abusiva (**Sección III.C.3**).

1. *La Demanda del Gobierno Regional no impidió la POC*

359. No es cierto que la Demanda del Gobierno Regional impidió que CH Mamacocha cumpliera con sus obligaciones bajo el Contrato RER, como las Demandantes alegan⁶¹⁸. Como se explicó en la **Sección II.D**, la Procuraduría Pública del MINEM ejerció su derecho de recurrir a las cortes locales para que, en el marco de un proceso judicial, el juez determine si correspondía o no declarar la nulidad de los actos administrativos cuestionados. En tanto no concluyera ese proceso judicial y se declarase judicialmente la nulidad de los actos administrados en cuestión, esos actos mantenían su plena validez y eficacia. Por lo tanto, la sola presentación de la Demanda del Gobierno Regional, sin más, no impidió ni obstaculizó de ninguna forma el avance y ejecución del Proyecto Mamacocha.
360. Así lo confirma el experto en derecho administrativo, Carlos Monteza, quien explica en su informe pericial que CH Mamacocha no tenía impedimento alguno para cumplir con sus obligaciones bajo el Contrato RER como consecuencia de la presentación de la Demanda del Gobierno Regional⁶¹⁹. Señala el experto que

la sola interposición, e incluso, admisión a trámite de la [. . .] [Demanda del Gobierno Regional] por parte del Poder Judicial **no constituía**, en sí misma, **un impedimento para que [CH] MAMACOCHA continúe ejecutando las obligaciones que asumió en el Contrato RER**, ni implicaba la invalidez o suspensión de los efectos de los actos administrativos cuestionados⁶²⁰. (Énfasis añadido)

⁶¹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 144.

⁶¹⁹ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 126-127.

⁶²⁰ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 127.

361. Precisa además el experto Carlos Monteza que para que se suspendiesen los efectos de los actos administrativos cuestionados a través de la Demanda del Gobierno Regional, “[habría sido] necesario que el GRA [Gobierno Regional de Arequipa] solicit[as]e expresamente la suspensión de los efectos de los actos administrativos y que el Poder Judicial dict[as]e la medida cautelar de suspensión correspondiente”⁶²¹. Sin embargo, en el Proceso Contencioso Administrativo no se dictó ninguna medida cautelar en ese sentido. Ese hecho demuestra también que no es cierto que la Demanda del Gobierno Regional haya sido “*merely a tactic to block continued work on the Project*”⁶²².
362. El Perú recalca, además, que la solicitud de revisión judicial de actos administrativos (presentada en este caso por la Procuraduría Pública Regional) constituye una facultad que tiene todo órgano administrativo, y que goza de protección constitucional⁶²³. La Administración Pública debe ejercer el control de legalidad y velar por el interés público y por la protección de los administrados ante actuaciones que puedan estar afectadas por vicios de legalidad⁶²⁴.
363. Las Demandantes no argumentan que la presentación de la Demanda del Gobierno Regional haya impedido en forma directa la ejecución del Proyecto Mamacocha, sino que afirman que afectó la posibilidad de conseguir el financiamiento para el proyecto y, por ende, alcanzar el Cierre Financiero⁶²⁵. Sin embargo, como el Perú demostró en la **Sección II.A**, era responsabilidad exclusiva de CH Mamacocha financiar el Proyecto Mamacocha y acreditar el Cierre Financiero. La cláusula 3.3 del Contrato RER señala al respecto, que “[l]a Sociedad Concesionaria se obliga a diseñar, *financiar*, suministrar los bienes y servicios

⁶²¹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 127.

⁶²² Memorial de Demanda, ¶ 102.

⁶²³ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 128.

⁶²⁴ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 128.

⁶²⁵ *Ver e.g.*, Memorial de Demanda, ¶ 100.

requeridos, para construir, operar y mantener la planta de generación eléctrica”⁶²⁶ (énfasis añadido). Las reservas que terceros hayan tenido sobre el posible financiamiento del Proyecto Mamacocha no puede considerarse como una razón para eximir a CH Mamacocha de su obligación contractual de lograr la POC para la fecha máxima prevista en el Contrato RER. Esas reservas, y en general la estrategia de financiamiento elegida por las Demandantes, no pueden impedir que los órganos competentes ejerzan control de legalidad y utilicen los recursos legales previstos en el ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, eso es lo que las Demandantes pretenden en este arbitraje.

364. Adicionalmente, en su Memorial de Demanda, las Demandantes guardan silencio sobre un hecho crucial. Las mismas insisten en que todo cambió cuando tomaron conocimiento de la Demanda del Gobierno Regional⁶²⁷. Sin embargo, lo que no mencionan es que, antes de la presentación de esa demanda, existía ya *otro* proceso judicial en trámite iniciado por particulares, solicitando la nulidad de las Certificaciones Ambientales. Como el Perú explicó en la **Sección II.D**, el 13 de septiembre de 2016, el ciudadano P.J. Begazo López presentó ante el Juez Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa una acción constitucional de amparo, solicitando la declaración de la nulidad e ineficacia de: (i) las Certificaciones Ambientales otorgadas a la Planta de Generación y la Línea de Transmisión del Proyecto Mamacocha, (ii) los demás autos y resoluciones de la Autoridad Regional Ambiental que condujeron a la emisión de las Certificaciones Ambientales, y (iii) la Concesión Definitiva otorgada a la Planta de Generación⁶²⁸. El Sr. P.J. Begazo presentó esa demanda invocando su derecho al debido proceso y a gozar de un medio ambiente equilibrado, consagrados en la Constitución

⁶²⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3; *ver también* **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.6.

⁶²⁷ Memorial de Demanda, ¶ 100; *ver también* Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶ 55.

⁶²⁸ **Anexo R-0071**, Demanda de Acción de Amparo de Pablo Julián Begazo López, Corte Superior de Justicia de Arequipa, 22 de agosto de 2016.

Política del Perú⁶²⁹. Esa acción constitucional de amparo, además, fue declarada fundada en primera instancia⁶³⁰. En consecuencia, el Juzgado Constitucional de Arequipa declaró la nulidad de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha y de la Concesión Definitiva de la Planta de Generación, y ordenó a la Autoridad Regional Ambiental expedir una nueva resolución⁶³¹.

365. Si la sola interposición de una demanda judicial solicitando la nulidad de las Certificaciones Ambientales hubiese impedido a CH Mamacocha acreditar el Cierre Financiero (*quod non*), el principal motivo de dicho impedimento habría sido el Amparo, y no la Demanda del Gobierno Regional. Por lo tanto, no es cierto que la Demanda del Gobierno Regional haya tenido el impacto que las Demandantes alegan. El Amparo además confirma que las Certificaciones Ambientales obtenidas por CH Mamacocha eran cuestionables y que la Demanda del Gobierno Regional no era frívola, como se explicará en más detalle a continuación.

2. *La Demanda del Gobierno Regional no era frívola*

366. Como se explicó en la sección precedente, la Demanda del Gobierno Regional no impidió que CH Mamacocha cumpliera con sus obligaciones bajo el Contrato RER. La realidad es que las Demandantes le brindan un protagonismo desmedido a la Demanda del Gobierno Regional, para hacerle creer al Tribunal que se trata de una medida en relación con la cual el Perú ha admitido responsabilidad. Las Demandantes argumentan que la Comisión Especial evaluó el mérito de la Demanda del Gobierno Regional y le sugirió a la Gobernadora de Arequipa

⁶²⁹ **Anexo R-0071**, Demanda de Acción de Amparo de Pablo Julián Begazo López, Corte Superior de Justicia de Arequipa, 22 de agosto de 2016.

⁶³⁰ **Anexo R-0070**, Sentencia No. 29-2020, Resolución No. 33, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 30 de enero de 2020.

⁶³¹ **Anexo R-0070**, Sentencia No. 29-2020, Resolución No. 33, Juzgado Especializado Constitucional de Arequipa, 30 de enero de 2020.

desistirse del Proceso Contencioso Administrativo⁶³², e incluso llegan al extremo de alegar que “*Peru was desperate to try to avoid the filing of an international arbitration seeking compensation for the damages caused by the RGA obstructing, and now, admittedly baseless lawsuit*”⁶³³. Esas alegaciones no solo son falsas, sino que evidencian la mala fe con la que se comportan (y se han comportado) las Demandantes.

367. Como el Perú demostró en la **Sección II.E** del presente escrito, es falso que el Perú haya reconocido responsabilidad alguna respecto de la Demanda del Gobierno Regional, ya sea en el contexto del trato directo o en cualquier otro contexto⁶³⁴. En su declaración testimonial, el Sr. Ricardo Ampuero, ex Presidente de la Comisión Especial, explica que la Comisión Especial decidió solicitar una opinión legal independiente en el marco del trato directo con las Demandantes. Estando en el contexto de un trato directo con las Demandantes, la Comisión Especial consideró —de buena fe y con el objeto de explorar una solución pragmática a la controversia— que sería útil para las Partes (incluyendo para el Gobierno Regional de Arequipa) poder contar con una opinión externa que evalúe principalmente la cuestión de si la Demanda del Gobierno Regional podía ser desestimada, en particular por un aspecto formal⁶³⁵.
368. En ese contexto, el 5 de diciembre de 2016, el abogado externo Juan Carlos Morón Urbina emitió un informe brindando su análisis general sobre la Demanda del Gobierno Regional y los actos administrativos cuestionados⁶³⁶. Dicha opinión legal fue solicitada en el marco del proceso deliberativo y consultivo de la Comisión Especial en la etapa de negociaciones de trato directo con las Demandantes; su

⁶³² Ver Memoria de Demanda, ¶¶ 119-121, 128.

⁶³³ Memorial de Demanda, ¶ 121.

⁶³⁴ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 44.

⁶³⁵ Ver Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 25-27.

⁶³⁶ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017.

objetivo se limitaba a brindar a la Comisión Especial mayores elementos para el análisis de las acciones a adoptar, pero de ningún modo tendría efecto vinculante alguno⁶³⁷. Sin perjuicio de ello, la opinión emitida de ningún modo concluye que la Demanda del Gobierno Regional haya sido arbitraria o sin fundamento, como equivocadamente alegan las Demandantes⁶³⁸.

369. Como primera conclusión, el abogado Morón Urbina indicó que, en su opinión, la Demanda del Gobierno Regional “resulta[ba] improcedente respecto a la Resolución Sub Gerencial No. 124-2013-GRA/ARMA-SG [la cual había declarado fundado el recurso de reconsideración de CH Mamacocha ante la Autoridad Regional Ambiental], pues *el plazo para demandar su nulidad en sede judicial prescribió el 17 de diciembre de 2016*”⁶³⁹ (énfasis añadido). Sin embargo, explicó también que existieron cambios normativos que motivaron que la Procuraduría Pública Regional considerara que el plazo para solicitar la nulidad *no* había prescrito⁶⁴⁰. En efecto, el plazo para que una entidad pública demande judicialmente la nulidad de sus propios actos administrativos fue ampliado, de dos a tres años, en virtud de las modificaciones realizadas a la LPAG en diciembre de 2016⁶⁴¹. Explicó el abogado Morón Urbina que, en su opinión, tal ampliación del plazo no resultaba aplicable a la Resolución Sub Gerencial No. 124-2013-GRA/ARMA-SG, pero que

⁶³⁷ **Anexo R-0131**, Oficio No. 274-2017-EF/CE-36, del MEF (R. Ampuero) al Gobierno Regional de Arequipa (Y. Osorio), 14 de diciembre de 2017, pág. 5; *ver también* Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶ 29.

⁶³⁸ *Ver* Memorial de Demanda, ¶¶ 119–121.

⁶³⁹ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 1.

⁶⁴⁰ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, págs. 15-19.

⁶⁴¹ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 18; *ver también*, **RL-0042**, LPAG, art. 202.4.

la Procuraduría Pública Regional de Arequipa no siguió el mismo razonamiento y aplicó las modificaciones introducidas a los referidos plazos de prescripción⁶⁴².

370. En adición al análisis de procedencia de la Demanda del Gobierno Regional, el abogado externo también se pronunció, en general, sobre las probabilidades de éxito que, a su criterio y sobre la base de la información revisada, consideró que tenía la Demanda del Gobierno Regional (respecto de los actos administrativos no excluidos por prescripción)⁶⁴³. Al respecto, concluyó que “[c]onforme ha sido planteada la demanda contencioso administrativa, estimamos que existen pocas probabilidades de lograr la declaración de nulidad de las Resoluciones Sub Gerenciales No. 110-2014-GRA/ARMA-SG y No. 158-2014--GRA/ARMA-SG”⁶⁴⁴.
371. Si bien el abogado externo consideró que la Demanda del Gobierno Regional tenía pocas probabilidades de éxito y cuestionó algunas de las conclusiones recogidas en el Informe Final de la Comisión Investigadora Regional, no estableció de ninguna manera que la Demanda del Gobierno Regional haya carecido de todo fundamento. Por el contrario, realizó distintas precisiones que contradicen directamente lo alegado por las Demandantes. Por ejemplo, si bien a su criterio el plazo para cuestionar la Resolución Sub Gerencial No. 124-2013-GRA/ARMA-SG había prescrito, reconoció que esa resolución tenía vicios de motivación que hubieran justificado su nulidad⁶⁴⁵. En su opinión, “*la motivación contenida la Resolución Sub Gerencial No. 124-2013-GRA/ARMA-SG era solo aparente* puesto que no explica realmente las razones de hecho o de derecho por las cuales correspondía dejar sin efecto la clasificación inicial, ni especifica cuál o cuáles

⁶⁴² **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 19.

⁶⁴³ Ver **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017.

⁶⁴⁴ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 1.

⁶⁴⁵ Ver **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, págs. 21–22

fueron las nuevas pruebas que se meritaban para adoptar la decisión”⁶⁴⁶ (énfasis añadido).

372. Asimismo, contrariamente a lo alegado por las Demandantes en su Memorial de Demanda⁶⁴⁷, el abogado externo señaló que la Planta de Generación y la Línea de Transmisión “bien podrían haber sido clasificados [por su impacto previsible en el medio ambiente] como de Categoría I, Categoría II o Categoría III. Para determinar ello, el ARMA [Autoridad Regional Ambiental] tenía que considerar los criterios técnicos de protección ambiental [recogidos en las leyes aplicables]” (énfasis omitido)⁶⁴⁸. Precisó además, respecto a las Certificaciones Ambientales, que “si a nivel de evaluación técnica existieran fuertes indicios de que la revisión realizada por la [Autoridad Regional Ambiental] [] fue defectuosa . . . y que, de haber sido correctamente realizada, el resultado hubiese sido distinto, sí correspondería la declaración de la nulidad de las mismas” (énfasis omitido)⁶⁴⁹. Asimismo, indicó que si se hubiera atentado contra la legalidad y el interés público durante la tramitación de las Certificaciones Ambientales (como da a entender el Informe Final de la Comisión Investigadora Regional presentado junto con la Demanda del Gobierno Regional), el Gobierno Regional de Arequipa “tenía el deber de accionar frente al Poder Judicial para que los actos administrativos viciados sean declarados nulos”⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 22.

⁶⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 102.

⁶⁴⁸ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 20.

⁶⁴⁹ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 23.

⁶⁵⁰ **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017, pág. 23.

373. En consecuencia de lo expuesto, no es cierto que “[t]he resulting opinion confirmed [that] . . . the RGA Lawsuit was meritless and had little likelihood of success”⁶⁵¹ — mucho menos que el Gobierno Regional haya actuado de mala fe al presentar esa Demanda, o que el Perú haya admitido responsabilidad alguna, como falsamente alegan las Demandantes⁶⁵².
374. En su Memorial de Demanda, las Demandantes también intentan valerse de notas publicadas en la prensa para intentar fundamentar sus alegaciones⁶⁵³. Sin embargo, esas notas de prensa son irrelevantes⁶⁵⁴, porque la documentación contemporánea directamente intercambiada entre la Comisión Especial y el Gobierno Regional de Arequipa contradice lo argumentado por las Demandantes.⁶⁵⁵
375. Las Demandantes también pretenden utilizar la decisión del Gobierno Regional de Arequipa de desistirse del Proceso Contencioso Administrativo como sustento de una supuesta falta de fundamento para presentar la Demanda del Gobierno Regional y admisión de responsabilidad por parte del Estado con respecto a la presentación de dicha demanda. Por el contrario, el hecho de que el Gobierno Regional de Arequipa haya optado por desistirse del referido proceso evidencia, una vez más, la buena fe con la que el Estado siempre se comportó.
376. La Resolución Ejecutiva Regional No. 665-2017-GRA-GR que autorizó al Procurador de Arequipa a desistirse del proceso contencioso administrativo advierte una cuestión de contingencias de tipo económico para el Gobierno

⁶⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 6.

⁶⁵² Memorial de Demanda, ¶ 6.

⁶⁵³ Ver e.g., Memorial de Demanda, ¶ 104, 130.

⁶⁵⁴ Incluso parte de las declaraciones en prensa presentadas por las Demandantes constituyen solo transcripciones en el idioma inglés, donde ni siquiera se presenta la versión original en el español ni se precisa la fuente original. Ver **Anexo C-0089**, Transcripción de la entrevista del Consejal Edy Medina, 11 de abril de 2017; **Anexo C-0090**, Transcripción de la entrevista del Consejal James Posso, 11 de abril de 2017.

⁶⁵⁵ Ver **Anexo R-0131**, Oficio No. 274-2017-EF/CE-36, del MEF (R. Ampuero) al Gobierno Regional de Arequipa (Y. Osorio), 14 de diciembre de 2017, pág. 5; **Anexo R-0140**, Informe de Estudio Echecopar (J. Morón) al MEF (R. Ampuero), 5 de diciembre de 2017.

Regional de Arequipa, pero en ningún momento señala que los actos administrativos materia del proceso contencioso administrativo hayan sido emitidos correctamente, ni que la Demanda del Gobierno Regional no haya tenido ningún fundamento⁶⁵⁶.

377. El Perú rebatirá y expondrá las inconsistencias de argumentos adicionales formulados por las Demandantes en relación con la Demanda del Gobierno Regional en las **Secciones IV y V** del presente escrito, en respuesta a los reclamos formulados por las Demandantes con base en el Tratado y el Contrato RER.

3. *Las Demandantes retiraron sus reclamos en relación con la Demanda del Gobierno Regional con base en las acciones de buena fe adoptadas por el Perú en respuesta a la Primera Notificación de Intención*

378. El Perú explicó en la **Sección II.E** del presente escrito que, como consecuencia de las acciones de buena fe adoptadas por el Estado peruano en el contexto de la primera etapa de trato directo, las Demandantes expresamente retiraron su Primera Notificación de Intención (la cual tenía como objeto la Demanda del Gobierno Regional y el Proceso Contencioso Administrativo)⁶⁵⁷. Al hacerlo, señalaron expresamente que, al haberse aprobado el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo, el principal acto estatal que originó la Primera Notificación de Intención ha cesado⁶⁵⁸. A pesar de ese desistimiento, en paralelo las Demandantes presentaron una Segunda Notificación de Intención. En el Memorial de Demanda las Demandantes señalan que

[t]his second notice emphasized that if Peru were unable or unwilling to extend the COS and Termination Date to compensate for the RGA's interferences, the Project would be rendered

⁶⁵⁶ **Anexo C-0010**, Resolución Ejecutiva Regional No. 665-2017-GRA/GR, Gobierno Regional de Arequipa, 27 de diciembre de 2017.

⁶⁵⁷ Ver **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018.

⁶⁵⁸ Ver **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018, pág. 1.

*economically unviable and Claimants would have no choice but to bring their claims to arbitration to redress this harm*⁶⁵⁹.

379. Al presentar la Primera Notificación de Intención, las Demandantes podrían haber anticipado que las negociaciones entre las Partes para alcanzar un acuerdo (en el contexto de la etapa de trato directo) no serían inmediatas, y podrían no resolver la controversia. Sabiendo eso, las Demandantes bien pudiesen haber incluido en la Primera Notificación de Intención las inquietudes que luego manifestaron en la Segunda Notificación de Intención (viz., relativas a la prórroga de la POC y la Fecha de Término en un plazo equivalente a la duración del Proceso Contencioso Administrativo). Las Demandantes, sin embargo, no lo hicieron⁶⁶⁰; en cambio, actuaron abusivamente, aprovechándose de la buena fe del Estado.
380. Las Demandantes estratégicamente limitaron su pedido en la Primera Notificación de Intención, sugiriendo que con el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo la controversia entre las Partes se resolvería. El Perú, considerando los alcances limitados de este reclamo, adoptó acciones de buena fe para lograr una solución amistosa. Sin embargo, el desarrollo de los hechos posteriores demostró, una vez más, que las Demandantes estaban abusando de la buena fe y ánimo de colaboración del Estado peruano.
381. Las Demandantes limitaron su pedido para persuadir al Estado de que, adoptando acciones muy concretas, podría evitar ir a un arbitraje de inversión (con los costos que esto último conlleva, independientemente del fundamento de las reclamaciones presentadas). Cuando las Demandantes obtuvieron lo que pedían (viz., desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo), ampliaron sus exigencias y volvieron a impugnar el Proceso Contencioso Administrativo en su Segunda Notificación de Intención. Las Demandantes incluso invocaron las

⁶⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶ 144.

⁶⁶⁰ Ver **Anexo MQ-0018**, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017.

acciones adoptadas de buena fe por el Perú como un supuesto reconocimiento de responsabilidad⁶⁶¹. Todo ello, además, a pesar de haberse celebrado un acuerdo entre las Partes que limitaba la posibilidad de que esas acciones fueran invocadas en un futuro arbitraje⁶⁶².

382. El Perú respetuosamente solicita al Tribunal que no permita conductas como las de las Demandantes en este caso y, en cambio, rechace las reclamaciones basadas en la Demanda del Gobierno Regional, pues éstas cesaron producto de las acciones de buena fe adoptadas por el Estado peruano en el contexto del trato directo entre las Partes. Si el Tribunal aceptase la conducta de las Demandantes y acogiese sus reclamaciones, establecería un terrible precedente y crearía un desincentivo para los Estados de adoptar acciones de buena fe en el contexto de negociaciones amistosas con los inversionistas.

D. La investigación y acción penal por parte de la Fiscalía Ambiental de Arequipa es razonable y no constituyó obstáculo a la POC

383. Las Demandantes formulan nueve alegaciones, todas infundadas, respecto de la Investigación Penal y la Acusación Fiscal. Según las Demandantes, la Fiscalía Ambiental de Arequipa: (i) inició la Investigación Penal sin fundamento⁶⁶³; (ii) no le proveyó a CH Mamacocha suficientes especificaciones o detalles de la Investigación Penal⁶⁶⁴; (iii) no le otorgó a CH Mamacocha oportunidad

⁶⁶¹ *Ver e.g.*, Memorial de Demanda, § IV.B.1.

⁶⁶² **Anexo C-0028**, Carta de HLA (C. Diez), 6 de diciembre de 2017 *adjuntado* Acuerdo de Confidencialidad, 5 de diciembre de 2017; **Anexo R-0129**, Primer Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 26 de diciembre 2017; **Anexo C-0195**, Segundo Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 27 de febrero de 2018; **Anexo R-0130**, Tercer Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 28 de junio de 2018; **Anexo C-0062**, Cuarto Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 21 de septiembre de 2018.

⁶⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 105.

⁶⁶⁴ Memorial de Demanda, ¶ 105.

significativa para refutar las alegaciones en su contra⁶⁶⁵; (iv) continuó con la Investigación Penal incluso después de que la Procuradora Pública Regional ya había desistido del Proceso Contencioso Administrativo⁶⁶⁶; (v) no especificó los cargos precisos en contra [REDACTED] luego de “formalizar y continuar” la Investigación Penal⁶⁶⁷; (vi) cerró la Investigación Penal sin otorgarle [REDACTED] una oportunidad significativa de refutar los alegatos en su contra⁶⁶⁸; (vii) sometió [REDACTED] a la Investigación Penal y a la Acusación Fiscal por [REDACTED]⁶⁶⁹; (viii) solicitó una sentencia de privación de libertad de tres (3) años en contra [REDACTED]⁶⁷⁰; y (ix) acusó [REDACTED] de cometer un delito con base en un artículo del Código Penal que no se encontraba vigente al momento de los hechos que forman la base del delito⁶⁷¹.

384. En los siguientes párrafos, el Perú expondrá y refutará las tergiversaciones de las Demandantes con respecto a todas y cada una de esas alegaciones.
385. La Investigación Penal estaba ampliamente fundamentada. Contrario a lo que alegan las Demandantes, la Fiscalía Ambiental de Arequipa no inició la Investigación Penal “sin fundamento”⁶⁷². Por el contrario, la Fiscalía Ambiental de Arequipa determinó, acertadamente, que existían suficientes elementos probatorios para establecer convicción razonable sobre la comisión de un delito (viz., otorgamiento ilegal de derechos por parte de un funcionario público, tipificado en el artículo 314 del Código Penal), y actuó conforme a lo establecido en el artículo 329.1 del Código Procesal Penal, el cual establece lo siguiente:

⁶⁶⁵ Memorial de Demanda, ¶ 105.

⁶⁶⁶ Memorial de Demanda, ¶ 132.

⁶⁶⁷ Memorial de Demanda, ¶ 134.

⁶⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶ 135.

⁶⁶⁹ Memorial de Demanda, ¶ 134 (original en inglés).

⁶⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶ 136.

⁶⁷¹ Memorial de Demanda, ¶ 137.

⁶⁷² Memorial de Demanda, ¶ 105 (original en inglés).

El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes⁶⁷³.

386. El Perú explicó en la **Sección II.D** que la Investigación Penal tuvo su origen en la presentación de la Denuncia, la cual se refería a la posible comisión de delitos contra el medio ambiente relacionados con el Proyecto Mamacochoa⁶⁷⁴. La prueba que sustenta la Denuncia indica que [REDACTED]

⁶⁷³ **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 329.1; *ver también* art. 65.2 (“El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará -si correspondiere- las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional”).

⁶⁷⁴ **Anexo R-0066**, Oficio No. 001-2017, Denuncia presentada por Roberto Nieves Molina Llerena y Flavio W. Mejía Begazo ante la Fiscalía Ambiental de Arequipa, 8 de marzo de 2017.

⁶⁷⁵ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, págs. 2-3.

⁶⁷⁶ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, págs. 3–4.

⁶⁷⁷ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

⁶⁷⁸ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

- [REDACTED]
- [REDACTED].
387. El delito que fue objeto de la Investigación Penal es el tipificado en el artículo 314 del Código Penal, sobre otorgamiento ilegal de derechos, el cual establece

El funcionario público que sin observar leyes, reglamentos, estándares ambientales vigentes, por haber faltado gravemente a sus obligaciones funcionales, autoriza o se pronuncia favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante en favor de la obra o actividad a que se refiere el presente Título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años, e inhabilitación de un año a seis años conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4⁶⁸⁰.

388. Como el Perú explicó anteriormente, el delito de otorgamiento ilegal de derechos arriba identificado no requiere un elemento subjetivo. Para que el delito quede tipificado, basta con que el funcionario haya faltado gravemente a sus obligaciones funcionales al autorizar o pronunciarse favorablemente sobre el otorgamiento, renovación o cancelación de un título habilitante relacionado al medio ambiente, sin observar las leyes, reglamentos, y estándares ambientales vigentes.
389. Los elementos probatorios aportados con la Denuncia permitían establecer un grado de convicción suficiente para tener la sospecha fundada de que ciertos funcionarios de la Autoridad Regional Ambiental cometieron el delito de otorgamiento ilegal de derechos tipificado en el artículo 314 del Código Penal en relación con las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha. Esa sospecha fundada justificaba ampliamente la iniciación de la Investigación Penal.

⁶⁷⁹ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 4.

⁶⁸⁰ **RL-0039**, Código Penal, art. 314.

390. La existencia de fundamentos suficientes para iniciar la Investigación Penal posteriormente quedó confirmada cuando, luego del cierre de la Investigación Penal y de la presentación de la Acusación Fiscal, el Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa emitió auto de enjuiciamiento en contra de todos los acusados⁶⁸¹.
391. Conocimiento y participación de CH Mamacocha en la Investigación Penal. Las Demandantes alegan que la Fiscalía Ambiental de Arequipa no le informó a CH Mamacocha de los detalles o especificaciones de la investigación que estaba llevando a cabo, y que no le otorgó a CH Mamacocha una oportunidad significativa para refutar los alegatos en su contra⁶⁸². Lo que alegan las Demandantes no es cierto.
392. La Fiscalía Ambiental de Arequipa le notificó a CH Mamacocha sobre las diligencias preliminares relacionadas con las circunstancias en que se otorgaron las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha⁶⁸³. La misma Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, aportada al expediente de este arbitraje por las Demandantes, demuestra que los representantes legales de CH Mamacocha recibieron dicha notificación el 11 de abril de 2017⁶⁸⁴. Esa notificación fue oportuna y apegada a derecho. El derecho procesal penal peruano no requería que se le informara a CH Mamacocha sobre las diligencias preliminares antes de la emisión de la Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP.
393. Por otra parte, el nivel de detalle y especificidad de la información contenida en la Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP-AR también fue adecuado y

⁶⁸¹ **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, pág. 39.

⁶⁸² Memorial de Demanda, ¶105.

⁶⁸³ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 1.

⁶⁸⁴ **Anexo C-0188**, Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 24 de marzo de 2017, pág. 1.

apegado a derecho. La Disposición Fiscal identifica los hechos que fundaron la sospecha de la comisión de un delito, el tipo penal investigado, y las personas presuntamente involucradas en la comisión del delito, y asimismo promovió actos destinados a determinar la delictuosidad de los hechos. Nada más es requerido por el Código Procesal Penal⁶⁸⁵.

394. No es cierto que CH Mamacocha no haya obtenido información sobre la Investigación Penal, o que no haya tenido oportunidad de refutar los alegatos en su contra. En mayo de 2017, a pocas semanas de haber iniciado la Investigación Penal con la emisión de la Disposición Fiscal No. 01-2017-0-FPEMA-MP-AR (del 24 de marzo de 2017), los representantes de CH Mamacocha se apersonaron a la Fiscalía Ambiental de Arequipa con sus abogados⁶⁸⁶. Desde entonces, CH Mamacocha ha tenido pleno acceso a información sobre el proceso, de manera continua.
395. Por otra parte, las Demandantes no presentan evidencia alguna de que la Fiscalía Ambiental de Arequipa le haya negado a CH Mamacocha la oportunidad de refutar los alegatos en su contra. En el Perú, la investigación es supervisada por el Juez de la Investigación Preparatoria, ante quien se tramitan los medios de defensa previo al cierre de la investigación⁶⁸⁷. Si CH Mamacocha realmente hubiese creído que sus derechos estaban siendo coartados, habría podido acudir ante Juez de la Investigación Preparatoria y ejercer sus derechos. Pero CH Mamacocha no hizo tal cosa —ello sencillamente porque sabía que sus derechos de hecho *no* habían sido

⁶⁸⁵ Ver **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 330.2 (“Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente”).

⁶⁸⁶ Ver **Anexo R-0112**, Disposición Fiscal No. 2-2017-FPEMA-MP-AR 2, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 31 de julio de 2017; **Anexo C-0054**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (M. Jacobson, *et al.*), 8 de mayo de 2017.

⁶⁸⁷ Ver **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, arts. 3–8.

afectados. La realidad es simplemente que CH Mamacocha no logró refutar los alegatos en su contra – no que haya sido privada de una *oportunidad* de hacerlo.

396. El desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo no afecta el proceso penal, ni es vinculante para la Fiscalía Ambiental. Las Demandantes alegan que la Fiscalía Ambiental de Arequipa debió haber cerrado la investigación penal relacionada al Proyecto Mamacocha cuando la Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo⁶⁸⁸. Las Demandantes nuevamente se equivocan.
397. Como cuestión preliminar, la Fiscalía Ambiental de Arequipa, como parte del Ministerio Público, tiene autonomía reconocida por la Constitución⁶⁸⁹, por lo cual las actuaciones de la Procuradora Pública Regional, incluyendo en el contexto del Proceso Contencioso Administrativo, no la vinculan. Además, el fundamento legal y objeto de los dos procesos judiciales no es el mismo.
398. Lo que las Demandantes alegan también es incorrecto a la luz del artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, según el cual “el Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio”⁶⁹⁰; y del artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual establece que “[l]os Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución”⁶⁹¹. Como la Fiscalía Ambiental de Arequipa tenía suficiente fundamento legal y fáctico para proceder con la investigación penal, no tenía ninguna obligación de cerrar la misma.

⁶⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶ 132.

⁶⁸⁹ **RL-0055**, Constitución Política, art. 158 (“El Ministerio Público es autónomo”).

⁶⁹⁰ **RL-0040**, Nuevo Código Procesal Penal, art. 61.

⁶⁹¹ **RL-0052**, Decreto Legislativo No. 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, 16 de marzo de 1981, art. 5.

399. La Disposición No. 04-2018-0-FPEMA-MP-AR deja clara la posición de la Fiscalía Ambiental de Arequipa respecto de la irrelevancia para fines del proceso penal del desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo. [REDACTED]

400. [REDACTED] tuvo pleno y oportuno conocimiento de la Investigación Penal, así como oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Según las Demandantes, cuando [REDACTED] se enteró que había sido incluido como sujeto imputado en la Investigación Penal, solicitó que se precisaran los fundamentos legales y fácticos específicos que sustentaban los cargos en su contra⁶⁹³. Según las Demandantes, la información requerida no fue provista sino hasta un año más tarde⁶⁹⁴. [REDACTED]

⁶⁹² **Anexo C-0193**, Disposición Fiscal No. 04-2018-O-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 2 de febrero de 2018, pág. 7.

⁶⁹³ Memorial de Demanda, ¶ 134.

⁶⁹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 134 (“[REDACTED] filed his appearance in the criminal proceeding and requested the AEP to identify the specific legal and factual allegations against him so that he may have the opportunity to defend himself before the investigation concludes. The AEP ignored this request and did not provide the requested information until March 29, 2019, over a year later.”).

⁶⁹⁵ [REDACTED] Ver **Anexo R-0114**, Resolución No. 03-2019, Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, 15 de julio de 2019, pág. 1.

[REDACTED]. Lo que las Demandantes y [REDACTED] alegan no es cierto.

401. Desde la formalización de la Investigación Penal, el 2 de febrero de 2018, [REDACTED] ha tenido pleno conocimiento del cargo que se le imputa, a saber: colaboración dolosa con los señores [REDACTED] (todos funcionarios de la Autoridad Regional Ambiental) para el otorgamiento ilegal de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha⁶⁹⁷. El otorgamiento legal de derechos es penado por el artículo 314 del Código Penal y la complicidad de la comisión de dicho delito (de lo que se acusaba al [REDACTED]) es penada por el artículo 26 del Código Penal.

402. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁸.

⁶⁹⁶ Declaración Testimonial de [REDACTED] ¶ 53.

⁶⁹⁷ **Anexo C-0193**, Disposición Fiscal No. 04-2018-O-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 2 de febrero de 2018, págs. 8, 12.

⁶⁹⁸ **Anexo R-0115**, Recurso de Apelación presentado en nombre de [REDACTED] ante el Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, [REDACTED] ¶ 10 (pág. 3)

[REDACTED]

403. [REDACTED]
404. [REDACTED]

⁶⁹⁹ **Anexo R-0116**, Solicitud de Tutela de Derecho presentada en nombre de [REDACTED] ante el Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, 23 de mayo de 2019.

⁷⁰⁰ **Anexo R-0113**, Disposición Fiscal No. 08-2019-FPEMA-MP-AR, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 2 de mayo de 2019.

⁷⁰¹ **Anexo R-0114**, Resolución No. 03-2019, Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, 15 de julio de 2019, pág. 5.

⁷⁰² Memorial de Demanda, ¶ 135.

⁷⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 135 (original en inglés).

⁷⁰⁴ Declaración Testimonial de [REDACTED], ¶ 58.

- [REDACTED]
- [REDACTED]⁷¹⁰.
406. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
407. Esto significa que se le acusa [REDACTED] de bastante más que simplemente [REDACTED], pues se le acusa más bien de complicidad en la obtención inapropiada de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha.
408. Las Demandantes tergiversan las pretensiones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa. Tampoco es cierto, como alegan las Demandantes, que “la Fiscalía Ambiental de Arequipa está solicitando una sentencia *de privación de libertad* de tres (3) años” (énfasis añadido) en contra [REDACTED]⁷¹³. Contrario a lo que alegan las Demandantes y [REDACTED] en su declaración testimonial⁷¹⁴, la

⁷¹⁰ **Anexo R-0069**, Acusación Fiscal, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 18 de octubre de 2019, pág. 8

⁷¹¹ **Anexo R-0118**, Solicitud de Auto de Sobreseimiento presentado en nombre de [REDACTED] ante el Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, 11 de noviembre de 2019.

⁷¹² **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, pág. 33.

⁷¹³ Memorial de Demanda, ¶ 136 (original en inglés).

⁷¹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 136; Declaración Testimonial de [REDACTED], ¶ 59.

Acusación Fiscal establece de manera expresa que las penas privativas de libertad se solicitan con *carácter suspendido*⁷¹⁵.

409. Las Demandantes tergiversan el fundamento legal de la acusación en contra [REDACTED]. Finalmente, las Demandantes y [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Las Demandantes y el [REDACTED] se refieren al párrafo tercero del artículo 25 del Código Penal, el cual establece que “[e]l cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren con él”. Ese párrafo fue introducido en el Código Penal en el año 2017⁷¹⁷, luego de los hechos que subyacen la Acusación Fiscal en lo que concierne [REDACTED]. No obstante, el párrafo tercero del artículo 25 del Código Penal no es esencial para la calificación del delito de complicidad y, en cualquier caso, refleja un principio jurisprudencial que ya se venía aplicando mucho antes de su incorporación formal al Código Penal.
410. Así, incluso desde antes del 2017, el artículo 25 del Código Penal penalizaba la complicidad primaria y secundaria:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena⁷¹⁸.

⁷¹⁵ **Anexo R-0069**, Acusación Fiscal, Fiscalía Ambiental de Arequipa, 18 de octubre de 2019, ¶ 5.2.

⁷¹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 139; Declaración Testimonial de [REDACTED], ¶ 58.

⁷¹⁷ **RL-0093**, Decreto Legislativo No. 1351, Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a Fin de Fortalecer la Seguridad Ciudadana, 6 de enero 2017, art. 2.

⁷¹⁸ **RL-0039**, Código Penal, art. 25.

411. El párrafo tercero del referido artículo 25, incorporado en el 2017 y al que se refieren los Demandantes, solo precisa que se puede sancionar al cómplice de un delito especial aunque no concurren respecto del cómplice los elementos especiales que fundamentan el delito⁷¹⁹. En este caso, el párrafo tercero deja claro que [REDACTED] puede ser considerado cómplice del delito de otorgamiento ilegal de derechos previsto en el artículo 314 del Código Penal –un delito que solo puede ser cometido por funcionarios públicos– aunque él no sea un funcionario público.
412. Pero el párrafo tercero simplemente refleja de manera expresa lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú ya reconocía, incluso antes de su codificación en el párrafo tercero del artículo 25 del Código Penal. Por ejemplo, el Acuerdo Plenario No. 02-2011/CJ-116 señalaba que “el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito . . . pero se admite la participación del ‘extraneus’, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice”⁷²⁰. En síntesis, la conducta que se le imputa [REDACTED] ya estaba tipificada a la fecha de la comisión de los actos que se le imputan, por lo cual resulta engañoso que las Demandantes afirmen que se trata de una penalidad retroactiva.

413. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁷¹⁹ **RL-0093**, Decreto Legislativo No. 1351, Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a Fin de Fortalecer la Seguridad Ciudadana, 6 de enero 2017, art. 2.

⁷²⁰ **RL-0094**, Acuerdo Plenario No. 2-2011/CJ-116, Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 6 de diciembre de 2011, ¶¶ 10–11.

414. Luego de la presentación de la Acusación Fiscal, tanto [REDACTED] como los demás imputados tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, a través de la presentación de requerimientos de sobreseimiento y demás incidentes procesales. Todos los medios de defensa planteados por los imputados fueron resueltos a través de la Resolución No. 18-2020, la cual dispuso el sobreseimiento parcial en relación con [REDACTED] como presunto cómplice secundario del delito atribuido en autoría [REDACTED]. Todas las demás defensas fueron declaradas infundadas o improcedentes⁷²⁴. En consecuencia, el 17 de noviembre de 2020, el Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa emitió auto de enjuiciamiento en contra de todos los acusados.

415. La próxima etapa procesal es el juicio de fondo. El hecho de que se haya pasado a esta etapa procesal confirma que las actuaciones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa no eran frívolas, ni carecían de fundamento, como sugieren las Demandantes y [REDACTED]. Antes de emitir auto de enjuiciamiento, el juez de la investigación preliminar debe analizar si la acusación tiene fundamento, si los hechos están tipificados penalmente como delitos, y si hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento de los imputados⁷²⁵, y todo esto de hecho fue realizado en el procedimiento de referencia.

⁷²¹ **Anexo R-0120**, Excepción de improcedencia de acción presentado en nombre de [REDACTED] [REDACTED] ante el Juez del Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, 12 de noviembre de 2019.

⁷²² **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, págs. 33-34, 38.

⁷²³ **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, pág. 38.

⁷²⁴ **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, págs. 38-39.

⁷²⁵ Ver **RL-0114**, Acuerdo Plenario No. 6-2009/CJ-116, Fundamento No. 15, Corte Suprema de la República, 13 de noviembre de 2009.

416. En cualquier caso, todo lo arriba expuesto deviene en abstracto toda vez que la Investigación Penal y la posterior Acusación Fiscal no afectaron la validez de ningún título habilitante del Proyecto Mamacocha. La Autoridad Regional Ambiental incluso renovó las Certificaciones Ambientales correspondientes a la Planta de Generación y la Línea de Transmisión, no obstante la Investigación Penal que estaba en curso. Por lo tanto, la Investigación Penal y la posterior Acusación Fiscal no pudieron haber impedido el cumplimiento de la POC. Lo anterior se confirma también en el informe pericial de John McTyre, informe sometido por las Demandantes respecto de las supuestas demoras que afectaron al Proyecto Mamacocha. El Sr. McTyre no atribuye ninguna demora ni a la Investigación Penal ni a la Acusación Fiscal.
417. Con base en la Declaración Testimonial del Michael Jacobson, las Demandantes alegan que sus perspectivas de financiamiento para el Proyecto Mamacocha se vieron adversamente afectados por la Investigación Penal⁷²⁶. Sin embargo, las Demandantes no presentan prueba alguna del supuesto impacto que la Investigación Penal habría causado en potenciales inversionistas o prestamistas.
418. Las Demandantes ofrecen tres documentos como supuesta prueba de que “el hecho que el gobierno pueda impulsar por varios años una investigación penal sin fundamentos . . . devaluó el Proyecto ante los ojos de todos los potenciales inversionistas y prestamistas”⁷²⁷. Pero ninguno de esos documentos se refieren a la Investigación Penal de manera específica.
419. También es revelador que en ninguna de sus tres notificaciones de intención las Demandantes se refirieron a la Investigación Penal como una de las medidas que

⁷²⁶ Declaración Testimonial de Michael Jacobson, ¶¶ 74-75.

⁷²⁷ Memorial de Demanda, ¶ 140 (citando **Anexo C-0060**, Carta de Mamacocha (C. Diez) a Accionistas de Latam Hydro LLC, 12 de abril de 2015; **Anexo C-0167**, Correo de Latam (S. Sillen) a la DEG (P. Gyergyay), 28 de abril de 2017; y **Anexo C-0168**, Correo de Latam (S. Sillen) a Latam (M. Jacobson, et al.), 17 de mayo de 2017) (original en inglés).

formaban las bases de sus reclamaciones⁷²⁸. Sencillamente no es el caso que la Investigación haya afectado el desarrollo del Proyecto Mamacocha, y mucho menos que haya violado las obligaciones contractuales del MINEM bajo el Contrato RER, o las obligaciones del Estado peruano bajo su legislación o bajo el Tratado.

420. En todo caso, como se explica en la **Sección III.A**, financiar el Proyecto Mamacocha y acreditar su Cierre Financiero eran obligaciones contractuales de CH Mamacocha bajo el Contrato RER. Las reservas que hayan tenido terceros sobre el posible financiamiento del Proyecto Mamacocha no puede considerarse como una razón para eximir a CH Mamacocha de su obligación contractual inamovible de lograr la POC a más tardar el 31 de diciembre de 2018.
421. Más allá de las claras obligaciones contractuales de CH Mamacocha, las Demandantes no pueden pretender coartar el poder y deber de la Fiscalía de investigar la comisión de posibles delitos, o de iniciar las acciones penales correspondientes, simplemente por el efecto que se alega que eso habría tenido en el financiamiento del Proyecto Mamacocha.

E. CH Mamacocha no tenía derecho a una extensión de la Fecha de Término del Contrato ni de la POC Real

422. Las Demandantes alegan que CH Mamacocha tenía derecho a que se modificara la Fecha de Término del Contrato (31 de diciembre de 2036) por los supuestos atrasos atribuibles al Perú⁷²⁹. También alegan que CH Mamacocha tenía derecho a ampliar el plazo para la POC Real (31 de diciembre de 2018); dicen al respecto que sin esa ampliación “*the Project would be rendered economically unviable*”⁷³⁰.

⁷²⁸ **Anexo R-0007**, Notificación de Intención de someter una reclamación a consultas y negociación bajo el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, CH Mamacocha, 19 de junio de 2017 (“**Primera Aviso de Intención**”); **Anexo C-0170**, Segundo Aviso de Intención, 8 de marzo de 2018; **Anexo C-0023**, Tercera Notificación de Intención.

⁷²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 144.

⁷³⁰ Memorial de Demanda, ¶ 144.

423. Esos argumentos de las Demandantes carecen de fundamento. Como se explicará, CH Mamacocha no tenía derecho ni a la modificación de la Fecha de Término del Contrato para asegurar un Plazo de Vigencia de 20 años, ni a la ampliación del plazo para la POC Real. Además de no tener derecho contractual a tal modificación de fecha o ampliación de plazo, la normativa aplicable de cualquier manera no lo permitía.
424. El Perú demuestra en la **Sección III.E.1** que el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER imposibilitaban la extensión de la Fecha de Término del Contrato y la POC. Esa imposibilidad fue expresamente reconocida por CH Mamacocha mediante su Declaración Jurada del 30 de octubre de 2013⁷³¹. En la **Sección III.E.2** el Perú explica los motivos por los cuales porque la extensión de la POC otorgada mediante la Adenda No. 2 no tenía validez, y explica también que el MINEM rechazó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC en estricto apego a lo dispuesto en el Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER. Por último, en la **Sección III.E.3** el Perú explica que el MINEM tiene derecho a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento una vez que concluya el presente arbitraje.

1. *La POC Real del 31 de diciembre de 2018 era inamovible*

425. En la **Sección II.A** el Perú explicó que los Proyectos RER de la Tercera Subasta tenían tres fechas críticas de carácter inamovible. Esas fechas eran:
- a. El 31 de diciembre de 2016: Fecha Referencial de la Puesta en Operación Comercial ("**POC Referencial**");
 - b. El 31 de diciembre de 2018: Fecha Real de Puesta en Operación Comercial ("**POC Real**"); y

⁷³¹ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

c. El 31 de diciembre de 2036: Fecha de Término del Contrato.

Esas tres fechas críticas se ven reflejadas en el siguiente gráfico⁷³²:

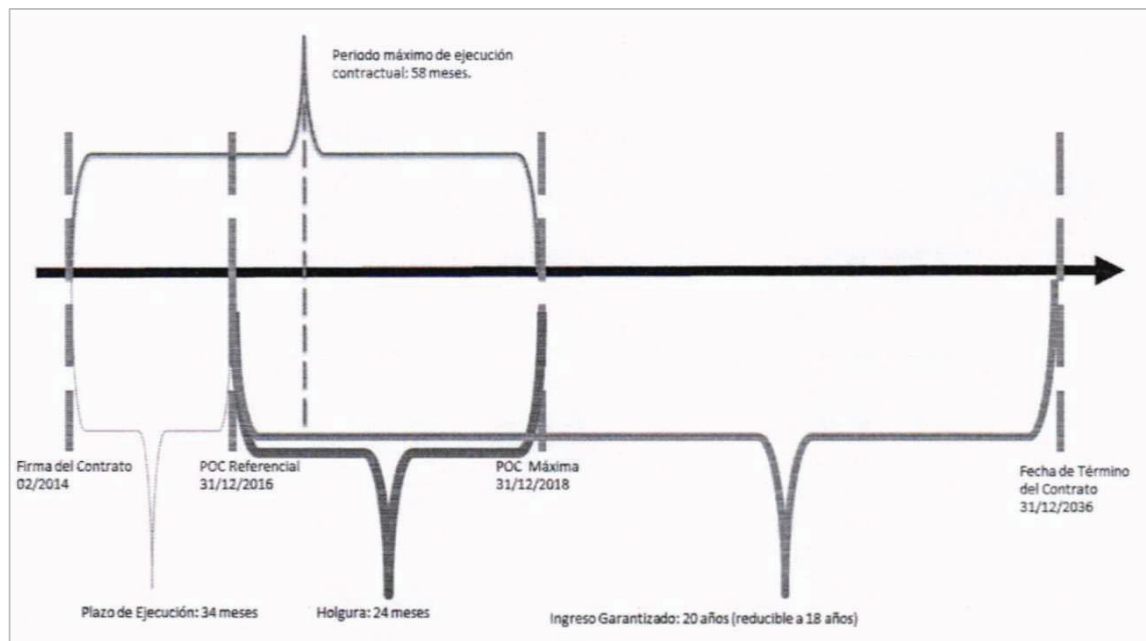


Figura 3 - Representación gráfica de la interconexión de las tres fechas críticas del Contrato RER

426. Esas fechas, y el carácter de inamovible de la POC Real y la Fecha de Término del Contrato, era algo que estaba clara y expresamente establecido en el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. CH Mamacocha tenía pleno conocimiento de lo anterior, y lo aceptó expresamente en la Declaración Jurada del 30 de octubre de 2013:

DECLARAMOS BAJO JURAMENTO que reconocemos el carácter no modificable de la Fecha de Término del Contrato, aun cuando se presenten eventos de Fuerza Mayor⁷³³.

⁷³² **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 3.

⁷³³ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

- a. El Reglamento RER no permitía una extensión de la Fecha de Término del Contrato y de la POC Real

427. El Reglamento RER el cual estaba vigente al momento en que se celebró la Tercera Subasta⁷³⁴ establece claramente que las Bases definirían las fechas exactas de la Fecha de Término del Contrato⁷³⁵ y la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial⁷³⁶. En particular, el artículo 1.13.B del Reglamento RER precisa que la Fecha de Término del Contrato era “no modificable por ninguna causa”⁷³⁷. A su vez, el Reglamento RER prevé que la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial “no podrá exceder en dos (02) años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento”⁷³⁸.
428. Lo anterior demuestra que el Reglamento RER establece dos condiciones fundamentales. La primera es que las tres fechas críticas (viz., Fecha de Término del Contrato, Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, y Fecha Real de Puesta en Operación Comercial) eran inamovibles. Eso se debe a que esas fechas críticas están interconectadas. La definición de la Fecha de Término del Contrato en las Bases automáticamente definiría la fecha de la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, toda vez que el artículo 1.13.D del Reglamento RER prevé que debe existir un plazo de 20 años entre la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato⁷³⁹. Adicionalmente, el artículo 1.13.C del Reglamento RER prevé que la Fecha Real de Puesta en

⁷³⁴ Anexo MQ-0005, Reglamento RER.

⁷³⁵ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.B (“Fecha de Término del Contrato: Es la fecha máxima **establecida en las Bases, no modificable por ninguna causa**, hasta la cual se le pagará al Concesionario la Tarifa de Adjudicación” (énfasis añadido)).

⁷³⁶ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.D (“Fecha Referencial de Puesta en Operación: Es la fecha **establecida en las Bases**, considerando veinte (20) años hasta la Fecha de Término del Contrato” (énfasis añadido)).

⁷³⁷ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.B.

⁷³⁸ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.C.

⁷³⁹ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.D.

Operación Comercial “no podrá exceder en dos (02) años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial”⁷⁴⁰.

429. Una modificación de la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial habría resultado en que el período entre esa fecha y la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial fuese superior a dos años, lo que estaba expresamente prohibido bajo el artículo 1.13.C del Reglamento RER. Por otra parte, una extensión de la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial era imposible porque el Reglamento RER exigía que existiese un período de exactamente 20 años entre la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato⁷⁴¹. A su vez, una extensión de la Fecha de Término del Contrato era imposible porque el Reglamento RER expresamente establecía que la Fecha de Término del Contrato era “no modificable por ninguna causa”⁷⁴². Por los motivos expuesto, las tres fechas críticas previstas en el Reglamento RER eran de carácter inamovible.
430. La segunda condición fundamental que establece el Reglamento RER es que si un Proyecto RER no acredita la puesta en operación comercial de la planta de generación antes de la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial, “el contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento”⁷⁴³. Es decir, el propio Reglamento RER señala las consecuencias directas y automáticas de un incumplimiento de la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial.
431. Cuando Greinvest decidió invertir en los Proyectos RER, sabía todo lo anterior. No podía ser de otra manera —y de hecho no lo fue, dado que el Sr. Sillen afirma que Greinvest “employed a top-tier group of local and internationally renowned legal,

⁷⁴⁰ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.C.

⁷⁴¹ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.D.

⁷⁴² Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.B.

⁷⁴³ Anexo MQ-0005, Reglamento RER, art. 1.13.C.

technical, hydrological, construction, cultural, and social experts to advise us on the financial, construction feasibility, regulatory, and legal risks involved in hydro projects under the RER Promotion"⁷⁴⁴. Es decir, CH Mamacocha tenía pleno conocimiento que el Reglamento RER vigente imposibilitaría una extensión de la Fecha de Término del Contrato y la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial. CH Mamacocha por su parte igualmente tenía pleno conocimiento de las consecuencias legales de no cumplir con la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial —aunque ahora intente evadir esas consecuencias.

b. Las Bases Consolidadas tampoco permitían una extensión de la Fecha de Término del Contrato y la POC Real

432. Las Bases Consolidadas son consistentes con las disposiciones del Reglamento RER, pues definen la Fecha de Término del Contrato de la siguiente manera:

Es el 31 de diciembre de 2036, **fecha no modificable por ninguna causa**, hasta la cual se le garantiza al Concesionario la Tarifa de Adjudicación⁷⁴⁵. (Énfasis añadido)

433. El carácter inamovible de la Fecha de Término del Contrato se reafirma en la cláusula 7.1 de las Bases Consolidadas:

7.1 Fecha de Término del Contrato

Esta fecha **no será modificable por ninguna causa**, ni aún por Fuerza Mayor⁷⁴⁶. (Énfasis añadido)

434. La absoluta claridad de lo anterior se evidencia también en las sugerencias y consultas de algunas empresas que participaron en la Tercera Subasta, y en las respuestas del Comité a las mismas. Por ejemplo, algunos participantes habían propuesto cambios a la definición de Fecha de Término del Contrato prevista en el proyecto de contrato RER durante la etapa de consulta y análisis de las Bases de

⁷⁴⁴ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 13.

⁷⁴⁵ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.30.

⁷⁴⁶ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 7.1.

la Tercera Subasta. Esas modificaciones buscaban excluir casos de fuerza mayor de la interpretación de “por cualquier causa”, en la definición de Fecha de Término del Contrato bajo la cláusula 7.1 de las Bases Consolidadas. Por ejemplo, la consulta no. 53 y la respuesta del Osinergmin dicen lo siguiente:

Consulta N°53

Numeral 1.4.22, Anexo 12, Página 55:

Solicitamos se sirvan precisar en el numeral 1.4.22 del Contrato que la frase: “por ninguna causa”, excluye el supuesto de Fuerza Mayor definido en la cláusula 7 del Contrato.

En ese sentido, se propone la siguiente redacción al numeral bajo análisis:

“1.4.22. Fecha de Término del Contrato: Es el 31 de diciembre de 2036, fecha no modificable por ninguna causa salvo por Fuerza Mayor conforme a la definición establecida en la cláusula 7 del presente Contrato, hasta la cual se le garantiza al Concesionario la Tarifa de Adjudicación.”

Respuesta a la Consulta N° 53.

Sugerencia no aceptada⁷⁴⁷.

435. Lo anterior demuestra que todas las empresas que participaron en la Tercera Subasta (incluida CH Mamacocha) entendían claramente que la Fecha de Término del Contrato era inamovible *por cualquier causa*, incluida la fuerza mayor.
436. En concordancia con el Reglamento RER, las Bases Consolidadas fijaron el 31 de diciembre de 2016 como la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial⁷⁴⁸ (20 años antes de la Fecha de Término del Contrato); consecuentemente, la Fecha

⁷⁴⁷ **Anexo R-0101**, Circular No. 1, Comité para la Tercera Subasta, 10 de septiembre de 2013, pág. 15.

⁷⁴⁸ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.32 (“**Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial**: Es el 31 de diciembre de 2016, fecha establecida en el tercer párrafo del Numeral 1.1 de las Bases, considerando veinte (20) años hasta la Fecha de Término del Contrato”).).

Real de Puesta en Operación Comercial sería el 31 de diciembre de 2018⁷⁴⁹ (i.e., dos años después de la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial). Al igual que el Reglamento RER, las Bases Consolidadas expresamente contemplaban la resolución automática del Contrato RER y la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento en caso que un Proyecto RER no lograra la POC antes del 31 de diciembre de 2018⁷⁵⁰.

437. Durante la etapa de consulta y análisis de las Bases de la Tercera Subasta⁷⁵¹, algunas empresas interesadas también habían propuesto cambios al lenguaje de la cláusula 8.4, para excluir su aplicación en circunstancias de fuerza mayor. Dicha sugerencia fue rechazada, sin embargo, como se señala a continuación:

Consulta N°37.

Numeral 8.4, Anexo 12, Página 64:

Solicitamos se sirvan precisar en el numeral 8.4 del Contrato que la frase: “por cualquier motivo”, excluye el supuesto de Fuerza Mayor definido en la cláusula 7 del Contrato.

En ese sentido, se propone la siguiente redacción al numeral bajo análisis:

“8.4 Puesta en Operación Comercial posterior al 31 de diciembre de 2018: Si al 31 de diciembre de 2018, por cualquier motivo salvo Fuerza Mayor conforme a la definición establecida en la cláusula 7 del presente Contrato, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento.”

Respuesta a la Consulta N° 37.

⁷⁴⁹ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.31 (“**Fecha Real de Puesta en Operación Comercial**: Es la fecha real de entrada en operación comercial de cada central, certificada por el COES de acuerdo a sus Procedimientos, la cual no podrá exceder en dos (02) años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento”).

⁷⁵⁰ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.31.

⁷⁵¹ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶¶ 31–32.

Sugerencia no aceptada⁷⁵².

438. El rechazo de esta modificación propuesta a la cláusula 8.4 del proyecto de contrato RER nuevamente demuestra que no concretar la puesta en operación comercial antes del 31 de diciembre de 2018 resultaría en la resolución automática del contrato y la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
439. Adicionalmente, la cláusula 1.4.4 de las Bases Consolidadas especificaba que “[l]a sola presentación del Sobre de Calificación, implicará, sin necesidad de acto posterior alguno, el pleno conocimiento, aceptación y sometimiento incondicional . . ., de todo lo dispuesto en las Bases”⁷⁵³. Esa cláusula confirma que al presentar el Sobre de Calificación, CH Mamacocha había manifestado “pleno conocimiento, aceptación y sometimiento incondicional” a los términos y condiciones de las Bases Consolidadas, incluyendo sobre la inamovilidad de las fechas críticas y las consecuencias legales de no concretar la POC antes del 31 de diciembre de 2018.

c. Los términos del Contrato RER suscrito por CH Mamacocha también que no se podía extender ni la Fecha de Término del Contrato ni la POC Real

440. La inamovilidad de las fechas críticas discutidas anteriormente quedó plasmada además con absoluta claridad en el Contrato RER que CH Mamacocha suscribió el 18 de febrero de 2014⁷⁵⁴. De conformidad con el Reglamento RER y las Bases Consolidadas, el Contrato RER respetó la interconectividad de las tres fechas críticas para los Proyectos RER, y no contemplaban por ningún motivo una modificación de la Fecha de Término del Contrato o una ampliación de la POC Real.

⁷⁵² **Anexo R-0101**, Circular No. 1, Comité para la Tercera Subasta, 10 de septiembre de 2013, pág. 10.

⁷⁵³ **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.4.4.

⁷⁵⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER.

441. La cláusula 1.4.22 del Contrato RER definió la Fecha de Término del Contrato como “el **31 de diciembre de 2036**, fecha **no modificable por ninguna causa . . .**”⁷⁵⁵ (énfasis añadido). El Contrato RER también definió la POC Referencial (viz., 31 de diciembre de 2016)⁷⁵⁶ y la POC Real (viz., 31 de diciembre de 2018)⁷⁵⁷.
442. Por otra parte, el Contrato RER contemplaba su resolución automática y al ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento en la eventualidad de no concretar la POC Real:
- Si al 31 de diciembre de 2018, por cualquier motivo, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento⁷⁵⁸.
443. En resumen, si un Proyecto RER no lograba acreditar su puesta en operación comercial antes de la POC Real, por aplicación de sus propias disposiciones el Contrato RER quedaba automáticamente resuelto y el MINEM debía ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento⁷⁵⁹. Una ampliación de la POC Real no era contractualmente posible, y la Fecha de Término del Contrato no podía modificarse por ninguna causa⁷⁶⁰.
444. Nada de lo anterior puede constituir motivo de sorpresa, ni ser negado por las Demandantes. CH Mamacocha presentó en su Sobre de Calificación la declaración jurada que se citó anteriormente, en la que manifestó expresamente que reconocía

⁷⁵⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

⁷⁵⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.24.

⁷⁵⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.23.

⁷⁵⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

⁷⁵⁹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

⁷⁶⁰ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

“el carácter no modificable de la Fecha de Término del Contrato, aun cuando se presenten eventos de Fuerza Mayor”⁷⁶¹.

445. En consecuencia de todo lo expuesto, todo intento de las Demandantes de desconocer el carácter inamovible de la Fecha de Término del Contrato debe ser rechazado. Las Demandantes sabían que la Fecha de Término del Contrato era inamovible, y sabían que era contractualmente imposible la ampliación de la POC Real. También resulta fútil cualquier intento por parte de las Demandantes de ignorar las consecuencias de no acreditar la puesta en operación comercial antes del 31 de diciembre de 2018, correspondiente a la POC Real bajo la cláusula 8.4 del Contrato RER.

2. *CH Mamacocha no tenía derecho a una ampliación de la POC Real*

a. La Adenda No. 2 no debió haber sido otorgada

446. En la **Sección II.C**, el Perú explicó que CH Mamacocha solicitó una serie de cambios al Contrato RER mediante la Segunda Solicitud de Extensión de la POC⁷⁶². Además de solicitar una modificación a su Cronograma de Ejecución, CH Mamacocha también propuso los siguientes tres cambios al Contrato RER:

- a. Modificar la definición de Fecha de Término del Contrato (cláusula 1.4.22 del Contrato RER), de tal forma que el período entre la Fecha de Término del Contrato y la POC propuesta no fuese menor a 20 años⁷⁶³.
- b. Modificar la cláusula 8.4 del Contrato RER para precisar que el Estado no podría resolver el Contrato RER en caso de que la POC del Proyecto

⁷⁶¹ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

⁷⁶² **Anexo C-0157**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (R. Ortiz), 1 de julio de 2016 (“**Segunda Solicitud de Extensión de la POC**”).

⁷⁶³ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 30.

Mamacocha ocurriese con posterioridad al 31 de diciembre de 2018 por causas atribuibles al Estado⁷⁶⁴.

- c. Incluir una cláusula que aclarase que el Contrato RER tendría primacía sobre las Bases Consolidadas en caso de que surgiese una inconsistencia entre ambos⁷⁶⁵.
447. Con su solicitud, CH Mamacocha reconoció implícitamente que las modificaciones propuestas a las cláusulas 1.4.22 y 8.4 del Contrato RER eran contrarias a las Bases Consolidadas —de ahí la necesidad de subordinar las Bases Consolidadas al Contrato RER.
448. El MINEM le solicitó al Osinergmin que opinara sobre las propuestas de modificación del Contrato RER presentadas por CH Mamacocha⁷⁶⁶. Con base en la opinión del Osinergmin y de su propio análisis, el MINEM concluyó que ninguna de las solicitudes de CH Mamacocha era procedente⁷⁶⁷. Concretamente, determinó que la modificación propuesta a la definición de Fecha de Término del Contrato bajo la cláusula 1.4.22 del Contrato RER (la cual establece que “Fecha de Término del Contrato” es el 31 de diciembre de 2036, “fecha no modificable por ninguna causa”) era legalmente imposible. Efectivamente, el Reglamento RER establece que: la Fecha de Término del Contrato previsto en las Bases Consolidadas era “no modificable por ninguna causa”⁷⁶⁸; la POC Real “no podrá exceder en dos (02) años la Fecha de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resulto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento”⁷⁶⁹; y el

⁷⁶⁴ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 30.

⁷⁶⁵ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, pág. 30.

⁷⁶⁶ *Ver Anexo C-0012*, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, págs. 3–4.

⁷⁶⁷ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, págs. 14–15.

⁷⁶⁸ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.B.

⁷⁶⁹ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.C.

período entre la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato es de 20 años⁷⁷⁰.

449. El MINEM también rechazó la modificación propuesta a la cláusula 8.4 del Contrato RER y la propuesta de adición de la cláusula que subordinaba las Bases Consolidadas al Contrato RER. Sobre la última, el MINEM estuvo de acuerdo con la opinión del Osinergmin, concluyendo que las Bases Consolidadas y el Contrato RER eran congruentes, y que la cláusula 1.1 del Contrato RER especificaba que las Bases Consolidadas serían parte integrante del Contrato RER⁷⁷¹. Lo anterior también se ve reflejado en la definición de “Contrato” bajo la cláusula 1.4.12, la cual especifica que el Contrato RER “[i]ncluye las Bases [Consolidadas] y las circulares”⁷⁷². En definitiva, el rechazo de las modificaciones propuestas es consistente con lo establecido en el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER.
450. No obstante el peso de todo lo anterior, el MINEM incorrectamente decidió acoger la solicitud de CH Mamacocha de modificar el Cronograma de Ejecución del Proyecto Mamacocha, moviendo la POC a una fecha posterior al 31 de diciembre de 2018⁷⁷³. Esa solicitud también debió haber sido rechazada porque, como se explicó anteriormente, el Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER prohibían que la POC Real fuese posterior al 31 de diciembre de 2018.
451. El MINEM incorrectamente consideró que la extensión de la POC solicitada por CH Mamacocha se justificaba por supuestos atrasos en la tramitación por parte de autoridades estatales de las Concesiones de Generación y de la Línea de

⁷⁷⁰ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.D.

⁷⁷¹ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, págs. 4, 14.

⁷⁷² **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.12.

⁷⁷³ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, pág. 13; *ver* **Anexo C-0009**, Adenda No. 2 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable del sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L., 3 de enero de 2017.

Transmisión, sin embargo, los atrasos en la obtención de los permisos necesarios para la construcción del Proyecto Mamacocha no eran una causa válida para otorgar una extensión de la POC. La obtención a tiempo de los títulos habilitantes del Proyecto Mamacocha era un riesgo que el Contrato RER asignó exclusivamente a CH Mamacocha⁷⁷⁴. Además, el Contrato RER ya le otorgaba a CH Mamacocha una holgura ("*float*") de dos años (el período entre la POC Referencial y la POC Real) para compensar por cualquier atraso en la obtención de los permisos necesarios para la construcción del Proyecto Mamacocha.

452. La imposibilidad legal de extender la POC a una fecha posterior al 31 de diciembre de 2018 para proyectos pertenecientes a la Tercera Subasta, incluso en la eventualidad de atrasos en la otorgación de permisos u autorizaciones, ha sido confirmada por otros tribunales arbitrales. Por ejemplo, en la Tercera Subasta la empresa Electro Zaña S.A.C. obtuvo un Contrato RER con el cual decidió desarrollar la Central Hidroeléctrica Zaña I. Esa empresa sufrió algunos atrasos en la obtención de servidumbres necesarias para la construcción de la central hidroeléctrica, no logrando acreditar la POC el 29 de diciembre de 2018 (plazo previsto en el cronograma de ejecución de ese proyecto) debido a un problema técnico en una de sus unidades de generación⁷⁷⁵. Esa central hidroeléctrica acreditó la POC el 15 de febrero de 2019, es decir, en una fecha posterior a la POC Real del 31 de diciembre de 2018⁷⁷⁶. Consecuentemente, perdió el derecho a obtener la

⁷⁷⁴ Ver e.g., **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.3 ("La suscripción del Contrato no elimina ni afecta la obligación de la Sociedad Concesionaria, de solicitar, suscribir y cumplir los requisitos para obtener la Concesión Definitiva de la Central de Generación que la Sociedad Concesionaria deberá tramitar en el Ministerio"), cláusula 3.2 ("La Sociedad Concesionaria se obliga a gestionar y cumplir con todos los requisitos para la obtención de la Concesión Definitiva y para la construcción de una planta de generación eléctrica . . ."), cláusula 4.1 ("La Sociedad Concesionaria deberá cumplir con todas las normas y procedimientos previstos en la LCE, el RLCE y demás normas aplicables para efectos de obtener la Concesión Definitiva de Generación RER.").

⁷⁷⁵ Ver **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 45.

⁷⁷⁶ Ver **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 45.

Tarifa de Adjudicación. Electro Zaña demandó al MINEM solicitando, entre otras cosas que el tribunal declare que “Electro Zaña tiene derecho a una ampliación de plazo para obtener la POC hasta una fecha posterior al 15 de febrero de 2019” debido a los atrasos que sufrió en obtener las servidumbres⁷⁷⁷. Pero el tribunal rechazó esa pretensión. Luego de analizar todos los argumentos y la evidencia, el tribunal concluyó que el marco regulatorio hacía legalmente imposible que se ampliaran los plazos, incluso si se producían demoras que no eran imputables al concesionario:

Tal como está diseñado el Régimen de Promoción de la Inversión para la Generación de Electricidad con el uso de RER (Régimen RER), no es necesario que el Concesionario recurra al ESTADO con la finalidad de conseguir ampliaciones de plazo cuando por causas no imputables se han producido demoras en la ejecución de las obras, pues el Sistema ya le otorga al Concesionario, sin necesidad de presentar justificación alguna, dos años adicionales de holgura contados desde la fecha en la que debería haber culminado su proyecto, para que pueda terminarlo. Este mecanismo, que otorga al Concesionario un plazo de hasta dos años de holgura para compensar por adelantado cualquier retraso que pueda ocurrir en el futuro por la razón que sea, tiene mucha lógica en un contexto en el que **los plazos del Régimen RER son inmodificables**, por cuanto la circunstancia de no poder modificar los plazos impediría que se autoricen prórrogas o ampliaciones de plazo durante la ejecución de las obras, por más justificados que se encuentren los pedidos —a menos que se quiebren los parámetros del Sistema—, lo que a su turno podría generar situaciones muy injustas. Por tanto, **los plazos del Régimen RER son inmodificables pero contemplan un plazo de dos años de holgura que el Concesionario puede utilizar libremente**, sin necesidad de dar explicaciones o justificar las razones de sus atrasos⁷⁷⁸. (Énfasis añadido)

⁷⁷⁷ Ver **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 18.

⁷⁷⁸ **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 286.

453. Preciso además ese tribunal que:

el riesgo de que ocurra cualquier circunstancia que pudiera impactar en los tiempos de la ejecución de la obra, corresponde al Concesionario, a quien en función del marco legal aplicable y del propio Contrato, se le concedió dos años de holgura para poder afrontar, con este periodo adicional, cualquier contingencia que pudiera presentarse durante la ejecución de las obras del proyecto y que pudiera impactar en la ruta crítica⁷⁷⁹. (Énfasis añadido)

454. Otro ejemplo es el de la Empresa de Generación Eléctrica Santa Lorenza S.A.C. Ese concesionario también presentó una demanda arbitral en contra del MINEM, alegando, entre otras cosas, que por causa de fuerza mayor se debía conceder una extensión de la POC de la Central Hidroeléctrica Santa Lorenza I, más allá del 31 de diciembre de 2018⁷⁸⁰. Luego de analizar el Contrato RER, el tribunal en ese caso igualmente concluyó que las empresas que suscribieron los Contratos RER asumieron el riesgo de acreditar la POC antes del 31 de diciembre de 2018:

[L]a declaración de voluntad contenida en el texto de las Cláusulas 1.4.23 y 8.4 del Contrato de Concesión RER se constata que la asignación del riesgo de terminación del contrato como consecuencia de incumplimiento por imposibilidad de concretar al 31 de diciembre de 2018 con una Central RER con su Puesta en Operación Comercial certificada por el COES, por cualquier causa, sea esta una

⁷⁷⁹ **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 289.

⁷⁸⁰ Ver **RL-0098**, *Empresa de Generación Eléctrica Santa Lorenza S.A.C. c. Ministerio de Energía y Minas*, Caso Arbitral No. 0672-2018-CCL, Laudo, 28 de octubre de 2019 (Maccan, Pazos, Velaochaga), ¶ 11.

fuerza mayor, fue conscientemente asumido por el Concesionario⁷⁸¹.

455. Parte de ese riesgo, señaló el tribunal, incluía posibles atrasos por causas de fuerza mayor, toda vez que:

la única interpretación posible, que refleja la voluntad real contractual es que **la condición resolutoria establecida en la cláusula 8.4 resulta de aplicación en caso que el evento condicionante se materialice “por cualquier motivo”**, con lo cual despliega el cese de los efectos del Contrato de Concesión RER inclusive medie un supuesto de imposibilidad por razones de Fuerza Mayor⁷⁸². (Énfasis añadido)

456. Ese tribunal también enfatizó que la imposibilidad de prorrogar la POC a una fecha posterior al 31 de diciembre de 2018 no era puramente contractual, sino que también estaba establecida por el Reglamento RER⁷⁸³.
457. En conclusión, dos tribunales arbitrales bajo la Cámara de Comercio de Lima, integrados por árbitros con reconocida experticia en derecho peruano, han avalado la posición que el Perú presenta en este arbitraje —a saber, que la POC no

⁷⁸¹ **RL-0098**, *Empresa de Generación Eléctrica Santa Lorenza S.A.C. c. Ministerio de Energía y Minas*, Caso Arbitral No. 0672-2018-CCL, Laudo, 28 de octubre de 2019 (Maccan, Pazos, Velaochaga), ¶ 138.

⁷⁸² **RL-0098**, *Empresa de Generación Eléctrica Santa Lorenza S.A.C. c. Ministerio de Energía y Minas*, Caso Arbitral No. 0672-2018-CCL, Laudo, 28 de octubre de 2019 (Maccan, Pazos, Velaochaga), ¶ 141.

⁷⁸³ **RL-0098**, *Empresa de Generación Eléctrica Santa Lorenza S.A.C. c. Ministerio de Energía y Minas*, Caso Arbitral No. 0672-2018-CCL, Laudo, 28 de octubre de 2019 (Maccan, Pazos, Velaochaga), ¶ 164 (“[E]l Contrato de Concesión RER es un contrato normado cuyo contenido resulta regulado por el Decreto Legislativo No 1002, el Reglamento RER -Decreto Supremo No 012-2011-EM, modificado por el Decreto Supremo No. 024-2013-MEM, y el Procedimiento de Cálculo de la Prima para la Generación con RER – Resolución No 001-2010-OS/CD de Osinergrmin y modificatorias-, dentro de las cuales destaca la imposibilidad de que la Fecha Real de Entrada en Operación Comercial de cada central, certificada por el COES exceda en más de dos años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial. Por ende, dicho contrato contiene estipulaciones que se sujetan al marco regulatorio o la imposición normativa, y que se quedan integradas al Contrato sin perjuicio de contener otras que coexisten y cuya fuente es estrictamente la voluntad de las partes”).

podía por ningún motivo ser extendida a una fecha posterior al 31 de diciembre de 2018, como lo solicitó CH Mamacocha.

458. A pesar de lo anterior, el MINEM equivocadamente otorgó al Proyecto Mamacocha una extensión de la POC hasta el 14 de marzo de 2020, a través de la Adenda No. 2⁷⁸⁴. Posteriormente el MINEM, en ejercicio de su derecho contractual bajo la cláusula 11.3 b) del Contrato RER, inició el Arbitraje de Lima para anular la extensión de la POC que le había sido otorgada por el MINEM a CH Mamacocha por medio de la Adenda No. 2 (*ver Sección III.F*). Como se explica en la **Sección III.F**, ese Arbitraje de Lima concluyó el 24 de diciembre de 2020 sin que se conociera el fondo de la pretensión, porque el tribunal concluyó que carecía de jurisdicción. Por lo tanto, la Adenda No. 2 *no* ha sido anulada, no obstante haber sido directamente contraria a la normativa pertinente, como se ha demostrado.

b. El MINEM correctamente rechazó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC

459. El 1 de febrero de 2018, CH Mamacocha presentó una Tercera Solicitud de Extensión de la POC⁷⁸⁵. En esa solicitud, CH Mamacocha solicitó las siguientes tres modificaciones al Contrato RER:
- a. extender la POC del Proyecto Mamacocha por 1.480 días calendario;
 - b. alterar la definición de Fecha de Término del Contrato prevista en la cláusula 1.4.22 del Contrato RER; y
 - c. alterar la definición de Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia) prevista en la cláusula 1.4.37 del Contrato RER.

⁷⁸⁴ **Anexo C-0009**, Adenda No. 2 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable del sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L., 3 de enero de 2017, págs. 5-6.

⁷⁸⁵ **Anexo C-0127**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018.

460. El propósito de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC era asegurar: (i) una extensión de la POC por 1.480 días; y (ii) que CH Mamacocha obtuviera Ingresos Garantizados bajo el Contrato RER por un período no menor de 20 años⁷⁸⁶. Sin embargo, CH Mamacocha no tenía derecho ni a una extensión de la POC ni a un período de 20 años de Ingresos Garantizados, como incorrectamente argumentan las Demandantes.
461. El Perú demostró anteriormente que la Tercera Solicitud de Extensión de la POC presentada por CH Mamacocha había sido manifiestamente deficiente, puesto que la empresa no había presentado un Cronograma de Ejecución actualizado que ilustrara la extensión de la POC por 1.480 días, ni tampoco había especificado las alteraciones que proponía a las definiciones de las cláusulas 1.4.22 y 1.4.37 del Contrato RER. CH Mamacocha intentó corregir esos defectos en una carta enviada al MINEM el 9 de febrero de 2018, en la cual sí presentó un Cronograma de Ejecución actualizado. En esa misma carta CH Mamacocha explicó que la solicitud de extensión era de 351 días para todos los hitos, y pretendía extender la Fecha de Término del Contrato y el Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación un total de 1.520 días calendario, a partir del 31 de diciembre de 2036⁷⁸⁷. Sin embargo, ese Cronograma de Ejecución actualizado también resultó deficiente, porque no incluía la ruta crítica del Proyecto Mamacocha ni tampoco identificaba la totalidad de los hitos requeridos bajo la cláusula 4.6 del Contrato RER⁷⁸⁸. CH Mamacocha

⁷⁸⁶ Memorial de Demanda, ¶ 142; *ver* **Anexo C-0127**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 2.

⁷⁸⁷ *Ver* **Anexo C-0128**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (Á. Grossheim), 9 de febrero de 2018, pág. 2.

⁷⁸⁸ *Ver* **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.6 (“El cronograma deberá contener, como mínimo, los siguientes hitos: cierre financiero, inicio de obras civiles, llegada a sitio de obra del principal equipamiento electromecánico, inicio de equipamiento electromecánico, Puesta en Operación Comercial”); *ver* **Sección II.F**.

tampoco ofrecía en el documento el texto de los cambios que proponía realizar a las cláusulas 1.4.22 y 1.4.37 del Contrato RER⁷⁸⁹.

462. Dejando a un lado esas deficiencias, ninguna de las solicitudes de CH Mamacocha podían ser acogidas, sencillamente porque eran contrarias al Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. Como el Perú ha explicado en esta Sección, la extensión de POC Real a una fecha posterior al 31 de diciembre de 2018 era legalmente improcedente. Igual de improcedente era alterar la definición de la Fecha de Término del Contrato, toda vez que el Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el propio Contrato RER especificaban que esa fecha era “no modificable por ninguna causa”⁷⁹⁰. Tal inamovilidad es algo que CH Mamacocha reconoció expresamente en la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, pero que optó por categorizar como “ilegal”:

[CH Mamacocha] considera que la inclusión de una disposición [en el Reglamento RER] que desconoce de plano toda causal que pudiera justificar una modificación a la “Fecha de Término del Contrato” –posteriormente recogida también en las Bases y posteriores Contratos RER celebrados por el Estado– es ilegal, al igual que las Cláusulas contractuales que repiten dicha posición en el Contrato de Concesión⁷⁹¹.

463. De hecho, tan consciente era CH Mamacocha de la incompatibilidad existente entre las modificaciones que propuso en su Tercera Solicitud de Extensión de la POC y el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER, que le pidió al MINEM que “realice un Control de Legalidad” de la definición de Fecha de

⁷⁸⁹ Ver **Anexo C-0128**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (Á. Grossheim), 9 de febrero de 2018.

⁷⁹⁰ **Anexo MQ-0005**, Reglamento RER, art. 1.13.B.; **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.2.30; **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

⁷⁹¹ **Anexo C-0127**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 6.

Término del Contrato⁷⁹². Eso demuestra que CH Mamacocha tenía pleno conocimiento y entendimiento de los términos del Contrato RER, los cuales voluntariamente suscribió, y de sus implicancias. Además, CH Mamacocha declaró bajo juramento que reconocía que la Fecha de Término del Contrato no podía modificarse por razón alguna⁷⁹³, y el MINEM ya había rechazado una solicitud de modificación a la definición de Fecha de Término del Contrato presentada por CH Mamacocha con la Segunda Solicitud de Extensión de la POC. No podía CH Mamacocha tener ninguna expectativa de que el MINEM crearía una excepción para CH Mamacocha o que aceptaría modificaciones que eran legalmente imposibles bajo el marco normativo pertinente.

464. El MINEM tampoco podía aceptar la propuesta de modificación de la definición de Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia) bajo la cláusula 1.4.37 del Contrato RER. En concreto, esa cláusula define el Plazo de Vigencia como “el periodo comprendido entre la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato (31 de diciembre de 2036).”⁷⁹⁴. En vista de que ese término se define con referencia a dos fechas que a su vez son inamovibles (viz., POC Real y Fecha de Término del Contrato), es una consecuencia lógica que esa cláusula tampoco podía ser modificada para extender el Plazo de Vigencia.
465. Las Demandantes argumentan incorrectamente que la modificación de la definición de Plazo de Vigencia era necesaria para *“restore the 20-year Term of Validity for the Guaranteed Revenue Concession that Peru promised under the RER*

⁷⁹² **Anexo C-0127**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 9.

⁷⁹³ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

⁷⁹⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.37.

Contract”⁷⁹⁵. Ese argumento presenta de forma distorsionada e incorrecta el alcance y objetivo del Contrato RER. Ese contrato no le otorgaba a CH Mamacocha ningún derecho a percibir un Ingreso Garantizado por un período de 20 años. Lo que el Contrato RER obligaba al Estado a hacer era pagarle a CH Mamacocha el Ingreso Garantizado durante el Plazo de Vigencia, pero solo a condición que CH Mamacocha cumpliera con los términos del Contrato RER, incluyendo la POC antes del 31 de diciembre de 2018, y que inyectase la energía RER al SEIN. Lo anterior se refleja en las definiciones de Ingreso Garantizado y Plazo de Vigencia del Contrato RER, las cuales se reproducen a continuación:

1.4.26 Ingreso Garantizado: Es el ingreso anual que percibirá la Sociedad Concesionaria por las inyecciones netas de energía hasta el límite de la Energía Adjudicada remuneradas a la Tarifa de Adjudicación. Se aplicará únicamente durante el Plazo de Vigencia⁷⁹⁶.

1.4.37 Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia): Es el periodo comprendido entre la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato (31 de diciembre de 2036). **Durante el Plazo de Vigencia la Sociedad Concesionaria se compromete a suministrar electricidad al sistema con tecnología RER y se le garantiza el pago de la Tarifa de Adjudicación por las Inyecciones Netas de Energía producida por su central de generación RER hasta el límite de la correspondiente Energía Adjudicada⁷⁹⁷. (Énfasis añadido)**

466. Además, como se explicó en la **Sección II.F**, las modificaciones solicitadas por CH Mamacocha también habían sido consideradas en el contexto del Proyecto de Decreto Supremo elaborado por el MINEM. Como explica el ex Ministro Francisco Ísmodes, las propuestas contenidas en el Proyecto de Decreto Supremo, de haber

⁷⁹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 141.

⁷⁹⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.26.

⁷⁹⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.37.

sido adoptadas, habrían resultado en una modificación de las condiciones competitivas de la Tercera Subasta y podrían además haber resultado en responsabilidad para el Estado⁷⁹⁸. Por esos motivos, el Proyecto de Decreto Supremo no fue adoptado.

467. En consecuencia, el MINEM no podía aceptar las modificaciones propuestas en la Tercera Solicitud de Extensión de POC, lo cual hubiese otorgado impermisiblemente a CH Mamacocha un trato exclusivo y preferencial sobre el resto de los postores que participaron en la Tercera Subasta.
468. Las Demandantes le otorgan mucha importancia al hecho de que el MINEM no respondió a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC dentro del plazo de 30 días hábiles previsto en la LPAG⁷⁹⁹. Además de la carta de CH Mamacocha, del 9 de febrero de 2018, la que pretendía aclarar algunos aspectos de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, CH Mamacocha envió una comunicación al MINEM el 21 de febrero de 2018 solicitando una respuesta del MINEM⁸⁰⁰. Alegan que la ausencia de respuesta por parte del MINEM motivó la presentación de la Segunda Notificación de Arbitraje, el 7 de marzo de 2018⁸⁰¹.
469. En primer lugar, el MINEM no podía responder a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC mientras persistieran deficiencias en la misma, las cuales se señalaron anteriormente. Esa solicitud no había adjuntado el Cronograma de Ejecución modificado, ni había proporcionado el texto que se proponía para la modificación de las cláusulas 1.4.22 y 1.4.37 que solicitaba. Tan confusa fue esa solicitud que CH Mamacocha envió una carta adicional el 9 de febrero de 2018 para precisar algunos aspectos de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC. No obstante, esa carta adicional también fue deficiente.

⁷⁹⁸ Ver Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶ 27.

⁷⁹⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 142, 144, 145-146.

⁸⁰⁰ **Anexo R-0135**, Carta de HLA (C. Canseco) a MEM (A. Grossheim), 21 de febrero de 2018.

⁸⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 144.

470. En segundo lugar, el plazo de 30 días hábiles previsto por la LPAG no era de aplicación, porque la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no se trataba de la emisión de un acto administrativo unilateral, sino de un acto contractual entre CH Mamacocha y el MINEM en relación con el Contrato RER. Carlos Monteza, experto independiente en derecho administrativo peruano, concluye en su informe pericial lo siguiente:

[L]a LPAG, dada su naturaleza y estructura, solo dispone de reglas y principios supletorios y puntuales susceptibles de aplicarse, pues tal norma está configurada para regular la emisión de actos administrativos unilaterales y no contractuales⁸⁰².

471. En tercer lugar, la ausencia de respuesta se debía a que el MINEM estaba evaluando el Proyecto de Decreto Supremo que potencialmente habría de reformar la normativa aplicable para hacer legalmente posible otorgar el tipo de ampliaciones a los plazos del Contrato RER que solicitaba CH Mamacocha y otras empresas que habían suscrito contratos bajo la Tercera y Cuarta Subasta. En consecuencia, la ausencia de respuesta a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no se debe a desidia o falta de atención por parte del MINEM, como mal sugiere las Demandantes. Se debe más bien, por lo menos o en parte a, la defectuosa manera en la cual CH Mamacocha había presentado esa solicitud, y a que el MINEM, en paralelo, buscaba una manera de ayudar a que CH Mamacocha lograra concretar la POC.

3. *El MINEM tiene derecho a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento bajo la cláusula 8.4 del Contrato RER*

472. Como se explicó anteriormente, la cláusula 8.4 del Contrato RER establece que si Proyecto RER no acredita su puesta en operación comercial antes del 31 de

⁸⁰² Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 240.

diciembre de 2018 (POC Real), el Contrato RER quedará resuelto de pleno derecho y el MINEM ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento:

Si al 31 de diciembre de 2018, por cualquier motivo, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento⁸⁰³.

473. El Proyecto Mamacocha no solo no se puso en operación comercial el 31 de diciembre de 2018 (POC Real), sino que ni siquiera ello ocurrió para el 14 de marzo de 2020 (POC Real bajo la (inválida) Adenda No. 2). La consecuencia de ese incumplimiento por parte de CH Mamacocha es que el MINEM debe ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento (de USD 5 millones) otorgada por CH Mamacocha, en aplicación de la cláusula 8.4 del Contrato RER⁸⁰⁴.
474. Las Demandantes admiten que el Contrato RER ha sido resuelto, pero argumentan que no fue en virtud de la cláusula 8.4 sino del artículo 1432 del Código Civil peruano⁸⁰⁵. Ese argumento, sin embargo, es incorrecto. Explica el experto en derecho civil peruano Claudio Lava Cavassa que la resolución del contrato por imposibilidad (prevista en el artículo 1432 del Código Civil peruano) no aplica en este caso⁸⁰⁶.
475. El MINEM no ha ejecutado todavía la Garantía de Fiel Cumplimiento, respetando la restricción impuesta por la cláusula 11.6 del Contrato RER, la cual especifica que “[s]i la materia de arbitraje fuera el cumplimiento de las obligaciones garantizadas

⁸⁰³ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

⁸⁰⁴ *Ver* Memorial de Demanda, ¶¶ 20, 72.

⁸⁰⁵ Memorial de Demanda, ¶ 499; *ver* **RL-0048**, Código Civil, art. 1432 (“Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieran quedado relativos a la prestación.”).

⁸⁰⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.14.

con fianza conforme a la Cláusula 8, si fuera aplicable, dicha garantía no podrá ser ejecutada y deberá ser mantenida vigente durante el procedimiento arbitral”⁸⁰⁷. En consecuencia, el MINEM solo ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento cuando este procedimiento arbitral concluya, en el supuesto que el Tribunal rechace las reclamaciones contractuales de las Demandantes —ya sea por falta de jurisdicción o por falta de mérito—, como lo solicita respetuosamente el Perú.

F. Tampoco el Arbitraje de Lima impidió que CH Mamacocha llegase a la POC

476. El 27 de diciembre de 2018, el MINEM, en ejercicio de sus derechos bajo la cláusula 11.3 b) del Contrato RER, presentó una demanda de arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima (“**Arbitraje de Lima**”). La pretensión principal del MINEM en el Arbitraje de Lima era declarar la nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2⁸⁰⁸. Recordará el Tribunal que la Adenda No. 1 había otorgado una extensión de 705 días calendario a CH Mamacocha y había fijado la fecha de la POC para el 8 de diciembre de 2018, mientras que la Adenda No. 2 le había otorgado a CH Mamacocha una extensión de 393 días calendario para cumplir el hito de Cierre Financiero y había aplazado los demás hitos por 462 días calendario, fijando así el 14 de marzo de 2020 como fecha límite para la POC.
477. El 24 de diciembre de 2020, el tribunal arbitral emitió un laudo sobre jurisdicción en el cual declaró que carecía de jurisdicción para resolver las pretensiones planteadas por el MINEM⁸⁰⁹, por estimar que la cuantía de la disputa excedía USD

⁸⁰⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 11.6.

⁸⁰⁸ **Anexo C-0097**, *MINEM c. CH Mamacocha S.R.L.*, Caso Arbitral No. 0669-2018-CCL, Demanda, 5 de diciembre de 2019, págs. 2-3 (El MINEM también solicitó que el tribunal (i) confirmase que la fecha de fin de vigencia del Contrato RER es el 31 de diciembre de 2036 y que esa fecha era inmodificable; (ii) declarase que los hitos del Cronograma de Ejecución de Obras deben ser ampliados únicamente por un plazo máximo de 610 días calendario; (iii) declarase que CH Mamacocha incumplió sus obligaciones contractuales y se comportó de forma contraria a la buena fe).

⁸⁰⁹ **Anexo R-0008**, *MINEM c. CH Mamacocha S.R.L.*, Caso Arbitral No. 0669-2018-CCL, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de diciembre de 2020.

20 millones y, por lo tanto, que la controversia debía ser dirimida en vez en un arbitraje internacional, de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del CIADI y la cláusula 11.3 a) del Contrato RER. Por lo tanto, el tribunal arbitral en el Arbitraje de Lima no llegó a pronunciarse sobre el fondo de la disputa, y por ende no resolvió las pretensiones del MINEM.

478. Las Demandantes alegan en el presente arbitraje que el Arbitraje de Lima “*relate[d] to the same facts, circumstances, controversy, and dispute as Claimants have been trying to resolve with Peru under Articles 10.15 and 10.16 of the TPA since at least June 20, 2017*”⁸¹⁰. Esa afirmación también es incorrecta, pues el Arbitraje de Lima cubre reclamos de una naturaleza fundamentalmente distinta, basados en hechos diferentes, a aquellos tratados en el presente arbitraje y en el trato directo que lo antecedió.
479. Por definición, las negociaciones de trato directo bajo el artículo 10.15 del Tratado abarcan posibles incumplimientos del Tratado⁸¹¹. En el presente caso, fue el 19 de junio de 2017 que CH Mamacocha presentó la Primera Notificación de Intención⁸¹². Tal notificación circunscribió la reclamación de CH Mamacocha a una supuesta violación de las obligaciones de brindar un trato justo y equitativo y de no expropiación bajo los artículos 10.5 y 10.7, respectivamente, del Tratado, invocando la iniciación de la Demanda del Gobierno Regional como supuesta causa de las violaciones alegadas⁸¹³. En ese sentido, las Demandantes también se equivocan cuando afirman que la Primera Notificación cubría reclamos “*under the*

⁸¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 168.

⁸¹¹ **Anexo RL-0051**, Tratado, art. 10.15 (“*In the event of an **investment dispute**, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures*” (énfasis añadido)).

⁸¹² **Anexo R-0007**, Notificación de Intención de someter una reclamación a consultas y negociación bajo el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, CH Mamacocha, 19 de junio de 2017 (“**Primera Notificación**”).

⁸¹³ Ver **Anexo R-0007**, Primera Notificación, págs. 15–20.

TPA and RER Contract”⁸¹⁴. Los reclamos presentados en la Primera Notificación no abarcaban incumplimientos de carácter contractual, sino que se referían exclusivamente a supuestas infracciones del Tratado.

480. El 8 de marzo de 2018 CH Mamacocha presentó la Segunda Notificación de Intención⁸¹⁵. Al igual que la Primera Notificación, la Segunda Notificación también se limitaba a alegar incumplimientos de los artículos 10.5 y 10.7 del Tratado, pero ahora invocando como base la supuesta falta de respuesta del Perú a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC⁸¹⁶.
481. En marcado contraste con el presente caso, el Arbitraje de Lima iniciado por el MINEM no tenía como causa u objeto la Demanda del Gobierno Regional (que había sido el objeto de reclamo en la Primera Notificación de CH Mamacocha) ni con la Tercera Solicitud de Extensión de la POC (que fue objeto de reclamo en la Segunda Notificación CH Mamacocha)⁸¹⁷. El principal objetivo del MINEM en el Arbitraje de Lima era más bien sencillamente que el tribunal declarase la nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2⁸¹⁸. Nada tiene que ver la validez de las Adendas Nos. 1 y 2 (suscritas el 17 de julio de 2015 y 3 de enero de 2017, respectivamente) con la Demanda del Gobierno Regional (iniciado el 14 de marzo de 2017) y con la Tercera Solicitud de Extensión de la POC (presentada el 1 de febrero de 2018). En consecuencia, las Demandantes se equivocan al afirmar que “[MINEM’s] claims completely overlap with the dispute already submitted by Claimants to this ICSID panel

⁸¹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 111.

⁸¹⁵ **Anexo C-0170**, *Latam Hydro LLC & CH Mamacocha SRL c. Republica de Perú*, Segundo aviso de intención de someter una reclamación de arbitraje, 8 de marzo de 2018 (“**Segunda Notificación**”).

⁸¹⁶ **Anexo C-0170**, Segunda Notificación, ¶¶ 38–48.

⁸¹⁷ Ver **Anexo C-0097**, *MINEM c. CH Mamacocha S.R.L.*, Caso Arbitral No. 0669-2018-CCL, Demanda, 5 de diciembre de 2019.

⁸¹⁸ **Anexo C-0097**, *MINEM c. CH Mamacocha S.R.L.*, Caso Arbitral No. 0669-2018-CCL, Demanda, 5 de diciembre de 2019, Primera y Segunda Pretensión Principal.

on August 30, 2019”⁸¹⁹. Existe una evidente diferencia en la naturaleza y ámbito del Arbitraje de Lima con los reclamos que fueron objeto de la Primera y Segunda Notificación.

482. En todo caso, el Arbitraje de Lima es el resultado del legítimo ejercicio del MINEM de sus derechos bajo el Contrato RER. La pretensión de MINEM en ese arbitraje local (viz., la declaración de nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2) estaba ampliamente fundamentada. Como se explicó en la **Sección III.E**, ni el Reglamento RER, ni las Bases Consolidadas, ni el Contrato RER permitían una prórroga de la POC Real más allá del 31 de diciembre de 2018. La cláusula 11.3 b) del Contrato RER, que permitía a las partes referir una controversia a la Cámara de Comercio de Lima si el valor de la misma era igual o inferior USD 20 millones, preveía un mecanismo para corregir el incorrecto otorgamiento de esas Adendas, toda vez que se buscaba una declaración de nulidad y no una indemnización por daños.
483. El Arbitraje de Lima tampoco amerita el énfasis que las Demandantes le otorgan, porque no afectó en absoluto al Proyecto Mamacocha. La iniciación de dicho arbitraje fue inconsecuente para CH Mamacocha, toda vez que ese procedimiento no suspendió la ejecución del Contrato RER ni le impidió a CH Mamacocha llegar a la POC. Al 27 de diciembre de 2018, fecha en la que el MINEM inició el arbitraje local, CH Mamacocha no había cumplido con *ninguno* de los hitos del Cronograma. A esa fecha, según los propios cálculos de las Demandantes, ya resultaba claro que le resultaría imposible a CH Mamacocha cumplir con todos los hitos necesarios para construir el Proyecto Mamacocha y certificar la POC antes del 14 de marzo de 2020 (fecha de la POC modificada por la Adenda No. 2). La prueba aportada por las Demandantes indica que la mera construcción del Proyecto Mamacocha requeriría 26 meses (según los cálculos más optimistas,

⁸¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 165; ¶ 168 (“Indeed, many of the factual and legal issues in the Statement of Claim are identical to those that Claimants noticed to Peru in June 2017 and March 2018 and ultimately included in their RFA”).

reflejados en la declaración testimonial de Andrés Bartrina, el gerente del Proyecto Mamacocha y consultor técnico de Latam Hydro)⁸²⁰ o de 33 a 36 meses (siguiendo el cálculo de *Hatch Engineering*, los consultores independientes que evaluaron la ingeniería del Proyecto Mamacocha)⁸²¹.

⁸²⁰ Primera Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, 14 de septiembre de 2020 (“**Declaración Testimonial de Andrés Bartrina**”), ¶¶ 46, 53, 74.

⁸²¹ Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶¶ 52–53.

IV. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE LAS DEMANDANTES

A. Principios legales aplicables a la determinación de la jurisdicción del Tribunal

484. En su Solicitud de Arbitraje y en su Memorial de Demanda, las Demandantes abordan los temas jurisdiccionales de manera superficial e incompleta⁸²². Antes de abordar sus objeciones jurisdiccionales, el Perú considera pertinente resaltar cuatro principios legales, tan básicos como fundamentales, que deben guiar este y cualquier otro análisis jurisdiccional en arbitrajes internacionales en contra de un Estado soberano.
485. Primero, “[e]l consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del [CIADI]”, y, por extensión, la jurisdicción de este Tribunal⁸²³. Si no se verifica la existencia del consentimiento del Estado demandado, ningún tribunal internacional posee jurisdicción para determinar si ese Estado ha incumplido sus obligaciones, sean estas contractuales o de derecho internacional público⁸²⁴.

⁸²² Ver Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 253–274; Memorial de Demanda, ¶¶ 188–257.

⁸²³ **RL-0089**, Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, ¶ 23; ver también **RL-0056**, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001 (Kaufmann-Kohler, Böckstiegel, Cremades), ¶ 95; **RL-0057**, *Fábrica De Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois De Venezuela, C.A c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/21, Laudo, 13 de noviembre de 2017 (Shin, Fortier, Douglas), ¶ 277 (“La ‘jurisdicción del Centro’ se funda . . . en el consentimiento perfeccionado, lo cual no es en absoluto sorprendente ya que el consentimiento de todas las partes del arbitraje ante el CIADI es la condición *sine qua non* del arbitraje en virtud del Convenio CIADI”); **RL-0058**, *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, Laudo sobre jurisdicción, 18 de julio de 2013 (Stern, Klein, Thomas), ¶ 337.

⁸²⁴ **RL-0059**, *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012 (Dupuy, Brower, Bello Janeiro), ¶ 174; **RL-0060**, *Estado de Eastern Carelia*, CPJI, Opinión consultiva, 23 de julio de 1923, pág. 27; **RL-0061**, *Caso Ambatielos*, CIJ, Laudo, 19 de mayo de 1953, págs. 10, 19; **RL-0086**, *Caso del Oro Monetario quitado de Roma en 1943*, CIJ, Laudo Preliminar, 15 de junio de 1954, págs. 19, 32.

486. Además, ese consentimiento debe ser inequívoco e indiscutible. En palabras del tribunal en *Daimler c. Argentina*, “[w]hat is not permissible is to presume a state’s consent . . . **Non-consent is the default rule; consent is the exception.** Establishing consent therefore requires affirmative evidence”⁸²⁵ (énfasis añadido). En consecuencia, y tal como señaló la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), “whatever the basis of consent, the attitude of the respondent State must ‘be capable of being regarded as “an unequivocal indication” of the desire of that State to accept the Court’s jurisdiction in a “voluntary and indisputable” manner’”⁸²⁶.
487. El consentimiento de un Estado puede (y suele) estar condicionado⁸²⁷. En esos casos, el consentimiento del Estado solo se perfecciona al cumplirse las condiciones a las que está sujeto el consentimiento⁸²⁸. Además, “[e]l consentimiento de las partes debe existir en el momento en que se presenta la

⁸²⁵ **RL-0059**, *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012 (Dupuy, Brower, Bello Janeiro), ¶ 175.

⁸²⁶ **RL-0062**, *Caso de Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en Materia Penal*, CIJ, Laudo, 4 de junio de 2008, ¶ 62; **RL-0063**, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008 (Nariman, Beradini, Torres Bernárdez), ¶ 167 (“[T]odos los arbitrajes internacionales deben basarse en un acuerdo de las partes, el cual debe ser claro e inequívoco”) (cita interna omitida).

⁸²⁷ **RL-0064**, *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. c. Federación de San Cristóbal y Nieves*, Caso CIADI No. ARB/95/2, Laudo, 13 de enero de 1997 (Davis, Maynard, McKay), ¶ 6.16; **RL-0056**, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001 (Kaufmann-Kohler, Böckstiegel, Cremades), ¶ 90; **RL-0058**, ST-AD (Laudo sobre Jurisdicción), ¶ 336.

⁸²⁸ **RL-0064**, *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. c. Federación de San Cristóbal y Nieves*, Caso CIADI No. ARB/95/2, Laudo, 13 de enero de 1997 (Davis, Maynard, McKay), ¶ 6.16 (citando el caso *Holiday Inns c. Marruecos*: “[I]t is the date when the conditions are definitely satisfied, as regards one of the Parties involved, which constitutes in the sense of the Convention the date of consent by that Party”); **RL-0056**, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001 (Kaufmann-Kohler, Böckstiegel, Cremades), ¶ 91 (“[E]l consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI llega a ser efectivo cuando se cumple la condición estipulada en el acuerdo de arbitraje”).

solicitud al [CIADI]”⁸²⁹. Por lo tanto, todas las condiciones a las que está sujeto el consentimiento del Perú –bajo el Tratado y, además, bajo el Contrato RER– deben haber sido cumplidas en la fecha de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes.

488. El segundo principio que debe guiar el análisis jurisdiccional del Tribunal es que el Tribunal debe estar convencido que se han cumplido no solo los requisitos jurisdiccionales del Convenio CIADI sino también aquellos establecidos en el instrumento que contiene el supuesto consentimiento del Estado⁸³⁰. Consecuentemente, en este caso, el Tribunal solo tendrá jurisdicción si las Demandantes han cumplido los requisitos jurisdiccionales bajo el Convenio CIADI, el Tratado, y el Contrato RER.
489. El artículo 25(1) del Convenio CIADI establece al menos tres requisitos que delimitan la jurisdicción del Tribunal: (i) la controversia debe ser de naturaleza jurídica y surgir directamente de una inversión (“las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”) (*ratione materiae*); (ii) la controversia debe surgir “entre un Estado Contratante . . . y el nacional de otro Estado Contratante” (*ratione personae*); y (iii) las partes deben haber “consentido por escrito en someter al Centro [su disputa]” (*ratione voluntatis*)⁸³¹.
490. El artículo 10 del Tratado contiene la cláusula de “Solución de Controversias Inversionista-Estado”, que establece los requisitos jurisdiccionales para el arbitraje entre un inversor y un Estado. Cuatro de esos requisitos son relevantes para el

⁸²⁹ **RL-0089**, Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, ¶ 24.

⁸³⁰ Ver **RL-0065**, *Global Trading Resource Corp. y Globex International, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo, 1 de diciembre de 2010 (Berman, Gaillard, Thomas), ¶ 43 (“[T]here are two independent parameters that must both be satisfied: what the parties have given their consent to, as the foundation for submission to arbitration; and what the Convention establishes as the framework for the competence of any tribunal set up under its provisions”); ver también **RL-0066**, *Krederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Laudo, 2 de julio de 2018 (Reinisch, Wirth, Griffith), ¶ 243.

⁸³¹ **RL-0092**, Convenio CIADI, art. 25(1).

presente caso: (i) el requisito de renuncia establecido en el artículo 10.18(2)(b) del Tratado (*ver Sección IV.B*); (ii) el requisito de notificación y espera establecido en el artículo 10.16(2) del Tratado (*ver Sección IV.C*); (iii) la definición de “acuerdo de inversión” establecida en el artículo 10.28 del Tratado (*ver Sección IV.D*); y (iv) la definición de “inversión” establecida en el artículo 10.28 del Tratado (*ver Sección IV.E*).

491. El tercer principio legal que debe guiar el análisis jurisdiccional es que las Demandantes tienen la carga de la prueba de demostrar la existencia de la jurisdicción del Tribunal. En virtud del principio *actori incumbit onus probandi*, en los arbitrajes internacionales la carga de la prueba respecto a una determinada aseveración recae sobre la parte que la presenta⁸³². Como las Demandantes arguyen que el Tribunal tiene jurisdicción para dirimir sus reclamos, ellos tiene la carga de probar el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales pertinentes. Este principio ha sido ampliamente reconocido en la jurisprudencia arbitral⁸³³. Por ejemplo, el tribunal en *Blue Bank c. Venezuela* explicó al respecto lo siguiente:

All facts that are dispositive for purposes of jurisdiction must be proven at the jurisdictional stage. In this regard, the Claimant bears the burden of proving the facts required to establish

⁸³² **RL-0067**, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Laudo, 7 de julio de 2004 (Fortier, Schwebel, El Kholy), ¶ 58 (“In accordance with accepted international (and general national) practice, a party bears the burden of proof in establishing the facts that he asserts”); **RL-0068**, *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania*, Caso CCS No. 080/2005, Laudo Final, 26 de marzo de 2008 (Cremades, Runeland, Söderlund), ¶ 64 (“The burden of proof of an allegation in international arbitration rests on the party advancing the allegation, in accordance with the maxim onus probandi actori incumbit”).

⁸³³ *Ver RL-0069*, *Vito G. Gallo c. el Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 55798, Laudo, 15 de septiembre de 2011 (Fernández-Armesto, Castel, Lévy), ¶ 277 (“[A] claimant bears the burden of proving that he has standing and the tribunal has jurisdiction to hear the claims submitted. If jurisdiction rests on the existence of certain facts, these must be proven at the jurisdictional stage”); **RL-0070**, *Spence International Investments, LLC, et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 30 de mayo de 2017 (Bethlehem, Kantor, Vinuesa), ¶ 239 (“[L]as Demandantes tienen la carga de probar los hechos necesarios para establecer la jurisdicción del Tribunal.”).

*jurisdiction, insofar as they are contested by the Respondent*⁸³⁴.
(Énfasis añadido)

492. En el mismo sentido, el tribunal en *National Gas c. Egipto* explicó que

*the burden of establishing jurisdiction, including consent, lies primarily upon the Claimant. Although it is the Respondent which has here raised specific jurisdictional objections, it is not for the Respondent to disprove this Tribunal's jurisdiction. Under international law, as a matter of legal logic and the application of the principle traditionally expressed by the Latin maxim "actori incumbit probatio", it is for the Claimant to discharge the burden of proving all essential facts required to establish jurisdiction for its claims*⁸³⁵. (Énfasis añadido)

493. El cuarto principio jurisdiccional es que el Tribunal debe estar plenamente satisfecho que tiene jurisdicción, para lo cual tiene el poder y deber de determinar *ex officio* y *proprio motu* su competencia para adjudicar la disputa. Ese principio ha sido confirmado por la CIJ en varias ocasiones. Por ejemplo, en *Legality of Use of Force (Serbia y Montenegro c. Bélgica)*, el juez Kreca observó que “[a]s a matter of international public order superior to the will of the parties[,] the question of jurisdiction need not necessarily be raised by the parties themselves[,] but the Court can and should examine it *ex officio*”⁸³⁶. Asimismo, en el caso de *Grand Prince (Belize c. Francia)*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar resaltó que

[a]ccording to the settled jurisprudence in international adjudication, a tribunal must at all times be satisfied that it has jurisdiction to entertain the case submitted to it. For this purpose,

⁸³⁴ **RL-0071**, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB 12/20, Laudo, 26 de abril de 2017 (Söderlund, Bermann, Malintoppi), ¶ 66.

⁸³⁵ **RL-0072**, *National Gas S.A.E. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/11/7, Laudo, 3 de abril de 2014 (Veeder, Fortier, Stern), ¶ 118.

⁸³⁶ **RL-0074**, *Caso Relativo a la Legalidad del uso de la Fuerza*, CIJ, Opinión Separada de Juez Kreca, 15 de diciembre de 2004, ¶ 42; ver también **RL-0075**, *Incidente aéreo del 27 de julio de 1955*, CIJ, Opinión Separada de Juez Armand Ugón, 26 de mayo de 1959. (“This [jurisdictional] argument was not discussed in the oral proceedings; there is, however, nothing to prevent the argument being upheld, in accordance with the well-known principle applied by international courts in procedural matters, that the Court may *proprio motu* seek and select the legal basis for its decision on the final submissions of the Parties – *iura novit curia*.”).

*it has the power to examine proprio motu the basis of its jurisdiction. . . . As a consequence, the Tribunal possesses the right to deal with all aspects of the question of jurisdiction, whether or not they have been expressly raised by the parties*⁸³⁷.

494. El mismo principio se ha aplicado también en el contexto de los arbitrajes de inversión. Por ejemplo, el tribunal en el caso de *Micula c. Rumania* observó:

*The Tribunal understands its duty to determine its jurisdiction, including through examination of the jurisdictional requirements, sua sponte, if necessary, as it has an obligation to reject a claim if the record shows that jurisdiction is lacking. Or, put differently, a tribunal can rule on and decline its jurisdiction even where no objection to jurisdiction is raised if there are sufficient grounds to do so on the basis of the record*⁸³⁸.

495. En resumen, la jurisdicción del Tribunal depende de la existencia de un consentimiento arbitral inequívoco e indiscutible por parte del Perú, y requiere el cumplimiento de todos los requisitos jurisdiccionales impuestos por el Convenio CIADI, el Tratado, y el Contrato RER. Son las Demandantes quienes tienen la carga de probar que han cumplido con los requisitos jurisdiccionales que les son aplicables, e independientemente de ello, el Tribunal tiene el deber de determinar su propia competencia para conocer de las reclamaciones de las Demandantes. En este caso, las Demandantes no han logrado establecer que este Tribunal tiene jurisdicción. De hecho, el Perú demuestra que este Tribunal carece de jurisdicción, por las razones que se exponen a continuación.

B. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* sobre las reclamaciones basadas en el Tratado porque las Demandantes no han cumplido con el requisito de renuncia establecido en el artículo 10.18(2)(b) del Tratado

496. El artículo 10.18.2(b) del Tratado (“**Requisito de Renuncia**”) no permite que las Demandantes inicien o continúen actuaciones bajo el Tratado contra ciertas

⁸³⁷ **RL-0076**, *El Caso “Grand Prince”*, TIDM, Laudo, 20 de abril de 2001, ¶¶ 77, 79.

⁸³⁸ **RL-0174**, *Ioan Micula y otros c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 24 de septiembre de 2008 (Lévy, Alexandrov, Ehlermann), ¶ 65.

medidas al mismo tiempo que inician o continúan cualquier otra actuación en contra de esas mismas medidas. Específicamente, el artículo 10.18(2)(b) requiere que ambas Demandantes renuncien a

cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación [del Tratado]. (Énfasis añadido)

497. Contrario a ese requisito jurisdiccional, las Demandantes han presentado y mantienen de manera simultánea ante el presente Tribunal *dos tipos de actuaciones*, basadas en dos categorías de reclamaciones, respecto de *las mismas medidas subyacentes*: (i) las reclamaciones de Latam Hydro bajo el Tratado, en nombre propio y en nombre de CH Mamacocha; y (ii) las reclamaciones de CH Mamacocha bajo el Contrato RER. Las Demandantes debiesen haber elegido solo una de esas dos categorías de reclamaciones que han presentado en este mismo arbitraje. Al negarse a hacer esa elección, las Demandantes han incumplido con el Requisito de Renuncia.
498. Las Demandantes aseveran que han cumplido con el Requisito de Renuncia porque cada una de ellas presentó una renuncia que, según ellas, reúne los requisitos formales de esa disposición⁸³⁹. Sin embargo, ese supuesto cumplimiento formal no es suficiente para satisfacer el Requisito de Renuncia⁸⁴⁰, porque ese

⁸³⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 216(f).

⁸⁴⁰ Ver, e.g., **RL-0077**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 (Cremades, Highet, Siqueiros), ¶ 20.

requisito exige además un cumplimiento material (no solo formal)⁸⁴¹. Es decir, la renuncia debe ser efectiva y no meramente simbólica⁸⁴².

499. El requisito material del Requisito de Renuncia requiere que una vez que una demandante provee una renuncia escrita para satisfacer el requisito formal, no debe iniciar o continuar ninguna otra actuación que involucre las mismas medidas estatales⁸⁴³. Si los requisitos formales y materiales de la renuncia no se cumplen, la renuncia no surte efecto y no se cumplen con las condiciones del consentimiento del Estado, en cuyo caso el tribunal carece de jurisdicción⁸⁴⁴.
500. A la luz de estos factores, los hechos demuestran que las Demandantes no han cumplido efectivamente con el Requisito de Renuncia bajo el Tratado. Más bien, en este caso se constata: (i) la presencia de múltiples actuaciones que (ii) se basan en las mismas medidas estatales subyacentes. Por ende, el Tribunal carece de jurisdicción por incumplimiento del artículo 10.18.2(b) del Tratado.

1. *Las Demandantes han presentado y mantienen múltiples actuaciones en contra el Perú, en violación del Requisito de Renuncia*

501. Las reclamaciones bajo el Tratado y aquellas bajo el Contrato RER constituyen actuaciones múltiples y deben ser rechazadas por no cumplir con el Requisito de Renuncia. Esa conclusión se basa en los siguientes cuatro argumentos: (i) las dos actuaciones presentadas por las Demandantes en este arbitraje involucran a

⁸⁴¹ Ver, e.g., **RL-0077**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 (Cremades, Highet, Siqueiros), ¶ 20 (“Cualquier renuncia, y por lo tanto, también la que está siendo objeto de debate, implica un acto formal y material por parte del que la presenta.”).

⁸⁴² Ver, e.g., **RL-0077**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 (Cremades, Highet, Siqueiros), ¶ 14 (explicando que el tribunal debe determinar “la existencia de una verdadera manifestación de voluntad coincidente con los términos exigidos en la renuncia”).

⁸⁴³ Ver, e.g., **RL-0077**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 (Cremades, Highet, Siqueiros), ¶ 28.

⁸⁴⁴ Ver, e.g., **RL-0077**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 (Cremades, Highet, Siqueiros), ¶ 16.

demandantes distintas (viz., Latam Hydro y CH Mamacocha) y se derivan de distintos instrumentos (viz., el Tratado y el Contrato RER); (ii) el sentido corriente del texto del artículo 10.18(2)(b) indica que el Requisito de Renuncia es amplio; (iii) los objetivos del Requisito de Renuncia exigen distinguir entre las reclamaciones basadas en el Tratado y aquellas basadas en el Contrato RER; y (iv) el contexto del Requisito de Renuncia en el Tratado confirma esa interpretación. El Perú abordará cada una de esas razones *seriatim*.

502. Primero, las reclamaciones basadas en el Tratado y aquellas basadas en el Contrato RER constituyen actuaciones separadas porque son promovidas por distintas demandantes (viz., Latam Hydro y CH Mamacocha), y se derivan de distintos instrumentos (viz., el Tratado y el Contrato RER). Además, estos dos instrumentos contienen requisitos para el consentimiento al arbitraje que son diferentes e incluso contradictorios. Por ejemplo, el Contrato RER (i) provee que el arbitraje será realizado en español; (ii) requiere que el Tribunal emita un laudo dentro de 90 días desde su instalación; y (iii) contiene un umbral de USD 20 millones para poder someter disputas bajo el Convenio CIADI⁸⁴⁵. El Tratado, en cambio, no contiene ninguno de esos requisitos. Por otra parte, mientras que el Tratado incluye el Requisito de Renuncia, el Contrato RER no tiene tal requisito. Además, ambos instrumentos establecen métodos contradictorios para la selección del árbitro que presidirá el tribunal⁸⁴⁶. Las anteriores diferencias entre los dos instrumentos de consentimiento demuestran que las reclamaciones bajo el Tratado y las reclamaciones bajo el Contrato RER no pueden considerarse como una misma y única actuación.

⁸⁴⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, art. 11.3(b).

⁸⁴⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 11.3(a). Esta disposición provee que el árbitro presidente deberá ser nombrado por acuerdo mutuo de los árbitros nombrados por las Partes. En contraposición, el Artículo 10.19 del Tratado dispone que el árbitro presidente será nombrado por acuerdo de las partes contendientes.

503. La conducta de las propias Demandantes confirma esa interpretación. Como se explicó en la **Sección II.E.2**, las Demandantes iniciaron dos tratos directos paralelos cuando surgió la presente controversia: por una parte, CH Mamacocha inició un trato directo con el MINEM bajo el Contrato RER, pero, acto seguido, las Demandantes iniciaron un trato directo separado con la Comisión Especial bajo el Tratado⁸⁴⁷. Ese comportamiento confirma que las Demandantes han conducido dos actuaciones distintas, desde el principio de las controversias pertinentes (la etapa de trato directo).
504. Segundo, el texto del Requisito de Renuncia en el Tratado respalda el argumento de que las reclamaciones basadas en el Tratado y aquellas basadas en el Contrato RER constituyen actuaciones separadas. En virtud del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado . . .”⁸⁴⁸. El texto del Requisito de Renuncia, tanto en su versión en español como en inglés, es intencionalmente amplio, como lo demuestra la reiterada referencia en el mismo al adjetivo “cualquier” (o en inglés, “any”):

cualquier derecho a iniciar o continuar ante **cualquier** tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, **cualquier** actuación respecto de **cualquier** medida que se alegue haber constituido una violación [del Tratado]⁸⁴⁹. (Énfasis añadido)

⁸⁴⁷ **Anexo MQ-0020**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Vázquez), 17 de julio de 2017; **Anexo C-0094**, Acta de Trato Directo entre C.H. Mamacocha S.R.L. y el MINEM, 21 de julio de 2017 *adjuntando* Resolución Ministerial No. 129-2017-MEM/DM, 29 de marzo de 2017; **Anexo MQ-0018**, Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Consultas y Negociación, 19 de junio de 2017.

⁸⁴⁸ **RL-0078**, Convención de Viena.

⁸⁴⁹ **RL-0051**, Tratado, art. 10.18(2)(b).

505. El uso repetitivo de la palabra “cualquier”, así como su aplicación en la frase “cualquier actuación”, no es calificada de ninguna manera, lo que indica que la cláusula de renuncia tiene aplicabilidad amplia, y puede abarcar reclamaciones presentadas al mismo tribunal pero bajo distintas cláusulas de arbitraje halladas en distintos instrumentos jurídicos. Además, mientras que la frase “tribunal judicial o administrativo” se limita a entidades nacionales (“conforme a la ley de cualquiera de las Partes”), la frase “otros procedimientos de solución de controversias” no tiene ninguna limitación y por lo tanto abarca los arbitrajes internacionales.
506. En *Renco c. Perú* —el único caso conocido que interpreta el Requisito de Renuncia del Tratado— el tribunal adoptó una interpretación amplia del requisito, resaltando “*the ordinary meaning of the words ‘any proceeding’ in Article 10.18(2)(b)*”⁸⁵⁰. En ese caso, la demandante había reservado su derecho a litigar en cortes locales, para la eventualidad de que el tribunal arbitral desestimara su reclamación por falta de jurisdicción⁸⁵¹. La demandante por su parte había argumentado al respecto que el Requisito de Renuncia únicamente prohibía actuaciones paralelas y simultáneas al arbitraje, y no a procedimientos futuros⁸⁵². Sin embargo, el tribunal en *Renco* rechazó este último argumento, explicando que

*[t]here is no basis in the text of the Treaty for qualifying the temporal scope of the ‘proceeding[s]’ in respect of which a written waiver must be provided*⁸⁵³ . . .

⁸⁵⁰ **RL-0079**, *The Renco Group c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (Moser, Fortier, Landau), ¶¶ 82-83.

⁸⁵¹ **RL-0079**, *The Renco Group c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (Moser, Fortier, Landau), ¶ 58.

⁸⁵² **RL-0079**, *The Renco Group c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (Moser, Fortier, Landau), ¶ 86.

⁸⁵³ **RL-0079**, *The Renco Group c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (Moser, Fortier, Landau), ¶ 83.

507. De manera similar, no hay base textual alguna en el Tratado para limitar el ámbito del Requisito de Renuncia para que este aplique únicamente a actuaciones ante tribunales distintos. El sentido y alcance del requisito de renuncia no depende del *foro* ante el cual la parte realiza la actuación paralela, sino solo de la actuación en sí. El uso incondicional de la frase “cualquier actuación” indica que las Partes del Tratado no consintieron en la presentación de actuaciones diferentes por partes diferentes, bajo instrumentos diferentes, invocando derechos diferentes, contra las mismas medidas —aun si las actuaciones pertinentes se llevasen a cabo ante el mismo tribunal. El asumir tal cosa constituiría una desviación del texto del Requisito de Renuncia, toda vez que resulta evidente que la intención de las Partes al Tratado al establecer el Requisito de Renuncia era la de eliminar la posibilidad de *actuaciones* paralelas relacionadas a las mismas medidas (independientemente de que tales actuaciones fueran presentadas frente a un mismo tribunal).
508. Tercero, el objeto y fin del Requisito de Renuncia confirma que las reclamaciones bajo el Tratado y aquellas bajo el Contrato RER constituyen actuaciones separadas. De acuerdo con el artículo 31 de la CVDT, los términos de un tratado deben interpretarse “teniendo en cuenta su objeto y fin”⁸⁵⁴. Las cláusulas de renuncia cumplen varios objetivos, incluyendo el de prevenir que una demandante presente varias actuaciones contra las mismas medidas para así intentar maximizar sus oportunidades de éxito. En *Waste Management c. Mexico (I)*, Canadá, como parte no contendiente, aclaró que “the clear purpose of the waiver provision” es “*to avoid duplication of recourse*”⁸⁵⁵. Otro objetivo del requisito de renuncia es la reducción de costos asociados con la defensa de reclamaciones sometidas bajo varios instrumentos jurídicos en contra de las mismas medidas (lo cual ocurre en el caso de reclamaciones paralelas inclusive cuando es un mismo tribunal el que conoce

⁸⁵⁴ **RL-0078**, Convención de Viena, ¶ art. 31(1).

⁸⁵⁵ **RL-0080**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Presentación de Canadá como Parte No Contendiente, 17 de diciembre de 1999, ¶ 8.

de ellas, aunque no en la misma medida que cuando ello ocurre ante tribunales distintos).

509. En el presente caso, las Demandantes han intentado frustrar los citados objetivos del Requisito de Renuncia al presentar reclamaciones bajo dos mecanismos de solución de controversias distintos, no obstante que lo hayan hecho ante el mismo tribunal. Es decir, las Demandantes buscan proceder con varias teorías de responsabilidad basadas en dos instrumentos distintos, para intentar así obtener compensación por los *mismos* supuestos daños basados en las *mismas* medidas. Esa táctica constituye precisamente el tipo de “*duplication of recourses*” que el Requisito de Renuncia busca evitar⁸⁵⁶.
510. Finalmente, el contexto del Requisito de Renuncia en el Tratado confirma la interpretación del Requisito de Renuncia expuesta anteriormente. El artículo 31 de la CVDT estipula que el sentido corriente de los términos de un tratado se debe determinar de acuerdo con el contexto de los términos en cuestión⁸⁵⁷. El artículo 10.18 lleva el título “Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes”. Ese mismo artículo establece tres “condiciones y limitaciones al consentimiento”: (i) su párrafo 1 establece un plazo de tres años para someter una reclamación a arbitraje, contados a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la supuesta violación y conocimiento de que sufrió pérdidas o daños; (ii) los párrafos 2 y 3 se refieren al requisito de renuncia; y (iii) el párrafo 4 establece una elección de vía, sin vuelta a atrás⁸⁵⁸. Estas condiciones buscan la seguridad jurídica para el Estado e imponen limitaciones a las actuaciones en la vía administrativa o judicial de un inversor-demandante. De

⁸⁵⁶ **RL-0080**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Presentación de Canadá como Parte No Contendiente, 17 de diciembre de 1999, ¶8.

⁸⁵⁷ **RL-0078**, Convención de Viena.

⁸⁵⁸ **RL-0051**, Tratado, art. 10.18(4)(b) (“[S]i el demandante elige someter una reclamación . . . ante una corte judicial o tribunal administrativo del demandado o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, esa elección será definitiva y el demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B.”).

conformidad con las reglas de interpretación bajo el CVDT, ese contexto debe informar cualquier interpretación de los términos del Requisito de Renuncia.

511. Una comparación del texto de los párrafos 2 (cláusula de renuncia) y 4 (cláusula de elección de vías) del artículo 10.18 demuestra que los términos del párrafo 2 tienen un significado intencionalmente amplio. Por ejemplo, el párrafo 2 usa el plural de la palabra “procedimientos”⁸⁵⁹, mientras que el párrafo 4 usa el termino en singular y limita su alcance a un “procedimiento de solución de controversias **vinculante**” (énfasis añadido). Ese párrafo 4 establece, en parte relevante:

Ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje . . . si el demandante . . . ha sometido previamente la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o corte del demandado, o ante cualquier otro **procedimiento** de solución de controversias **vinculante**. (Énfasis añadido).

512. La cláusula de renuncia en el párrafo 2, en cambio, incluye procedimientos no-vinculantes (por ejemplo, conciliación o mediación), además de aquellos que son vinculantes. El carácter amplio del término “procedimientos” de solución de controversias en el párrafo 2, visto en juxtaposición al uso restringido del mismo término en el párrafo 4, confirma que el requisito de renuncia abarca actuaciones en todo tipo de procedimientos —incluidos los que se presentan ante un mismo tribunal arbitral.

2. *Las actuaciones que mantienen las Demandantes en contra del Perú involucran disputas que surgen de las mismas medidas gubernamentales*

513. El segundo elemento del Requisito de Renuncia es la coincidencia de las medidas que subyacen las actuaciones en el o los procedimientos de solución de controversias pertinentes. No es necesario que las *actuaciones o reclamaciones* sean las mismas; basta que ellas tengan como objeto las mismas *medidas*. Ese elemento

⁸⁵⁹ La demandante debe renunciar a “cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros **procedimientos** de solución de controversias” (énfasis añadido). **RL-0051**, Tratado, art. 10.18(2)(b).

de coincidencia existe presente caso. Eso se constata, por ejemplo, a partir de una simple examinación de la Solicitud de Arbitraje y el Memorial de Demanda de las Demandantes. Esos escritos demuestran que las mismas medidas subyacen las dos actuaciones y tres categorías de reclamaciones han presentado en este arbitraje. De hecho, las reclamaciones que Latam Hydro presenta en representación de CH Mamacocha bajo el artículo 10.16(1)(b)(i)(C) del Tratado se superponen completamente con las reclamaciones que CH Mamacocha presenta en nombre propio bajo el Contrato RER⁸⁶⁰. Las Demandantes lo reconocen implícitamente en su Memorial cuando dicen que *“Latam Hydro submits on behalf of CHM claims for arbitration under Article 10.16(1)(b)(i)(C) of the Treaty for Peru’s breaches of the RER Contract”*⁸⁶¹ (énfasis añadido). Es decir, las medidas que según las Demandantes violan el Contrato RER son exactamente las mismas medidas que alegan constituyen una violación del Tratado.

514. Lo anterior se ve corroborado además por el hecho que, en su Solicitud de Arbitraje, las Demandantes presentan su reclamación bajo el Contrato RER en solo cuatro párrafos, respaldándose en el mismo análisis de hechos expuesto en la sección que corresponde a las reclamaciones bajo el Tratado⁸⁶².
515. El Memorial de Demanda, por su parte, confirma que las reclamaciones de las Demandantes bajo el Tratado se basan exclusivamente en las mismas medidas que son la base de sus reclamaciones contractuales, a saber:
- La Demanda del Gobierno Regional (de Arequipa) que cuestionó dos de los permisos otorgados a CH Mamacocha⁸⁶³;

⁸⁶⁰ Ver Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 238-239.

⁸⁶¹ Ver Solicitud de Arbitraje, ¶ 238.

⁸⁶² Ver Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 238-241.

⁸⁶³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 284-307, 368, 372, 391, 451, 474.

- La Investigación Penal y la Acusación Fiscal sobre las Certificaciones Ambientales otorgadas a CH Mamacocha⁸⁶⁴;
- La decisión del 16 de mayo de 2017 de la Autoridad Administrativa del Agua que inicialmente denegó la Autorización de Ejecución de Obras⁸⁶⁵;
- La emisión, el 5 de julio de 2017, de una Autorización de Ejecución de Obras supuestamente defectuosa ⁸⁶⁶;
- La denegación del MINEM a CH Mamacocha de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC⁸⁶⁷; y
- La iniciación por parte del MINEM del Arbitraje de Lima⁸⁶⁸.

516. Visto lo anterior, es claro que las Demandantes no han satisfecho el Requisito de Renuncia. Algunos tribunales en arbitrajes de inversión anteriores han señalado que un defecto en la renuncia (por ejemplo, una renuncia parcial, condiciona o no efectiva) constituye un incumplimiento del requisito jurisdiccional de renuncia⁸⁶⁹, con la consecuencia que el tribunal carece de jurisdicción porque la renuncia “*is a precondition to the State’s ‘consent’ to arbitrate and to the Tribunal’s jurisdiction*”⁸⁷⁰.

⁸⁶⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 309-320, 368, 392, 453, 475.

⁸⁶⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 321-333, 368, 373, 393, 454, 476.

⁸⁶⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 321-333, 368, 373, 394, 454, 476.

⁸⁶⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 345-355, 368, 375, 439, 478.

⁸⁶⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 260, 334-344, 368, 455, 477.

⁸⁶⁹ Ver, e.g., **RL-0079**, *The Renco Group c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (Moser, Fortier, Landau), ¶ 138; **CL-0024**, *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011 (van de Berg, Grigera Naón, Thomas), ¶ 115 (“Si la renuncia es inválida, no existe el consentimiento. El Tribunal, entonces, no tiene jurisdicción sobre la diferencia relativa al CAFTA entre las partes.” (original en inglés)).

⁸⁷⁰ **RL-0079**, *The Renco Group c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (Moser, Fortier, Landau), ¶ 142. Ver también, **RL-0081**, *Railroad Development Corp. c. República del Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Decisión sobre Objeción de Jurisdicción CAFTA Artículo 10.20.5, 17 de noviembre de 2008 (Rigo Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶ 61 (“*This being a matter pertaining to the consent of the Respondent to this*”).

517. Con base en lo anterior, y dado que las Demandantes no han cumplido con el requisito material de renuncia de conformidad con el artículo 10.18.2(b) del Tratado, este Tribunal carece de jurisdicción y en consecuencia debe rechazar las reclamaciones de las Demandantes que se basan en el Tratado.

C. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* sobre ciertas reclamaciones de las Demandantes por incumplimiento con el requisito de notificación y espera (artículo 10.16.2 del Tratado)

518. Las Demandantes no cumplieron con el requisito jurisdiccional de notificación y espera bajo el artículo 10.16.2 del Tratado ("**Requisito de Notificación**") con respecto a sus reclamaciones basadas en la Investigación Penal iniciada y formalizada por la Fiscalía Ambiental de Arequipa. Debido a ese incumplimiento, el Tribunal carece de jurisdicción sobre esas reclamaciones.

519. El citado artículo establece el requisito de notificación previa como condición al consentimiento del Estado; dice esa disposición, en su parte relevante:

Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje ("notificación de intención"). En la notificación se especificará:

...

(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y . . .⁸⁷¹

520. El Requisito de Notificación forma parte de la Sección B ("Solución de Controversias Inversionista-Estado") del Capítulo 10 ("Inversión") del Tratado. El artículo 10.17.1 del Tratado estipula que "[c]ada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, **con arreglo a esta Sección** [B del Capítulo Diez] **y de**

arbitration, the Tribunal has no jurisdiction without the agreement of the parties to grant the Claimant an opportunity to remedy its defective waiver. It is for the Respondent and not the Tribunal to waive a deficiency under Article 10.18 or to allow a defective waiver to be remedied.").

⁸⁷¹ **RL-0051**, Tratado, art. 10.16.2

conformidad con este Acuerdo⁸⁷² (énfasis añadido). En consecuencia, el cumplimiento del requisito de notificación y espera bajo el Requisito de Notificación es una condición del consentimiento del Perú de someter una reclamación a arbitraje. Por lo tanto, si el reclamante no entrega una notificación de intención al Estado demandando que especifique “las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación”, por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje, el consentimiento del Estado no se perfecciona.

521. Las Demandantes sometieron su Tercera Notificación de Intención el 28 de mayo de 2019. Noventa y cuatro días después, el 30 de agosto de 2019, las Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje. En la Solicitud de Arbitraje las Demandantes alegan que el Perú violó sus obligaciones bajo el Tratado y el Contrato RER cuando inició y formalizó la Investigación Penal contra el abogado de CH Mamacocha, así como cuando declaró su intención de presentar cargos penales contra el mismo⁸⁷³. La Tercera Notificación de Intención, sin embargo, no especificó esas medidas (sobre la Investigación Penal) entre las “las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación”⁸⁷⁴. Es evidente, por lo tanto, que las Demandantes no cumplieron con el Requisito de Notificación del Tratado en relación con sus reclamaciones basadas en la Investigación Penal.
522. Tribunales internacionales en casos anteriores han reconocido que los requisitos de notificación y espera (tales como los contenidos en el Requisito de Notificación del Tratado) son condiciones del consentimiento del Estado, y su incumplimiento requiere el rechazo de las reclamaciones correspondientes. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Murphy c. Ecuador* afirmó lo siguiente al respecto:

⁸⁷² **RL-0051**, Tratado, art. 10.17.1.

⁸⁷³ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 30–31, 141–145, 184, 191, 197, 203, 231.

⁸⁷⁴ **RL-0051**, Tratado, art. 10.16(2)(c); *Ver Anexo C-0023*, Tercera Notificación de Intención.

[L]a exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandantes y han sostenido algunos tribunales arbitrales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.⁸⁷⁵

523. Asimismo, el tribunal en *Grand River c. Estados Unidos de América*, aplicando un requisito de notificación idéntico al establecido en el Tratado, sostuvo que

fundamental fairness and good order require that a party receive sufficient notice of the claim that it is expected to answer. The Notice of Arbitration and Particularized Statement of Claim did not do so with respect to the allocable share amendments. The Claimants presumably knew of these amendments when they were preparing these pleadings, but they were not identified as a significant element of the claims in either document. If the Claimants intended the amendments to be a major component of their case (as indicated by the arguments at the oral hearing), the Respondent (and the Tribunal) had a right to know this at a much earlier time. Accordingly, the Tribunal concludes that the Claimants' claims that the allocable share amendments violated NAFTA and gave rise to

⁸⁷⁵ **RL-0090**, *Murphy Exploration y Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre jurisdicción, 15 de diciembre de 2010 (Oreamuno, Grigera Naón, Vinuesa), ¶ 149; ver también **RL-0083**, *Tulip Real Estate y Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre el tema jurisdiccional bifurcado, 5 de marzo de 2013 (Griffith, Evan, Knieper), ¶ 72 (“the Tribunal rejects Claimant’s contention that Article 8(2) is merely procedural. The explicit requirements to give notice of the dispute as arising under the BIT and to seek consultations and negotiations until one year has elapsed from the date of notification of the dispute is not to be watered down to a mere statement of aspiration. **The Tribunal finds compliance is an essential element of Turkey’s prospective consent to qualify its sovereignty** to permit unknown future investors of the other contracting State to claim relief under the terms of the BIT against it in an international forum. The Tribunal finds that the **fulfillment of the requirements in Article 8(2) is a pre-condition to the jurisdiction of this Tribunal.**)(énfasis añadido); **RL-0091**, *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/1, Laudo, 2 de julio de 2013 (Rowley, Park, Sands), ¶ 6.2.9.

*compensable loss or damage are not and cannot be regarded as a part of the claim as filed*⁸⁷⁶.

524. Al igual que las demandantes en *Grand River*, las Demandantes en el presente caso tenían pleno conocimiento de la Investigación Penal — así como la intención de la Fiscalía Ambiental de Arequipa de presentar cargos penales— a la fecha en que sometieron su Tercera Notificación de Intención el 28 de mayo de 2019⁸⁷⁷. Esto lo demuestra por ejemplo las afirmaciones de la propias Demandantes en su Memorial de Demanda [REDACTED] de las cuales se desprende claramente que, las Demandantes se enteraron de la Investigación Penal el 11 de abril de 2017 y de su posterior formalización el 2 de febrero de 2018⁸⁷⁸. Asimismo, a más tardar el 2 de mayo de 2019 (es decir, *antes* de la Tercera Notificación de Intención) las Demandantes adquirieron conocimiento de la intención de la Fiscalía Ambiental de Arequipa de presentar cargos penales⁸⁷⁹.
525. También al igual que las demandantes en *Grand River*, las Demandantes omitieron mencionar la Investigación Penal en su Tercera Notificación de Intención, a pesar de que en sus escritos confirman que la investigación constituye (en palabras del tribunal en *Grand River*) “a major component of their case”⁸⁸⁰. En efecto, las Demandantes mencionan la Fiscalía Ambiental por lo menos 64 veces en su Memorial de Demanda, incluyen la Investigación Penal en su cronología de hechos

⁸⁷⁶ **RL-0084**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Decisión del Tribunal Sobre Excepciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006 (Nairman, Anaya, Crook), ¶ 94.

⁸⁷⁷ Ver **Anexo C-0023**, Tercera Notificación de Intención.

⁸⁷⁸ Declaración Testimonial de [REDACTED] ¶ 47; Memorial de Demanda, ¶ 133 (citando **Anexo C-0193**, Disposición No. 04-2018-0-FPEMA- MP-AR, 2 de febrero de 2018).

⁸⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶ 135; Declaración Testimonial de [REDACTED] ¶ 58.

⁸⁸⁰ **RL-0084**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Decisión del Tribunal Sobre Excepciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006 (Nairman, Anaya, Crook), ¶ 94.

más importantes⁸⁸¹, y la identifican como una de las siete medidas que constituyen “attributable ‘measures’ under the TPA and international law that inflicted damage on Claimants by ending its [sic] Project”⁸⁸². Además, las Demandantes hacen referencia al procedimiento penal en el petitorio de su Memorial de Demanda⁸⁸³.

526. Dado todo lo anterior, las reclamaciones basadas en la Investigación Penal de la Fiscalía Ambiental están fuera de la jurisdicción del Tribunal por no haberse cumplido con el Requisito de Notificación del Tratado. Esas reclamaciones por ende deben ser rechazadas.
527. Aún en el supuesto que el Requisito de Notificación se considerase un requisito de admisibilidad y no de jurisdicción, el resultado sería el mismo: las reclamaciones sobre la Investigación Penal deben ser rechazadas. Así lo confirma el laudo en el caso *Supervisión y Control c. Costa Rica*. En ese laudo, el tribunal se refirió a las consecuencias de la ausencia de notificación de ciertas reclamaciones, en incumplimiento del requisito de notificación bajo el tratado aplicable:

*The failure to duly notify the State receiving the investment of the existence of a dispute constitutes a violation of Article XI.1 of the Treaty. This implies that any claim that has not been notified is inadmissible in the respective proceeding, because the prior negotiation process agreed to by the parties has not been exhausted*⁸⁸⁴.

In the event that the Investor notifies certain claims to the State, but upon presenting the Request for Arbitration or its Claim Memorial

⁸⁸¹ Memorial de Demanda, ¶ 6.

⁸⁸² Memorial de Demanda, ¶¶ 260–261.

⁸⁸³ Memorial de Demanda, ¶ 547(g) (“RECOMMEND that Peru cease and desist its harassment of CHM and [REDACTED], by terminating the AEP’s criminal proceeding concerning CHM’s environmental permit for the Mamacocha Project.”).

⁸⁸⁴ **RL-0082**, *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017 (von Wobeser, Klock, Silva Romero), ¶ 340.

*it adds claims different and not directly related to those previously presented, all the claims not notified will be inadmissible*⁸⁸⁵.

528. En definitiva, por las razones expuestas, las reclamaciones de las Demandantes sobre la Investigación Penal deben ser rechazadas como consecuencia del incumplimiento con el Requisito de Notificación con respecto a esas reclamaciones.

D. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* dado que el Contrato RER no constituye un Acuerdo de Inversión

529. Las Demandantes argumentan, invocando el artículo 10.16(1)(b)(i)(C) del Tratado⁸⁸⁶, que este Tribunal tiene jurisdicción para decidir las reclamaciones por supuesto incumplimiento del Contrato RER, por constituir ese contrato un “acuerdo de inversión” bajo el artículo 10.28 del Tratado⁸⁸⁷. Sin embargo, como se explica en esta Sección, el Contrato RER no es un “acuerdo de inversión” en el sentido del artículo 10.28. Consecuentemente, el Tribunal carece de jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes por supuesto incumplimiento contractual.
530. El artículo 10.28 del Tratado contiene la siguiente definición de “acuerdo de inversión”:

⁸⁸⁵ **RL-0082**, *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017 (von Wobeser, Klock, Silva Romero), ¶ 341.

⁸⁸⁶ **RL-0051**, Tratado, 10.16(1)(b)(i)(C) (“En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación: . . . (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue (i) que el demandado ha violado . . . (C) un acuerdo de inversión”).

⁸⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶ 194 (“Therefore, Latam Hydro also submits claims for arbitration on behalf of CHM under Article 10.16(1)(b)(i)(C) for Peru’s breaches of an investment agreement, the RER Contract.”); Memorial de Demanda, ¶ 209 (“The RER Contract is an “investment agreement,” as defined in Article 10.28 of the TPA . . .”).

[A]cuerdo de inversión significa un acuerdo escrito⁸⁸⁸ entre una autoridad nacional⁸⁸⁹ de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se base para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista:

(a) respecto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta;

(b) para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o

(c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno ⁸⁹⁰

531. La posición de las Demandantes es que el Contrato RER califica como un acuerdo de inversión bajo la sub cláusula (b) (“derechos . . . para proveer servicios al público en representación de la Parte”) del artículo 10.28. Específicamente, la posición de las Demandantes es la siguiente:

The RER Contract is an ‘investment agreement,’ as defined in Article 10.28 of the TPA because it is a ‘written agreement between a national authority of [Peru] and a covered investment (i.e., CHM) . . . on which the covered . . . investor (i.e., Latam Hydro)

⁸⁸⁸ **RL-0051**, Tratado, art. 10.28, nota al pie 12, pág. 107 (“Acuerdo escrito” es adicionalmente definido en una nota al pie de página como: “un acuerdo escrito, ejecutado por ambas partes, donde en un solo instrumento o en múltiples instrumentos se crea un intercambio de derechos y obligaciones vinculando a ambas partes bajo la ley aplicable estipulada en el Artículo 10.22.2. Para mayor certeza, (a) un acto unilateral de una autoridad administrativa o judicial, tales como un permiso, licencia o una autorización emitida por una Parte solamente en función de su capacidad regulatoria, o un decreto, orden o sentencia, por sí misma; y (b) un decreto u orden de consentimiento administrativo o judicial, no deberán ser considerados un acuerdo escrito.”).

⁸⁸⁹ **RL-0051**, Tratado, art. 10.28, nota al pie 13, pág. 107 (“Autoridad nacional” es adicionalmente definido en una nota al pie de página como: “Para efectos de esta definición, ‘autoridad nacional’ significa una autoridad del nivel central de gobierno.”).

⁸⁹⁰ **RL-0051**, Tratado, art. 10.28.

relies in establishing or acquiring a covered investment (i.e., the Mamacocha Project and CHM) other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment (i.e., CHM) . . . to supply services to the public on behalf of [Peru], such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications. ⁸⁹¹

532. El argumento de las Demandantes se basa en una caracterización errónea del objeto del Contrato RER y de la naturaleza y alcance de los derechos que el mismo otorga. Para que un acuerdo de inversión califique como tal bajo la sub cláusula (b) del artículo 10.28, debe “otorga[r] derechos . . . para proveer servicios al público en representación de la Parte [en este caso, Perú]”⁸⁹². Las Demandantes arguyen que el Contrato RER está comprendido por la sub cláusula (b) porque esta supuestamente “*grants rights to [CHM] . . . to supply services to the public on behalf of [Peru], such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications*”⁸⁹³. Las Demandantes se equivocan.
533. Como se explicó en la **Sección II.A**, el Contrato RER es un contrato de compraventa de energía a largo plazo que garantiza a CH Mamacocha el derecho a percibir la Tarifa de Adjudicación (precio o tarifa garantizada) por la energía contratada que CH Mamacocha se compromete a inyectar al SEIN. No obstante, como explica el Ing. Mendoza en su declaración testimonial, el Contrato RER *no* confiere ningún derecho a generar energía⁸⁹⁴. Explica el Ing. Mendoza que “el título habilitante que otorga el derecho de generar la energía eléctrica y la posibilidad de venderla” es la Concesión Definitiva (no el contrato RER)⁸⁹⁵. Eso está claramente estipulado en el artículo 3 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual reza:

Se requiere concesión definitiva para el desarrollo de cada una de las siguientes actividades: a) La generación de energía

⁸⁹¹ Memorial de Demanda, ¶ 209.

⁸⁹² **RL-0051**, Tratado, art. 10.28.

⁸⁹³ Memorial de Demanda, ¶ 209.

⁸⁹⁴ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 10.

⁸⁹⁵ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 13.

eléctrica que utilice recursos hidráulicos, con potencia instalada mayor de 500 KW; b) **La transmisión de energía eléctrica**, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de éste; c) **La distribución de energía eléctrica con carácter de Servicio Público de Electricidad**, cuando la demanda supere los 500 KW; y, d) **La generación de energía eléctrica** con recursos Energéticos Renovables conforme a la Ley de la materia, con potencia instalada mayor de 500 KW⁸⁹⁶. (Énfasis añadido)

534. En concordancia con la Ley de Concesiones Eléctricas, el propio Contrato RER establecía que CH Mamacocha estaba obligado a “gestionar y cumplir con todos los requisitos para la obtención de la Concesión Definitiva”⁸⁹⁷. A mayor abundamiento, la cláusula 1.3 del Contrato RER aclaraba que “[l]a suscripción del Contrato [RER] no elimina ni afecta la obligación de [CH Mamacocha], de solicitar, suscribir y cumplir los requisitos para obtener la Concesión Definitiva de la Central de Generación que [CH Mamacocha] deberá tramitar en el Ministerio”⁸⁹⁸.
535. El Ing. Mendoza resume la distinción entre el Contrato RER y la Concesión Definitiva, señalando que “resulta posible tener una Concesión Definitiva sin un Contrato RER, pero no es posible obtener los beneficios de un Contrato RER sin una Concesión Definitiva”⁸⁹⁹. Nada de lo anterior es controversial toda vez que el Sr. Sillen, testigo de las propias Demandantes, expresamente admite que el Contrato RER

*was a PPA [Power Purchase Agreement], defining the commercial obligations between the parties. One of CHM's obligations was to apply for and obtain “concessions” both for the generation plant and for the transmission line*⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ **RL-0001**, Ley de Concesiones Eléctricas, art. 3

⁸⁹⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.2.

⁸⁹⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.3.

⁸⁹⁹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 14.

⁹⁰⁰ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, nota al pie 19, pág. 17.

536. Por lo tanto, las Demandantes se equivocan cuando argumentan que el Contrato RER les otorgaba el derecho de proveer servicios de generación o distribución de energía en representación del Perú. No lo hacía, y por lo tanto el Contrato RER no califica como un “acuerdo de inversión” en el sentido del artículo 10.28 del Tratado.
537. Adicionalmente, el Contrato RER no está comprendido por el *chapeau* de la definición de “acuerdo de inversión” bajo el Tratado. Según el *chapeau*, el acuerdo de inversión es uno “en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista **se base** para establecer o adquirir una inversión cubierta **diferente al acuerdo escrito en sí mismo**”⁹⁰¹ (énfasis añadido). Las Demandantes no han cumplido con su carga probatoria de establecer que se basaron en el Contrato RER para adquirir la supuesta “inversión cubierta”. Según las Demandantes, su inversión consiste en lo siguiente:

*an enterprise (CHM); ownership of shares in an enterprise (CHM); loans to CHM; concession contracts; concessions; licenses, authorizations and permits; tangible and intangible property rights, among other forms of its investments*⁹⁰².

538. Las Demandantes no han demostrado en absoluto que se hayan basado en el Contrato RER para establecer o adquirir ninguna de esas supuestas inversiones. Y no lo han hecho porque no pueden. De hecho, el Contrato RER fue *posterior* al establecimiento de CH Mamacocha, y jurídicamente no pudo ser la base de la adquisición de los permisos —muchos de los cuales fueron adquiridos *antes* del Contrato RER, e incluso antes de las Bases de la Tercera Subasta.
539. Por ejemplo, al momento de presentarse a la Tercera Subasta, CH Mamacocha ya había solicitado la Aprobación del Estudio de Aprovechamiento Hídrico⁹⁰³, la

⁹⁰¹ **RL-0051**, Tratado, art. 10.28.

⁹⁰² Memorial de Demanda, ¶ 201.

⁹⁰³ **Anexo R-0006**, Resolución Directoral No. 590-2103-ANA-AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 29 de agosto de 2013.

Autorización de Proyectos de Evaluación Arqueológica⁹⁰⁴, y la Clasificación Ambiental por la Planta de Generación⁹⁰⁵. CH Mamacocha obtuvo cada uno de esos permisos *antes* de firmar el Contrato RER⁹⁰⁶. De hecho, CH Mamacocha habría podido solicitar todos los permisos requeridos para obtener la Concesión Definitiva aun si no hubiera firmado nunca el Contrato RER.

540. Por lo tanto, el Contrato RER, además no estar comprendido por ninguna de las categorías de “acuerdo de inversión” bajo el artículo 10.28 del Tratado, ni siquiera está comprendido por el *chapeau* de la definición de ese término.
541. En el mismo sentido, las Demandantes tampoco han demostrado que “la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, **con base en el acuerdo de inversión relevante**”⁹⁰⁷, como lo requiere el artículo 10.16(1)(b)(i)(C) del Tratado que invocan las Demandantes como supuesta base de la jurisdicción del Tribunal.
542. En conclusión, las Demandantes han fracasado en establecer que el Contrato RER es un “acuerdo de inversión” bajo la definición del artículo 10.28 del Tratado. Consecuentemente, el Tribunal carece de jurisdicción sobre todas y cualquiera de las reclamaciones de las Demandantes fundamentadas en supuesto incumplimiento del Contrato RER.

⁹⁰⁴ **Anexo R-0034**, Carta de HLA (R. Santiváñez) al Ministerio de Cultura (L. Cáceres), 27 de mayo de 2013.

⁹⁰⁵ **Anexo R-0009**, Carta de HLA (R. Santiváñez) a la Autoridad Regional Ambiental (A. Díaz), 5 de junio de 2013.

⁹⁰⁶ **Anexo R-0006**, Resolución Directoral No. 590-2103-ANA-AAA I C-O, Autoridad Nacional del Agua, 29 de agosto de 2013; **Anexo R-0038**, Oficio No. 130-2014-DGPA-VMPCIC/MC de Ministerio de Cultura (L. Cáceres) a HLA (R. Santiváñez), 7 de febrero de 2014 *adjuntando* Resolución Directoral No. 049-2014-DGPA-VMPCIC/MC, 5 de febrero de 2014; **Anexo C-0185**, Informe No. 009-2014-GRA/ARMA-SG-EA-E, Evaluación Preliminar y Clasificación del Proyecto Hidroeléctrica Laguna Azul, 17 de febrero de 2014, pág. 7.

⁹⁰⁷ **RL-0051**, Tratado, art. 10.16.1.b.ii.

E. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* respecto de las reclamaciones sobre los proyectos Río Arriba

543. Según las Demandantes la “inversión” materia de este arbitraje comprende (i) el Proyecto Mamacocha como tal, y (ii) los “Proyectos Río Arriba”⁹⁰⁸. Sobre los Proyectos Río Arriba⁹⁰⁹, las Demandantes piden que el Tribunal le ordene al Perú pagar compensación por supuestas violaciones al Tratado y daños resultantes a esos Proyectos; el total de los daños reclamados es USD 0.142 millones⁹¹⁰. Pero las Demandantes no establecen base jurisdiccional que le permita al Tribunal pronunciarse sobre esos Proyectos Río Arriba, y ni siquiera explican qué medidas atribuibles al Perú supuestamente afectaron esos Proyectos.
544. Las Demandantes no han demostrado que los Proyectos Río Arriba constituyan una “inversión” bajo el artículo 25 del Convenio CIADI. El Profesor Schreuer explica que “[t]he wording of Art. 25(1) suggests that the Convention requires an actual investment. Therefore, disputes arising from investments that are merely planned, intended or attempted will not be covered”⁹¹¹. Incluso con base en la descripción que ofrecen las Demandantes, es evidente que los Proyectos Río Arriba nunca superaron el estado puramente conceptual; fueron, en el mejor de los casos, una mera aspiración. Los Proyectos Río Arriba tampoco cumplen con la definición de inversión bajo el artículo 10.28 del Tratado. Por ende, el Tribunal carece también de jurisdicción *ratione materiae* en relación a los Proyectos Río Arriba.

⁹⁰⁸ Ver, e.g., Memorial de Demanda, ¶¶ 14, 17, 144, 172, 177.

⁹⁰⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 540–543, nota al pie 965.

⁹¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 543.

⁹¹¹ Ver **RL-0101**, Christoph H. Schreuer *et al.*, THE ICISD CONVENTION: A COMMENTARY, 23 de julio de 2009, art. 25, *supra*, ¶ 181; ver también *id.* ¶ 180 (“These cases suggest that costs incurred in the course of preparing or developing a project will not, by themselves, amount to an investment for purposes of ICSID’s jurisdiction.”)

1. *El Proyecto Mamacocha y los Proyectos Río Arriba deben ser tratados como “inversiones” separadas*

545. Las Demandantes argumentan que el Proyecto Mamacocha cumple con la definición de “inversión” contenida en el artículo 10.28 del Tratado⁹¹². Las Demandantes mencionan los Proyectos Río Arriba solo de paso⁹¹³. Con base en lo poco que dicen al respecto, las Demandantes parecen sugerir que los Proyectos Río Arriba y el Proyecto Mamacocha son parte de una misma inversión, pero no logran probar que ese era el caso. El hecho de que la misma compañía, Latam Hydro, haya concebido ambos proyectos hidroeléctricos en el mismo período de tiempo, sin más, no es suficiente para establecer jurisdicción como si fueran una inversión integrada.
546. A pesar de que la línea divisoria entre inversiones únicas y múltiples no es clara, los tribunales han discernido algunos principios básicos que deben guiar el análisis legal. Por ejemplo, el tribunal en *Nordzucker c. Polonia* consideró dos fases separadas de la adquisición de una compañía en Polonia como dos inversiones distintas⁹¹⁴. El tribunal enfatizó que, aun cuando el inversor había documentado su intención de comprar ambas de las fases como parte de su estrategia global, la decisión del inversor de invertir en una primera fase era independiente del resultado de su compra de la segunda fase⁹¹⁵. El tribunal consideró las inversiones por separado porque la evidencia no sustentaba una conclusión que la adquisición de ambas fases “*became essential for the economy and the legal structure of the overall acquisition*”⁹¹⁶.

⁹¹² Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 199–203.

⁹¹³ Memorial de Demanda, ¶ 203.

⁹¹⁴ **RL-0099**, *Nordzucker AG c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial, 10 de diciembre de 2008 (Van Houtte, Bucher, Tomaszewski), ¶¶ 146–159.

⁹¹⁵ **RL-0099**, *Nordzucker AG c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial, 10 de diciembre de 2008 (Van Houtte, Bucher, Tomaszewski), ¶ 158.

⁹¹⁶ **RL-0099**, *Nordzucker AG c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial, 10 de diciembre de 2008 (Van Houtte, Bucher, Tomaszewski), ¶ 158.

547. Una opinión similar fue adoptada en el fallo reciente de *Eyre c. Sri Lanka*, el cual explica que ciertas “*pre-investment activities*” en un potencial proyecto hotelero debían ser tratadas por separado de la adquisición de un terreno por el mismo grupo inversionista⁹¹⁷. Para llegar a esta conclusión, el tribunal enfatizó la disparidad en desarrollo y gastos en las respectivas fases de la inversión: mientras que el grupo de inversionista ya había adquirido el terreno, solamente se había conceptualizado el desarrollo del hotel⁹¹⁸. Además, el tribunal rechazó los alegatos de las demandantes sobre que la naturaleza “potencialmente lucrativa” del proyecto hotelero planeado en el terreno era suficiente para ligarlo a la inversión en el terreno⁹¹⁹.
548. Aplicando el razonamiento de los dos casos arriba citados, los Proyectos Río Arriba no pueden ser considerados parte de la inversión relativa al Proyecto Mamacocha. Aun cuando las Demandantes insinúan que vieron los Proyectos Río Arriba como parte del valor de la propuesta de su inversión en el Proyecto Mamacocha, no aducen evidencia alguna para mostrar que los proyectos estaban ligados. Por lo contrario, la prueba en este caso indica que la viabilidad del Proyecto Mamacocha era completamente independiente de cualquier posible desarrollo futuro de los Proyectos Río Arriba. En las propias palabras de las Demandantes, ellas planeaban desarrollar primero el Proyecto Mamacocha y, posteriormente, “[t]he team would then shift its focus to develop the Upstream Projects”⁹²⁰.

⁹¹⁷ **RL-0100**, *Raymond Charles Eyre y Montrose Development (Private) Ltd. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/16/25, Laudo, 5 de marzo de 2020 (Reed, Lew, Stern), ¶ 301.

⁹¹⁸ **RL-0100**, *Raymond Charles Eyre y Montrose Development (Private) Ltd. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/16/25, Laudo, 5 de marzo de 2020 (Reed, Lew, Stern), ¶¶ 301–302.

⁹¹⁹ **RL-0100**, *Raymond Charles Eyre y Montrose Development (Private) Ltd. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/16/25, Laudo, 5 de marzo de 2020 (Reed, Lew, Stern), ¶ 301.

⁹²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 58.

549. Como en *Eyre*, las Demandantes aquí no han demostrado que hayan adoptado ningún paso concreto para desarrollar los Proyectos Río Arriba como parte integral de su inversión en el Proyecto Mamacocha. Por ejemplo, las Demandantes no alegan que hayan solicitado permiso alguno para los Proyectos Río Arriba, ni que hayan obtenido financiamiento para esos Proyectos. Tampoco alegan que esos Proyectos hayan avanzado más allá de la fase conceptual⁹²¹.
550. En el Memorial de Demanda, las Demandantes solamente mencionan dos estudios de viabilidad, y se refieren, otra vez en sus propias palabras, a un “*conceptual design*” de los Proyectos⁹²². Las expectativas subjetivas de las Demandantes en relación a la conexión futura entre estos proyectos completamente separados (viz., Proyecto Mamacocha, por un lado, y Proyectos Ríos Arriba, por otro lado) no puede convertirlos en una supuesta inversión única o consolidada.
551. Para que los Proyectos Río Arriba estén bajo la jurisdicción *ratione materiae* de este Tribunal, deben reunir de manera independiente y objetiva los requisitos jurisdiccionales bajo el Convenio CIADI y el Tratado. Las Demandantes tienen la carga de la prueba de demostrar que cumplen con esos requisitos jurisdiccionales. Dado que las Demandantes no han cumplido con esa carga, todas sus reclamaciones en relación a los Proyectos Río Arriba deben ser rechazadas.
552. No obstante lo anterior, y haciendo reserva expresa de sus derechos, el Perú demuestra a continuación que los Proyectos Río Arriba no constituyen una inversión, ni bajo el Convenio CIADI (*ver Sección IV.D.2*) ni bajo el Tratado (*ver Sección IV.D.3*).

⁹²¹ Memorial de Demanda, ¶ 56–58.

⁹²² Memorial de Demanda, ¶ 57. Además, ninguna de las actividades de las Demandantes mencionadas dan lugar a algún compromiso de parte del Perú; de hecho, el Perú no tenía conocimiento alguno de las intenciones de las Demandantes de desarrollar esos Proyectos Río Arriba, sino hasta que las Demandantes lo incluyeron en estos procedimientos.

2. *Los Proyectos Río Arriba no constituyen una “inversión” bajo el artículo 25 del Convenio CIADI*

553. El artículo 25(1) del Convenio CIADI limita la jurisdicción del Tribunal a la adjudicación de “las diferencias de naturaleza jurídica que *surjan directamente de una inversión*”⁹²³ (énfasis añadido). El Convenio CIADI no define el término “inversión”⁹²⁴, pero la jurisprudencia arbitral ha interpretado ese término. Los criterios *Salini c. Marruecos* (requiriendo una contribución de capital, duración, asunción de riesgo, y contribución al desarrollo económico del Estado anfitrión)⁹²⁵ son bienes conocidos. Sin embargo, en este caso, el Tribunal no necesita abordar el debate sobre los contornos exactos de estos criterios, porque los Proyectos Río Arriba están muy por debajo de cualquier significado objetivo del término “inversión” para efectos del artículo 25.
554. Incluso si se supiese *arguyendo* que los alegatos de las Demandantes en relación a sus supuestas actividades de los Proyectos Río Arriba son ciertos, esas actividades consisten meramente en la solicitud de dos estudios preliminares de viabilidad y la adquisición y mantenimiento de una entidad para servir como vehículo corporativo para un proyecto futuro⁹²⁶. Tales actividades no son más que actividades de *pre-inversión*, y los tribunales arbitrales han rechazado consistentemente el argumento de que actividades de pre-inversión —incluyendo actividades más sustanciales que las reclamadas aquí— pueden constituir una “inversión” a efectos del artículo 25.

⁹²³ **RL-0092**, Convenio CIADI, art. 25(1).

⁹²⁴ Ver **RL-0101**, Christoph H. Schreuer *et al.*, THE ICISD CONVENTION: A COMMENTARY, 23 de julio de 2009, art. 25, ¶¶ 113, 121.

⁹²⁵ **CL-0051**, *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4 (Briner, Cremades, Fadlallah), Decisión sobre jurisdicción, 23 de julio de 2001, ¶ 52 (“The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.”)

⁹²⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 56–57, 184, nota al pie 467, pág. 86.

555. Por ejemplo, el tribunal en *Mihaly c. Sri Lanka* determinó que carecía de jurisdicción sobre las reclamaciones formuladas por la demandante de gastos preliminares, sin ningún tipo de compromiso por parte del Estado, antes de negociaciones para construir y operar una central eléctrica, que en definitiva resultaron infructuosas⁹²⁷. El tribunal resumió su conclusión de la siguiente manera: “*The Tribunal is consequently unable to accept as a valid denomination of ‘investment’, the unilateral or internal characterization of certain expenditures by the Claimant in preparation for a project of investment*”⁹²⁸.
556. El Tribunal en el caso *Zhinvali c. Georgia* llegó a una conclusión similar, al rechazar reclamaciones sobre ciertos “costos de desarrollo” incurridos en el curso de negociaciones con el Estado para rehabilitar una planta hidroeléctrica⁹²⁹.
557. Más recientemente, el tribunal *Eyre* explicó que los esfuerzos preliminares y los gastos preliminares de las demandantes para el desarrollo de un hotel no podían, por sí solos, constituir una “inversión”, toda vez que el proyecto no superó la fase conceptual:

*The Tribunal can find only that the Hotel Project remained at best aspirational at the time of the compulsory State acquisition in 2010. Consequently, Mr Eyre’s contributions rose only to the pre-investment level and he did not face the operational risk necessary for the Hotel Project to qualify as a protected investment for purposes of Article 1 of the BIT and Article 25(1) of the ICSID Convention (énfasis añadido)*⁹³⁰

⁹²⁷ **RL-0102**, *Mihaly International Corp. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002 (Sucharitkul, Rogers, Suratgar), ¶¶ 60–61.

⁹²⁸ **RL-0102**, *Mihaly International Corp. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002 (Sucharitkul, Rogers, Suratgar), ¶ 61.

⁹²⁹ **RL-0103**, *Zhinvali Development Ltd. c. República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/00/1, Laudo, 24 de enero de 2003 (Robinson, Jacovides, Rubin), ¶¶ 416–417.

⁹³⁰ **RL-0100**, *Raymond Charles Eyre y Montrose Development (Private) Ltd. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/16/25, Laudo, 5 de marzo de 2020 (Reed, Lew, Stern), ¶ 302; ver también *id.* ¶ 301 (“*The Claimants have not proven, on a balance of the probabilities, that the*

558. El principio que forma la base de estas decisiones (i.e., que los gastos de pre-inversión no constituyen una “inversión” a efectos del Convenio CIADI) es aplicable directamente a las actividades de pre-inversión realizadas por las Demandantes en relación a los Proyectos Río Arriba. Los planes de las Demandantes para los Proyectos Río Arriba fueron meramente aspiracionales. Así lo reconocen las propias Demandantes, quienes en su Memorial de Demanda describen esos proyectos como un “*conceptual design*” y un proyecto del “*next-stage*”, después del desarrollo del Proyecto Mamacocha⁹³¹.
559. Por estas razones, los Proyectos Río Arriba no califican como una “inversión” bajo el artículo 25 del CIADI, y las reclamaciones de las Demandantes referentes a esos proyectos deben ser rechazadas por falta de jurisdicción *ratione materiae*.

3. *Los Proyectos Río Arriba no son una inversión cubierta bajo el Tratado*

560. Las actividades preliminares de las Demandantes en relación a los Proyectos Río Arriba tampoco califican como una “inversión” cubierta por el artículo 10.28 del Tratado, el cual define el término “inversión” de la siguiente manera:

[I]nversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga **las características de una inversión**, incluyendo características tales como **el compromiso de capitales u otros recursos**, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o **la asunción de riesgo**. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;

Hotel Project was anywhere near a certainty before the dredging and compulsory State acquisition of the Montrose Land. The record reflects that Mr Eyre has not obtained formal planning permission and, in fact, there was no evidence that the suspension of the amended preliminary planning clearance application submitted on 12 March 2012 had been raised or of any application for it to be raised or for new permission. Further, Mr Eyre has not, despite obviously substantial efforts, actually executed contractual commitments with architects, hotel management firms or financiers”).

⁹³¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 56–57, 91.

- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda⁹³². (Énfasis añadido)

561. En su Memorial de Demanda, las demandantes no intentan explicar en qué forma sus actividades con relación a los Proyectos Río Arriba supuestamente califican como una inversión protegida bajo el Tratado. Solamente asumen que, si el Proyecto Mamacocha calificara como tal, los Proyectos Río Arriba también calificarían⁹³³. En consecuencia, las Demandantes no han cumplido con su carga de prueba para establecer que los Proyectos Río Arriba son una inversión protegida bajo el Tratado.
562. En ningún caso podrían hacerlo, toda vez que las actividades de las Demandantes en relación a los Proyectos Río Arriba no reúnen los requisitos del Tratado. Como

⁹³² **RL-0051**, Tratado, art. 10.28.

⁹³³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 199–204 (donde las Demandantes analizan los requisitos del Tratado, pero se refieren solamente a sus actividades con relación al Proyecto Mamacocha, y no a los Proyectos Río Arriba); *id.* ¶ 201 (“*As detailed previously, Latam Hydro has at all relevant times directly or indirectly held 100% ownership interest in CHM and fully controlled CHM and the Project, which constitute its investments.*”) (énfasis añadido).

se describió anteriormente, los gastos relativos a estudios de viabilidad y a la creación de una sociedad *holding* –gastos que, como admiten las Demandantes, ascienden a tan solo USD 140.000⁹³⁴– no pueden constituir por sí solos una inversión cubierta dentro del significado del Tratado.

563. Los Proyectos Río Arriba carecen de las “características de una inversión” requeridas bajo el artículo 10.28 el Tratado: las medidas de los Demandantes con relación a esos proyectos no implican el “compromiso de capitales u otros recursos” (a lo sumo, son gastos preliminares y aislados), ni la “asunción de riesgo”. Meras expectativas subjetivas y aspiraciones de las Demandantes sobre la posible viabilidad futura de los Proyectos Río Arriba no pueden calificar como una inversión protegida bajo el Tratado.
564. Por lo tanto, el Tribunal carece también de jurisdicción *ratione materiae* en relación a los Proyectos Río Arriba, por no satisfacer estos la definición de “inversión” en el artículo 10.28 del Tratado.

F. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* porque el Perú no ha atribuido en ningún momento a CH Mamacocha el carácter de “nacional de otro Estado Contratante” de conformidad con el Artículo 25(2) del Convenio CIADI

565. El artículo 25(1) del Convenio CIADI limita la jurisdicción del CIADI a las diferencias “entre un Estado Contratante . . . y el nacional de otro Estado Contratante”, estableciendo así un requisito jurisdiccional *ratione personae* (basado en nacionalidad)⁹³⁵. CH Mamacocha es una sociedad constituida en el Perú, y por ende de nacionalidad peruana. En consecuencia, *prima facie* las Demandantes no cumplen con el requisito jurisdiccional *ratione personae* de nacionalidad bajo el artículo 25(1) del Convenio CIADI.

⁹³⁴ Memorial de Demanda, ¶ 543.

⁹³⁵ **RL-0092**, Convenio CIADI, art. 25(1).

566. El artículo 25(2)(b) establece sin embargo una excepción al requisito *ratione personae* bajo el artículo 25(1): “Se entenderá como ‘nacional de otro Estado Contratante’ . . . las personas jurídicas que, teniendo en la [fecha en que las partes prestaron su consentimiento] nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”⁹³⁶. Queriendo valerse de esa excepción, las Demandantes alegan que por ser CH Mamacocha controlada por una sociedad estadounidense, aquella califica como nacional de otro Estado Contratante⁹³⁷. Sin embargo, tal control no es suficiente para cumplir con el requisito *ratione personae* bajo el Convenio CIADI. Además de acreditar el control extranjero, CH Mamacocha debe demostrar además que el Perú ha “acordado atribuirle [a CH Mamacocha] el carácter de “nacional de otro Estado Contratante” (en este caso, de Estados Unidos). Sin embargo, CH Mamacocha no ha demostrado tal cosa —y no puede hacerlo porque el Perú no acordó en ningún momento atribuirle el carácter de nacional de otro Estado Contratante.
567. Consecuentemente, y por las razones que se exponen en mayor detalle a continuación, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae*, pues CH Mamacocha no cumple el requisito de nacionalidad impuesto por el artículo 25(1) del Convenio CIADI.
1. *La atribución del carácter de “nacional de otro Estado Contratante” debe haber sido inequívoca e indiscutible*
568. El requisito de nacionalidad bajo el artículo 25(1) del Convenio CIADI refleja el principio general del derecho internacional según el cual un nacional no puede

⁹³⁶ **RL-0092**, Convenio CIADI, art. 25(2)(b).

⁹³⁷ Solicitud de Arbitraje, ¶ 81; Memorial de Demanda, ¶ 2.

demandar en sede internacional a su propio Estado⁹³⁸. La excepción establecida por el artículo 25(2)(b) del Convenio (según la cual el Estado anfitrión de la inversión puede atribuir a una persona jurídica el carácter de “nacional de otro Estado Contratante”, no obstante ser la misma una entidad constituida en el Estado anfitrión), es una manifestación del consentimiento arbitral, y por lo tanto dicha manifestación debe ser *indiscutible e inequívoca*⁹³⁹.

569. Un Estado Contratante que decide atribuirle a una persona jurídica registrada en su territorio el carácter de nacional de otro Estado Contratante normalmente lo hace de forma explícita. Y si bien es concebible que lo pueda hacer también de forma implícita, en ese caso su expresión de voluntad debe ser inequívoca, sin dejar lugar a duda alguna. Así lo reconoció y explicó el tribunal en *Cable Television of Nevis, c. St. Kitts y Nevis*:

*The solution which [an agreement under Article 25(2)(b)] is intended to achieve constitutes an exception to the general rule established by the Convention, and one would expect that parties should express themselves clearly and explicitly with respect to such a derogation. Such an agreement should therefore normally be explicit. An implied agreement would only be acceptable in the event that the specific circumstances would exclude any other interpretation of the intention of the parties, which is not the case here*⁹⁴⁰. (Énfasis añadido)

⁹³⁸ **RL-0085**, *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008 (Danelius, Abi-Saab, Aldonas), ¶ 139; ver **RL-0056**, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001 (Kaufmann-Kohler, Böckstiegel, Cremades), ¶ 102.

⁹³⁹ **RL-0059**, *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012 (Dupuy, Brower, Bello Janeiro), ¶ 175; **RL-0060**, *Estado de Eastern Carelia*, CPJI, Opinión consultiva, 23 de julio de 1923, pág. 27; **RL-0061**, *Caso Ambatielos*, CIJ, Laudo, 19 de mayo de 1953, págs. 10, 19; **RL-0086**, *Caso del Oro Monetario quitado de Roma en 1943*, CIJ, Laudo Preliminar, 15 de junio de 1954, págs. 19, 32.

⁹⁴⁰ **RL-0064**, *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. c. Federación de San Cristóbal y Nieves*, Caso CIADI No. ARB/95/2, Laudo, 13 de enero de 1997 (Davis, Maynard, McKay), ¶ 5.24 (citando a *Holiday Inns c. Marruecos*).

570. Igualmente, el tribunal en el caso *Klöckner c. Camerún* reconoció que si la atribución del carácter de “nacional de otro Estado Contratante” bajo el artículo 25(2)(b) es implícita, la voluntad de las partes en ese sentido debe ser inequívoca y debe excluir por completo una interpretación diferente⁹⁴¹. La cláusula arbitral analizada en *Klöckner* (a diferencia de la cláusula arbitral del Contrato RER) requería que toda disputa se resolviera mediante arbitraje CIADI, y no contemplaba otro foro⁹⁴². Fue con base en esa exclusión de otros foros que el tribunal en el caso *Klöckner* concluyó que Camerún había acordado implícitamente atribuirle a *Klöckner* el carácter de nacional de otro Estado: “la inserción de esta cláusula. . . sólo tiene sentido si las partes han acordado que, por el control que en ese momento ejercían los intereses extranjeros. . . esta Convención podría estar sujeta a la jurisdicción del CIADI” (original en francés)⁹⁴³.
571. La doctrina confirma que la atribución del carácter de “nacional de otro Estado Contratante” debe ser transparente e inequívoca. Por ejemplo, el Profesor Pierre Lalive explicó lo siguiente:

*Article 25 (2) (b) constitutes in itself a relatively bold departure
from the traditional principles of international law, according to*

⁹⁴¹ **CL-0033**, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, et al. c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo, 21 de octubre de 1983 (Jimenez de Arechaga, Schmidt, Rogers), ¶ 16 (“Es una admisión que excluye totalmente una interpretación diferente de la voluntad de las partes.”) (original en francés).

⁹⁴² **CL-0033**, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, et al. c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo, 21 de octubre de 1983 (Jimenez de Arechaga, Schmidt, Rogers), ¶ 1. En *Klöckner*, existían cuatro contratos, de los cuales tres contenían cláusula CIADI. La cláusula CIADI del contrato marco establecía: “La solución de controversias relativas a la validez, interpretación o aplicación de las cláusulas de este Protocolo se hará mediante acuerdo entre las partes y, en su defecto, de conformidad con el procedimiento de arbitraje previsto por la Convención Internacional para la Solución de Controversias relativas a las inversiones del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (B.I.R.F.)”, **CL-0033**, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, et al. c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo, 21 de octubre de 1983 (Jimenez de Arechaga, Schmidt, Rogers), ¶¶ 2, 9. Las cláusulas CIADI de los otros contratos relevantes eran idénticas o casi idénticas a la citada cláusula.

⁹⁴³ **CL-0033**, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, et al. c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo, 21 de octubre de 1983 (Jimenez de Arechaga, Schmidt, Rogers), ¶ 16 (original en francés).

*which a State cannot be sued internationally by its own nationals. . . consent to international arbitration between a State and a juridical person which is, legally or formally speaking, its 'national' needs to be unequivocal and not open to doubt*⁹⁴⁴.
(Énfasis añadido)

572. Consistente con el texto del artículo 25(1) del Convenio CIADI y la conclusión de los tribunales internacionales que lo han interpretado, en el presente caso las Demandantes tienen la carga de demostrar que el Perú atribuyó a CH Mamacocha —de manera inequívoca e indiscutible, sin dejar lugar a duda— el carácter de nacional de los Estados Unidos, a los efectos del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. Las Demandantes no han cumplido con esa carga probatoria.

2. *El Perú nunca atribuyó a CH Mamacocha el carácter de “nacional de otro Estado Contratante”*

573. Es incontrovertible —y las Demandantes no han negado— que el Perú no ha atribuido de manera explícita a CH Mamacocha el carácter de “nacional de otro Estado Contratante”, a los efectos del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. En consecuencia, las Demandantes tienen la carga de demostrar que el Perú manifestó esa voluntad en forma *implícita*, y que lo hizo de manera inequívoca y sin dejar lugar a dudas. Pero las Demandantes no pueden cumplir con esa carga, por la simple razón que el Perú nunca manifestó, ni de manera explícita ni implícita, ninguna voluntad de considerar a CH Mamacocha como nacional de otro Estado (ya sea de los Estados Unidos o de cualquier otro Estado), y menos aún ha manifestado tal voluntad de manera inequívoca e incontrovertible.

574. Resulta ilustrativo contrastar el Contrato RER con otros contratos del MINEM, los cuales demuestran que cuando el Perú ha querido atribuir a una persona jurídica peruana el carácter de nacional de otro Estado, lo ha hecho de manera explícita. Por citar un ejemplo, el 17 de octubre de 2013 (es decir, con anterioridad al Contrato

⁹⁴⁴ **RL-0087**, Pierre Lalive, *The First “World Bank” Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems*, THE BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW, 1982, págs. 140–141.

RER), el MINEM suscribió con una sociedad peruana sometida a control extranjero un contrato de inversión para el desarrollo y la operación de una central hidroeléctrica⁹⁴⁵. Al igual que el Contrato RER en el presente caso, la cláusula arbitral de ese contrato permite resolver mediante un arbitraje CIADI las controversias cuya cuantía supere la cifra de USD 20 millones, y remite al arbitraje nacional aquellas controversias cuya cuantía es inferior a USD 20 millones⁹⁴⁶. Sin embargo, a diferencia del Contrato RER, ese contrato del MINEM sí atribuye, explícitamente, el carácter de “nacional de otro Estado Contratante” al inversionista, y hace referencia expresa a la disposición pertinente del Convenio CIADI:

El Inversionista, por ser una entidad constituida bajo las leyes de la República del Perú, para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, **el Concedente en representación del Estado de la República del Perú declara que el Inversionista se le considerará como “Nacional de Otro Estado contratante” por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2) del artículo 25° del Convenio [CIADI], y el Inversionista acepta que se le considere como tal**⁹⁴⁷. (Énfasis añadido)

575. El citado contrato de inversión fue suscrito pocos meses antes de la suscripción del Contrato RER por parte del MINEM (viz., 18 de febrero de 2014). Esto confirma que si el Perú hubiese querido atribuirle a CH Mamacocha el carácter de “nacional de otro Estado Contratante”, lo habría hecho explícitamente, como de hecho ya lo

⁹⁴⁵ Ver **Anexo R-0125**, Contrato de Compromiso de Inversión Central Hidroeléctrica Molloco, 17 de octubre de 2013, cláusula 3.1.

⁹⁴⁶ Ver **Anexo R-0125**, Contrato de Compromiso de Inversión Central Hidroeléctrica Molloco, 17 de octubre de 2013, cláusulas 9.5(b) y (c).

⁹⁴⁷ Ver **Anexo R-0125**, Contrato de Compromiso de Inversión Central Hidroeléctrica Molloco, 17 de octubre de 2013, cláusula 9.5(b).

estaba haciendo a la sazón en algunos contratos. Sin embargo, en el Contrato RER, no lo hizo.

576. En reconocimiento del hecho de que el Perú no atribuyó a CH Mamacocha en ningún momento explícitamente el carácter de empresa extranjera, las Demandantes argumentan que el Perú lo hizo de manera implícita⁹⁴⁸. Basan ese argumento –sin citar ningún caso– enteramente en el mero hecho de que la cláusula 11.3(a) del Contrato RER contempla la posibilidad de arbitrajes ante el CIADI⁹⁴⁹. Sin embargo, esa cláusula solo permite arbitrajes CIADI *para cierto tipo de controversias* (a diferencia, por ejemplo, de la cláusula arbitral analizada en *Klöckner*), y de ninguna manera constituye una atribución implícita por parte del Perú del carácter de “nacional de otro Estado Contratante” a CH Mamacocha, y mucho menos aun una atribución indiscutible e inequívoca (como lo han requerido otros tribunales de inversión).
577. La cláusula 11.3 del Contrato RER establece dos vías arbitrales distintas para la resolución de controversias no técnicas: (i) arbitraje *internacional* bajo el Convenio CIADI (plasmado en la cláusula 11.3(a)), y (ii) arbitraje *nacional* en la Cámara de Comercio de Lima (plasmado en la cláusula 11.3(b))⁹⁵⁰. Para acceder a la vía de arbitraje CIADI, el primer párrafo de la cláusula 11.3(a) dispone lo siguiente:

Las controversias cuya cuantía sea superior a Veinte Millones de Dólares (USD\$ 20 000 000) o su equivalente en moneda nacional, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con [las reglas del CIADI]. **Si la Sociedad Concesionaria no cumple con el requisito para acudir al CIADI, esta controversia se sujetará a las reglas que se refiere el literal b) del presente numeral**⁹⁵¹. (Énfasis añadido)

⁹⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 239.

⁹⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶ 239.

⁹⁵⁰ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusulas 11.3(a).

⁹⁵¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 11.3(a).

578. La última oración del primer párrafo de la cláusula 11.3(a) contempla explícitamente la posibilidad de que el concesionario (en este caso, CH Mamacocha) *no* cumpla con el requisito *ratione personae* bajo el artículo 25 del Convenio CIADI. En caso de que la demandante no cumpla con el requisito *ratione personae* del Convenio CIADI, puede recurrir al arbitraje local en el Perú. Eso significa que el mero hecho de que la referida cláusula haga referencia al arbitraje CIADI no implica que el Perú le estaba confiriendo *ipso facto* a CH Mamacocha el carácter de entidad extranjera a efectos del artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI.
579. En consecuencia de lo expuesto, la cláusula 11.3(a) del Contrato RER demuestra que el Perú no manifestó ninguna voluntad —ni siquiera de manera implícita— de atribuirle el carácter de extranjero a empresas peruanas.
580. En todo caso, aun en el supuesto negado de que se pudiera interpretar que existió una atribución implícita del Perú, tal atribución de ninguna manera podría decirse que fue inequívoca e indiscutible. Como se explicó anteriormente, la carga de la prueba de las Demandantes en este caso no consiste en probar meramente que es plausible o teóricamente posible que el Perú haya implícitamente atribuido a CH Mamacocha el carácter de nacional de otro Estado Contratante. Más bien, las Demandantes tendrían que probar que su interpretación de la primera oración de la cláusula 11.3(a), en la cual se basan para argumentar que el Perú implícitamente atribuyó a CH Mamacocha el carácter de extranjera, “*exclude[s] any other interpretation of the intention of the parties*”⁹⁵². Sin embargo, ello resulta imposible, toda vez que el Perú ha demostrado que existe otra interpretación —no solo razonable, sino correcta— de la cláusula 11.3(a).
581. En resumen, el Perú no ha atribuido a CH Mamacocha el carácter de “nacional de otro Estado Contratante” a los efectos del artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI.

⁹⁵² **RL-0064**, *Cable Television of Nevis, Ltd. y Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. c. Federación de San Cristóbal y Nieves*, Caso CIADI No. ARB/95/2, Laudo, 13 de enero de 1997 (Davis, Maynard, McKay), ¶ 5.24 (citando *Holiday Inns c. Marruecos*).

Aun en el supuesto negado de que fuera plausible la interpretación de las Demandantes, la atribución pertinente no es indiscutible e inequívoca. Por ende, las Demandantes no han probado que este Tribunal tenga jurisdicción *ratione personae* bajo el artículo 25 del Convenio CIADI sobre ninguna de las reclamaciones de CH Mamacocha.

V. EL PERÚ HA CUMPLIDO CON SUS OBLIGACIONES BAJO EL TRATADO

A. El Perú ha cumplido con su obligación de otorgar un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo

582. Las Demandantes alegan que el Perú violó el artículo 10.5 del Tratado, el cual recoge la obligación de otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario⁹⁵³. Concretamente, las Demandantes argumentan que el Perú incumplió esa obligación mediante las siguientes acciones: (i) la Demanda del Gobierno Regional⁹⁵⁴; (ii) la Investigación Penal iniciada por la Fiscalía Ambiental de Arequipa⁹⁵⁵; (iii) los supuestos retrasos y defectos en la emisión de la Autorización para la Ejecución de Obras⁹⁵⁶; (iv) el inicio del Arbitraje de Lima⁹⁵⁷; y (v) la denegación de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC⁹⁵⁸.
583. De acuerdo con las Demandantes, a través de las acciones antes descritas, el Perú (i) frustró las legítimas expectativas de las Demandantes; (ii) no actuó en forma transparente; (iii) actuó en forma arbitraria; (iv) actuó en forma discriminatoria; (v) no actuó con buena fe⁹⁵⁹. Esos son los elementos que, según las Demandantes, integran la obligación de otorgar un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario.
584. El Perú demuestra en la presente sección que las Demandantes pretenden aplicar un estándar de trato justo y equitativo que no corresponde al nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario. Además, incluso bajo el estándar

⁹⁵³ Memorial de Demanda, ¶ 268.

⁹⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 284–308.

⁹⁵⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 309–320.

⁹⁵⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 321–333.

⁹⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 334–344.

⁹⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 345–355.

⁹⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 270, 277.

propuesto por las Demandantes, lo cierto es que el Perú no ha violado sus obligaciones bajo el artículo 10.5 del Tratado. Primero, las expectativas legítimas no forman parte del estándar de trato justo y equitativo bajo el nivel mínimo de trato; en cualquier caso, el Perú no vulneró expectativa legítima alguna de las Demandantes. Segundo, las Demandantes tampoco han acreditado que la obligación de actuar en forma transparente constituya un elemento del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario. Sin perjuicio de ello, el Perú ha actuado en forma transparente en el presente caso. Tercero, las Demandantes no han cumplido con su carga de probar que sufrieron un trato que haya sido “caprichoso, irracional o absurdo”, ya sea en términos absolutos o comparativos. En consecuencia las Demandantes no han establecido la existencia de ningún trato arbitrario o discriminatorio. Finalmente, el Perú ha demostrado, y confirmará, que ha actuado de buena fe en todo momento.

1. *El estándar legal aplicable en este caso es el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario*

585. El artículo 10.5 del Tratado establece en forma clara y expresa que el estándar que aplica al presente caso es el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario:

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Para mayor certeza, **el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas.** Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo⁹⁶⁰. (Énfasis añadido)

586. Para mayor certeza, el Anexo 10-A del Tratado precisa lo que el Perú y los Estados Unidos entienden por “derecho internacional consuetudinario”:

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario”, de manera general y tal como está específicamente referido en el Artículo 10.5, **resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal**. Con respecto al Artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros⁹⁶¹. (Énfasis añadido)

587. Para determinar el contenido del estándar de nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario deben consignarse los siguientes dos elementos: (a) la práctica estatal uniforme y continuada, y (b) *opinio juris*. Estos dos elementos están, además, expresamente recogidos en el Anexo 10-A del Tratado⁹⁶². Las Demandantes son quienes tienen la carga de la prueba de demostrar que lo que según ellas exige el nivel mínimo de trato es consistente con los principios pertinentes del derecho internacional consuetudinario⁹⁶³.
588. En el presente caso, las Demandantes reconocen que el estándar de trato justo y equitativo aplicable es el nivel mínimo de trato según el derecho internacional

⁹⁶⁰ **RL-0051**, Tratado, art. 10.5.

⁹⁶¹ **RL-0051**, Tratado, Anexo 10-A.

⁹⁶² **RL-0051**, Tratado, Anexo 10-A.

⁹⁶³ Ver, e.g., **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 273.

consuetudinario⁹⁶⁴. Sin embargo, los elementos identificados por las Demandantes en su Memorial de Demanda no corresponden al estándar de la obligación de nivel mínimo de trato recogida en el artículo 10.5 del Tratado. Las Demandantes sencillamente no han cumplido con su carga de demostrar que los elementos que invocan forman parte del derecho internacional consuetudinario. Además, al describir el estándar aplicable, las Demandantes incurrir en varias contradicciones y equivocaciones.

589. Primero, las Demandantes se equivocan cuando sugieren que no existen diferencias entre el estándar autónomo de trato justo y equitativo y el nivel mínimo de trato⁹⁶⁵. El Perú explica en esta sección que, contrariamente a lo que sostienen las Demandantes⁹⁶⁶, en la actualidad continúa existiendo una distinción entre el nivel mínimo de trato y el estándar autónomo de trato justo y equitativo.
590. Con base en la premisa errada de que no existe distinción entre ambos estándares, las Demandantes invocan, en primer lugar, la definición de trato justo y equitativo realizada por el tribunal en el caso *Tecmed c. México*⁹⁶⁷. Sin embargo, como las propias Demandantes reconocen, esa decisión analiza el estándar autónomo y no el nivel mínimo de trato⁹⁶⁸. Acto seguido, las Demandantes argumentan que “[i]nvestment tribunals interpreting FET under the minimum standard of treatment have found it to be congruent with the Tecmed tribunal’s description of the autonomous FET standard”⁹⁶⁹, y citan la definición otorgada por el tribunal en el caso *Waste*

⁹⁶⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 268 (“As an investor covered by the TPA, Latam Hydro is entitled to fair and equitable treatment (or ‘FET’) under the minimum standard of treatment, as required under Article 10.5”).

⁹⁶⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 272–273.

⁹⁶⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 272–273.

⁹⁶⁷ Memorial de Demanda, ¶ 272.

⁹⁶⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶ 272 (“The seminal decision in *Tecmed v. Mexico* is widely considered to have provided the definitive interpretation **on the autonomous FET standard** under international law”). (énfasis añadido).

⁹⁶⁹ Memorial de Demanda, ¶ 273.

*Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (Waste Management II)*⁹⁷⁰. Con ello, sugieren que el tribunal en *Waste Management II* avaló la definición de trato justo y equitativo realizada en el caso *Tecmed*, pero ese tribunal no hizo tal cosa. Al respecto, y en contradicción con lo argumentado por las Demandantes⁹⁷¹, el tribunal en el caso *Cargill* indicó que el estándar de *Waste Management II* (citado por las Demandantes) es “*significantly narrower than that present in the Tecmed award where the same requirement of severity is not present*”⁹⁷². En consecuencia, el tribunal en *Cargill* rechazó expresamente la idea de que el estándar adoptado en *Tecmed c. México* (que las Demandantes en este caso citan en su Memorial de Demanda⁹⁷³) refleja el contenido del derecho internacional consuetudinario⁹⁷⁴.

591. Varios tribunales y comentaristas coinciden (y las Demandantes parecen estar de acuerdo⁹⁷⁵) en que el tribunal en el caso *Waste Management II* enunció en el 2004 una descripción apta del contenido del estándar de trato justo y equitativo según el derecho internacional consuetudinario:

Tomados en forma conjunta, los casos *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es **arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria** si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si **involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial**, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos

⁹⁷⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶ 273; ver también **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 98.

⁹⁷¹ Memorial de Demanda, ¶ 273.

⁹⁷² **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 285.

⁹⁷³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 272-273.

⁹⁷⁴ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 286.

⁹⁷⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 273-276.

judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable⁹⁷⁶. (Énfasis añadido).

592. Según el laudo en *RDC c. Guatemala*, citado por las Demandantes, “*Waste Management II* integra de manera persuasiva el análisis acumulado de los Tribunales NAFTA anteriores y refleja una descripción balanceada del nivel mínimo de trato”⁹⁷⁷.

593. Otro tribunal resumió de la siguiente manera las implicaciones de lo que manifestó el tribunal en *Waste Management II*:

Cuatro implicaciones del caso *Waste Management II* resaltan inclusive al nivel de generalidad reflejado en los pasajes que fueron citados previamente. (1) La falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin mas no representa necesariamente una violación del derecho internacional. (2) La falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional. (3) La prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del Gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de requisitos legales o reglamentarios. (4) La totalidad de los antecedentes—no hechos aislados—determina si ha habido una violación del derecho internacional⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Ver **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 98.

⁹⁷⁷ **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶ 219; ver también **RL-0136**, *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016 (Kaufmann-Kohler, Brower, Landau), ¶ 501, (“Having considered the Parties’ positions and the authorities cited by them, the Tribunal is of the opinion that the decision in *Waste Management II* correctly identifies the content of the customary international law minimum standard of treatment found in Article 1105”).

⁹⁷⁸ **RL-0137**, *Gami Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004 (Reisman, Lacarte Muró, Paulsson), ¶ 97 (haciendo referencia a las implicaciones del laudo de **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso

594. Las decisiones de los tribunales en los casos *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*⁹⁷⁹ y *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*⁹⁸⁰, bajo el TLCAN (NAFTA), son también ilustrativas y ofrecen una descripción acertada del contenido del estándar de trato justo y equitativo de conformidad con el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario, aplicable en el presente caso. De hecho, las propias Demandantes señalan que “*the jurisprudence arising from the North American Free Trade Agreement (‘NAFTA’) and the Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement (‘DR-CAFTA’) is instructive on this issue [the scope of the FET standard under the TPA]*”⁹⁸¹. No obstante, las Demandantes ignoran una serie de decisiones relevantes que contradicen lo señalado en su Memorial de Demanda. Una de ellas es el laudo en *Cargill*, el cual señaló que

la violación [de la norma mínima de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario] puede ocurrir de muchas formas. Puede deberse a la falta del debido proceso, la discriminación, la falta de transparencia, una denegación de justicia o un resultado injusto. En todas estas formas, empero, la ‘falta’ o la ‘denegación’ de una calidad o derecho está de manera suficiente en el límite de la conducta aceptable y, consiguientemente, encontramos [. . .] que **la falta o denegación debe ser ‘grave’, ‘manifiesta’, ‘total’ o de tal magnitud que ‘atenta contra los cánones judiciales’**⁹⁸². (Énfasis agregado)

Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron

CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez); ver también, **RL-0138**, *ADF Group Inc. c. Estado Unidos de America*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (Feliciano, de Mestral, Lamm), ¶ 190.

⁹⁷⁹ Ver **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶¶ 284, 286, 296.

⁹⁸⁰ Ver **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶¶ 609, 612, 616.

⁹⁸¹ Memorial de Demanda, ¶ 271.

⁹⁸² Ver **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 285.

manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincráticas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto; o entrañaron una falta absoluta del debido proceso que choca contra el sentido de idoneidad judicial⁹⁸³.
(Énfasis añadido)

595. Adicionalmente, el Perú resalta que las Demandantes tienen la carga de la prueba de demostrar que *cada uno* de los hechos u omisiones mencionados en su Memorial de Demanda que caracterizan como trato injusto y no equitativo *efectivamente califican como tal* bajo el estándar legal del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario⁹⁸⁴. Como bien explicó el tribunal en el caso *Cargill*, “[l]a carga de establecer cualquier nuevo elemento de esta costumbre recae en la Demandante”⁹⁸⁵. El mismo tribunal explicó también correctamente lo siguiente:

Si la Demandante no presenta al Tribunal las pruebas de esa evolución, no le compete al Tribunal asumir esa labor. Por el contrario, el Tribunal, en esas circunstancias, debe sostener

⁹⁸³ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 296; *ver también*, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, (Young, Caron y Hubbard), ¶ 616; **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard) (“*The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking – a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons – so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)... [B]ad faith is not required to find a violation of the fair and equitable treatment standard, but its presence is conclusive evidence of such... The standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under Neer; it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously*”).

⁹⁸⁴ *Ver, e.g., RL-0113, Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final en Jurisdicción y Méritos, 3 de agosto de 2005, Parte IV, Capítulo C, ¶ 26 (“[T]he International Court of Justice has held that ‘[t]he Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party’.”).

⁹⁸⁵ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 273.

que la Demandante no ha logrado establecer la norma en cuestión⁹⁸⁶.

596. No basta con citar decisiones arbitrales que puedan haber analizado la distinción entre el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional y el estándar autónomo de trato justo y equitativo. Los Demandantes deben acreditar — porque el Anexo 10-A así lo exige — que el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado, acreditando cada uno de sus elementos (i.e., la práctica estatal uniforme y continuada y el *opinio juris*).⁹⁸⁷ En palabras del tribunal en el caso *Glamis*:

*Arbitral awards, Respondent rightly notes, do not constitute State practice and thus cannot create or prove customary international law. They can, however, serve as illustrations of customary law if they involve an examination of customary international law, as to a treaty-based, or autonomous, interpretation*⁹⁸⁸.

597. El tribunal en el caso *Glamis* rechazó la sugerencia que existe en la actualidad una convergencia entre el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional y el estándar autónomo de trato justo y equitativo:

*Claimant has agreed with this distinction between customary international law and autonomous treaty standards but argues that, with respect to this particular standard, BIT jurisprudence has “converged with customary international law in this area.” The Tribunal finds this to be an overstatement*⁹⁸⁹. (Énfasis añadido)

⁹⁸⁶ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 273.

⁹⁸⁷ Ver **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 273; **RL-0113**, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final en Jurisdicción y Méritos, 3 de agosto de 2005 (Veeder, Rowley, Reisman), Parte IV, Capítulo C, ¶ 26.

⁹⁸⁸ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 605.

⁹⁸⁹ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 609. Ver también, **RL-0138**, *ADF Group Inc. c. Estado Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (Feliciano, de Mestral, Lamm), ¶ 183

598. Al pretender equiparar, indebidamente, el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario al estándar autónomo de trato justo y equitativo, los Demandantes dejan de lado el texto del Tratado e ignoran el derecho internacional consuetudinario. Las Demandantes ignoran por completo el hecho de que el Tratado establece expresamente que la obligación de las partes de otorgar un trato justo y equitativo “no requiere[] un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar [mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario], y no crea[] derechos adicionales significativos”⁹⁹⁰.
599. De acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁹⁹¹. Por lo tanto, el texto del instrumento pertinente es siempre el punto de partida para la interpretación de un tratado, y ese principio no puede ser ignorado aquí como pretenden hacer las Demandantes.
600. En el presente caso, es claro que las partes del Tratado han querido marcar una diferencia nítida entre el nivel mínimo de trato, por un lado, y el estándar autónomo de trato justo y equitativo, por otro lado. Lo hacen, primero, cuando señalan expresamente en el artículo 10.5 del Tratado que “[p]ara mayor certeza . .

(“We are not convinced that the Investor has shown the existence, in current customary international law, of a general and autonomous requirement (autonomous, that is, from specific rules addressing particular, limited, contexts) to accord fair and equitable treatment and full protection and security to foreign investments. The Investor, for instance, has not shown that such a requirement has been brought into the corpus of present day customary international law by the many hundreds of bilateral investment treaties now extant.”); **CL-0026**, *Crystallex International Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazournes), ¶ 530 (reconociendo la distinción entre los dos estándares: *“The Tribunal is of the opinion that the FET standard embodied in the Treaty cannot . . . be equated to the ‘international minimum standard of treatment’ under customary international law, but rather constitutes an autonomous treaty standard.”*); **RL-0139**, *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (Orrego-Vicuña, van den Berg, Tschanz), ¶ 258.

⁹⁹⁰ **RL-0051**, Tratado, art. 10.5.

⁹⁹¹ **RL-0078**, Convención de Viena, art. 31.

. el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas”⁹⁹². El Tratado luego refuerza esta diferencia al indicar que el concepto de trato justo y equitativo mencionado “no requiere[] un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar, **y no crea[] derechos adicionales significativos**”⁹⁹³ (énfasis añadido). Como el tribunal en *Glamis Gold* explicó, “[t]he customary international law minimum standard of treatment is just that, a minimum standard. It is meant to serve **as a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted** by the international community”⁹⁹⁴ (énfasis añadido).

601. Es claro que la limitación plasmada inequívocamente en el artículo 10.5 del Tratado sobre el alcance del estándar de trato justo y equitativo refleja la voluntad del Perú y los Estados Unidos de no adoptar un estándar autónomo del trato justo y equitativo. Por ende, tratar el nivel mínimo de trato al igual que un estándar autónomo —como lo pretenden las Demandantes— implicaría contradecir la voluntad de esos Estados Parte, expresada en el propio texto del Tratado.
602. En cualquier caso, incluso bajo el prisma del estándar autónomo de protección, no cualquier error en la conducta del Estado constituye una violación de su obligación de otorgar tratamiento justo y equitativo. Por ejemplo, el tribunal en *Cervin c. Costa Rica* afirmó que “para probar una violación de las obligaciones internacionales del Estado . . . no bastaría la mera existencia de un error en la interpretación o en la aplicación de su marco regulatorio”⁹⁹⁵. En el mismo sentido, el tribunal en *AES c. Hungría* resaltó lo siguiente:

The standard is not one of perfection. It is only when a state’s acts or procedural omissions are, on the facts and in the context

⁹⁹² **RL-0051**, Tratado, art. 10.5.

⁹⁹³ **RL-0051**, Tratado, art.10.5.

⁹⁹⁴ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 615.

⁹⁹⁵ **RL-0140**, *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/13/2, Laudo, 7 de marzo de 2017 (Mourre, Ramírez, Jana), ¶ 471.

*before the adjudicator, manifestly unfair or unreasonable (such as would shock, or at least surprise a sense of juridical propriety) . . . that the standard can be said to have been infringed*⁹⁹⁶. (Énfasis añadido)

603. El tribunal en *Saluka Investments B.V. c. República Checa* explicó que, bajo el estándar autónomo, un inversionista extranjero puede esperar que el Estado “no actúe de una manera manifiestamente inconsistente, no transparente, irrazonable (i.e. no relacionado con una política racional), o discriminatoria (i.e. basado en distinciones no justificables)”⁹⁹⁷.
604. Asimismo, incluso los tribunales que han analizado la obligación de trato justo y equitativo bajo el estándar autónomo han otorgado un alto grado de deferencia a los Estados. Esa deferencia se debe en parte al hecho de que los inversionistas han consentido someterse al sistema legal del Estado receptor de la inversión al optar por realizar la inversión en ese país, además del respeto de los tribunales por la soberanía de los Estados. Como explicó el tribunal en *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*, los tratados de inversión no han sido diseñados para convertir cualquier error de parte de los Estados receptores en violaciones internacionales:

*[A] BIT may . . . not be invoked each time the law is flawed or not fully and properly implemented by a state. Some attempt to balance the interests of the various constituents within a country, **some measure of inefficiency, a degree of trial and error, a modicum of human imperfection must be overstepped before a party may complain of a violation of a BIT.** Otherwise, every aspect of any legislation of a host state or its implementation could be brought before an international arbitral tribunal under the guise of*

⁹⁹⁶ **RL-0141**, *AES Summit Generation Ltd. y AES-Tisza Erőmű Kft. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010 (von Wobeser, Stern, Rowley), ¶ 9.3.40.

⁹⁹⁷ Ver **CL-0052**, *Saluka Investment BV c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (Watts, Fortier, Behrens), ¶ 309 (original en inglés).

*a violation of the BIT. This is obviously not what BITs are for*⁹⁹⁸.
(Énfasis añadido)

605. En la misma línea, los tribunales de inversión han reconocido consistentemente que un tribunal no debe cuestionar las determinaciones sobre políticas públicas adoptadas por los Estados⁹⁹⁹. Ese “margen de apreciación” es particularmente importante en casos donde las medidas en cuestión fueron adoptadas en relación con la protección de la salud y del medio ambiente¹⁰⁰⁰. Como el tribunal en *Chemtura c. Canadá* indicó, “the [state agency] took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by [the pesticide] lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State’s police powers”¹⁰⁰¹.
606. En la misma línea, el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay* señaló:

La responsabilidad por las medidas de salud pública recae sobre el gobierno y los tribunales constituidos en casos de inversión **deberían prestar gran deferencia a los criterios**

⁹⁹⁸ **RL-0142**, *Eastern Sugar B.V. c. Republica Checa*, SCC Case No. 088/2004, Laudo Parcial, 27 de marzo de 2007 (Volterra, Karrer, Gaillard), ¶ 272; **RL-0143**, *Eastern Sugar B.V. c. Republica Checa*, SCC Case No. 088/2004, Opinión disidente parcial de Robert Volterra, 27 de marzo de 2007.

⁹⁹⁹ Ver e.g., **RL-0144**, *Gemplus, S.A. et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010 (Veeder, Fortier, Magallón Gómez), ¶¶ 6–26 (“[A]s to ‘deference’, the Tribunal accepts the Respondent’s submissions to the effect that this Tribunal should not exercise ‘an open-ended mandate to second-guess government decision-making’, in the words of the arbitration tribunal in *S.D. Myers*. Accordingly, in assessing the Respondent’s conduct later in this Award, this Tribunal accords to the Respondent a generous measure of appreciation, applied without the benefit of hindsight.”); **RL-0145**, *Renée Rose Levy de Levi c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 26 de febrero de 2014 (Oreamuno, Hanotiau, Morales Godoy), ¶ 161 (“El Tribunal está completamente de acuerdo con lo dicho por Perú en el sentido de que es inadmisibles que un Tribunal Arbitral “se ponga en los zapatos del organismo [el que sea] [...] y cuestione a posteriori sus medidas”. Es decir, un Tribunal Arbitral no puede sustituir a un órgano del Estado, ni convertirse en una instancia de apelación para examinar actos o decisiones tomados por las autoridades correspondientes.”).

¹⁰⁰⁰ **RL-0146**, *Philip Morris Brand Sàrl et al. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016 (Bernardini, Born, Crawford), ¶ 399 (“The Tribunal agrees with the Respondent that the ‘margin of appreciation’ is not limited to the context of the ECHR but ‘applies equally to claims arising under BITs,’ at least in contexts such as public health.”).

¹⁰⁰¹ **RL-0158**, *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 (Kaufmann-Kohler, Brower, Crawford), ¶ 266.

gubernamentales, respecto de las necesidades nacionales en cuestiones como la protección de la salud pública. En tales casos se debe respecto al “ejercicio discrecional del poder soberano que no se lleve a cabo de manera irracional ni de mala fe . . . lo que involucra numerosos factores complejos”¹⁰⁰². (Énfasis añadido)

607. Lo anterior es incluso más relevante si se toma en cuenta que el artículo 10.11 del Tratado dispone que “[n]ada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen **tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental**” (énfasis añadido)¹⁰⁰³.
608. Las Demandantes, sin embargo, no hacen referencia a la jurisprudencia antes comentada, y en cambio ofrecen un retrato sesgado del estándar aplicable, basándose, por ejemplo, en decisiones que han sido ampliamente criticadas¹⁰⁰⁴. En definitiva, e indistintamente de las diferencias que en definitiva puedan existir entre un estándar autónomo de trato justo y equitativo y el estándar de nivel mínimo conforme al derecho internacional consuetudinario, el estándar de trato justo y equitativo requiere que el inversor-demandante supere un umbral muy alto para demostrar que un Estado ha violado su obligación de otorgar un trato justo y equitativo.
609. La aplicación del estándar de tratamiento justo y equitativo, y su verdadero alcance, están además inexorablemente ligados con los hechos y circunstancias

¹⁰⁰² **RL-0146**, *Philip Morris Brand Sàrl et al. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016 (Bernardini, Born, Crawford), ¶ 399. El mismo tribunal luego observó: (“As held by another investment tribunal, ‘[t]he sole inquiry for the Tribunal . . . is whether or not there was a manifest lack of reasons for the legislation.’”); **CL-0052**, *Saluka Investment BV c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (Watts, Fortier, Behrens), ¶ 460 (declarando que la razonabilidad del componente del análisis de TJE exige “a showing that the State’s conduct bears a reasonable relationship to some rational policy.”).

¹⁰⁰³ **RL-0051**, Tratado, art. 10.11.

¹⁰⁰⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 272.

particulares de cada caso. Así lo han reconocido varios tribunales internacionales, incluyendo el tribunal en el caso *Suez/AWG*, el cual explicó que la aplicación del término “justo y equitativo” depende fundamentalmente de la evaluación de los hechos que se haga en cada caso, y agregó (citando el laudo *Mondev*) que es preciso basarse en los hechos que presenta el caso en particular para determinar si un determinado acto es justo y equitativo¹⁰⁰⁵.

610. A la luz de los hechos del presente caso (analizados anteriormente y resaltados en esta sección), la conducta del Perú cumple con el estándar de nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario, incluso bajo la versión sesgada del estándar propuesta por las Demandantes.

a. El concepto de expectativas legítimas no forma parte del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario

611. En su Memorial de Demanda las Demandantes sostienen que las expectativas legítimas están protegidas bajo el nivel mínimo de trato¹⁰⁰⁶, pero eso no es cierto. Las Demandantes no han cumplido con su carga de probar que la protección de las expectativas legítimas forma parte del derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, no han acreditado que se hayan configurado los siguientes dos elementos: (a) la práctica estatal uniforme y continuada, y (b) *opinio juris*. Estos dos elementos del derecho internacional consuetudinario están, además, expresamente recogidos en el Anexo 10-A del Tratado¹⁰⁰⁷. Por lo tanto, dado que las Demandantes no han cumplido con su carga de probar que las legítimas

¹⁰⁰⁵ **RL-0045**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Casos CIADI No. ARB/03/17 y *AWG Group c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), ¶ 188 (“Una cuarta característica importante del término [‘tratamiento justo y equitativo’] es que su aplicación depende fundamentalmente de la evaluación de los hechos que se haga en cada caso. Como señaló el tribunal en el caso *Mondev*, ‘no se puede determinar en forma abstracta si algo es justo y equitativo, sino que es preciso basarse en los hechos que presenta el caso en particular’”) (original en inglés).

¹⁰⁰⁶ Memorial de Demanda, ¶ 270.

¹⁰⁰⁷ **RL-0051**, Tratado, Anexo 10-A.

expectativas constituyen derecho internacional consuetudinario, “el Tribunal, en esas circunstancias, debe sostener que la[s] Demandante[s] no ha[n] logrado establecer la norma en cuestión”¹⁰⁰⁸ y desestimar sus reclamos.

612. Sin perjuicio de lo anterior, una de las principales distinciones entre el nivel mínimo de trato y un estándar autónomo de trato justo y equitativo es que el derecho internacional consuetudinario no abarca las expectativas legítimas. Así lo ha confirmado expresamente la CIJ en su decisión en el caso *Bolivia c. Chile*, emitida en octubre de 2018:

*The Court notes that references to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation. Bolivia’s argument based on legitimate expectations thus cannot be sustained*¹⁰⁰⁹. (Énfasis añadido)

613. Las Demandantes en el presente caso no han demostrado, en palabras de la CIJ, que “*there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation*”¹⁰¹⁰. La decisión de la CIJ demuestra que las legítimas expectativas *no* forman parte del derecho internacional consuetudinario.

¹⁰⁰⁸ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 273 (“Si la Demandante no presenta al Tribunal las pruebas de esa evolución, no le compete al Tribunal asumir esa labor. Por el contrario, el Tribunal, en esas circunstancias, debe sostener que la Demandante no ha logrado establecer la norma en cuestión”); **RL-0113**, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final en Jurisdicción y Méritos, 3 de agosto de 2005 (Veeder, Rowley, Reisman), Parte IV, Capítulo C, ¶ 26.

¹⁰⁰⁹ **RL-0147**, *Obligación de Negociación de Acceso al Océano Pacífico*, CIJ, Laudo, 1 de octubre de 2018, ¶ 162.

¹⁰¹⁰ **RL-0147**, *Obligación de Negociación de Acceso al Océano Pacífico*, CIJ, Laudo, 1 de octubre de 2018, ¶ 162.

614. Diversos tribunales arbitrales –en particular los tribunales TLCAN (NAFTA)– también han llegado a la misma conclusión expresada por la CIJ, en el sentido que el nivel mínimo de trato no incluye el concepto de expectativas legítimas¹⁰¹¹. Por ejemplo, en el caso *Mesa Power c. Canadá*, el tribunal señaló que “comparte la opinión sostenida por la mayoría de los tribunales NAFTA referido a que **el incumplimiento de las expectativas legítimas del inversionista por sí mismo no constituye una violación** [de la obligación de trato justo y equitativo]... sino que constituye un elemento a tomar en cuenta al “analizar si los otros componentes del estándar han sido violados”¹⁰¹² (énfasis añadido).
615. Lo explicado por el tribunal *Mesa Power* es relevante, pues las Demandantes tergiversan lo resuelto por los tribunales en los casos *Waste Management II* y *RDC*

¹⁰¹¹ Ver e.g., **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶¶ 158, 172, 219; **RL-0136**, *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016 (Kaufmann-Kohler, Brower, Landau), ¶ 502; **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶¶ 290 y 296 (refiriéndose a la relevancia de las legítimas expectativas del inversor en el contexto del estándar de tratamiento justo y equitativo atado al nivel mínimo de trato, y observando que: “por lo menos en dos laudos relativos a TBIs –que en ambos casos se refieren a una cláusula que se considera tiene significado autónomo–, se ha establecido que existe una obligación de proporcionar un entorno previsible que no desvirtúa las expectativas razonables que tenía el inversionista en oportunidad de realizar la inversión. Sin embargo, no se han presentado pruebas al Tribunal de la existencia de tal requisito en el TLCAN o en el derecho internacional consuetudinario, por lo menos en los casos en que tales expectativas no emanan de un contrato o de una base cuasicontractual”) (énfasis añadido); **RL-0137**, *Gami Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004 (Reisman, Lacarte Muró, Paulsson), ¶ 97 (haciendo referencia a las implicaciones del **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón); **RL-0138**, *ADF Group Inc. c. Estado Unidos de America*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (Feliciano, de Mestral, Lamm), ¶ 190.

¹⁰¹² **RL-0136**, *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016 (Kaufmann-Kohler, Brower, Landau), ¶ 502 (original en inglés); ver también **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 620 (“Merely not living [up] to expectations cannot be sufficient to find a breach of Article 1105 of the NAFTA.”); **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶¶ 158, 172, 219 (el tribunal no adoptó los argumentos del inversor en el sentido de que las expectativas legítimas eran relevantes en el análisis del nivel mínimo de trato).

c. *Guatemala* para sostener que las expectativas legítimas, en sí mismas, están protegidas bajo el nivel mínimo de trato¹⁰¹³. Por ejemplo, al referirse al caso *Waste Management II*¹⁰¹⁴, las Demandantes citan solo extractos y omiten la parte en la que el tribunal indicó que las expectativas legítimas del inversionista son un elemento a tomar en cuenta “al aplicar el estándar”¹⁰¹⁵, es decir, al analizar si los otros componentes del estándar [de nivel mínimo de trato] han sido violados”, en línea con lo resuelto en *Mesa Power*¹⁰¹⁶.

616. Diferentes Estados (incluyendo Estados Unidos, la otra Parte Contratante del Tratado) coinciden con la interpretación de que las legítimas expectativas no forman parte del estándar mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario. Así lo ha expresado Estados Unidos (y Canadá) en comunicaciones formales, como parte no contendiente, ante tribunales arbitrales. En el caso *Berkowitz c. Costa Rica*, Estados Unidos manifestó que las expectativas legítimas (y la buena fe) no estaban cubiertas bajo el nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario:

Neither the concepts of “good faith” nor “legitimate expectations” are component elements of “fair and equitable treatment” under customary international law that give rise to an independent host State obligation... Similarly, an investor may develop its own expectations about the legal regime governing its investment, but those expectations impose no obligations on the State under the minimum standard of treatment. The United States is aware of no general and consistent State practice and opinio juris establishing an obligation under the minimum standard of treatment not to frustrate investors’

¹⁰¹³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 273, 276.

¹⁰¹⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 276.

¹⁰¹⁵ Ver **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón), ¶ 98.

¹⁰¹⁶ Ver **RL-0136**, *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Laudo, 24 de marzo de 2016 (Kaufmann-Kohler, Brower, Landau), ¶ 502.

*expectations; instead, something more is required than the mere interference with those expectations*¹⁰¹⁷. (Énfasis añadido)

617. En la misma línea, El Salvador y Honduras indicaron en sus escritos como partes no contendientes en *RDC c. Guatemala* que el estándar de trato justo y equitativo bajo los principios del derecho internacional no protege las legítimas expectativas de los inversionistas¹⁰¹⁸.
618. En conclusión, el Perú ha demostrado que el estándar que aplica en este caso es el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario, y que la protección de las expectativas legítimas no es un elemento de ese estándar. Para aceptar el argumento de las Demandantes en este caso sobre las expectativas legítimas este Tribunal tendría que concluir y declarar que la protección de legítimas expectativas es una *obligación* que los Estados han asumido y que se ha convertido en derecho internacional consuetudinario. Si el Tribunal rechaza esa tesis de las Demandantes, tendrá que rechazar las reclamaciones de las Demandantes por supuesta frustración de sus expectativas legítimas.
619. En cualquier caso, incluso en el supuesto negado de que las expectativas legítimas sí formaran parte del estándar mínimo de trato, en el contexto del estándar autónomo se ha interpretado que para ser susceptibles de protección, las expectativas deben (a) ser legítimas y razonables, (b) basarse en condiciones ofrecidas o compromisos asumidos por el Estado, y (c) haber sido tomadas en

¹⁰¹⁷ **RL-0148**, *Spence International Investments, LLC et al. c. República de Costa Rica*, Caso No. UNCT/13/2, Escrito de los Estados Unidos de América como parte no-contendiente, 17 de abril de 2015, ¶¶ 17-18.

¹⁰¹⁸ Ver **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶¶ 209-211.

cuenta por el inversor a la hora de decidir si realizaba o no la inversión¹⁰¹⁹. Al respecto, como bien explicó el tribunal en el caso *Duke Energy c. Ecuador*:

Para que puedan gozar de protección, las expectativas del inversionista **deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión**. Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, **deben tenerse en cuenta** todas las circunstancias incluyendo no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, esas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista y, este último, debe haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión¹⁰²⁰. (Énfasis añadido)

620. Como se demostrará en la **Sección V.A.2**, incluso si resultara aplicable la protección de las expectativas de las Demandantes, esas expectativas no eran legítimas, y aun si lo hubiesen sido, no fueron frustradas por el Perú.

¹⁰¹⁹ Ver **RL-0150**, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (Kaufmann-Kohler, Gómez Pinzón, van den Berg), ¶¶ 340 y 347; ver también **CL-0036**, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 31 de marzo de 2010 (Orrego Vicuña, Dam, Rowley), ¶ 150 (“*Legitimate expectations are no doubt an important element of a business undertaking, but for such expectation to give rise to actionable rights requires [sic] there to have been some form of representation by the state and reliance by an investor on that representation in making a business decision.*”); **RL-0151**, *Oko Pankki Oyj, et al. c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/04/6, Laudo, 19 de noviembre de 2007 (de Witt Wijnen, Fortier, Veeder), ¶ 247, (“[T]he Tribunal considers that a breach of its FET standard can be established by reference (inter alia) to an investor’s expectations of even-handed and just treatment by the host state induced by that state’s unequivocal representation directed at that investor, provided that these expectations are reasonable and justifiable. It follows that, where such a representation is made by the host state under this BIT, the factual issue is whether in all the circumstances it was reasonable and justifiable for the investor to rely upon that representation; and, if so, whether there was in fact such reliance.”); **RL-0045**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Casos CIADI No. ARB/03/17 y *AWG Group c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), ¶ 223 (citando **CL-0052**, *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, Caso CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (Watts, Fortier, Behrens)).

¹⁰²⁰ **RL-0150**, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (Kaufmann-Kohler, Gómez Pinzón, van den Berg), ¶ 340.

- b. Las Demandantes no han demostrado que la obligación de actuar en forma transparente constituya un elemento del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario

621. Las Demandantes alegan que el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario incluye también la obligación de transparencia¹⁰²¹. Las Demandantes, sin embargo, no cumplen con su carga de probar que la obligación de transparencia forma parte del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario.
622. Las Demandantes alegan principalmente que la obligación de transparencia ha sido interpretada “*as an absence of any administrative ambiguity or opacity, such that the legal framework for the investor’s operations are readily apparent*”¹⁰²² (énfasis añadido). Para fundamentar su afirmación, las Demandantes citan principalmente a los Profesores Dolzer y Schreuer, y el laudo en el caso *Metalclad c. México*¹⁰²³. Pero las Demandantes omiten mencionar que la Corte Suprema de Columbia Británica anuló el laudo en el caso *Metalclad* precisamente por haberse basado incorrectamente en el deber de transparencia¹⁰²⁴. Al respecto, la Corte señaló que el tribunal arbitral en *Metalclad* “*misstated the applicable law to include transparency obligations and it then made its decision on the basis of the concept of transparency*”¹⁰²⁵. La decisión de la Corte Suprema de Columbia Británica refleja el hecho de que transparencia no constituye un elemento del nivel mínimo de trato.
623. Los Demandantes alegan que constituyen ejemplos de violaciones de la obligación de transparencia “*measures that keep an investor ‘in contractual limbo’ without*

¹⁰²¹ Memorial de Demanda, ¶ 279.

¹⁰²² Memorial de Demanda, ¶ 279.

¹⁰²³ Memorial de Demanda, ¶ 279 (citando **RL-0171**, Rudolf Dolzer & Christopher Schreuer, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, 15 de noviembre de 2012).

¹⁰²⁴ **RL-0152**, *Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corp.*, Tribunal Supremo de Columbia Británica, Razones de la Sentencia del Honorable Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, ¶¶ 70–72.

¹⁰²⁵ **RL-0152**, *Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corp.*, Tribunal Supremo de Columbia Británica, Razones de la Sentencia del Honorable Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, ¶ 70.

*clarifying the reasons underlying those measures”, y actuaciones que “contradict[] prior assurances”*¹⁰²⁶. Basan esos argumentos en laudos de los tribunales en los casos *Windstream Energy c. Canadá* y *Crystallex c. Venezuela*¹⁰²⁷. Sin embargo, ninguno de los laudos permite concluir que el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario incluye el deber de transparencia que alegan las Demandantes. De hecho, el tribunal en *Crystallex c. Venezuela* aplicó un estándar autónomo, no el nivel mínimo de trato¹⁰²⁸.

624. El tribunal en el caso *Cargill*, el cual sí aplicó el nivel mínimo de trato, señaló que la demandante no demostró que la obligación de transparencia fuera parte del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario:

*The Tribunal holds that Claimant has not established that a general duty of transparency is included in the customary international law minimum standard of treatment owed to foreign investors per Article 1105's requirement to afford fair and equitable treatment*¹⁰²⁹. (Énfasis añadido)

625. El estándar de transparencia invocado por las Demandantes sencillamente no refleja los requisitos del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario.
626. En cualquier caso, incluso si la obligación de transparencia fuera parte del nivel mínimo de trato (quod no), el estándar no es el que las Demandantes presentan en su Memorial de Demanda. El Profesor Schreuer explicó que la transparencia está relacionada con el marco legal del país *en su conjunto*, así como el cumplimiento

¹⁰²⁶ Memorial de Demanda, ¶ 279.

¹⁰²⁷ Memorial de Demanda, ¶ 279.

¹⁰²⁸ Ver **CL-0026**, *Crystallex International Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazournes), ¶ 530 (“The Tribunal is of the opinion that the FET standard embodied in the Treaty cannot . . . be equated to the ‘international minimum standard of treatment’ under customary international law, but rather constitutes an autonomous treaty standard.”).

¹⁰²⁹ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 294.

por parte del Estado de ese marco legal: *“Transparency means that the legal framework for the investor’s operations is readily apparent and that any decision affecting the investor can be traced to that legal framework.”*¹⁰³⁰.

627. Por lo tanto, la obligación de transparencia (aun si fuera parte del derecho internacional consuetudinario) únicamente requeriría que el inversionista tenga la oportunidad de conocer de antemano el marco legal aplicable. Esa obligación no implica que el inversionista sea informado de cada decisión adoptada por las agencias estatales en trámites o procedimientos específicos.

c. El concepto de “arbitrariedad” bajo el nivel mínimo de trato impone un estándar de violación muy alto

628. Las Demandantes alegan que el Perú ha actuado en forma arbitraria y, por lo tanto, ha violado sus obligaciones bajo el artículo 10.5 del Tratado. Sin embargo, meras alegaciones de “arbitrariedad” no violan el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario.
629. El estándar de nivel mínimo de trato establece un umbral alto que el inversionista debe superar para demostrar que el Estado ha violado esa obligación, incluyendo en relación con el elemento de arbitrariedad. No cualquier error en la conducta del Estado constituye una violación de sus obligaciones de derecho internacional, sino solo aquellos errores que ascienden a un nivel de gravedad tal que satisfacen los criterios expuestos. Varios tribunales han reconocido que solo las medidas manifiestamente arbitrarias pueden potencialmente violar esa obligación de nivel mínimo de trato¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ **RL-0153**, Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT AND TRADE, junio 2005, pág. 374.

¹⁰³¹ **RL-0154**, *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 (van den Berg, Ariosa, Wälde), ¶ 194; *ver también CL-0055*, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007 (Orrego Vicuña, Lalonde, Morelli), ¶ 318.

630. En el caso *ELSI*, la CIJ sostuvo que la arbitrariedad en el derecho internacional consuetudinario:

no es tanto algo opuesto al imperio de *una* ley, sino opuesto al imperio de *la* ley . . . Se trata de un desprecio intencional del debido proceso, un acto que ofenda, o como mínimo sorprenda, al sentido de propiedad jurídica¹⁰³² (énfasis añadido).

631. El tribunal en *Siemens c. Argentina*, concluyó que la interpretación de arbitrariedad en *ELSI* era “la interpretación más autorizada del derecho internacional”¹⁰³³.

632. El tribunal en el caso *Enron c. Argentina*, por su parte, explicó que el estándar de arbitrariedad exige que el defecto en la conducta del Estado sea manifiesto y sorprendente para que dicha conducta se considere arbitraria:

[A] finding of arbitrariness requires that some important measure of impropriety is manifest, and this is not found in a process which although far from desirable is nonetheless not entirely surprising in the context it took place ¹⁰³⁴.

633. Otros tribunales han considerado que para que una conducta estatal sea considerada arbitraria bajo el nivel mínimo de trato, debe haber existido “*manifest lack of reasons*”¹⁰³⁵.

634. El tribunal en el caso *Glamis c. EE. UU.* reconoció que para violar el estándar internacional, la arbitrariedad “*requires a determination of some act far beyond the measure’s mere illegality, an act so manifestly arbitrary, so unjust and surprising as to be unacceptable from the international perspective*”¹⁰³⁶. En igual sentido, el tribunal en el

¹⁰³² **RL-0027**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶ 128.

¹⁰³³ **CL-0057**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (Sureda, Brower, Janeiro), ¶ 318.

¹⁰³⁴ **RL-0139**, *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (Orrego-Vicuña, van den Berg, Tschanz), ¶ 281.

¹⁰³⁵ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 803.

¹⁰³⁶ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 626.

caso *Cervin Investissements c. Costa Rica* señaló que “el Tribunal adoptará en el presente caso la interpretación según la cual una conducta arbitraria es aquella que no responde a la ley, la justicia o la razón, **sino que se basa únicamente en el capricho**”¹⁰³⁷ (énfasis añadido). Ese tribunal agregó que “debe establecerse que se ha producido una **repudiación deliberada de los fines y objetivos de una política del Estado**”¹⁰³⁸ (énfasis añadido).

635. Por lo tanto, el umbral que las Demandantes deben superar para poder acreditar la existencia de arbitrariedad bajo el estándar de nivel mínimo de trato es más alto que aquel descrito en el Memorial de Demanda¹⁰³⁹. Incluso, el propio laudo en *LG&E c. Argentina*, citado por las Demandantes, confirma lo anterior. Ese tribunal, al definir el concepto de arbitrariedad bajo derecho internacional, explicó que “*arbitrariness has been described as ‘a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety’*”¹⁰⁴⁰ (énfasis añadido).
636. En resumen, la arbitrariedad debe ser “‘grave’, ‘manifiesta’, ‘total’ o de tal magnitud que ‘atenta contra los cánones judiciales’”¹⁰⁴¹. En concreto, las medidas deben ser “arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o

¹⁰³⁷ **RL-0140**, *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/13/2, Laudo, 7 de marzo de 2017 (Mourre, Ramírez, Jana), ¶ 523.

¹⁰³⁸ **RL-0140**, *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/13/2, Laudo, 7 de marzo de 2017 (Mourre, Ramírez, Jana), ¶ 527.

¹⁰³⁹ Memorial de Demanda, ¶ 280.

¹⁰⁴⁰ **CL-0034**, *LG&E Energy Corp. et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (de Maekelt, Rezek, van den Berg), ¶ 157. Ver también **CL-0060**, *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (Mourre, Park, von Wobeser), ¶ 621 (“*What matters is whether the State's conduct has objectively been arbitrary, not what the investor expected years before the facts. A willful disregard of the law or an arbitrary application of the same by the regulator constitutes a breach of the minimum standard*”). Los Demandantes citan lo dicho por el tribunal en *TECO* sobre “*willfull disregard*” pero parecen considerarlo un mero ejemplo de algo que constituiría una violación de la prohibición de medidas arbitrarias.

¹⁰⁴¹ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 285.

cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política”¹⁰⁴². Incluso tribunales que han aplicado el estándar autónomo de trato justo y equitativo han establecido un umbral sumamente alto¹⁰⁴³.

d. El concepto de “discriminación” bajo el nivel mínimo de trato impone un estándar de violación muy alto

637. En relación con el concepto de discriminación, los tribunales han requerido algo más que simplemente un trato formalmente diferente entre dos inversionistas. La CIJ en *ELSI* consideró que una medida adoptada por un Estado sería discriminatoria solamente si existió: (i) un tratamiento intencional; (ii) a favor de un nacional; (iii) contra un inversor extranjero; y (iv) que la medida en cuestión no haya sido tomada en circunstancias similares contra otro nacional¹⁰⁴⁴.
638. Incluso bajo un estándar autónomo (no aplicable en el presente caso), los tribunales han establecido un umbral alto. En *Enron c. Argentina*, por ejemplo, el tribunal desestimó la reclamación del inversionista sobre discriminación porque consideró que las diferencias en el trato que el Estado le había otorgado a los distintos sectores económicos no había sido “caprichoso, irracional o absurdo”¹⁰⁴⁵. El laudo concluyó que “[t]he Tribunal does not find that there has been any capricious,

¹⁰⁴² **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 296.

¹⁰⁴³ Ver e.g., **RL-0139**, *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (Orrego-Vicuña, van den Berg, Tschanz), ¶¶ 281-82. (“Irrespective of the question of intention, a finding of arbitrariness requires that some important measure of impropriety is manifest, and this is not found in a process which although far from desirable is nonetheless not entirely surprising in the context it took place.”).

¹⁰⁴⁴ **RL-0027**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶ 122; ver **CL-0034**, *LG&E Energy Corp. et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (de Maekelt, Rezek, van den Berg), ¶ 146.

¹⁰⁴⁵ **RL-0139**, *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (Orrego-Vicuña, van den Berg, Tschanz), ¶ 282.

*irrational or absurd differentiation in the treatment accorded to the Claimants as compared to other entities or sectors”*¹⁰⁴⁶.

639. El tribunal en *Cargill* señaló que para acreditar una violación del nivel mínimo de trato bajo cualquiera de sus formas (incluida la discriminación), “la falta o denegación debe ser ‘grave’, ‘manifiesta’, ‘total’ o de tal magnitud que ‘atenta contra los cánones judiciales’”¹⁰⁴⁷.
640. Por lo tanto, la obligación de no-discriminación bajo el derecho internacional no prohíbe que el Estado adopte medidas que resultan en un trato diferente¹⁰⁴⁸. Lo que prohíbe es un trato menos favorable a un inversionista extranjero que esté en circunstancias similares a un inversionista nacional y que la diferencia en el trato no pueda justificarse de forma objetiva¹⁰⁴⁹. Así la han confirmado otros tribunales

¹⁰⁴⁶ **RL-0139**, *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (Orrego-Vicuña, van den Berg, Tschanz), ¶ 282.

¹⁰⁴⁷ Ver **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 285.

¹⁰⁴⁸ Ver **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 130.

¹⁰⁴⁹ Ver **CL-0044**, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (Lévy, Lew, Lalonde), ¶¶ 368, 371 (“[T]o violate international law, discrimination must be unreasonable or lacking in proportionality, for instance, it must be inapposite or excessive to achieve an otherwise legitimate objective of the State. An objective justification may justify differentiated treatments of similar cases”) (“The two investors must be treated differently. The difference of treatment must be due to a measure taken by the State. No policy or purpose behind the said measure must apply to the treatment that justifies the different treatments accorded. A contrario, a less favourable treatment is acceptable if a State’s legitimate objective justifies such a different treatment in relation to the specificity of the investment”); **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 467, (analizando la justificación objetiva del tratamiento otorgado por el demandado); **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 206 (“Los fundamentos de la medida y sus objetivos en materia de políticas permitían comprender la diferencia ente aquéllos afectados por la medida y aquéllos que no estaban afectados por la medida”); **RL-0021**, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 (Kerameus, Gantz, Bravo), ¶ 170 (“En el contexto de una inversión, el concepto de discriminación ha sido definido de manera tal que implica diferencias no razonables entre inversionistas extranjeros y locales en

de inversión, incluyendo en el caso *Plama c. Bulgaria*, el cual explicó que para que exista discriminación debe además probarse un trato diferente de personas similares en circunstancias similares, “sin causa razonable o justificable”¹⁰⁵⁰.

641. En ese sentido, el tribunal en *El Paso c. Argentina* rechazó el argumento según el cual el mero hecho de que una medida haya tenido un efecto diferente en un inversor extranjero constituye una violación del tratado¹⁰⁵¹. Según el tribunal, la conducta estatal es discriminatoria únicamente si el trato diferencial se basa precisamente en la calidad de extranjero del inversionista:

La protección contra la discriminación consagrada en el TBI es una protección contra la **discriminación de los inversores extranjeros en carácter de tales**. En la opinión del Tribunal, el estándar del TBI que otorga protección a los inversores extranjeros no tiene un alcance tal que le prohíba al Estado tratar en forma diferente a los actores económicos en distintos sectores de la economía, en tanto que este trato diferencial se aplique por igual a inversores nacionales e inversores extranjeros¹⁰⁵². (Énfasis añadido)

642. Es evidente que los conceptos de arbitrariedad y de discriminación bajo derecho internacional, según han sido interpretados por la CIJ y por tribunales internacionales de inversión, imponen un estándar cuya violación requiere una conducta extrema por parte del Estado. Así, para establecer que se ha violado el estándar de nivel mínimo de trato por trato discriminatorio, el inversionista no

circunstancias similares”); **RL-0010**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 246 (“A finding of ‘likeness’ does not dispose of the case. It may set the stage for an inquiry into whether the different treatment of situations found to be ‘like’ is justified by legitimate public policy measures that are pursued in a reasonable manner”).

¹⁰⁵⁰ **RL-0155**, *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 (Salans, van den Berg, Veeder), ¶ 184 (“With regard to discrimination, it corresponds to the negative formulation of the principle of equality of treatment. It entails like persons being treated in a different manner in similar circumstances without reasonable or justifiable grounds”).

¹⁰⁵¹ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflich, Bernardini, Stern), ¶ 305.

¹⁰⁵² **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflich, Bernardini, Stern), ¶ 306.

puede limitarse a demostrar simplemente que la conducta del Estado no fue idónea, o que razonablemente se puede discrepar con la misma, o que esta haya tenido algún impacto adverso en la inversión —incluso en aquellos casos en los que el impacto sobre el reclamante fue diferente de alguna manera a aquél sufrido por otros inversionistas.

643. Los criterios adoptados consistentemente por anteriores tribunales de inversión y reconocidos ampliamente en la actualidad, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, requieren la presencia de los siguientes tres elementos¹⁰⁵³:
- a. La identificación de un comparador en circunstancias similares¹⁰⁵⁴;
 - b. La demostración de que se ha otorgado al inversionista extranjero o a sus inversiones un trato menos favorable que aquel otorgado al comparador¹⁰⁵⁵;
y
 - c. La demostración de que el trato diferenciado no se encontraba objetivamente justificado¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵³ Ver **RL-0171**, Rudolf Dolzer & Christopher Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 15 de noviembre de 2012, pág. 199 (articulando el mismo test de tres partes).

¹⁰⁵⁴ **RL-0121**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel), ¶ 399; **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 128.

¹⁰⁵⁵ Ver **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 458 (“El Demandante debe probar que el tratamiento que él y sus inversiones recibieron fue diferente material y sustancialmente al recibido por otro inversionista Omaní o sus inversiones.”); **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 128.

¹⁰⁵⁶ Ver **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶¶ 133–134; **CL-0044**, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (Lévy, Lew, Lalonde), ¶ 368.

644. La doctrina reconoce que “identificar el apropiado comparador es clave”¹⁰⁵⁷. Por esta razón, los tribunales revisan cuidadosamente si las circunstancias existentes entre los inversionistas extranjeros y los comparadores propuestos son verdaderamente “similares” (*truly like*)¹⁰⁵⁸ o “materialmente iguales” (*materially the same*)¹⁰⁵⁹.
645. No basta, por ejemplo, con acreditar que los comparadores propuestos operan en el mismo sector económico, sino que debe existir “una amplia coincidencia de similitudes que cubran diversos factores”¹⁰⁶⁰. Como lo indicó el tribunal arbitral en *RDC c. Guatemala*, esto requiere justamente acreditar más que el solo hecho de que los inversionistas “sean competidores en el mismo sector económico”¹⁰⁶¹. Mucho va a depender también de otros factores, tales como la naturaleza de las inversiones realizadas¹⁰⁶² y la naturaleza de los actos u omisiones del Estado.
646. El referente o comparador apropiado será aquel que esté en las circunstancias más similares (“*most like circumstances*”), tal como lo señaló el tribunal en *Methanex c. Estados Unidos*:

¹⁰⁵⁷ **RL-0172**, Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Chapter 6: Minimum Standards of Treatment*, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT, 2009, pág. 150.

¹⁰⁵⁸ Ver **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 128; **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 463.

¹⁰⁵⁹ **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 463.

¹⁰⁶⁰ **RL-0156**, *Invesmart, B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo, 26 de junio de 2009 (Pryles, Thomas, Bernardini), ¶ 415.

¹⁰⁶¹ **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶ 153.

¹⁰⁶² Ver **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 312 (considerando una variedad de factores relacionados a la inversión realizada); **RL-0145**, *Renée Rose Levy de Levi c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 26 de febrero de 2014 (Oreamuno, Hanotiau, Morales Godoy), ¶ 396 (comparando los bancos en los que los inversionistas invirtieron para el propósito de realizar el análisis de “circunstancias similares”).

[I]t would be as perverse to ignore identical comparators if they were available and to use comparators that were less “like,” as it would be perverse to refuse to find and to apply less “like” comparators when no identical comparators existed.¹⁰⁶³

647. El tribunal en *Methanex* observó también lo siguiente:

In this respect, the NAFTA award in Pope & Talbot v. Canada is instructive . . . [T]he tribunal selected the entities that were in the most “like circumstances” and not comparators that were in less “like circumstances.” It would be a forced application of [the standard] if a tribunal were to ignore the identical comparator and try to level in an, at best, approximate (and arguably inappropriate) comparator.¹⁰⁶⁴

648. Por lo tanto, las situaciones de los diferentes inversionistas deben ser evaluadas “caso por caso, [sobre la base de] las circunstancias importantes”¹⁰⁶⁵ y “[a] todo nivel, el contexto fáctico y legal completo de las cuestiones relevantes deberá ser tomado en consideración”¹⁰⁶⁶.

649. Determinar si las inversiones efectuadas por diferentes inversionistas se encuentran en circunstancias similares es un examen altamente específico en

¹⁰⁶³ **RL-0113**, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final en Jurisdicción y Méritos, 3 de agosto de 2005 (Veeder, Rowley, Reisman), Parte IV Capítulo B, ¶ 17.

¹⁰⁶⁴ **RL-0113**, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final en Jurisdicción y Méritos, 3 de agosto de 2005 (Veeder, Rowley, Reisman), Parte IV Capítulo B, ¶ 19; *ver también*, **RL-0157**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo en los Méritos Fase 2, 10 de abril de 2001 (Dervaird, Greenberg, Belman), ¶ 87-88 (rechazando el argumento de que los productores en las provincias no cubiertas estaban en “circunstancias similares” a un productor en una provincia cubierta).

¹⁰⁶⁵ **RL-0145**, *Renée Rose Levy de Levi c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 26 de febrero de 2014 (Oreamuno, Hanotiau, Morales Godoy), ¶ 396.

¹⁰⁶⁶ **RL-0171**, Rudolf Dolzer & Christopher Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 15 de noviembre de 2012, pág. 199; *ver también*, **RL-0121**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel), ¶ 389; **RL-0157**, *Pope y Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo en los Méritos Fase 2, 10 de abril de 2001, (Dervaird, Greenberg, Belman), ¶ 75.

cuanto a los hechos (“*highly fact-specific*”)¹⁰⁶⁷, que requiere evidencia objetiva acerca de las situaciones de cada uno de los respectivos inversionistas que se alega son similares o comparables¹⁰⁶⁸. Por ejemplo, son factores relevantes a tomar en consideración, no solo que los negocios sean comparables, sino también los siguientes factores, entre otros: diferencias en el nivel de experiencia de los respectivos inversionistas; la naturaleza específica de las labores ejecutadas por cada entidad¹⁰⁶⁹; diferencias en la viabilidad de las entidades (por ejemplo, su solvencia o insolvencia empresarial);¹⁰⁷⁰ y los diferentes regímenes legales aplicables¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ **RL-0124**, *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1 (Veeder, Rowley, Crook), Laudo, 25 de agosto de 2014, ¶ 8.15.

¹⁰⁶⁸ **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas) (rechazando la “evidencia puramente anecdótica” del demandante y solicitando “evidencia objetiva y cuantificable”). Ver también, **RL-0124**, *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1 (Veeder, Rowley, Crook), Laudo, 25 de agosto de 2014, ¶ 8.15 (señalando que identificar un comparador local “*involves a highly fact-specific inquiry*”).

¹⁰⁶⁹ **RL-0121**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sayani A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel), ¶ 402.

¹⁰⁷⁰ Ver **RL-0137**, *Gami Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004 (Reisman, Lacarte Muró, Paulsson), ¶ 119; **RL-0124**, *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1 (Veeder, Rowley, Crook), Laudo, 25 de agosto de 2014, ¶ 8.42 (los factores a ser tomados en consideración, “*obviously include the legal and regulatory regime that governs parties that are being compared*”).

¹⁰⁷¹ **RL-0019**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011 (Nariman, Anaya, Crook), ¶ 166; **RL-0138**, *ADF Group Inc. c. Estado Unidos de America*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (Feliciano, de Mestral, Lamm), ¶ 156; **RL-0157**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo en los Méritos Fase 2, 10 de abril de 2001 (Dervaird, Greenberg, Belman), ¶ 88; **RL-0021**, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 (Kerameus, Gantz, Bravo), ¶ 171.

- e. Las Demandantes no han demostrado que la obligación de buena fe constituya un elemento del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario

650. Finalmente, las Demandantes alegan que el nivel mínimo de trato impone una obligación de buena fe, y alegan además que la presencia de mala fe por parte del estado es suficiente para establecer una violación del nivel mínimo de trato¹⁰⁷². Las Demandantes argumentan que la obligación de buena fe se incumple cuando un Estado “*fails to act fairly or reasonably in its dealings with the investor and its investment*”¹⁰⁷³. Pero las Demandantes no hacen ningún esfuerzo para demostrar que la obligación de buena fe bajo el nivel mínimo de trato es como ellos la describen, o incluso que sea parte del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario.
651. En apoyo del estándar de buena fe que proponen, las Demandantes citan el laudo en *Swisslion c. Macedonia*, pero el tribunal en ese caso aplicó un estándar autónomo de trato justo y equitativo,¹⁰⁷⁴ no el nivel mínimo de trato.
652. Las Demandantes citan también el laudo en *Sempra c. Argentina*, que según ellos establece que el principio de buena fe que ellos identifican se encuentra “*at the heart of the concept of fair and equitable treatment*”.¹⁰⁷⁵ Pero igual que en *Swisslion*, el tribunal en *Sempra* aplicó un estándar autónomo de trato justo y equitativo. En concreto, el tribunal siguió el estándar aplicado en *Tecmed*,¹⁰⁷⁶ que como se ha visto

¹⁰⁷² Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 270, 282.

¹⁰⁷³ Memorial de Demanda, ¶ 282.

¹⁰⁷⁴ Ver **CL-0058**, *Swisslion DOO Skopje c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo, 6 de julio de 2012 (Guillaume, Price, Thomas), ¶¶ 272–274.

¹⁰⁷⁵ Memorial de Demanda, ¶ 282.

¹⁰⁷⁶ **CL-0055**, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007 (Orrego Vicuña, Lalonde, Morelli), ¶¶ 298–299 (citando **CL-0059**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (Grigera Naon, Fernández, Bernal), ¶ 154).

arriba, y como ha sido reconocido por laudos posteriores,¹⁰⁷⁷ no refleja el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario.

653. Estados Unidos (la otra Parte Contratante del Tratado), en su escrito de parte no contendiente en el caso señaló que “*Neither the concepts of ‘good faith’ nor ‘legitimate expectations’ are component elements of ‘fair and equitable treatment’ under customary international law that give rise to an independent host State obligation*”¹⁰⁷⁸.
654. Aun si se aceptara que la buena fe es parte del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario, el tribunal en el caso *Waste Management II* explicó que el estándar de buena fe tiene dos elementos. El primero es que el Estado haya actuado en forma racional y de conformidad con sus normas, y no “en forma impropia” o “sin justificación”. El segundo elemento está relacionado con la intención; el demandante debe probar que el Estado actuó “deliberadamente” o “conscientemente” para destruir o frustrar la inversión. Ese análisis demuestra que el umbral para poder acreditar que un Estado no ha actuado de buena fe, en violación de sus obligaciones bajo derecho internacional, es alto. Como el tribunal en *Chemtura* reconoció “*the standard of proof for allegations of bad faith or disingenuous behaviour is a demanding one*”¹⁰⁷⁹.
655. Como el Perú ha explicado, el estándar autónomo no es idéntico al nivel mínimo de trato. Las Demandantes tienen la carga de demostrar que la obligación de buena fe, tal y como la describen en su Memorial de Demanda, forma parte del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, no

¹⁰⁷⁷ Ver, e.g., **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 286.

¹⁰⁷⁸ **RL-0166**, *Spence International Investments, LLC, et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Presentación de los Estados Unidos de América, 17 de abril de 2017 (Bethlehem, Kantor, Vinuesa), ¶¶ 17-18.

¹⁰⁷⁹ **RL-0158**, *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 (Kaufmann-Kohler, Brower, Crawford), ¶ 137; ver también **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón), ¶ 139 (“[C]onspiracy theories, unsupported by solid evidence . . . [were] not enough to cross the Article 1105(1) threshold”).

han cumplido con esa carga. En cualquier caso, como se explicará, incluso bajo el estándar presentado por las Demandantes, es evidente que el Perú ha actuado de buena fe. De hecho, las Demandantes tergiversan los hechos y han intentado aprovecharse de las acciones adoptadas de buena fe por el Perú.

2. *Aplicación del estándar legal a los hechos*

656. En su Memorial de Demanda, las Demandantes alegan que el Perú violó el artículo 10.5 del Tratado a través de las siguientes acciones: (i) la Demanda del Gobierno Regional de Arequipa¹⁰⁸⁰; (ii) la Investigación Penal iniciada por la Fiscalía Ambiental de Arequipa¹⁰⁸¹; (iii) los supuestos retrasos y defectos en la emisión de la Autorización para la Ejecución de Obras¹⁰⁸²; (iv) el inicio del Arbitraje de Lima¹⁰⁸³; y (v) la denegación de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC¹⁰⁸⁴.
657. Como el Perú explicará a continuación, ninguna de las medidas impugnadas por las Demandantes fueron contrarias a la obligación de otorgar un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario. El Perú precisa que analizará los reclamos de Latam Hydro para cada una de esas medidas asumiendo que las legítimas expectativas, el deber de transparencia, y la buena fe son elementos del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario (*quod non*), pero lo hace sin perjuicio de lo que señaló en la sección anterior sobre el estándar legal aplicable.

a. La Demanda del Gobierno Regional de Arequipa

658. Las Demandantes alegan que el Perú incumplió su obligación de otorgar un nivel mínimo de trato a Latam Hydro y sus inversiones cuando la Procuraduría Pública

¹⁰⁸⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 284-308.

¹⁰⁸¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 309-320.

¹⁰⁸² Memorial de Demanda, ¶¶ 321-333.

¹⁰⁸³ Memorial de Demanda, ¶¶ 334-344.

¹⁰⁸⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 345-355.

Regional presentó la Demanda del Gobierno Regional, el 14 de marzo de 2017¹⁰⁸⁵. Argumentan las Demandantes que el solo riesgo de que sus Certificaciones Ambientales pudieran ser anuladas “*was sufficient to render Financial Close impossible to achieve*”¹⁰⁸⁶ (énfasis añadido).

659. Antes de responder a los argumentos infundados de las Demandantes, el Perú respetuosamente reitera su solicitud al Tribunal de que rechace cualquier reclamación basada en la presentación de la Demanda del Gobierno Regional. Ello debido a que, como se explicó en las **Secciones II.E y III.C** del presente escrito, las reclamaciones cesaron producto de las acciones de buena fe adoptadas por el Estado peruano en el contexto del trato directo entre las Partes. Con el retiro de su Primera Notificación de Intención, las Demandantes expresamente reconocieron que, al haberse aprobado el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo, el principal acto estatal que originó la Primera Notificación de Intención había cesado¹⁰⁸⁷. Sin perjuicio de lo anterior, el Perú demuestra a continuación que la presentación de la Demanda del Gobierno Regional no violó el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario.
660. Expectativas legítimas. Las Demandantes alegan que la Demanda del Gobierno Regional violó las siguientes expectativas legítimas de Latam Hydro:

(i) the Mamacocha Project was a Category I project and, consequently, CHM required only a DIA to secure its plant environmental permit; (ii) ARMA had authority to grant the environmental permits for the Mamacocha Project; (iii) ARMA's resolutions granting the Project's environmental permits had been vetted, tested, and approved by ARMA and were not subject to change; (iv) the RGA would not commence or continue for nearly a year a baseless lawsuit that brought the Project to a halt; and (v)

¹⁰⁸⁵ Memorial de Demanda, ¶ 284.

¹⁰⁸⁶ Memorial de Demanda, ¶ 284.

¹⁰⁸⁷ Ver **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018, pág. 1.

*MINEM would partner with CHM to protect and ensure the validity of the Project's permits*¹⁰⁸⁸.

661. En primer lugar, las Demandantes no explican en qué basan su supuesta expectativa de que el Proyecto Mamacocha solo requeriría una Declaración de Impacto Ambiental para ser aprobado. En la medida en que estén alegando que el Informe No. 0026-2012-MEM-AAE-NAE/MEM sobre actualización de normativa eléctrica ambiental y categorización de actividades les creó alguna expectativa¹⁰⁸⁹, ese documento establecía que se trataba de una “**evaluación preliminar** para la categorización de actividades de construcción y operación de Centrales de Generación Eléctricas menores de 20MW mediante el uso de recursos renovables”¹⁰⁹⁰ (énfasis añadido). Ante dicha advertencia expresa de que no se trataba de una categorización definitiva, no habría sido legítimo ni razonable que Hydro Latam se forme expectativas sobre la base de ese documento.
662. Además, existe otro informe del MINEM, emitido en el año 2012, que contradice directamente lo alegado por las Demandantes respecto a la categorización del Proyecto Mamacocha¹⁰⁹¹. El 18 de junio de 2012, el MINEM emitió el Informe No. 0196-2012-MEM-AAE-NAE/KCV, cuyo asunto era “Precisiones sobre Categorización de Actividades Eléctricas”¹⁰⁹². En ese informe, el MINEM indicó expresamente lo siguiente:

[D]ebemos señalar que el Informe No. 026-2012-MEM-AAE-NAE/MEM, el cual fuera remitido a la Dirección General de Electricidad para su conocimiento, **es un informe que contiene una clasificación meramente referencial**, es decir, **es posible que a algunos proyectos de inversión se les pueda**

¹⁰⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶ 288.

¹⁰⁸⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 43–44.

¹⁰⁹⁰ **Anexo C-0088**, Escritura Pública de Adenda No. 1 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L., 22 de julio de 2015, pág. 1.

¹⁰⁹¹ Ver e.g., Memorial de Demanda, ¶¶ 288, 297.

¹⁰⁹² **Anexo R-0146**, Informe No. 0196-2012-MEM-AAE-NAE/KCV, MINEM, 18 de junio de 2012.

otorgar otra clasificación diferente a la señalada en el referido informe, dependiendo de los impactos a generarse, las áreas donde se realizarán los proyectos, las poblaciones involucradas, etc¹⁰⁹³. (Énfasis añadido)

663. El Informe No. 0196-2012-MEM-AAE-NAE/KCV es claro y elimina cualquier posible expectativa de Latam Hydro de que el Proyecto Mamacocha se calificaría necesaria y definitivamente como un proyecto de Categoría I (i.e., un proyecto cuyo impacto ambiental previsible sería leve).
664. En cuanto a las otras supuestas expectativas de Latam Hydro relacionadas a la autoridad de la Autoridad Regional Ambiental y a la firmeza de las Certificaciones Ambientales, lo que las Demandantes realmente parecen estar reclamando es que sus Certificaciones Ambientales no podían ser objeto de impugnación. Latam Hydro no podía tener la expectativa de que sus autorizaciones ambientales nunca serían cuestionadas.
665. Como se explicó anteriormente, en el Perú los ciudadanos y organizaciones tienen el derecho de oponerse al otorgamiento de títulos habilitantes y de impugnar mediante acciones legales los ya otorgados¹⁰⁹⁴. El Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental dispone de manera expresa que “las Resoluciones que aprueben o denieguen la Certificación Ambiental son susceptibles de impugnación en la vía administrativa”¹⁰⁹⁵. Asimismo, la Ley del

¹⁰⁹³ **Anexo R-0146**, Informe No. 0196-2012-MEM-AAE-NAE/KCV, MINEM, 18 de junio de 2012, pág. 3.

¹⁰⁹⁴ Ver **RL-0042**, LPAG, art. IV 1.2 (“Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a *impugnar las decisiones que los afecten*.”) (énfasis añadido); art. 69.3 (“Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.”).

¹⁰⁹⁵ **RL-0003**, Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley No. 27446, 24 de septiembre de 2009, art. 59.

Proceso Contencioso Administrativo reconoce que las entidades públicas también pueden solicitar la nulidad de sus actos a través de un proceso contencioso administrativo¹⁰⁹⁶. Ante estas disposiciones legales, todas las cuales estaban vigentes cuando Latam Hydro realizó su inversión, no sería razonable o legítimo asumir que las certificaciones ambientales de su proyecto jamás serían cuestionadas.

666. Finalmente, tampoco era razonable o legítima la expectativa de que “MINEM would partner with CHM to protect and ensure the validity of the Project’s permits”¹⁰⁹⁷. Como se explica en más detalle en la **Sección VI** del presente escrito, en ningún momento el MINEM asumió obligación alguna de garantizar que los permisos se mantendrían vigentes, incluso si éstos fueron emitidos mediante procedimientos irregulares o contraviniendo la ley.
667. En este caso, la Procuraduría Pública Regional, al advertir la posibilidad de que las Certificaciones Ambientales fueron emitidas en violación de la ley y afectando el interés público, acudió al juez para que este, en el marco de un proceso judicial y otorgando el derecho de defensa a la parte afectada, ejerciera control de legalidad y determinara si las Certificaciones Ambientales fueron emitidas válidamente. Por lo tanto, los intentos de las Demandantes de equiparar la Demanda del Gobierno Regional con la Declaración de Lesividad en el caso *RDC c. Guatemala*¹⁰⁹⁸ carecen de fundamento. A diferencia del inversionista en el caso *RDC c. Guatemala*, en este caso las Demandantes no han acreditado que la Demanda del Gobierno Regional tuviera un objeto distinto a solicitar la evaluación de la legalidad de las

¹⁰⁹⁶ **RL-0159**, Decreto Supremo No. 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, 3 de mayo de 2019, art. 13.

¹⁰⁹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 288.

¹⁰⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 313.

Certificaciones Ambientales¹⁰⁹⁹, ni que el Perú “*knowingly overlooked [the violations to its own law], obtained benefits from them, and it had the power to correct them*”¹¹⁰⁰.

668. Las Demandantes tampoco han acreditado que sus expectativas correspondan a condiciones ofrecidas o compromisos asumidos por el Perú, ni que fueron tomadas en cuenta por Latam Hydro a la hora de decidir si realizaba o no la inversión¹¹⁰¹. El Perú reitera además que para analizar la razonabilidad o legitimidad de las expectativas se deben tomar en cuenta también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor¹¹⁰².
669. Buena fe. Las Demandantes alegan que “[p]ublic documents obtained from the RGA demonstrate that the RGA commenced this Lawsuit for the bad-faith purpose of destroying the Mamacocha Project”¹¹⁰³. Argumentan también que la Comisión Especial contrató a un abogado externo especialista que confirmó que la Demanda del Gobierno Regional no tenía ningún fundamento y fue diseñada para destruir el Proyecto¹¹⁰⁴. Lo alegado por las Demandante no es cierto. Aun si se aceptara que la buena fe es parte del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario, el Perú no actuó de mala fe al presentar la Demanda del Gobierno Regional.

¹⁰⁹⁹ **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶¶ 235-255.

¹¹⁰⁰ **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶ 234.

¹¹⁰¹ Ver **RL-0150**, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (Kaufmann-Kohler, Gómez-Pinzón, van den Berg), ¶¶ 340 y 347.

¹¹⁰² **RL-0150**, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (Kaufmann-Kohler, Gómez Pinzón, van den Berg), ¶ 340.

¹¹⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 292.

¹¹⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 292.

670. Como se explicó en la **Sección III.C** la documentación contemporánea directamente intercambiada entre la Comisión Especial y el Gobierno Regional de Arequipa contradice los argumentos de las Demandantes. No es cierto, por ejemplo, que el abogado externo (Juan Carlos Morón Urbina) confirmó que la Demanda del Gobierno Regional no tenía fundamento. Si bien el abogado externo consideró que la Demanda del Gobierno Regional tenía pocas probabilidades de éxito y cuestionó algunas de las conclusiones recogidas en el Informe Final de la Comisión Investigadora Regional, realizó distintas precisiones que explicaban los motivos por los cuales la Comisión Investigadora Regional consideró que existieron irregularidades en la obtención de las Certificaciones Ambientales, y con base en los cuales la Procuraduría Pública Ambiental solicitó ante un juez la evaluación de las mismas¹¹⁰⁵.
671. De igual manera, no es cierto que el Informe No. 278-2017-GRA/PPR establezca que la Demanda del Gobierno Regional se inició de mala fe, para destruir el Proyecto. Ese documento indica que la Procuradora Pública Regional coincide con la opinión del abogado externo de que las probabilidades de éxito eran remotas y que, luego del análisis respectivo, recomienda el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo. En todo caso, la recomendación de desistimiento más bien confirma el proceder razonable y de buena fe del Estado peruano¹¹⁰⁶. La presentación de un desistimiento no constituye, como mal pretenden las Demandantes, prueba de que el Estado actuó “deliberadamente” o “conscientemente” para destruir o frustrar la inversión¹¹⁰⁷. En definitiva, no existe ningún fundamento para afirmar lo que afirman las Demandantes.

¹¹⁰⁵ Ver **Sección III.C**.

¹¹⁰⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.68.

¹¹⁰⁷ **RL-0158**, *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 (Kaufmann-Kohler, Brower, Crawford), ¶ 137; ver también **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón), ¶ 139 (“[C]onspiracy theories, unsupported by solid evidence . . . [were] not enough to cross the Article 1105(1) threshold”).

672. Arbitrariedad. Las Demandantes alegan que el Perú actuó arbitrariamente cuando la Demanda del Gobierno Regional incluyó el argumento de que el Proyecto Mamacocha debió contar con un Estudio de Impacto Ambiental en lugar de una Declaratoria de Impacto Ambiental. Según las Demandantes, “[i]ts principal argument that the Project required an EIA [Estudio de Impacto Ambiental] instead of a DIA [Declaratoria de Impacto Ambiental] went against MINEM’s report from January 31, 2012 [Informe No. 0026-2012-MEM-AAE-NAE/MEM] that stated that projects in the mountains located on unprotected lands required a DIA, not an EIA”¹¹⁰⁸.
673. Por los motivos que se han señalado anteriormente, los argumentos de las Demandantes basados en el Informe No. 0026-2012-MEM-AAE-NAE/MEM carecen de mérito y deben ser rechazados. Las Demandantes incluso llegan a argumentar, citando ese informe, que “the RGA’s argument was contradicted by the fact that every hydroelectric project under the RER Promotion that secured environmental permits did so using a DIA, not an EIA”¹¹⁰⁹. Esos argumentos no solo son incorrectos sino que además acreditan la falta de seriedad de las Demandantes y la superficialidad de sus reclamaciones. Como se explicó, el 18 de junio de 2012, el MINEM emitió el Informe No. 0196-2012-MEM-AAE-NAE/KCV, en el cual el MINEM indicó expresamente que el Informe No. 026-2012-MEM-AAE-NAE/MEM era un informe que contenía una clasificación meramente referencial y aclaró que “es posible que a algunos proyectos de inversión se les pueda otorgar otra clasificación diferente a la señalada en el referido informe”¹¹¹⁰.
674. Las Demandantes no hacen un correcto análisis de la normativa aplicable, en materias tan relevantes para su proyecto como la certificación ambiental. No

¹¹⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶ 297.

¹¹⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶ 298.

¹¹¹⁰ **Anexo R-0146**, Informe No. 0196-2012-MEM-AAE-NAE/KCV, MINEM, 18 de junio de 2012, pág. 3.

sorprende, por lo tanto, que las Demandantes hayan gerenciado mal el Proyecto Mamacocha.

675. Transparencia. Las Demandantes también alegan que la Demanda del Gobierno Regional violó el deber de transparencia “because the RGA never substantiated the basis for this drastic reversal in policy with respect to the Project’s environmental permits”¹¹¹¹. En primer lugar, no es cierto que haya existido un “drastic reversal in policy”. Como se señaló previamente, no es cierto que el MINEM hubiera tenido el criterio de que proyectos como el Proyecto Mamacocha requerirían solo una Declaración de Impacto Ambiental, sino que ese análisis depende de los estudios técnicos correspondientes. En segundo lugar, y por las razones que se explican en la **Sección III.C**, no es cierto que la Demanda del Gobierno Regional no tuviera fundamento.
676. Discriminación. Finalmente, las Demandantes también argumentan que “the RGA Lawsuit is also per se discriminatory because it specifically targeted the Mamacocha Project. As noted above, every hydro project in the RER Promotion received its plant environmental permit using a DIA”¹¹¹². En primer lugar, las Demandantes no han identificado a un comparador en circunstancias similares¹¹¹³. No es posible hablar de los proyectos RER en general como comparadores, pues cada postor diseña y presenta su propio proyecto, con características y circunstancias distintas. Por ejemplo, los proyectos pueden tener diferencias relacionadas con la ubicación, zona de afectación, tecnologías utilizadas, población cercana, y una serie de criterios que deben ser materia de análisis técnico. Cada

¹¹¹¹ Memorial de Demanda, ¶ 303.

¹¹¹² Memorial de Demanda, ¶ 307.

¹¹¹³ **RL-0121**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel), ¶ 399; **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 128.

una de esas características pueden tener un impacto en las Certificaciones Ambientales requeridas y el trámite para su obtención.

677. Además, en tanto los argumentos de las Demandantes basados en el Informe No. 0026-2012-MEM-AAE-NAE/MEM no son ciertos, las Demandantes no han acreditado cuál sería la supuesta conducta diferenciadora¹¹¹⁴.

b. La Investigación Penal iniciada por la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Arequipa

678. Las Demandantes alegan que la Investigación Penal de la Fiscalía Ambiental de Arequipa relacionada con la reclasificación y aprobación de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha violó el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario, en perjuicio de Latam Hydro¹¹¹⁵. Según las demandantes, la Investigación Penal violó las expectativas legítimas de Latam Hydro y la obligación del Perú de actuar con buena fe¹¹¹⁶. Las Demandantes también alegan que la Investigación Penal fue arbitraria, poco transparente, y discriminatoria¹¹¹⁷.

679. En su Memorial de Demanda, las Demandantes se refieren a las dos medidas principales relacionadas con la Investigación Penal que supuestamente violaron el nivel mínimo de trato: (i) la iniciación de la investigación el 24 de marzo de 2017¹¹¹⁸;

¹¹¹⁴ Ver **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 458 (“El Demandante debe probar que el tratamiento que él y sus inversiones recibieron fue diferente material y sustancialmente al recibido por otro inversionista Omaní o sus inversiones.”); **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Laudo, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 128.

¹¹¹⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 188, 311–320.

¹¹¹⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 311, 312, 314.

¹¹¹⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 316, 318, 320.

¹¹¹⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶ 309.

y (ii) la inclusión, el 2 de febrero de 2018, [REDACTED]

[REDACTED] como sujeto investigado¹¹¹⁹.

680. En primer lugar, las Demandantes no han cumplido con su carga de probar que personas distintas al inversionista o su inversión ([REDACTED]) se encuentran dentro del alcance de las protecciones otorgadas por el Tratado. Las Demandantes tampoco han acreditado que las medidas adoptadas por el Estado respecto de terceros son susceptibles de comprometer la responsabilidad del Estado bajo el Tratado.
681. En segundo lugar, es universalmente aceptado que “the State’s investigative powers, including in criminal matters, are ‘a most obvious and undisputed part of [its] sovereign right ... to implement and enforce its national law on its territory’”¹¹²⁰. Por esta razón, el Estado tiene un margen de apreciación amplio en lo que concierne a investigaciones penales bajo el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario. Este principio fue reconocido por el tribunal en el caso *Al Tamimi c. Omán* cuando señaló lo siguiente, en el contexto de una acusación penal que fue desestimada:

*A State must be permitted to take a legal position in relation to the alleged or perceived violation of its existing laws, even if that position turns out ultimately to be wrong, provided it does so in good faith and with appropriate due process.*¹¹²¹

¹¹¹⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 310.

¹¹²⁰ **RL-0116**, *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Papua Nueva Guinea*, Caso CIADI No. ARB/13/33, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, 21 de enero de 2015 (Born, Kerr, Pryles), ¶ 145; **RL-0117**, *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/08/12, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, 31 de julio de 2009 (Böckstiegel, Griffith QC, Hossain), ¶ 135; ver también **RL-0118**, *Churchill Mining and Planet Mining Pty. Ltd. c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14 y 12/40, Resolución Procesal No. 14 Medidas Provisionales, 22 de diciembre de 2014 (Kaufmann-Kohler, Hwang, van den Berg), ¶ 72; **RL-0119**, *Gustav F W Hamester GmbH & Co. KG c. República de Ghana*, Case CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 (Stern, Cremades, Landau), ¶ 297.

¹¹²¹ **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 444.

682. El margen de apreciación del Perú en este caso se ve afianzado por las disposiciones del Tratado. El artículo 10.11 sobre Inversión y el Medio Ambiente del Tratado establece que:

Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental¹¹²².

683. El tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Omán contiene una cláusula sobre Inversión y el Medio Ambiente idéntica al artículo 10.11 del Tratado¹¹²³. Al referirse al nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario, el tribunal en el caso *Al Tamimi c. Omán* explicó que la cláusula sobre Inversión y el Medio Ambiente debe orientar la interpretación de dicho estándar:

*[T]he US-Oman FTA places a high premium on environmental protection. It is uncontroversial that general principles of customary international law must be applied in the context of the express provisions of the Treaty. In the present case, Article 10.10 expressly qualifies the construction of the other provisions of Chapter 10, including Article 10.5. The wording of Article 10.10 provides a forceful protection of the right of either State Party to adopt, maintain or enforce any measure to ensure that investment is 'undertaken in a manner sensitive to environmental concerns', provided it is not otherwise inconsistent with the express provisions of Chapter 10.*¹¹²⁴ (Énfasis añadido)

684. En función de la importancia de la cláusula sobre Inversión y el Medio Ambiente en el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Omán, el tribunal en el caso

¹¹²² **RL-0051**, Tratado, art. 10.11.

¹¹²³ **RL-0123**, Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y el Sultanato de Omán, firmado el 19 de enero de 2006, implementado el 1 de enero de 2009, art. 10.10 (“Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.”).

¹¹²⁴ **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 387.

Al Tamimi c. Omán señaló que “a high threshold must be breached in the enforcement of a State’s environmental laws and regulations before it can be considered a violation of Chapter 10”¹¹²⁵. El mismo umbral aplica en el presente caso, con base en el artículo 10.11 sobre Inversión y el Medio Ambiente del Tratado.

685. La investigación de la Fiscalía Ambiental de Arequipa sobre posibles delitos contra el medio ambiente cometidos en el otorgamiento de las certificaciones ambientales del Proyecto Mamacocha —un proyecto que se desarrollaría en una zona ambientalmente frágil, el cual obtuvo sus certificaciones ambientales sin presentar estudios significativos y en circunstancias cuestionables— es precisamente el tipo de medida que los Estados Unidos y el Perú buscaron proteger mediante la inclusión del artículo 10.11 en el Tratado.
686. Expectativas legítimas. Según las Demandantes la iniciación de la Investigación Penal y la decisión de la Fiscalía Ambiental de Arequipa de “formalizar y continuar” la Investigación Penal violó las expectativas legítimas de Latam Hydro¹¹²⁶. Contrario a lo que alegan las Demandantes, las acciones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa no violaron ninguna expectativa legítima que podría haber tenido Latam Hydro.
687. Las Demandantes alegan que la iniciación de la Investigación Penal violó las siguientes expectativas de Latam Hydro: (i) que el Proyecto Mamacocha era un proyecto cuyos impactos en el medio ambiente eran leves y que por lo tanto solo requería la presentación de Declaraciones de Impacto Ambiental para ser aprobado; (ii) que la Autoridad Regional Ambiental tenía la autoridad de otorgar las Certificaciones Ambientales requeridas por el Proyecto Mamacocha; y (iii) que la resoluciones mediante las cuales la Autoridad Regional Ambiental otorgó las

¹¹²⁵ **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 458.

¹¹²⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 311–312.

Certificaciones Ambientales al Proyecto Mamacocha habían sido revisadas y aprobadas, y que no estarían sujetas a cambio¹¹²⁷.

688. Al igual que en el caso de la Demanda del Gobierno Regional, las Demandantes no explican en qué basan su alegación de que el Proyecto solo requeriría una Declaración de Impacto Ambiental, asumiendo que tendría impactos leves en el medio ambiente. El Perú entiende que las Demandantes se basan en el Informe No. 0026-2012-MEM-AAE-NAE/MEM¹¹²⁸. Sin embargo, como se explicó anteriormente, existen informes adicionales del MINEM que niegan directa y claramente lo alegado por las Demandantes en este arbitraje¹¹²⁹.
689. En cuanto a las otras dos supuestas expectativas de Latam Hydro relacionadas a la autoridad de la Autoridad Regional Ambiental y a la firmeza de las Certificaciones Ambientales, el Perú reitera que no sería razonable ni legítimo asumir que las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha jamás serían cuestionadas. Por otra parte, no sería ni razonable ni legítimo que Latam Hydro esperara que el Estado no hiciera valer su ley penal ante la sospecha de la comisión de un delito en la emisión de las Certificaciones Ambientales.
690. Las Demandantes también alegan que la decisión de la Fiscalía Ambiental de Arequipa de “formalizar y continuar” la Investigación Penal violó las expectativas de Latam Hydro de que recibiría un trato justo, razonable, y de buena fe¹¹³⁰. Según las Demandantes, dicha expectativa fue violada cuando la Fiscalía Ambiental de Arequipa: (i) no cerró la Investigación Penal cuando la Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo; (ii) [REDACTED]
- [REDACTED]

¹¹²⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶ 311.

¹¹²⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 43–44.

¹¹²⁹ Ver **Anexo R-0146**, Informe No. 0196-2012-MEM-AAE-NAE/KCV, MINEM, 18 de junio de 2012.

¹¹³⁰ Memorial de Demanda, ¶ 312.

[REDACTED] y (iii) presentó la Acusación Fiscal con base en un artículo del Código Penal que no se encontraba vigente al momento de los hechos que subyacen la Acusación Fiscal¹¹³¹.

- [illegible]

¹¹³¹ *Ver* Memorial de Demanda, ¶¶ 310, 312.

¹¹³² *Ver Memorial de Demanda*, ¶ 312 (“AEP’s decision to ‘formalize and continue’ this proceeding breached Latam Hydro’s legitimate expectations that it would be treated fairly, reasonably and in good faith.”); ¶ 282 (“A State breaches its obligation of good faith when it fails to act fairly or reasonably in its dealings with the investor and its investment”).

██████████
██████████¹¹³³.

693. En tercer lugar, el planteamiento de que ██████████
██████████ Las Demandantes se refieren al párrafo tercero del artículo 25 del Código Penal, el cual establece que “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren con él”. Ese párrafo fue introducido en el Código Penal en el año 2017, luego de los hechos que subyacen la Acusación Fiscal en lo que concierne al ██████████. No obstante, el párrafo tercero del artículo 25 del Código Penal no es esencial para la calificación del delito de complicidad. Ese párrafo solo precisa que se puede sancionar al cómplice de un delito especial aunque no concurren respecto del cómplice los elementos especiales que fundamentan el delito¹¹³⁴. En este caso, el párrafo tercero deja claro que ██████████ puede ser considerado cómplice del delito de otorgamiento ilegal de derechos previsto en el artículo 314 del Código Penal —un delito que solo puede ser cometido por funcionarios públicos— aunque él no sea un funcionario público. Pero ese principio ya se venía aplicando, con base en la jurisprudencia, mucho antes de su incorporación formal en el Código Penal¹¹³⁵. ██████████
██████████
██████████

¹¹³³ **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, pág. 33.

¹¹³⁴ **RL-0093**, Decreto Legislativo No. 1351, Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a Fin de Fortalecer la Seguridad Ciudadana, 6 de enero 2017, art. 2.

¹¹³⁵ **RL-0094**, Acuerdo Plenario No. 2-2011/CJ-116, Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, 6 de diciembre de 2011, ¶¶ 10-11.

¹¹³⁶ **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, págs. 33-34, 38.

694. Los intentos de las Demandantes de equiparar la Investigación Penal con la Declaración de Lesividad en el caso *RDC c. Guatemala* son infundados¹¹³⁷. En ese caso, el tribunal determinó que el gobierno había abusado del recurso extraordinario de lesividad como una táctica para obtener concesiones adicionales del inversionista¹¹³⁸. En este caso, las Demandantes no han probado que el ejercicio ordinario de la acción penal – que fue impulsado por una denuncia de ciudadanos privados, y que luego de más de dos años de investigación culminó con la presentación de Acusación Fiscal contra seis funcionarios de la Autoridad Regional Ambiental [REDACTED] – tenga otra finalidad que hacer aplicar la ley penal ambiental.
695. Buena fe. Las Demandantes alegan que el Perú incumplió con la obligación de buena fe cuando la Fiscalía Ambiental de Arequipa: (i) inició la Investigación Penal, supuestamente sin fundamentos; (ii) continuó con la Investigación Penal luego de que el Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo; (iii) no le otorgó a CH Mamacocha o a [REDACTED] la oportunidad de defenderse; y (iv) formalizó la Acusación Fiscal contra [REDACTED] con base en un artículo del Código Penal que no se encontraba vigente al momento de los hechos¹¹³⁹. Los argumentos de las Demandantes carecen de fundamento fáctico y legal. Contrario a lo que alegan las Demandantes, la Fiscalía Ambiental de Arequipa actuó de buena fe.
696. Aun si existiera una obligación de buena fe bajo el nivel mínimo de trato, las Demandantes no han probado que la Fiscalía Ambiental de Arequipa la haya violado. Si bien las Demandantes han proferido acusaciones sobre las supuestas motivaciones de la Investigación Penal, no han probado que la Investigación Penal

¹¹³⁷ Memorial de Demanda, ¶ 313.

¹¹³⁸ **CL-0049**, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (Sureda, Eizenstat, Crawford), ¶¶ 235-255.

¹¹³⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 314.

respondiera a otro propósito distinto al de hacer cumplir las leyes ambientales y penales del Perú. Como lo reconoció el tribunal en el caso *Chemtura* “the standard of proof for allegations of bad faith or disingenuous behaviour is a demanding one”¹¹⁴⁰ Las acusaciones de las Demandantes, desprovistas de sustento, no cumplen con ese estándar probatorio.

697. En cuanto a los hechos que subyacen esta reclamación, ya el Perú ha demostrado en este escrito que existían fundamentos suficientes para iniciar la Investigación Penal. El que se haya pasado a la etapa procesal de juicio de fondo confirma que las actuaciones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa no eran frívolas, ni carecían de fundamento. Por otra parte, la Fiscalía Ambiental de Arequipa no actuó de manera inapropiada ni sin justificación cuando continuó con la Investigación Penal luego de que el Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo. Se trata de entidades autónomas e independientes. Teniendo fundamento legal y fáctico suficiente para proceder con la Investigación Penal, la Fiscalía Ambiental de Arequipa no debía cerrar la investigación por el mero hecho que la Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo.
698. Finalmente, como ya ha sido demostrado anteriormente, no es cierto que en el marco de la Investigación Penal no se le otorgó a CH Mamacocha [REDACTED] la oportunidad de defenderse, ni tampoco que se formalizó la Acusación Fiscal contra [REDACTED] con base en un artículo del Código Penal que no se encontraba vigente al momento de los hechos¹¹⁴¹.

¹¹⁴⁰ **RL-0158**, *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 (Kaufmann-Kohler, Brower, Crawford), ¶ 143; ver también **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón), ¶ 139 (“conspiracy theories, unsupported by solid evidence . . . [were] not enough to cross the Article 1105(1) threshold”).

¹¹⁴¹ Ver **Sección III.D**.

699. Arbitrariedad. Las Demandantes también alegan que el Perú actuó de manera arbitraria cuando la Fiscalía Ambiental de Arequipa formuló la Acusación Fiscal en contra [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Las Demandantes también alegan que el carácter arbitrario del proceder de la Fiscalía Ambiental de Arequipa queda puesto en evidencia por el hecho de que el artículo del Código Penal con base en el cual se formuló la Acusación Fiscal en contra [REDACTED] no se encontraba vigente al momento de la comisión del supuesto delito¹¹⁴⁴. Finalmente, las Demandantes alegan que la decisión de la Fiscalía Ambiental de Arequipa de formalizar y continuar la Investigación Penal luego de que la Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo demuestra la naturaleza irrazonable del proceso penal¹¹⁴⁵. El Perú ya ha respondido a todos esos argumentos de las Demandantes.
700. Primero, las Demandantes basan su reclamación sobre supuesta arbitrariedad en el estándar legal incorrecto. Los argumentos de las Demandantes se enfocan en la supuesta ausencia de razonabilidad y aplicación incorrecta de la ley¹¹⁴⁶. No obstante, como el Perú explicó anteriormente, para que una medida califique como arbitraria bajo el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario debe ser “‘gross,’ ‘manifest,’ ‘complete,’ or such as to ‘offend judicial

¹¹⁴² Ver Memorial de Demanda, ¶ 316.

¹¹⁴³ Ver Memorial de Demanda, ¶ 316.

¹¹⁴⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 316.

¹¹⁴⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶ 316.

¹¹⁴⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶ 316 (“*This accusation offends . . . the provisions of the Peruvian Constitution. . . . [T]he AEP’s decision to ‘formalize and continue’ this proceeding after the RGA dismissed its own lawsuit on account that it lacked merit removes all doubt as to the unreasonable nature of this proceeding*”).

propriety.”¹¹⁴⁷ Aun si los postulados fácticos sobre los que las Demandantes fundan su reclamación fueran ciertos (no lo son), la conducta de la Fiscalía Ambiental de Arequipa no cumpliría con dicho umbral.

701. Segundo, como se ha demostrado a lo largo de este escrito (incluyendo en la **Sección III.D**), y conforme lo comprueban las documentos que se anexan: (i) [REDACTED]
[REDACTED] se le acusa de colaborar dolosamente con funcionarios públicos para la comisión de un delito en contra del medio ambiente; (ii) el delito de complicidad que se le imputa estaba vigente en la fecha en que ocurrieron los hechos que subyacen su acusación; y (iii) el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo es irrelevante para fines de la Investigación Penal.
702. Como se explicó anteriormente, que se haya pasado a la etapa procesal de juicio de fondo confirma que las actuaciones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa no eran frívolas, ni carecían de fundamento.
703. Transparencia. Las Demandantes alegan que la Investigación Penal se llevó a cabo de forma poco transparente vulnerando el derecho al debido proceso de CH Mamacocha, en violación al nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario¹¹⁴⁸. Concretamente, las Demandantes alegan que el Perú infringió los derechos al debido proceso de CH Mamacocha y [REDACTED] por no haber “take[n] their statements”, “attempting to criminalize a legally protected act, and using a retroactive application of a criminal statute”¹¹⁴⁹. Contrario a lo que alegan las Demandantes, en el presente caso, la conducta de la Fiscalía Ambiental de Arequipa no violó el debido proceso.

¹¹⁴⁷ **CL-0019**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (Pryles, Caron, McRae), ¶ 285.

¹¹⁴⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶ 318.

¹¹⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶ 318.

704. El Perú ha demostrado en este escrito que lo que alegan las Demandantes simplemente no es cierto. CH Mamacocha ha tenido recursos legales a su disposición para hacer valer cualquier derecho que crea que le haya sido violado. No ha hecho uso de esos recursos. [REDACTED]

705. Discriminación. Finalmente, las Demandantes alegan que la conducta de la Fiscalía Ambiental de Arequipa fue discriminatoria. Según las Demandantes, nunca antes un proyecto y sus representantes habían sido sometidos a un proceso penal con base en argumentos “desacreditados” y mediante la aplicación retroactiva de una ley penal¹¹⁵¹.

706. Como el Perú explicó anteriormente, para probar un trato discriminatorio es fundamental acreditar que existió comparador “en circunstancias similares”¹¹⁵²; que se otorgó al inversionista extranjero o a sus inversiones un trato menos favorable que aquel otorgado al comparador¹¹⁵³; y que dicho trato diferenciado no

¹¹⁵⁰ **Anexo R-0114**, Resolución No. 03-2019, Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, 15 de julio de 2019, pág. 4; **Anexo R-0119**, Resolución No. 18-2020, Quinto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Arequipa, 4 de noviembre de 2020, págs. 33-34, 38.

¹¹⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 320.

¹¹⁵² **RL-0121**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sayani A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel), ¶ 399; **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Award, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 128.

¹¹⁵³ Ver **RL-0120**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanía de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (Williams, Brower, Thomas), ¶ 458 (“The Claimant must show that the treatment he and his investment received differed materially and substantially from that received by

se encontraba objetivamente justificado¹¹⁵⁴. Las Demandantes no han identificado comparador alguno, por lo que su reclamación debe fracasar.

707. En cualquier caso, el Perú ha demostrado que los hechos que son la base de la Investigación Penal no han sido “desacreditados”, y que no se trata de un caso de aplicación retroactiva de la ley penal.

c. Los supuestos retrasos y defectos en la emisión de la Autorización para la Ejecución de Obras

708. En la **Sección III.B** el Perú demostró que las Demandantes han presentado una versión sesgada del trámite de su solicitud para la Autorización para la Ejecución de Obras. Basan su versión de los hechos en tergiversaciones, omiten hechos relevantes, e inventan una teoría conspiratoria sin fundamento. Es con base en esas falsedades que sostienen su reclamación de que los actos de la Autoridad Administrativa del Agua violaron el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario.
709. Según las Demandantes, la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua vulneró sus expectativas legítimas¹¹⁵⁵, careció de transparencia¹¹⁵⁶, fue arbitraria¹¹⁵⁷ y el resultado de mala fe¹¹⁵⁸. El Perú demuestra a continuación que, contrariamente a lo alegado por las Demandantes, la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua no es contraria al nivel mínimo de trato por ninguna de esas razones.

other domestic Omani investors or their investments.”); **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Award, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶ 128.

¹¹⁵⁴ Ver **RL-0122**, *Champion Trading Co. y Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9, Award, 27 de octubre de 2006 (Briner, Fortier, Aynès), ¶¶ 133-134; **CL-0044**, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 368.

¹¹⁵⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 347-348.

¹¹⁵⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 350-351.

¹¹⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶ 352.

¹¹⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 354-355.

710. Expectativas legítimas. Las Demandantes alegan que los actos de la Autoridad Administrativa del Agua violaron el nivel mínimo de trato por haber privado a Latam Hydro de sus supuestas expectativas legítimas. Las Demandantes basan su reclamación en la supuesta expectativa de que la Autoridad Administrativa del Agua “*would adhere to its TUPA review periods, as such periods are fixed and binding*”¹¹⁵⁹. Las Demandantes también aseveran que la emisión de una Autorización para la Ejecución de Obras defectuosa privó a Latam Hydro de su expectativa de recibir un permiso que no tendría errores¹¹⁶⁰.
711. Además de haber demostrado que expectativas legítimas no están protegidas bajo el nivel mínimo de trato, el Perú ya ha desmentido la afirmación de que la Autoridad Administrativa del Agua incurrió en retrasos indebidos en el trámite de evaluar la solicitud de CH Mamacocha para la Autorización para la Ejecución de Obras. Como el Perú explicó en la **Sección III.B**, los atrasos en ese trámite se debieron en mayor parte a las deficiencias en la solicitud de CH Mamacocha y al pedido de nulidad presentado por ciudadanos particulares.
712. Sin embargo, incluso en el supuesto negado de que la Autoridad Administrativa del Agua *sí* incurriera en retrasos indebidos y que las expectativas legítimas *sí* formaran parte del estándar mínimo de trato, las supuestas expectativas de las Demandantes no eran en absoluto ni legítimas ni razonables. Como bien explicó el tribunal en el caso *Duke Energy c. Ecuador*, “las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión”¹¹⁶¹. Las Demandantes no podían tener ninguna expectativa legítima de que la Autoridad Administrativa del Agua otorgaría la Autorización para la Ejecución de Obras en 20 días hábiles. CH Mamacocha sabía que podían suscitarse

¹¹⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶ 324.

¹¹⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 324.

¹¹⁶¹ **RL-0150**, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (Kaufmann-Kohler, Gómez Pinzón, van den Berg), ¶ 340.

demoras en el trámite administrativo correspondiente, sea por causa de la Autoridad Administrativa del Agua, de un eventual error en la solicitud de CH Mamacocha, o de oposición por parte de terceros. De hecho, en su Primera Solicitud de Extensión de la POC, CH Mamacocha reclamó un período de atraso de 361 días por parte de diversas entidades regionales, incluso *antes* de que firmara el Contrato RER¹¹⁶². La Autoridad Local del Agua (dependencia local de la Autoridad Administrativa del Agua) era una de esas entidades que, según CH Mamacocha, había incurrido en un retraso de 106 días antes de la celebración del Contrato RER¹¹⁶³. Por lo tanto, según los hechos contados por las propias Demandantes, estas no pudieron tener una expectativa legítima y razonable de que la Autoridad Administrativa del Agua no excediera el plazo de 20 días previsto en el TUPA.

713. Con respecto a los supuestos defectos en la Autorización para la Ejecución de Obras emitida el 5 de julio de 2017, las Demandantes no pueden exigir perfección o infalibilidad por parte de la Autoridad Administrativa del Agua. Las Demandantes basan su supuesta expectativa en *“the applicable TUPA regulations that the permitting authorities would issue permits that were valid and free from defects”*¹¹⁶⁴. Las Demandantes no identifican a cuales reglamentos se refieren, por lo que no cumplen con su carga de acreditar la validez de su supuesta expectativa.
714. En todo caso, el argumento de las Demandantes es inconsistente. Basan su expectativa en “reglamentos aplicables”, pero el marco regulatorio peruano también establece un procedimiento para rectificar errores en permisos y otros documentos administrativos. De hecho, CH Mamacocha recurrió a dicho procedimiento cuando presentó su solicitud de rectificación de la Autorización

¹¹⁶² Ver **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, págs. 8, 14-15, 17-19.

¹¹⁶³ Ver **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, págs. 17-19.

¹¹⁶⁴ Memorial de Demanda, ¶ 324.

para la Ejecución de Obras emitida el 5 de julio de 2017¹¹⁶⁵. La existencia de un procedimiento establecido para rectificar errores implica necesariamente que CH Mamacocha no podía esperar un estándar de perfección. En todo caso, la Autoridad Administrativa del Agua siguió el procedimiento apropiado y rectificó sus errores de manera oportuna, como el Perú demostró en la **Sección III.B**.

715. Las Demandantes afirman que el caso de *Bilcon c. Canada* tiene “*similar circumstances*” al presente caso¹¹⁶⁶. Sin embargo, las propias Demandantes señalan que en ese caso la autoridad estatal relevante “*reject[ed] the investor’s permit*”¹¹⁶⁷, sin que haya se revertió. En cambio, después de denegar la solicitud de CH Mamacocha por motivos fundados, la Autoridad Administrativa del Agua aprobó la solicitud de reconsideración de CH Mamacocha, previa presentación de información suplementaria por parte de CH Mamacocha¹¹⁶⁸. Además, el inversionista en *Bilcon* “*was faced with a fundamentally novel and adverse approach by an administrative body [that failed] to apply existing federal Canada and Nova Scotia laws*”¹¹⁶⁹. Según ese tribunal, “*this approach was inimical to the proponents having any real chance of success based on an assessment of their individual project on its merits in accordance with the laws in force at the time*”¹¹⁷⁰. En cambio, la Autoridad Administrativa del Agua no adoptó un “*fundamentally novel and adverse approach*”, sino que siguió el procedimiento aplicable a su evaluación de la solicitud de CH Mamacocha de Autorización para le Ejecución de Obras. Por lo tanto, las

¹¹⁶⁵ Ver **Anexo R-0056**, Carta de HLA (R. Ibarra *et al.*) a la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 18 de julio de 2017.

¹¹⁶⁶ Memorial de Demanda, ¶ 325.

¹¹⁶⁷ Memorial de Demanda, ¶ 325.

¹¹⁶⁸ Ver **Sección III.B**.

¹¹⁶⁹ **Anexo CL-0020**, *William Ralph Clayton, et al. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (Simma, McRae, Schwartz), ¶ 573.

¹¹⁷⁰ **Anexo CL-0020**, *William Ralph Clayton, et al. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (Simma, McRae, Schwartz), ¶ 450.

Demandantes se equivocan al afirmar que el presente case involucra circunstancias similares a aquellas en *Bilcon*.

716. Las Demandantes también citan *Tethyan Copper c. Pakistán* para intentar apoyar su reclamación basada en la teoría de expectativas legítimas. No obstante, ese tribunal determinó que el estándar relevante era el estándar de trato justo y equitativo autónomo —y no el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario, que aplica en el presente caso¹¹⁷¹. Una vez hecha tal determinación, el tribunal plateó la siguiente interrogante: “*What, then, is the content of this autonomous FET standard? In the Tribunal's view, a dominant principle of the FET standard is the protection of the investor's legitimate, investment-backed expectations*”¹¹⁷². En ese sentido, no es apropiado aplicar el análisis del tribunal en *Tethyan Copper* a un caso, como el presente, en el cual aplica el nivel mínimo de trato. De todos modos, como las Demandantes señalan, el Estado en *Tethyan Copper* “*failed to grant a license when the investor had complied with straightforward government requirements*”, lo que no ocurrió en el presente caso. En este caso, en cambio, la Autoridad Administrativa del Agua otorgó la Autorización de Ejecución de Obras, y la rectificó de conformidad con el pedido de CH Mamacocha.
717. Transparencia. Las Demandantes alegan que el Perú violó la supuesta obligación de transparencia porque la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua, según las Demandantes, “*put the Project in a ‘limbo’ stage where it had no way of knowing when the permit would be granted, what defects it would have, or if MINEM*

¹¹⁷¹ **Anexo CL-0062**, *Tethyan Copper Company Pty Ltd. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, 10 de noviembre de 2017 (Sachs, Hoffmann, Alexandrov), ¶ 810.

¹¹⁷² **Anexo CL-0062**, *Tethyan Copper Company Pty Ltd. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, 10 de noviembre de 2017 (Sachs, Hoffmann, Alexandrov) ¶ 811.

would lend any assistance”¹¹⁷³. Lo que alegan las Demandantes carece de fundamento fáctico y legal.

718. Aun bajo el estándar autónomo, la obligación de transparencia solo requiere que “the legal framework for the investor’s operations is readily apparent and that any decision affecting the investor can be traced to that legal framework”¹¹⁷⁴. Como el Perú demostró en la **Sección III.B**, la Autoridad Administrativa del Agua basó cada una de sus decisiones en el procedimiento aplicable al trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras, con lo cual se cumple con el estándar de transparencia (aun asumiendo que es parte del estándar legal aplicable en este caso).
719. Las Demandantes intentan impugnar la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua argumentando que “every measure that AAA [Autoridad Administrativa del Agua] took was ultimately reversed by ANA [Autoridad Nacional del Agua]”¹¹⁷⁵. Como el Perú ha señalado en la **Sección III.B**, las Demandantes se equivocan; la Autoridad Nacional del Agua jamás revocó ninguna medida tomada por la Autoridad Administrativa del Agua durante el trámite de su evaluación de la solicitud para la Autorización para la Ejecución de Obras de CH Mamacocha.
720. Incluso si la versión ofrecida por las Demandantes fuera verdadera (no lo es), el hecho de emitir una decisión que fue luego revertida por una autoridad superior no significa necesariamente que tal decisión no se basó en el marco regulatorio aplicable. En cualquier caso, la Autoridad Nacional del Agua forma parte del Estado peruano tanto como la Autoridad Administrativa del Agua. Las supuestas acciones de la Autoridad Nacional de Agua demostrarían que el Perú, en su

¹¹⁷³ Memorial de Demanda, ¶ 327.

¹¹⁷⁴ **RL-0153**, Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT AND TRADE, junio de 2005, pág. 374.

¹¹⁷⁵ Memorial de Demanda, ¶ 327.

conjunto, siguió el marco regulatorio aplicable a la Autorización para la Ejecución de Obras.

721. Las Demandantes invocan el laudo del caso *Metalclad c. Mexico* para intentar respaldar su argumento sobre supuesta falta de transparencia¹¹⁷⁶. Sin embargo, ese laudo confirma que la obligación de transparencia sólo requiere que el inversionista tenga la oportunidad de conocer de antemano el marco legal aplicable. El tribunal en *Metalclad* sostuvo que

[t]he absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA.

722. En el Perú hay un procedimiento bien establecido con respecto a la Autorización para la Ejecución de Obras, y la Autoridad Administrativa del Agua actuó con apego a dicho procedimiento. Las Demandantes no han presentado ninguna prueba que demuestre lo contrario.

723. Arbitrariedad. Las Demandantes alegan que la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua violó el nivel mínimo de trato por ser arbitraria¹¹⁷⁷. Las Demandantes basan esa reclamación en premisas falsas sobre la Autoridad Nacional del Agua. A saber, las Demandantes afirman que la Autoridad Nacional de Agua (i) determinó que la Autoridad Administrativa del Agua no debió haber denegado la primera solicitud de CH Mamacocha; y (ii) ordenó a la Autoridad Administrativa del Agua a rectificar la Autorización para la Ejecución de Obras emitida el 5 de julio de 2014¹¹⁷⁸. Como el Perú señaló en la **Sección III.B**, esas afirmaciones no son ciertas.

¹¹⁷⁶ Memorial de Demanda, ¶ 328.

¹¹⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶ 330.

¹¹⁷⁸ Memorial de Demanda, ¶ 330.

724. Hay solamente una medida verdadera que las Demandantes citan para sostener su reclamación de arbitrariedad: la emisión de una autorización defectuosa el 5 de julio de 2017, lo que las Demandantes describen como “*unreasonable*”¹¹⁷⁹. Pero el acto de cometer un error (que luego fue corregido) no es necesariamente irrazonable. Un mero error por parte de una entidad regional no constituye (en palabras del CIJ en *ELSI*) “un desprecio intencional del debido proceso”¹¹⁸⁰, menos aun cuando la entidad ha corregido dicho error dentro de los medios procedimentales ordinarios. Tal fue el caso de la Autoridad Administrativa del Agua, que aprobó la solicitud de rectificación de CH Mamacocha de manera oportuna¹¹⁸¹.
725. Las Demandantes citan *Crystallex c. Venezuela* en supuesto apoyo de su reclamación de arbitrariedad. Como el Perú señaló anteriormente, el tribunal en *Crystallex* aplicó un estándar autónomo de trato justo y equitativo, el cual no es aplicable en este caso¹¹⁸². Además, a diferencia de lo afirmado por las Demandantes, la conducta impugnada en *Crystallex* tenía un carácter muy distinto a la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua en el presente caso. Las Demandantes señalan que “*the State in that case [Crystallex] engaged in a series of flip-flopping measures that culminated in the denial of the permit*”¹¹⁸³. De hecho, el Estado venezolano en ese caso “*flip-flopped*” doce veces durante un período de casi tres años¹¹⁸⁴. Además, la entidad gubernamental en *Crystallex* denegó la solicitud del inversionista y se rehusó a considerar el pedido de reconsideración del

¹¹⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶ 330.

¹¹⁸⁰ **RL-0027**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶ 128.

¹¹⁸¹ Ver **Sección III.B**.

¹¹⁸² Ver **CL-0026**, *Crystallex International Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazournes), ¶ 530.

¹¹⁸³ Ver Memorial de Demanda, ¶ 331.

¹¹⁸⁴ Ver **CL-0026**, *Crystallex International Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazournes), ¶¶ 47-59.

inversionista¹¹⁸⁵. Nada de eso ocurrió en el presente caso. Es falso e irresponsable afirmar que el tribunal en *Crystallex* analizó una conducta comparable a los actos de la Autoridad Administrativa del Agua.

726. Buena fe. Las Demandantes alegan que la Autoridad Administrativa del Agua actuó de mala fe. Intentan fundamentar su alegación en las mismas falsedades que el Perú ha desmentido en varias ocasiones. Por ejemplo, las Demandantes afirman que “*in an in-person meeting in late 2017, AAA confessed to CHM that the reason for AAA’s intransigence with respect to this permit stemmed from the fact that the Mamacocha Project was being sued by the RGA*”¹¹⁸⁶. En la **Sección III.B** el Perú señaló que las Demandantes no sustentan sus alegaciones con ninguna documentación contemporánea. Su teoría conspiratoria la basan exclusivamente en la declaración testimonial del Sr. Andrés Bartrina, un antiguo gestor de proyectos de Latam Hydro¹¹⁸⁷. Como señaló el tribunal en el caso *Waste Management II*, “*conspiracy theories, unsupported by solid evidence . . . [were] not enough to cross the Article 1105(1) [nivel mínimo de trato] threshold*”¹¹⁸⁸.
727. Además, las Demandantes intentan engañar al Tribunal cuando sugieren que la Autoridad Administrativa del Agua, por ser ubicado en Arequipa, está sujeta a las influencias del Gobierno Regional de Arequipa¹¹⁸⁹. La Autoridad Administrativa

¹¹⁸⁵ Ver **CL-0026**, *Crystallex International Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazournes), ¶¶ 44-46.

¹¹⁸⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶ 132.

¹¹⁸⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶ 108 (citando Declaración Testimonial de Andrés Bartrina, ¶ 66-70).

¹¹⁸⁸ **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón), ¶ 139.

¹¹⁸⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 332 (“*Given that AAA is a regional licensing body in Arequipa, its conduct and admission to CHM suggests the AAA targeted the Mamacocha Project and used its licensing authority to prevent the Project from moving forward.*”).

del Agua es una dependencia de la Autoridad Nacional de Agua y no es parte del Gobierno Regional de Arequipa¹¹⁹⁰.

d. El inicio del Arbitraje de Lima no viola el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario

728. Las Demandantes presentan de manera distorsionada el motivo y efecto de la iniciación del Arbitraje de Lima. Describen esa medida como un “*reversal of [MINEM’s] prior decisions*”¹¹⁹¹ de otorgar extensiones de la POC y un intento por “*reverse the allocation of risks under the RER Contract*”¹¹⁹². Ambas afirmaciones son incorrectas.
729. El Perú ya explicó que la mera iniciación del Arbitraje de Lima no suspendió ni anuló la validez de las Adendas Nos. 1 y 2. Además, el tribunal arbitral emitió un laudo el 24 de diciembre de 2020 donde declaró que no tiene jurisdicción sobre la demanda presentada por el MINEM¹¹⁹³. Por lo tanto, el Arbitraje de Lima no anuló las Adendas Nos. 1 y 2.
730. Tampoco es correcto alegar que la iniciación del arbitraje buscaba cambiar la asignación de riesgos bajo el Contrato RER¹¹⁹⁴. Como el Perú explicó en la **Sección II.A**, las Bases Consolidadas y el Contrato RER (cláusulas 1.3 y 3.2) advertían expresamente que CH Mamacocha tenía la obligación de “solicitar, suscribir y cumplir los requisitos para obtener la Concesión Definitiva de la Central de Generación”¹¹⁹⁵ y “cumplir con todos los requisitos para la obtención de la Concesión Definitiva y para la construcción de una planta de generación

¹¹⁹⁰ Ver **Anexo R-0147**, Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua, art. 45.

¹¹⁹¹ Memorial de Demanda, ¶ 334.

¹¹⁹² Memorial de Demanda, ¶ 335.

¹¹⁹³ **Sección III.F**.

¹¹⁹⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 335.

¹¹⁹⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.3.

eléctrica”¹¹⁹⁶. El Reglamento, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER también establecieron inequívocamente que la fecha de la POC Real y la fecha de Término del Contrato no podían ser modificadas y eran inamovibles¹¹⁹⁷. Por lo tanto, la iniciación del Arbitraje de Lima buscó corregir un acto que contrariaba la normativa aplicable.

731. Argumentan las Demandantes que la iniciación del Arbitraje de Lima vulneró sus expectativas legítimas¹¹⁹⁸, fue una decisión carente de transparencia¹¹⁹⁹, arbitraria¹²⁰⁰ y de mala fe¹²⁰¹. El Perú demuestra a continuación que la iniciación del Arbitraje de Lima por el MINEM no incumple ninguna de las protecciones que las Demandantes invocan.
732. Expectativas legítimas. Según las Demandantes, la iniciación del Arbitraje de Lima por el MINEM vulneró la expectativa que las extensiones bajo las Adendas Nos. 1 y 2 “*were properly executed under peruvian law*”¹²⁰². Esa expectativa no puede ser razonable o legítima. El Perú demostró en la **Sección III.E** que las fechas críticas del Contrato RER (Fecha de Término del Contrato, POC Referencial y POC Real) eran inamovibles. El Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER establecían que esas fechas no podían modificarse por cualquier causa, aún por fuerza mayor¹²⁰³. Por lo tanto, las extensiones otorgadas bajo las Adendas Nos. 1 y 2 vulneraban la normativa aplicable y, en consecuencia, no podían generar expectativas razonables o legítimas. Es por esa misma razón que la emisión de las Adendas Nos. 1 y 2 no puede ser considerada como un compromiso asumido por

¹¹⁹⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.2.

¹¹⁹⁷ Ver **Sección III.E.2**.

¹¹⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 337–338.

¹¹⁹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 340.

¹²⁰⁰ Memorial de Demanda, ¶ 342.

¹²⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 344.

¹²⁰² Memorial de Demanda, ¶ 337.

¹²⁰³ Ver **Sección III.E**.

el Estado, toda vez que esas adendas infringían la normativa vigente —lo cual las Demandantes sabían o debían saber.

733. También alegan las Demandantes que la iniciación del Arbitraje de Lima vulneró su expectativa que las controversias con un valor superior a USD 20 millones serían adjudicadas en el CIADI¹²⁰⁴. Esa supuesta expectativa no es ni razonable ni legítima porque el propio Contrato RER prevé que algunas controversias podían presentarse ante la Cámara de Comercio de Lima¹²⁰⁵. No era evidente que las pretensiones del MINEM tenían un valor superior a USD 20 millones, y por lo tanto, era razonable presentar la demanda ante la Cámara de Comercio de Lima¹²⁰⁶. En todo caso, el tribunal arbitral en el Arbitraje de Lima no se pronunció sobre los méritos de la demanda del MINEM, y el procedimiento para efectos prácticos ha concluido sin que se declarase la nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2.
734. Transparencia. Arguyen las Demandantes que la iniciación del Arbitraje de Lima demuestra una actuación carente de transparencia por el Estado porque ese procedimiento se inició *“without forewarning or explanation, that [the extensions granted through Addenda 1 and 2] were illegal”*, y porque, según las Demandantes, es absurdo que la misma controversia se adjudique en dos foros distintos¹²⁰⁷. Esos argumentos carecen de mérito. Como se explicó en la **Sección III.E**, CH Mamacocha debió haber tenido conocimiento que las extensiones otorgadas a través de las Adendas Nos. 1 y 2 eran contrarias a la normativa aplicable. Por lo tanto, la iniciación de un proceso que buscaba su nulidad era razonable, predecible, y adecuado en las circunstancias. El Perú también demostró en la **Sección III.F** que la naturaleza, objeto, y ámbito del Arbitraje de Lima, por un lado, y el presente arbitraje, por otro lado, son distintos. En consecuencia, es incorrecto

¹²⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 338.

¹²⁰⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 11.3 (b).

¹²⁰⁶ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.94.

¹²⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶ 340.

afirmar que el Arbitraje de Lima y este arbitraje se refieren a “*the same legal and factual issues*”¹²⁰⁸.

735. Arbitrariedad. Alegan las Demandantes que la iniciación del Arbitraje de Lima es arbitrario porque el MINEM fundamenta la pretensión de anulación de las Adendas Nos. 1 y 2 en que ellas se otorgaron con base en “*inflated numbers provided to MINEM by CHM*”, a pesar de que el MINEM analizó la Primera y Segunda Solicitud de Extensión de la POC¹²⁰⁹. En primer lugar, esa alegación presenta de manera incompleta y sesgada la posición que el MINEM adoptó en el Arbitraje de Lima, y, en segundo lugar, no cumple con el alto estándar requerido para constituir una violación del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario.

736. La demanda del MINEM en el Arbitraje de Lima desmiente la afirmación de que la anulación se basó en “*inflated numbers provided to MINEM by CHM*”¹²¹⁰. El MINEM justificó la nulidad de la Adenda No. 1, entre otras razones, con base en que la suscripción de esa adenda era contraria a la igualdad en el tratamiento de los postores:

Al prorrogarse injustificadamente las prestaciones a cargo de MAMACOCHA, se afectó a los terceros participantes del proceso de subasta (Igualdad en el Tratamiento de los Postores), los cuales presentaron sus ofertas sobre la base de una creencia de buena fe que cualquier modificación en el Cronograma de Ejecución de Obras tenía que sustentarse legítimamente en eventos de fuerza mayor¹²¹¹.

737. En cuanto a la nulidad de la Adenda No. 2, el MINEM señaló que era contrario al Reglamento RER:

¹²⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶ 340.

¹²⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶ 342.

¹²¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 342.

¹²¹¹ **Anexo C-0097**, MINEM c. CH Mamacocha S.R.L., Caso Arbitral No. 0669-2018-CCL, Demanda, 5 de diciembre de 2019, ¶ 6.1.24.

[L]a principal razón por la cual la Adenda N° 2 es nula, a saber, que **transgrede lo expresamente establecido en el Reglamento de la Ley RER**, con relación a la fecha límite esperada para la concreción de la POC¹²¹².

738. En consecuencia, no es cierto que el Arbitraje de Lima buscaba la declaración de nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2 con base en la información incorrecta que CH Mamacocha presentó con su Primera y Segunda Solicitud de Extensión de la POC.
739. En todo caso, las Demandantes no han demostrado que la iniciación del Arbitraje de Lima constituye un trato arbitrario violatorio del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario. Las Demandantes no han demostrado que la mera iniciación del Arbitraje de Lima es una medida caprichosa¹²¹³, o que sorprende el sentido de propiedad jurídica¹²¹⁴. El MINEM inició el Arbitraje de Lima en ejercicio de su derecho contractual. Esa medida no cumple con el alto umbral establecido por la jurisprudencia arbitral. El Arbitraje de Lima no es “*unjust and surprising as to be unacceptable from the international perspective*”¹²¹⁵.
740. Buena fe. Por último, alegan las Demandantes que el Arbitraje de Lima incumplió la obligación de buena fe. Lo consideran las Demandantes una suerte de “*preemptive strike*” anterior al 1 de abril de 2019, fecha en la cual se extendió el plazo de trato directo¹²¹⁶. No obstante, como se explicó en la **Sección III.F**, el período de trato directo que vencía el 1 de abril de 2019 se relacionaba a la Segunda Notificación de Intención, la cual consideró la ausencia de respuesta del MINEM sobre la Tercera Solicitud de Extensión de la POC como un posible incumplimiento

¹²¹² **Anexo C-0097**, MINEM c. CH Mamacocha S.R.L., Caso Arbitral No. 0669-2018-CCL, Demanda, 5 de diciembre de 2019, ¶ 7.1.9.

¹²¹³ Ver **RL-0140**, *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/13/2, Laudo, 7 de marzo de 2017 (Mourre, Ramírez, Jana), ¶ 523.

¹²¹⁴ Ver **RL-0027**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶ 128.

¹²¹⁵ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 626.

¹²¹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 344; ver **Anexo C-0062**, Cuarto Acuerdo de Extensión de Plazo entre la Comisión Especial, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha SRL, 21 de septiembre de 2018;

del Tratado. En la **Sección III.F** el Perú también explicó que el Arbitraje de Lima cubre reclamos de una naturaleza, y base fáctica y legal distinta al presente arbitraje.

741. En todo caso, las Demandantes no han cumplido con su carga de la prueba de demostrar que la iniciación del Arbitraje de Lima constituye una conducta impropia o carente de justificación y que demuestra una actuación consciente o deliberada del Estado que busca la destrucción de la inversión. La iniciación del Arbitraje de Lima no constituye un incumplimiento de la obligación de buena fe porque ese proceso se justifica en el legítimo ejercicio del MINEM de corregir dos actos (las Adendas Nos. 1 y 2) que eran contrario a la normativa aplicable.

e. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no viola el nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario

742. El 1 de febrero de 2018, CH Mamacocha presentó al MINEM la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, mediante la cual solicitó las modificaciones de las definiciones de Fecha de Término del Contrato (cláusula 1.4.22¹²¹⁷) y Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia) (cláusula 1.4.37¹²¹⁸) bajo el Contrato RER, y además solicitó modificar la POC Real¹²¹⁹.

¹²¹⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22 (“**Fecha de Término del Contrato**: Es el 31 de diciembre de 2036, fecha no modificable por ninguna causa, hasta la cual se le garantiza al Concesionario la Tarifa de Adjudicación.”).

¹²¹⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.37 (“**Plazo de Vigencia de la Tarifa de Adjudicación (Plazo de Vigencia)**: Es el periodo comprendido entre la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial y la Fecha de Término del Contrato (31 de diciembre de 2036). Durante el Plazo de Vigencia la Sociedad Concesionaria se compromete a suministrar electricidad al sistema con tecnología RER y se le garantiza el pago de la Tarifa de Adjudicación por las Inyecciones Netas de Energía producida por su central de generación RER hasta el límite de la correspondiente Energía Adjudicada.”).

¹²¹⁹ **Anexo C-0127**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018.

743. Según las Demandantes, el rechazo por parte del MINEM de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC vulneró sus expectativas legítimas¹²²⁰, fue una decisión carente de transparencia¹²²¹, arbitraria¹²²² y de mala fe¹²²³. El Perú ha demostrado, y reitera, que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no incumple ninguna de las supuestas protecciones que las Demandantes invocan.
744. Expectativas legítimas. Alegan las Demandantes que el “MINEM had already established a clear precedent that extensions of the COS [POC] would be approved when the government itself was at fault for the delays”¹²²⁴, y que por lo tanto tenían la expectativa de que el MINEM aprobaría la Tercera Solicitud de Extensión de la POC. Sin embargo, el Perú demostró en la **Sección II.A** y **III.E** que las Demandantes no podían tener una expectativa legítima y razonable de que el Perú modificaría la POC —ni siquiera con base en las Adendas Nos. 1 y 2. CH Mamacocha asumió el riesgo de retrasos en la obtención del financiamiento y los permisos necesarios para construir el Proyecto Mamacocha y lograr la POC antes del 31 de diciembre de 2018. Las tres fechas críticas del Contrato RER (Fecha de Término del Contrato, POC Referencial y POC Real) eran inamovibles y no modificables por cualquier causa (ni siquiera por causa de fuerza mayor)¹²²⁵. El Contrato RER ya le otorgaba a CH Mamacocha una holgura de dos años para absorber posibles atrasos; en palabras del tribunal en el caso Zaña:

los plazos del Régimen RER son inmodificables pero contemplan un plazo de dos años de holgura que el Concesionario puede utilizar libremente, sin necesidad de dar

¹²²⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 347–348.

¹²²¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 350–351.

¹²²² Memorial de Demanda, ¶ 352.

¹²²³ Memorial de Demanda, ¶¶ 354–355.

¹²²⁴ Memorial de Demanda, ¶ 347.

¹²²⁵ Ver **Sección III.E**.

explicaciones o justificar las razones de sus atrasos¹²²⁶. (Énfasis añadido)

745. En consecuencia, el precedente de la extensión de la POC mediante las Adendas Nos. 1 y 2 era una expectativa ilegítima porque era contraria a la normativa vigente.
746. Alegan también las Demandantes que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC vulneró *“its legitimate expectation that it would benefit from the full 20-year Guaranteed Revenue Concession”*¹²²⁷. Argumentan las Demandantes que esa expectativa se fundamenta en la supuesta *“public-private nature of the RER Contract”* y el entendimiento que *“[t]he only way MINEM could reduce or terminate this Concession was if CHM delayed the Project or a force majeure event occurred”*¹²²⁸. Ninguno de esos argumentos son válidos y se basan en un entendimiento incorrecto de la naturaleza del Contrato RER. El Perú explicó en la **Sección II.A** que el Contrato RER es un contrato de compraventa de electricidad; no es ni una asociación público-privada ni una concesión¹²²⁹. Adicionalmente, las Demandantes no han identificado la cláusula contractual que supuestamente le otorgaría al MINEM el derecho a *“reduce or terminate”* el Contrato RER.
747. No obstante lo anterior, las Demandantes no podían tener la expectativa de beneficiarse de un Plazo de Vigencia de 20 años porque eso, necesariamente, requería la modificación de la Fecha de Término del Contrato, lo cual no era permitido. De hecho, como el Perú explicó en la **Sección III.E**, CH Mamacocha solicitó una modificación de la Fecha de Término del Contrato con su Segunda Solicitud de Extensión de la POC, la cual el MINEM rechazó porque era contraria al Reglamento RER.

¹²²⁶ **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 286.

¹²²⁷ Memorial de Demanda, ¶ 348.

¹²²⁸ Memorial de Demanda, ¶ 348.

¹²²⁹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶¶ 10-12.

748. En esa **Sección III.E**, el Perú también demostró que la Fecha de Término del Contrato era inamovible —fecha no modificable por ninguna causa¹²³⁰— y que una extensión de esa fecha violaría el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el propio Contrato RER. De hecho, la supuesta expectativa que identifican las Demandantes se desmiente con su Declaración Jurada del 30 de octubre de 2013, en la cual realizaron la siguiente declaración:

DECLARAMOS BAJO JURAMENTO que reconocemos el carácter no modificable de la Fecha de Término del Contrato, aun cuando se presenten eventos de Fuerza Mayor¹²³¹.

749. En consecuencia, la expectativa de las Demandantes no es ni legítima ni razonable.

750. Al momento de invertir en el Proyecto Mamacocha, las Demandantes tenían pleno conocimiento del marco normativo y de la inamovilidad de las fechas críticas. Por lo tanto, no pueden las Adendas Nos. 1 y 2, ni la supuesta expectativa de mantener un Plazo de Vigencia de 20 años, constituir condiciones ofrecidas por el Estado que sirvan de base para las supuestas expectativas de las Demandantes. Las condiciones que el Estado ofreció estaban claramente plasmadas en el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER, y esas condiciones no permitían modificaciones de la Fecha de Término del Contrato, POC Referencial y POC Real.

751. Transparencia. Alegan las Demandantes que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión fue una medida carente de transparencia porque expuso “*new positions that had never been communicated to Claimants*”¹²³². Esa afirmación es incorrecta. CH Mamacocha solicitó una modificación de la Fecha de Término del Contrato con su Segunda Solicitud de Extensión de la POC, la cual el MINEM rechazó porque era

¹²³⁰ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

¹²³¹ **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013.

¹²³² Memorial de Demanda, ¶ 350.

contrario al Reglamento RER¹²³³. El MINEM comunicó esa misma posición con el Informe 511-2018-MEM/DGE, mediante el cual rechazó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC¹²³⁴. El rechazo de la propuesta de modificación de la Fecha de Término del Contrato fue una posición que el MINEM adoptó y transmitió a CH Mamacocha en más de una ocasión. Tampoco puede alegar CH Mamacocha que el rechazo de la extensión de la POC carece transparencia cuando el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER, y la citada Declaración Jurada del 30 de octubre de 2013 establecían que la Fecha de Término del Contrato era inamovible, y también dejaban meridianamente claro que la POC Real no podía modificarse por ningún motivo.

752. Arbitrariedad. Las Demandantes argumentan que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC fue arbitrario y basado en un “*punitive interpretation of the RER Contract*”¹²³⁵. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, sin embargo, no se basa en un “*punitive interpretation of the RER Contract*”, ni mucho menos constituye una violación del Tratado. Las Demandantes se limitan a alegar que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC podría exponer a un inversionista a riesgos y que el proyecto RER no fuese “*bankable*”. Esos riesgos existían desde el momento en que CH Mamacocha decidió presentar una oferta en la Tercera Subasta y suscribió el Contrato RER. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC es consistente es acorde a los términos del Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. Por lo tanto, esa medida no puede sorprender el sentido de

¹²³³ **Anexo C-0012**, No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, pág. 13.

¹²³⁴ **Anexo MQ-0026**, Oficio 2312-2018-MEM/DGE (Contiene el Informe 511-2018-MEM/DGE), Denegatoria de la Tercera Solicitud de Modificación, pág. 19.

¹²³⁵ Memorial de Demanda, ¶ 352.

propiedad jurídica¹²³⁶ o ser “*unjust and surprising as to be unacceptable from the international perspective*”¹²³⁷.

753. Además, como explicó el Perú en la **Sección II.F**, el MINEM consideró el Proyecto de Decreto Supremo que hubiese permitido otorgar extensiones de la POC. Sin embargo, ese Proyecto de Decreto Supremo no pudo aprobarse porque hubiese cambiado las condiciones de competencia de la Tercera Subasta¹²³⁸. Lo que las Demandantes presentan como un supuesto trato arbitrario es realmente una petición de recibir un trato exclusivo, preferencial, y discriminatorio a otras empresas que participaron en la Tercera Subasta.
754. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC fue conforme a ley, debidamente analizado y fundamentado. Eso no puede ser considerado como una decisión caprichosa o que represente una improcedencia manifiesta¹²³⁹.
755. Buena fe. Alegan las Demandantes que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC vulnera el principio de buena fe. Un incumplimiento del principio de buena fe requiere una conducta impropia o sin justificación que demuestre una actuación consciente o deliberada del Estado para destruir o frustrar la inversión. Ninguno de los anteriores supuestos están presentes en este caso. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC fue debidamente justificado, con base en los límites impuestos por el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. Tampoco representa una actuación consciente o deliberada del Estado para destruir la inversión de las Demandantes. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC reafirmaba los términos del

¹²³⁶ Ver **RL-0027**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶ 128.

¹²³⁷ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 626.

¹²³⁸ Ver **Sección II.F**.

¹²³⁹ Ver **RL-0139**, *Enron Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (Orrego-Vicuña, van den Berg, Tschanz), ¶ 281.

Contrato RER que CH Mamacocha conocía y voluntariamente aceptó al suscribir el contrato.

B. El Perú no ha expropiado las inversiones de las Demandantes

756. Las Demandantes alegan que una serie de medidas adoptadas por el Perú entre marzo de 2017 y diciembre de 2018 resultaron en la expropiación indirecta de su inversión¹²⁴⁰. Alegan además que dicha expropiación no puede considerarse lícita puesto que las medidas impugnadas no cumplen con los requerimientos previstos en el artículo 10.7.1 del Tratado¹²⁴¹. Ese artículo reza:

Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:

- (a) por motivos de propósito público;
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5¹²⁴².

757. En la presente sección el Perú identificará el estándar legal aplicable a reclamos sobre expropiación indirecta bajo el artículo 10.7 del Tratado (**Sección III.B.1**), para luego demostrar que las medidas identificadas por las Demandantes no cumplen con ese estándar legal (**Sección III.B.2**). Antes es necesario precisar en qué consiste la reclamación de expropiación de las Demandantes en este caso. Eso determinará, en gran medida, el estándar legal aplicable que debe guiar el análisis del Tribunal.

¹²⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶ 358.

¹²⁴¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 376–382.

¹²⁴² **RL-0051**, Tratado, art. 10.7.1.

758. Las Demandantes incurren en contradicción y falta de claridad al presentar su reclamación de expropiación. Por una parte, las Demandantes alegan la supuesta expropiación en este caso es una expropiación indirecta de carácter progresivo (*creeping expropriation*)¹²⁴³. Argumentan, específicamente, que “*over an eighteen-month period from March 2017 to December 2018, Peru’s measures wiped Latam Hydro’s covered investments of nearly all of their economic value*” (énfasis añadido), y agregan que “*these measures, **taken together**, constitute an unlawful indirect expropriation under the TPA and international law*”¹²⁴⁴ (énfasis añadido). Luego de esas afirmaciones, las Demandantes citan autoridades legales sobre *creeping expropriation*¹²⁴⁵. Por ejemplo, citan al tribunal en *Teinver c. Argentina* para explicar que ese tipo de expropiación (i.e., *creeping expropriation*) require que “*the entirety of the measures should be reviewed in the aggregate to determine their effect on the investment rather than each individual measure on its own*”¹²⁴⁶. Las Demandantes confirman que su reclamación es de *creeping expropriation* al argumentar, más adelante en su Memorial de Demanda, que “*Peru’s measures against the Mamacocha Project, **taken together**, amounted to an indirect expropriation*”¹²⁴⁷ (énfasis añadido).
759. Sin embargo, y en contradicción con lo anterior, las Demandantes argumentan también que la medida específica que supuestamente destruyó el valor de su inversión fue la Demanda del Gobierno Regional, iniciada en marzo del 2017 (definida por las Demandantes como “*RGA Lawsuit*”); en palabras de las Demandantes, “*the RGA Lawsuit was so devastating and, **on its own**, substantially deprived the Mamacocha Project of its economic value*”¹²⁴⁸ (énfasis añadido). Es

¹²⁴³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 365–367.

¹²⁴⁴ Memorial de Demanda, ¶ 358.

¹²⁴⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 365–367.

¹²⁴⁶ Memorial de Demanda, ¶ 365 (citando **CL-0082**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017 (Buerghenthal, Álvarez, Hossain), ¶ 948)

¹²⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 368.

¹²⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 372.

incoherente decir, por un lado, que fue solamente el cúmulo de medidas adoptadas entre marzo del 2017 y diciembre de 2018 lo que supuestamente destruyó el valor de la inversión, pero al mismo tiempo sostener que fue un único acto (adoptado en marzo del 2017) lo que destruyó la inversión. Si, según la tesis de las Demandantes, la Demanda del Gobierno Regional resultó en que el Proyecto Mamacocha perdiera su valor económico, entonces, por definición, las medidas posteriores a ese acto, incluyendo el supuesto atraso en otorgar la Autorización para la Ejecución de Obras, el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, y el Arbitraje de Lima no pudieron haber destruido lo que ya no existía.

760. Las Demandantes aumentan la confusión y falta de precisión en su argumentación sobre la expropiación cuando postulan que “*Peru engaged in numerous instances of expropriatory conduct that, whether viewed in isolation or as cumulative acts, had the effect of rendering Latam Hydro’s interest in CHM meaningless*”¹²⁴⁹ (énfasis añadido). Con esa afirmación las Demandantes pretenden argumentar que (a) que por sí solas cada una constituyen una expropiación, y, a la misma vez, (b) las medidas por sí solas no constituyen expropiación pero sí cuando se les ve de manera acumulada.
761. La jurisprudencia y doctrina arbitral coincide en que un reclamo por expropiación progresiva está reservado para aquellos reclamos en que ninguna de las medidas impugnadas que lo conforman, por sí sola, constituye una expropiación¹²⁵⁰. Por ejemplo, el tribunal en *Burlington c. Ecuador* concluyó que “una expropiación progresiva solo existe cuando ‘ninguna’ de las medidas impugnadas

¹²⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶ 367.

¹²⁵⁰ Ver **RL-0005**, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012 (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), ¶ 345 (Citando a los Profesores Reisman y Sloane para apoyar la conclusión de que una expropiación progresiva solo existe si ninguno de los elementos que lo conforman constituye un ilícito internacional de forma separada e independiente).

individualmente constituye una expropiación”¹²⁵¹. El laudo de *Siemens c. Argentina*, citado por las propias Demandantes, explica que:

*each step [in a creeping expropriation] must have an adverse effect but by itself may not be significant or considered an illegal act. The last step in a creeping expropriation that tilts the balance is similar to the straw that breaks the camel’s back. The preceding straws may not have had a perceptible effect but are part of the process that led to the break*¹²⁵².

762. El error de las Demandantes de argumentar a la vez dos cosas distintas e incompatibles revela que su reclamación de expropiación carece de fundamento. Ya sea bajo la teoría del acto único (viz., la Demanda del Gobierno Regional) o la teoría de actos acumulativos (viz., medidas adoptadas entre marzo del 2017 y diciembre de 2018), las Demandantes no cumplen el estándar aplicable de expropiación.

1. *El estándar de expropiación bajo derecho internacional*

763. El artículo 10.7.1 del Tratado prohíbe al Estado anfitrión la expropiación o nacionalización de inversiones protegidas, salvo que esta cumpla con los requisitos establecidos en esa disposición (en cuyo caso constituiría una expropiación *lícita*).

764. Para determinar si una medida determinada constituye expropiación ilícita se debe primero determinar si existió una expropiación¹²⁵³. Para determinar si existió una expropiación, se debe evaluar el impacto que tiene la medida en el valor de la

¹²⁵¹ **RL-0005**, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012 (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), ¶ 538.

¹²⁵² **CL-0057**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (Sureda, Brower, Janeiro), ¶ 263.

¹²⁵³ Ver **RL-0011**, *Fireman’s Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo, 17 de julio de 2006 (van den Berg, Lowenfeld, Saavedra Olavarrieta), ¶ 174 (“Para determinar si un Estado-Parte al TLCAN ha violado sus obligaciones bajo el Artículo 1110 del TLCAN, un tribunal arbitral tiene que empezar con el análisis sobre si una expropiación ha ocurrido.”).

inversión. Eso requiere determinar el grado de afectación en el valor de la inversión y el nexo causal entre la medida y la afectación. Las Demandantes son quienes tienen la carga de probar el impacto de la actuación del Estado¹²⁵⁴.

765. Independiente del grado de afectación y el nexo causal, si la medida no es atribuible al Estado, no podría configurarse una expropiación.

766. Aún si se estableciese que existió una expropiación, se debe analizar si dicha expropiación genera una obligación de compensación por parte del Estado.

767. El Anexo 10-B del Tratado confirma los elementos del análisis de expropiación. Ese Anexo, el cual recoge el entendimiento conjunto del Perú y de EE.UU. sobre la interpretación de qué constituye una expropiación, explica que determinar si “un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio”, requiere “un investigación factual, caso por caso” que tome en consideración los siguientes factores¹²⁵⁵:

- (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
- (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y
- (iii) el carácter de la acción gubernamental¹²⁵⁶.

768. En el presente caso, las Demandantes no han cumplido con su carga probatoria de establecer que las medidas que invocan reúnen los elementos identificados en el

¹²⁵⁴ **RL-0012**, *Tokios Tokelès c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo, 26 de julio de 2007 (Mustill, Bernardini, Price), ¶ 121 (“la carga de probar el impacto de la actuación del Estado recae indiscutiblemente en el Demandante”).

¹²⁵⁵ **RL-0051**, Tratado, Anexo 10-B, § 3 (a).

¹²⁵⁶ **RL-0051**, Tratado, Anexo 10-B, § 3 (a).

Anexo 10-B del Tratado, de tal forma que puedan constituir expropiación indirecta.

- a. Las Demandantes deben probar que el valor de su inversión fue afectado radicalmente o efectivamente destruido

769. La jurisprudencia arbitral establece que el grado de afectación de una medida estatal sobre el valor de una inversión es determinante para establecer si la interferencia estatal es de tal gravedad que se ha configurado una expropiación de la inversión¹²⁵⁷. Específicamente, los tribunales coinciden en que no es cualquier interferencia la que genera una expropiación, sino solamente aquella que afecta radicalmente, o que efectivamente destruye, el valor de la inversión¹²⁵⁸. El tribunal en el caso *Electrabel c. Hungría* resumió la jurisprudencia y doctrina pertinente, de la siguiente manera:

*[T]he Tribunal considers that the accumulated mass of international legal materials, comprising both arbitral decisions and doctrinal writings, describe for both direct and indirect expropriation, consistently albeit in different terms, the requirement under international law for the investor to establish the substantial, radical, severe, devastating or fundamental deprivation of its rights or the virtual annihilation, effective neutralisation or factual destruction of its investment, its value or enjoyment*¹²⁵⁹. (Énfasis añadido)

¹²⁵⁷ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶¶ 356-357; **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 245.

¹²⁵⁸ **CL-0055**, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007 (Orrego Vicuña, Lalonde, Morelli), ¶ 285.

¹²⁵⁹ **RL-0013**, *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 (Veeder, Kaufmann-Kohler, Stern), ¶ 6.62; *ver también RL-0014*, *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd. c. Gobierno de la República de Indonesia*, Caso CPA No. 2015-40, Laudo, 29 de marzo de 2019 (Kaplan, Spigelman, Sornarajah), ¶ 305; **RL-0015**, *Hydro Energy 1 S.à.r.l. y Hydroxana Sweden AB c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/42, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Daños, 9 de marzo de

770. El tribunal en *IMFA c. Indonesia* resaltó que la formulación del estándar de expropiación expresada por el tribunal en *Electrabel* refleja fielmente la jurisprudencia¹²⁶⁰.
771. Las Demandantes, sin embargo, argumentan que una expropiación se puede configurar siempre que exista un “*substantial deprivation of the economic value of an investment*”¹²⁶¹. No obstante, esa definición de expropiación, circunscrita a una disminución sustancial del valor de la inversión, ha sido rechazada por varios tribunales. Por ejemplo, el tribunal en *El Paso c. Argentina* concluyó que una condición necesaria para que exista expropiación es que “se vea neutralizado el uso de la inversión”¹²⁶². Precisó el tribunal que eso último significa que “debe haber desaparecido al menos uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad”¹²⁶³. Agregó ese tribunal que eso “significa[] que la simple reducción del valor de la inversión, **incluso si fuera significativa, no constituye una expropiación indirecta**” (énfasis añadido)¹²⁶⁴.

2020 (Collins, Rees, Knieper), ¶ 530; **RL-0016**, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Ltd. et al. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/12, Laudo, 2 de agosto de 2019 (Drymer, Park, Dupuy), ¶ 505; **CL-0034**, *LG&E Energy Corp. et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (de Maekelt, Rezek, van den Berg), ¶ 192.

¹²⁶⁰ **RL-0014**, *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd c. Gobierno de la República de Indonesia*, Caso CPA No. 2015-40, Laudo, 29 de marzo de 2019 (Kaplan, Spigelman, Sornarajah), ¶ 305.

¹²⁶¹ Memorial de Demanda, ¶ 363, *ver también RL-0005*, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012 (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), ¶ 408; **CL-0081**, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo Final, 17 de febrero de 2000 (Fortier, Lauterpacht, Weil), ¶ 77; **CL-0064**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (Kaufmann-Kohler, Bernal, Rowley), ¶ 7.5.11.

¹²⁶² **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 233 (original en inglés).

¹²⁶³ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 233 (original en inglés).

¹²⁶⁴ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 233 (original en inglés).

772. Asimismo, el tribunal en *Isolux Netherlands c. España* aclaró que “el impacto de las medidas tiene que ser de tal magnitud sobre los derechos o los bienes del inversor que su inversión pierde todo o una parte muy significativa de su valor, lo que equivale a una privación de su propiedad”¹²⁶⁵.
773. Es ampliamente aceptado por la jurisprudencia que una mera reducción del valor de la inversión no constituye una expropiación. Ello es así inclusive en aquellas instancias en que la reducción de valor ha sido significativa¹²⁶⁶. Por ejemplo, en *Glamis Gold c. EE. UU.*, el tribunal determinó que la conducta estatal había causado una reducción del casi 60% del valor de la inversión, pero no obstante ello concluyó que no se había producido una expropiación porque la afectación de la inversión no había sido lo suficientemente “radical”¹²⁶⁷. En sentido similar se expresó el tribunal en *Tza Yap Shum c. Perú*:

Incluso cuando el Demandante puede haber sufrido un perjuicio económico como consecuencia de las acciones de la parte Demandada, debe ser lo suficientemente grave como para constituir una expropiación bajo el derecho internacional. Si no se evidencia la toma de apropiación o incluso la destrucción del valor de la propiedad (“*taking*”) el reclamo del Demandante debe ser desestimado¹²⁶⁸.

¹²⁶⁵ **RL-0017**, *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*, Caso SCC No. V2013/153, Laudo, 17 de julio de 2016 (Derains, Tawil, von Wobeser), ¶ 839.

¹²⁶⁶ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 233.

¹²⁶⁷ **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶¶ 361, 536.

¹²⁶⁸ **RL-0018**, *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011 (Kessler, Otero, Fernández-Armesto), ¶ 151; ver **RL-0019**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011 (Nariman, Anaya, Crook), ¶ 151 (“Non-NAFTA tribunals also have held that an expropriation requires very great loss or impairment of all of a claimant’s investment. The Iran-U.S. Claims Tribunal looked to actions ‘depriving the owner of virtually all of its property or property rights.’”); **RL-0035**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (Grigera Naon, Fernández, Bernal), ¶ 116 (en el que el tribunal señaló que una medida

774. Precisó además el tribunal en *Burlington c. Ecuador* que el análisis de expropiación debe ser aplicado a la inversión en su totalidad: “[T]he criterion of loss of the economic use or viability of the investment implies that the investment as a whole has become unviable”¹²⁶⁹.
775. Las Demandantes también admiten que una medida solo podría ser expropiatoria si la privación del valor de la inversión es de carácter permanente¹²⁷⁰. En ese sentido, el tribunal en *Bahgat c. Egipto* aclaró que, en la jurisprudencia internacional:

*expropriation is described as a measure taken by a public authority if the measure in question deprives the investor of its investment, the deprivation is permanent, and the deprivation finds no justification under the police powers doctrine, that is, ordinary measures of a State and its agencies in the proper execution of the law*¹²⁷¹. (Énfasis añadido)

776. En el mismo sentido, el tribunal en el caso *Tecmed* señaló que una medida solamente es expropiatoria:

solamente es expropiatoria “si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que ‘... toda manera de explotarlos . . .’ ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido.”).

¹²⁶⁹ **RL-0005**, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012 (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), ¶ 398; ver **RL-0020**, *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006 (Goode, Allard, Marriott), ¶ 67 (“The Tribunal considers that, in the present case at least, the investment must be viewed as a whole and that the test the Tribunal has to apply is whether, viewed as a whole, the investment has suffered substantial erosion of value.”); **CL-0036**, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 31 de marzo de 2010 (Orrego Vicuña, Dam, Rowley), ¶ 144 (“[A]s was also concluded in *Pope & Talbot*, the business of the investor has to be considered as a whole and not necessarily with respect to an individual or separate aspect, particularly if this aspect does not have a stand-alone character.”); **RL-0021**, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 (Kerameus, Gantz, Bravo), ¶¶ 151–152.

¹²⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶ 363.

¹²⁷¹ **RL-0022**, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final, 23 de diciembre de 2019 (Wolfrum, Reisman, Lévy), ¶ 221.

si es **irreversible y de carácter permanente**, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que ‘...toda manera de explotarlos...’ ha desaparecido; es decir, virtualmente, **el valor económico** de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa **ha sido neutralizado o destruido**.¹²⁷² (Énfasis añadido)

777. En resumen, las Demandantes deben probar que el valor de las inversiones de Latam Hydro fueron radicalmente afectados por la medida impugnada hasta el punto que esa afectación radical equivale a una privación de su propiedad.

b. Requisito de nexo causal entre las medidas reclamadas y el daño alegado

778. Además de demostrar que el efecto en el valor de la inversión reúne el grado de afectación requerido¹²⁷³, las Demandantes también tienen la carga de probar que existe un “nexo causal entre las medidas reclamadas y la privación de su negocio”¹²⁷⁴. Las Demandantes no ha cumplido con esa carga probatoria.

¹²⁷² **RL-0035**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (Grigera Naon, Fernández, Bernal), ¶ 116.

¹²⁷³ **RL-0013**, *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 (Veeder, Kaufmann-Kohler, Stern), ¶ 6.62 (haciendo alusión al requisito de que para configurarse una expropiación, el reclamante debe demostrar “*substantial, radical, severe, devastating or fundamental deprivation of its rights or the virtual annihilation, effective neutralisation or factual destruction of its investment, its value or enjoyment*”).

¹²⁷⁴ **RL-0023**, *Link-Trading Joint Stock Company c. Departamento de Aduana de la República de Moldova*, CNUDMI, Laudo Final, 18 de abril de 2002 (Hertzfeld, Buruiana, Zykin), ¶ 87. Ver también **RL-0008**, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (Hanotiau, Born, Landau), ¶¶ 786-787; **RL-0025**, *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/94/2, Laudo, 29 de abril de 1999 (Böckstiegel, Fielding, Giardina), ¶¶ 177, 200; **RL-0026**, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016 (Townsend, Boisson de Chazournes, Lambrou), ¶ 366 (rechazando un reclamo de expropiación debido a que, “[i]n the view of the Tribunal, the termination of the Contract and the subsequent actions by the Turkmen courts were largely either the result of choices made by Garanti Koza, including the decision not to seek an extension or renewal of the bank guarantee, or were caused by circumstances within its control”).

779. Como explicó el tribunal en *Oostergetel*, el mero hecho de invocar: “*the word ‘expropriation’ . . . or a literal quotation of another case cannot stand in lieu of an allegation of specific facts giving rise to a treaty breach. ‘Labelling’ - as an investment tribunal once wrote - ‘is no substitute for analysis’*”¹²⁷⁵.
780. El nexo causal entre la supuesta afectación y las medidas impugnadas no se puede establecer si la destrucción de la inversión ha sido el resultado de acciones u omisiones del propio demandante o de terceros, y no de acciones u omisiones atribuibles al Estado demandado. Eso está claramente establecido en el derecho internacional público¹²⁷⁶ y en la jurisprudencia internacional, incluyendo el fallo de la CIJ en el caso *Elettronica Sicula (Estados Unidos c. Italia)*¹²⁷⁷ (“*ELSI*”). En ese caso, la CIJ concluyó que si bien la medida alegada fue una de las causas que produjeron el daño alegado por *ELSI*, otros factores también incidieron:

*There were several causes acting together that led to the disaster to ELSI. No doubt the effects of the requisition might have been one of the factors involved. But the underlying cause was ELSI’s headlong course towards insolvency; which state of affairs it seems to have attained even prior to the requisition*¹²⁷⁸.

781. La jurisprudencia arbitral ha reconocido el estándar de “*proximate cause*” como el estándar generalmente aplicable en el contexto de responsabilidad Estatal por incumplimiento de obligaciones bajo el derecho internacional¹²⁷⁹.

¹²⁷⁵ **RL-0024**, *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Slovaca*, CNUDMI, Laudo Final, 23 de abril de 2012 (Kaufmann-Kohler, Wladimiroff, Trapl), ¶ 319.

¹²⁷⁶ Ver **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001.

¹²⁷⁷ **RL-0027**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶¶ 98, 101.

¹²⁷⁸ **RL-0027**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶ 101.

¹²⁷⁹ **RL-0028**, *Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶¶ 155–170; **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 682; **RL-0029**, *Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo, 27 de septiembre de 2019 (Tomka, Kaplan, Thomas), ¶ 74; **RL-0008**, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso

782. En el contexto de una supuesta expropiación, los tribunales internacionales han detallado el vínculo causal necesario para que una medida del Estado pueda constituir una expropiación¹²⁸⁰. Por ejemplo, el tribunal en *El Paso Energy c. Argentina* explicó que la cuestión que debe determinarse es si la supuesta expropiación “se produjo o no como **consecuencia automática, es decir, como única e inevitable consecuencia** de las medidas adoptadas”¹²⁸¹ (énfasis añadido). En ese caso, si bien el tribunal determinó que las medidas adoptadas por el Estado contribuyeron a la pérdida de valor de la inversión, en definitiva decidió que ello no era suficiente para concluir que se había conformado una expropiación, puesto que “la pérdida casi total de la inversión de El Paso, no se produjo como consecuencia inevitable y directa de las medidas de la Argentina, y no puede constituir la base de un reclamo por expropiación” 1282. Es decir, para que un reclamo de expropiación prospere, la parte demandante debe probar que la

CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (Hanotiau, Born, Landau), ¶¶ 785–787; **RL-0010**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 315; **CL-0034**, *LG&E Energy Corp. et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (de Maekelt, Rezek, van den Berg), ¶ 50; **RL-0030**, *BG Group Plc c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007 (Aguilar Alvarez, van den Berg, Garro), ¶ 428; **RL-0031**, *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Opinión Separada Parcial del Profesor Zachary Douglas, 30 de octubre de 2017, ¶ 13 (“International law requires that the recoverable loss could have been anticipated or foreseen by the parties at the time of the conclusion of the contract”); **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 31, § 10, pág. 92 (“Various terms are used to describe the link which must exist between the wrongful act and the injury in order for the obligation of reparation to arise. For example, reference may be made to losses attributable [to the wrongful act] as a proximate cause, or to damage which is too indirect, remote and uncertain to be appraised.”).

¹²⁸⁰ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 270.

¹²⁸¹ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 270 (original en inglés).

¹²⁸² **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 279 (original en inglés).

pérdida total del valor de su inversión fue una consecuencia automática e inevitable de las medidas adoptadas por el Estado.

c. La naturaleza de la medidas impugnadas

783. Si se determina que las medidas impugnadas resultaron en la pérdida total del valor de la inversión, y que esas medidas son atribuibles al Estado bajo derecho internacional público, el siguiente paso es analizar el carácter y naturaleza de las medidas¹²⁸³. Bajo derecho internacional público, una medida estatal solo podrá comprometer la responsabilidad internacional del Estado por la violación de un tratado de inversión si el Estado actuó en ejercicio de prerrogativas soberanas (*ius imperii*), y no como una parte contractual (*ius gestionis*)¹²⁸⁴. Ese principio ha sido ampliamente reconocido por tribunales de inversión que han analizado reclamos por expropiación en el contexto de un incumplimiento contractual por parte del Estado¹²⁸⁵. Por ejemplo, el tribunal en *Vigotop c. Hungría* explicó que “[i]n order to

¹²⁸³ Ver **RL-0051**, Tratado, Anexo 10-B, § 3 a.

¹²⁸⁴ **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 4, ¶ 6 (“The breach by a State of a contract does not as such entail a breach of international law. Something further is required before international law becomes relevant, such as a denial of justice by the courts of the State in proceedings brought by the other contracting party”).

¹²⁸⁵ **RL-0032**, *Convial Callao S.A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 (Derains, Zuleta, Stern), ¶ 504 (“[E]l Tribunal nota que diferentes tribunales de inversión han reconocido implícitamente la posibilidad de amparar derechos contractuales bajo un tratado internacional, cuando la violación contractual conlleva el incumplimiento de una obligación bajo el tratado, inclusive en ausencia de una ‘cláusula paraguas’. Esto no significa que cualquier incumplimiento contractual atribuible a un Estado pueda ser equiparado a una expropiación susceptible de comprometer su responsabilidad internacional. El Tribunal observa que varios tribunales han condicionado esta equiparación al ejercicio de un ‘poder soberano’ en el incumplimiento contractual. El Tribunal comparte este razonamiento y considera que la posible equiparación de una violación contractual a una expropiación dependería entonces de la actuación del Estado con respecto al contrato, es decir, si éste actuó como ‘mera parte contractual’ (comercial) o como un ‘ente soberano’”); **RL-0043**, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (Guillaume, Cremades, Landau) ¶ 281 (“Following the analysis above, it is the Tribunal’s view that only measures taken by Pakistan in the exercise of its sovereign power

*establish that the termination of the Concession Contract was of an expropriatory nature, Claimant must show in particular that the termination was a sovereign act rather than the act of an ordinary contracting party*¹²⁸⁶. En el mismo sentido, el laudo emitido recientemente por el tribunal en el caso *Ríos c. Chile* aclaró que únicamente medidas estatales que sean el resultado del “ejercicio de potestades exorbitantes del Estado” pueden considerarse como expropiatorias:

[L]os estándares sustantivos de los tratados de inversión tienen por objeto proteger a los inversionistas de riesgos soberanos y no riesgos comerciales. Así, sólo pueden considerarse como expropiatorias aquellas medidas estatales que frustren un contrato en que el Estado sea parte y que constituyan el ejercicio de potestades exorbitantes del Estado. Debe por lo tanto tratarse de medidas que sólo el Estado podría haber tomado y no podrían haber sido replicadas por cualquier contraparte contractual ordinaria¹²⁸⁷.

784. Por su parte, el tribunal en *Waste Management II* analizó la jurisprudencia vinculada a la afectación de derechos incorpóreos, los cuales el tribunal consideró

(“*puissance publique*”), and not decisions taken in the implementation or performance of the Contracts, may be considered as measures having an effect equivalent to expropriation.”); **RL-0044**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 (Kaufmann-Kohler, Berman, Böckstiegel), ¶ 257 (citando *Impregilo* con aprobación); **CL-0044**, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (Lévy, Lew, Lalonde) ¶ 443 (“[A] breach of an agreement will amount to an expropriation only if the State acted not only in its capacity of party to the agreement, but also in its capacity of sovereign authority, that is to say using its sovereign power. The breach should be the result of this action”); **RL-0045**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Casos CIADI No. ARB/03/17 y *AWG Group c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), ¶¶ 143, 154 (“In the present cases, did Argentina act in the exercise of its sovereign powers (*acta iure imperii*) or as an ordinary contracting party (*acta iure gestionis*) when it terminated the Concession Contract with AASA? If the former, then Argentina may have expropriated the contractual rights of AASA and the Claimants. If the latter, then no expropriation has taken place and the Claimants have only contractual claims under the legal framework described above”).

¹²⁸⁶ **RL-0033**, *Vigotop Ltd c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/11/22, Laudo, 1 de octubre de 2014 (Sachs, Bishop, Heiskanen), ¶ 280.

¹²⁸⁷ **RL-0046**, *Carlos Ríos y Francisco Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (Kaufmann-Kohler, Garibaldi, Stern), ¶ 259.

que “son los que más se aproximan a la reclamación actual por incumplimiento contractual”¹²⁸⁸. Ese tribunal confirmó que un mero incumplimiento contractual por parte del Estado no resultaría en un incumplimiento de derecho internacional, el cual se reserva para casos muy serios:

[L]a respuesta normal de un inversionista enfrentado a un incumplimiento de contrato por su contraparte gubernamental (cuando el incumplimiento no es el resultado del ejercicio de una prerrogativa del gobierno, como un decreto legislativo) es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es sólo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico o en la práctica que el incumplimiento puede convertirse en una denegación definitiva del derecho (por ejemplo la confiscación efectiva de la cosa en la acción), por lo que cabe invocar la protección del Artículo 1110¹²⁸⁹.

785. Precisó ese tribunal que “una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato. El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación”¹²⁹⁰. El tribunal explicó que para prosperar en ese tipo de reclamo “es necesario demostrar la privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial”¹²⁹¹.
786. Sin embargo, las Demandantes ni siquiera han hecho el intento de distinguir la naturaleza de las medidas que impugnan; es decir, las Demandantes no distinguen

¹²⁸⁸ **CL-0065**, *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 174; ver **RL-0134**, *EnCana Corp. c. República de Ecuador*, CNUDMI, Laudo, 3 de febrero de 2006 (Crawford, Grigera Naón, Thomas), ¶ 192.

¹²⁸⁹ **CL-0065**, *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 174.

¹²⁹⁰ **CL-0065** *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 175.

¹²⁹¹ **CL-0065**, *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón Gómez), ¶ 175.

entre las medidas adoptas por el Perú en ejercicio de potestades exorbitantes, por un lado, de aquellas adoptadas como parte contratante, por otro lado. En la **Sección V.B.2** el Perú demuestra que las Demandantes impugnan medidas que son de carácter contractual y por lo tanto no pueden configurar expropiación bajo derecho internacional.

d. El estándar de expropiación indirecta progresiva (*creeping expropriation*)

787. El derecho internacional ha reconocido el concepto de la expropiación progresiva, la cual “se refiere a un proceso, a pasos que eventualmente tienen el efecto de una expropiación”¹²⁹². Según el tribunal en *Generation Ukraine c. Ucrania*:

*A plea of creeping expropriation must proceed on the basis that the investment existed at a particular point in time and that subsequent acts attributable to the State have eroded the investor's rights to its investment to an extent that is violative of the relevant international standard of protection against expropriation*¹²⁹³.

788. Cada uno de los pasos o de las acciones que acumulativamente tienen el efecto de una expropiación “deben tener un efecto adverso” sobre la inversión¹²⁹⁴.
789. Las Demandantes tienen la carga de probar que una serie de actos atribuibles al Estado interfieren con sus derechos y destruyen su valor al punto que se puede considerar como una privación de su propiedad. Las Demandantes se limitan a describir las medidas impugnadas, pero no demuestran como cada una de ellas,

¹²⁹² **CL-0057**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (Sureda, Brower, Janeiro), ¶ 263; ver también **CL-0026**, *Crystallex International Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazournes), ¶ 670; **RL-0008**, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (Hanotiau, Born, Landau), ¶ 456.

¹²⁹³ **RL-0009**, *Generation Ukraine, Inc., c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003 (Paulsson, Salpius, Voss), ¶ 20.26.

¹²⁹⁴ Ver **CL-0057**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (Sureda, Brower, Janeiro), ¶¶ 263–265 (citando la definición de un hecho compuesto de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos).

han tenido un impacto adverso sobre sus derechos o el valor de su inversión. Las Demandantes sencillamente no han cumplido con su carga de la prueba.

790. En cuanto al estándar aplicable a las expropiaciones progresivas, tal como lo afirman los tribunales en *S.D. Myers y Pope & Talbot*, la aseveración de una expropiación progresiva no “expande el alcance aceptado internacionalmente del término expropiación”¹²⁹⁵. En consecuencia, el mismo estándar alto que aplica a las expropiaciones indirectas, aplica también a las expropiaciones progresivas.
791. Una expropiación progresiva constituye un incumplimiento por un hecho compuesto (*composite breach*) en el sentido del artículo 15 de los Artículos Sobre Responsabilidad Estatal por Ilícitos Internacionales (“**Artículos sobre Responsabilidad**”)¹²⁹⁶. Ese artículo establece que “[l]a violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito”¹²⁹⁷. El comentario de la Comisión de Derecho Internacional sobre ese artículo explica que las medidas impugnadas configurarán un hecho compuesto si son “*sufficiently numerous and inter-connected to amount not merely to isolated incidents or exceptions but to a pattern or system*” (original en inglés)¹²⁹⁸. El requerimiento de que exista un patrón o vínculo entre las medidas impugnadas ha sido reconocido

¹²⁹⁵ **RL-0010**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 286 ; ver también, **RL-0149**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo interino, 26 de junio de 2000 (Dervaird, Greenberg, Belman), ¶ 104; **CL-0030**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (Young, Caron, Hubbard), ¶ 355 (“[T]he concept [of creeping expropriation] should not encompass more than direct expropriation”).

¹²⁹⁶ **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001.

¹²⁹⁷ **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 15(1).

¹²⁹⁸ **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 15, ¶ 5 (citando **RL-0135**, *Irlanda c. Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 5310/71, Laudo, 18 de enero de 1978, ¶ 159).

por tribunales de inversión. Por ejemplo, el tribunal en *RosInvestCo c. Rusia*, luego de analizar si las medidas impugnadas constituían una expropiación, concluyó que

*the totality of Respondent' [sic] measures were structured in such a way to remove Yukos' assets from the control of the company and the individuals associated with Yukos. . . In the view of the Tribunal, they can only be understood as **steps under a common denominator in a pattern** to destroy Yukos and gain control over its assets¹²⁹⁹. (Énfasis añadido)*

792. Las Demandantes no han demostrado que las medidas impugnadas que alegan constituyen una expropiación progresiva (hecho compuesto) tienen un denominador común o constituyen un patrón de conducta que buscaba la destrucción del valor de la inversión de las Demandantes. Tampoco han establecido que existe suficiente interconexión entre las medidas impugnadas, las cuales, más bien, se tratan de eventos aislados que no guardan relación entre uno y otro. Por esa razón, las medidas que las Demandantes impugnan no constituyen una expropiación que genere responsabilidad internacional para el Perú.

2. Aplicación del estándar legal a los hechos

793. Ninguna de las medidas impugnadas por las Demandantes como supuesta expropiación cumple con el estándar legal aplicable descrito anteriormente. Dada la manera contradictoria e imprecisa en que las Demandantes formularon su reclamación, el Perú demuestra que ni la Demanda del Gobierno Regional (de manera aislada), ni las medidas entre marzo del 2017 y diciembre del 2018 (en su conjunto y de manera acumulativa), constituyen una expropiación. El Perú realizará ese análisis haciendo reserva expresa de sus derechos, porque son las Demandantes quienes tienen la carga de la prueba y debieron articular claramente sus reclamaciones — cosa que no han hecho.

¹²⁹⁹ **RL-0047**, *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa*, Caso CCS No. V(079/2005), Laudo Final, 12 de septiembre de 2010 (Böckstiegel, Steyn, Berman), ¶ 621.

794. Las Demandantes alegan que algunas de las medidas impugnadas interfirieron con sus supuestas expectativas inequívocas y razonables de la inversión¹³⁰⁰. El tribunal en el caso *Ríos c. Chile* recientemente interpretó el significado de “expectativas inequívocas y razonables de la inversión” bajo el Acuerdo de Libre Comercial entre la República de Colombia y la República de Chile, el cual contiene en su Anexo 9-C el común entendimiento de las partes sobre las medidas que constituyen una expropiación¹³⁰¹. Ese Anexo 9-C contiene exactamente el mismo lenguaje del Anexo 10-B del Tratado. Por lo tanto, el Perú considera que el análisis de ese tribunal es de particular relevancia en este caso. Según ese tribunal:

una expectativa es inequívoca cuando su fundamento es inequívoco. En otras palabras, sólo si el Estado vulnera expectativas que surjan de obligaciones, compromisos o declaraciones que no admitan duda o equivocación podrá existir una expropiación bajo el Tratado. Ello implica que la obligación, compromiso o declaración debe ser expresa o, en caso de ser implícita, que no pueda existir duda sobre su existencia o alcance y, en ambos casos, debe referirse a parámetros concretos ligados a la inversión¹³⁰².

Determinó ese tribunal en el caso *Ríos c. Chile* que las expectativas debían ser razonables y objetivas¹³⁰³: “[d]ado los términos del Tratado (que habla de expectativas de *la inversión*), esta razonabilidad debe ser objetiva; las expectativas subjetivas de los inversionistas no son suficientes”¹³⁰⁴. Ese tribunal también precisó

¹³⁰⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶ 362.

¹³⁰¹ **RL-0173**, Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia, 26 de noviembre de 2006, Anexo 9-C.

¹³⁰² **RL-0046**, *Carlos Ríos y Francisco Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (Kaufmann-Kohler, Garibaldi, Stern), ¶ 254.

¹³⁰³ **RL-0046**, *Carlos Ríos y Francisco Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (Kaufmann-Kohler, Garibaldi, Stern), ¶ 255.

¹³⁰⁴ **RL-0046**, *Carlos Ríos y Francisco Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (Kaufmann-Kohler, Garibaldi, Stern), ¶ 255.

que dichas expectativas “deben haber servido de base para la inversión, de manera que, en ausencia de tales expectativas, la inversión no se habría realizado”¹³⁰⁵.

795. Además de no cumplir con el estándar legal para constituir una expropiación, ninguna de las medidas impugnadas interfirió con las expectativas de las Demandantes, toda vez que ninguna de ellas es *inequívoca y razonable*. Incluso si las expectativas señaladas por las Demandantes fuesen *inequívocas y razonables*, ninguna de las medidas impugnadas interfirió con esas expectativas.

a. Las medidas impugnadas no constituyen una expropiación

796. Demanda del Gobierno Regional. Las Demandantes argumentan que “*the RGA Lawsuit was so devastating and, on its own, substantially deprived the Mamacocha Project of its economic value*”¹³⁰⁶. Sin embargo, la presentación de la Demanda del Gobierno Regional no afectó el valor de la inversión de las Demandantes¹³⁰⁷. Como el Perú explicó en la **Sección III.C**, la Demanda del Gobierno Regional no impidió a CH Mamacocha continuar con la ejecución del Proyecto Mamacocha ni cumplir con sus obligaciones bajo el Contrato RER (incluyendo la POC), pues la sola presentación de la Demanda del Gobierno Regional no canceló, suspendió, o afectó los efectos jurídicos de las Certificaciones Ambientales. Esas Certificaciones Ambientales se mantuvieron vigentes y efectivas en todo momento, desde la presentación de la Demanda del Gobierno Regional el 14 de marzo de 2017 y hasta el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo, el 28 de diciembre de 2017.

797. En su informe pericial, el experto Carlos Monteza explica que hasta que el juez a cargo no declarase judicialmente la nulidad de las Certificaciones Ambientales

¹³⁰⁵ **RL-0046**, *Carlos Ríos y Francisco Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (Kaufmann-Kohler, Garibaldi, Stern), ¶ 256.

¹³⁰⁶ Memorial de Demanda, ¶ 372.

¹³⁰⁷ **RL-0017**, *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*, Caso SCC No. V2013/153, Laudo, 17 de julio de 2016 (Derains, Tawil, von Wobeser), ¶ 839.

cuestionadas, esos actos mantenían su plena validez y eficacia¹³⁰⁸. Para que se suspendieran los efectos de las Certificaciones Ambientales, era necesario que el Gobierno Regional de Arequipa lo solicitara expresamente a través de una solicitud cautelar y que el Poder Judicial dictara una medida cautelar concediendo la suspensión de los efectos de tales actos administrativos¹³⁰⁹. Sin embargo, en el Proceso Contencioso Administrativo no se dictó ninguna medida cautelar con esos efectos.

798. Las Demandantes se refieren al caso *Bear Creek c. Perú* en su Memorial de Demanda, pero esas referencias no son relevantes¹³¹⁰. En ese caso, la medida cuestionada consistía en un decreto que, a criterio del tribunal, privó a la demandante de los derechos legales más relevantes que había obtenido¹³¹¹. En el presente caso, la Procuraduría Pública Regional de Arequipa, ejerciendo control de legalidad, sometió su pedido de nulidad a decisión de los tribunales judiciales peruanos para que, en el marco de un debido proceso, esos tribunales judiciales decidieran sobre la legalidad y validez de las Certificaciones Ambientales. Las Demandantes no pueden seriamente argumentar que la mera solicitud de revisión judicial, en ejercicio de los derechos y deberes de la Procuraduría Pública Regional, constituye un acto expropiatorio. Solicitar la nulidad de actos administrativos contrarios a la ley constituye una facultad que tiene todo órgano administrativo y que goza de protección constitucional¹³¹². No pueden las Demandantes, o cualquier inversionista, utilizar las protecciones a la inversión extranjera para coartar los derechos y deberes constitucionales de los órganos de control de legalidad.

¹³⁰⁸ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 122.

¹³⁰⁹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 127.

¹³¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 364.

¹³¹¹ **CL-0016**, *Bear Creek Mining Corp. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017 (Böckstiegel, Pryles, Sands), ¶ 375.

¹³¹² Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 128.

799. En todo caso, contrario a lo que alegan las Demandantes, la Demanda del Gobierno Regional no resultó en una privación sustancial del valor de su inversión. Incluso en el hecho negado de que la Demanda del Gobierno Regional impidió que las Demandantes acreditaran la POC bajo el Contrato RER, los cálculos de BRG, peritos de daños de las Demandantes, confirman que CH Mamacocha pudo operar rentablemente en el mercado spot con base en los derechos que le otorgó la Concesión Definitiva. Los peritos de daños del Perú, Versant Partners (“**Versant**”), demuestran, con base en la información presentada por BRG, que el impacto económico de no obtener los beneficios del Contrato RER y vender electricidad en el mercado spot es una reducción del valor de la inversión calculado bajo el método de flujos de caja descontados menor a USD 7 millones¹³¹³. Según BRG, las ventas de electricidad bajo el Contrato RER habrían resultado en una valuación de flujos de caja descontados de USD 35.310 millones, mientras que las ventas en el mercado spot habrían resultado en una valuación de flujos de caja descontados de USD 28.489 millones¹³¹⁴. Esa reducción de USD 35 millones a USD 28 millones no es lo suficientemente radical o severa para constituir una expropiación.
800. En cualquier caso, el Proceso Contencioso Administrativo iniciado a través de la Demanda del Gobierno Regional no constituyó una medida de carácter permanente¹³¹⁵. Como se explicó, en el contexto de las acciones adoptadas de buena fe por el Perú en el marco del trato directo, el 28 de diciembre de 2017 la Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo¹³¹⁶. Además, las propias Demandantes luego reconocieron que el principal acto estatal que originó la Primera Notificación de Intención (viz., la Demanda del Gobierno

¹³¹³ Informe Pericial de Versant, Appendix E.1.

¹³¹⁴ Informe Pericial de Versant, Appendix E.1.

¹³¹⁵ **RL-0022**, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final, 23 de diciembre de 2019 (Wolfrum, Reisman, Lévy), ¶ 221.

¹³¹⁶ **Anexo R-0132**, Escrito de Desistimiento, Cuarto Juzgado Civil de Arequipa, 28 de diciembre de 2017.

Regional) había cesado, por lo que procedieron a retirar esa notificación¹³¹⁷. Es contradictorio que ahora aleguen que “*the RGA Lawsuit was so devastating and, on its own, substantially deprived the Mamacocha Project of its economic value*”¹³¹⁸.

801. Las Demandantes también argumentan que “*the Lawsuit froze all financial negotiations because it attacked the environmental permits for the Project*”¹³¹⁹, y en consecuencia le impidió concretar el Cierre Financiero del Proyecto Mamacocha¹³²⁰. Dejando de lado por el momento el hecho que las Demandantes no han aducido prueba alguna que demuestre que la Demanda del Gobierno Regional afectó su posibilidad de obtener financiamiento (*ver Sección III.A*), se demostró en la **Sección II.A** que era responsabilidad exclusiva de CH Mamacocha financiar el Proyecto Mamacocha y acreditar el Cierre Financiero. Además, el Contrato RER no impuso restricciones sobre el tipo de financiamiento que CH Mamacocha podía emplear para financiar la construcción del Proyecto¹³²¹. Si las Demandantes no lograron financiar el Proyecto, no fue por la Demanda del Gobierno Regional, sino que se debe a la inadecuada estructura de financiamiento elegida por CH Mamacocha, tal como se explicó en la **Sección III.A**. Por lo tanto, de manera similar a lo que determinó el tribunal en el caso *STEAG GmbH c. España*, fue la estructura de financiamiento adoptada por la Demandantes la causa de que no logaran la POC y que sufrieran el daño que alegan¹³²².
802. Adicionalmente, como el Perú explicó en la **Sección II.D**, el 13 de septiembre de 2016 el ciudadano P.J. Begazo López presentó una acción constitucional de

¹³¹⁷ Ver **Anexo MQ-0022**, Carta de las Demandantes (S. Sillen y C. Diez Canseco) a la Comisión Especial (R. Ampuero), 17 de abril de 2018, pág. 1.

¹³¹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 372.

¹³¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 372.

¹³²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 370, 372.

¹³²¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 6.4.

¹³²² **RL-0167**, *STEAG GmbH C. Reino de España*, Caso CIADI ARB/15/4 Decisión sobre responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 8 de septiembre de 2020 (Zuleta, Tawil, Dupuy), ¶ 794.

amparo, solicitando la declaración de la nulidad e ineficacia de las Certificaciones Ambientales y la Concesión Definitiva otorgada a la Planta de Generación¹³²³. Las Demandantes omiten ese hecho por completo de su Memorial de Demanda. La realidad es que, en el supuesto negado en el que la sola presentación de una acción judicial solicitando la nulidad de las Certificaciones Ambientales pudiera afectar el valor de la inversión de las Demandantes (*quod non*), el Amparo (no atribuible al Perú) constituye esa acción judicial, y es anterior a la Demanda del Gobierno Regional.

803. Finalmente, con base en los argumentos detallados en la **Sección V.A** precedente, el Perú reitera que la presentación de la Demanda del Gobierno Regional no violó ninguna expectativa inequívoca y razonable de las Demandantes, ni constituyó una medida arbitraria o discriminatoria. Respecto a las expectativas protegidas bajo el artículo 10.7 del Tratado, el Perú resalta que el estándar aplicable es más exigente que el de “expectativas legítimas” invocado por las Demandantes¹³²⁴. Al respecto, el tribunal en el caso *Ríos c. Chile* distinguió entre “expectativas legítimas” bajo un estándar autónomo de trato justo y equitativo y el estándar de expectativas inequívocas y razonables en el contexto del estándar de expropiación, y concluyó “que se trata de estándares diferentes, dado que el uso de la palabra ‘inequívocas’ implica un estándar más exigente”¹³²⁵. Las Demandantes no han demostrado —porque no pueden— que la Demanda del Gobierno Regional haya violado expectativa inequívoca y razonable alguna de las Demandantes.
804. En conclusión, por los motivos expuestos, la Demanda del Gobierno Regional no es una medida que constituye una expropiación.

¹³²³ **Anexo R-0071**, Demanda de Acción de Amparo de Pablo Julián Begazo López, Corte Superior de Justicia de Arequipa, 22 de agosto de 2016.

¹³²⁴ Memorial de Demanda, ¶ 362.

¹³²⁵ **RL-0046**, *Carlos Ríos y Francisco Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021 (Kaufmann-Kohler, Garibaldi, Stern), ¶ 258.

805. Autorización para la Ejecución de Obras. Las Demandantes no han cumplido con su carga de probar los elementos de expropiación en relación al trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras. En su Memorial de Demanda, las Demandantes desarrollan su argumento al respecto en tan solo un párrafo, afirmando que “[t]he injurious effects of the RGA Lawsuit were compounded when AAA denied the civil works authorization – the last-remaining critical permit for the Project – in May 2017.”¹³²⁶. Las Demandantes basan su argumento en una serie de premisas falsas, las cuales se han desmentido ya en la **Sección III.B**. En esa sección el Perú demostró lo siguiente:

- CH Mamacocha *no* incluyó toda la información necesaria en su solicitud para la Autorización para la Ejecución de Obras, lo cual ella misma reconoció implícitamente cuando optó por presentar un pedido de reconsideración (y no de apelación), el cual *requiere* que se sometan nuevas pruebas a la entidad administrativa competente¹³²⁷. En efecto, la Autoridad Administrativa del Agua aprobó el pedido de reconsideración basándose en las nuevas pruebas que CH Mamacocha le proporcionó¹³²⁸;
- No es cierto que la Autorización para la Ejecución de Obras “*should have been a formality*”¹³²⁹. El reglamento aplicable no contiene ninguna disposición que apoye esa afirmación¹³³⁰. Es más, si la aprobación de dicho permiso hubiera sido una mera formalidad, las Demandantes no habrían contratado al Pöyry – estudio finlandés de ingeniería – para desarrollar dos informes técnicos de 91 páginas cumulativas para fundamentar su solicitud¹³³¹.

¹³²⁶ Memorial de Demanda, ¶ 373.

¹³²⁷ **RL-0042**, LPAG, art. 208.

¹³²⁸ **Anexo C-0122**, Resolución Directoral No. 1928-2017-ANA/AAA I C-O, 5 de julio de 2017.

¹³²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 373.

¹³³⁰ Ver **Anexo R-0039**, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua, septiembre de 2010.

¹³³¹ **Anexo R-0040**, Formulario No. 001, Solicitud de Autorización para la Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico, 21 de noviembre de 2016; **Anexo R-0060**, Formato Anexo 11: Autorización de Ejecución de Obras Aprovechamiento Hídrico, 30 de noviembre de 2016.

- Las Demandantes no han proporcionado *ninguna* evidencia que sustente su afirmación de que la Autoridad Administrativa del Agua denegó su solicitud por motivos políticos, ni que la Autoridad Nacional del Agua “ordered AAA to reverse its decision and grant the civil works authorization”¹³³². Ambas afirmaciones son falsas.
 - Los llamados defectos en la Autorización para la Ejecución de Obras no privaron el Proyecto Mamacocha de su “precious time”¹³³³. Como se explicó en la **Sección III.B**, la Autoridad Administrativa del Agua estaba a punto de aprobar el pedido de rectificación de CH Mamacocha cuando dos ciudadanos particulares presentaron un pedido de nulidad¹³³⁴. En consecuencia, la Autoridad Administrativa del Agua tuvo que enviar el expediente del permiso al Tribunal Hídrico¹³³⁵. En todo caso, nada impedía que CH Mamacocha iniciara las obras de construcción mientras que se resolvía su pedido de rectificación de la autorización.
806. Además, las Demandantes no han demostrado un patrón o vínculo entre los supuestos problemas en el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras y las otras medidas impugnadas, lo que se requiere para establecer una expropiación progresiva¹³³⁶. Las Demandantes intentan establecer un vínculo al alegar que el Gobierno Regional de Arequipa interfirió en el trámite de la

¹³³² Memorial de Demanda, ¶ 373; *ver también, id.*, ¶ 108 (“AAA admitted to Claimants in an in-person meeting that the agency’s intransigence was due to political pressure by the RGA.”).

¹³³³ Memorial de Demanda, ¶ 373.

¹³³⁴ **Anexo R-0088**, Informe Técnico No. 062-2017-ANA-AAA, Ministerio de Agricultura y Riego, 11 de agosto de 2017; *ver Anexo R-0057*, Carta No. 381-2017-ANA/AAA de la Autoridad Nacional del Agua (V. Manuel) a C. Vera y Á. Chacabana, 24 de agosto de 2017.

¹³³⁵ **Anexo R-0058**, Oficio No. 2604-2017-ANA/AAA de la Autoridad Nacional del Agua (V. Manuel) al Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (J. Aguilar), 12 de septiembre de 2017; **Anexo R-0092**, Oficio No. 2773-2017-ANA-AAA de la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña) al Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (J. Aguilar), 26 de septiembre de 2017.

¹³³⁶ *Ver CL-0072, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 15, ¶ 5 (citando **RL-0135**, *Irlanda c. Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 5310/71, Laudo, 18 de enero de 1978, ¶ 159); **RL-0047**, *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa*, Caso CCS No. V(079/2005), Laudo Final, 12 de septiembre de 2010 (Böckstiegel, Steyn, Berman), ¶ 621.

Autorización para la Ejecución de Obras¹³³⁷. No obstante, no proporcionan ni un solo documento que sustente ese argumento infundado. Lo cierto es que no existe vínculo entre la Autorización para la Ejecución de Obras y las demás medidas impugnadas. Por lo tanto, la supuesta deficiencia en el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras no sustenta la teoría de expropiación progresiva de las Demandantes.

807. Los argumentos de las Demandantes respecto a la Autorización para la Ejecución de Obras tampoco satisfacen los elementos de una expropiación indirecta. Primero, ningún aspecto del trámite del permiso afectó radicalmente el valor de la inversión de las Demandantes. Las Demandantes aseveran que las acciones de la Autoridad Administrativa del Agua destruyeron su habilidad de llegar a la POC. No obstante, y como se demostró en la **Sección III.B**, las acciones de la Autoridad Administrativa del Agua no afectaron la POC por los siguientes motivos:

- Aun si la Autoridad Administrativa del Agua hubiera atrasado la evaluación de la solicitud para la Autorización de Ejecución de Obras (quod non), tal atraso no habría afectado el cronograma de obras propuesto por CH Mamacocha. Ello, porque la autorización fue otorgada el 5 de julio de 2017, mientras el cronograma preveía el 1 de agosto de 2017 como fecha de inicio de obras¹³³⁸;
- cualquier supuesto atraso en el trámite de evaluación del pedido de rectificación de la Autorización de Ejecución de Obras que presentó CH Mamacocha se debió al pedido de nulidad presentado por ciudadanos particulares; y
- aun si dicho atraso fuera atribuible a la Autoridad Administrativa del Agua (quod non), no habría afectado la POC porque CH Mamacocha pudo haber iniciado la construcción de las obras con base en la Autorización de

¹³³⁷ Memorial de Demanda, ¶ 373; *ver también, id.*, ¶ 108 (“AAA admitted to Claimants in an in-person meeting that the agency’s intransigence was due to political pressure by the RGA.”).

¹³³⁸ *Ver Anexo R-0094*, Cronograma del Proyecto Mamacocha, Pöyry, 27 de abril de 2017; *Anexo R-0134*, Formato Anexo 11: Autorización de Ejecución de Obra, Pöyry, 25 de abril de 2017, pág. 59.

Ejecución de Obras emitida el 5 de julio de 2017, antes que su pedido de rectificación fuera resuelto.

808. Asimismo, las Demandantes no han demostrado que los efectos de las alegadas deficiencias en la Autorización para la Ejecución de Obras tuvieron un carácter permanente, como lo exige el estándar de expropiación¹³³⁹. Al contrario, cualquier deficiencia fue subsanada cuando el Autoridad Administrativa del Agua aprobó el pedido de rectificación de las Demandantes. Las quejas de las Demandantes fueron atendidas y resueltas dentro del marco administrativo peruano. Además, ninguna acción imputable a la Autoridad Administrativa del Agua tenía un efecto negativo permanente en el Proyecto Mamacocha, pues la POC no fue impedida.
809. Por el mismo motivo, las Demandantes no han demostrado que exista un nexo causal entre las acciones de la Autoridad Administrativa del Agua que impugnan y el fracaso del Proyecto Mamacocha. La inhabilidad de CH Mamacocha de llegar a la POC no fue (utilizando las palabras del tribunal en el caso *El Paso*) la “consecuencia automática, es decir, [la] única e inevitable consecuencia de las medidas adoptadas”¹³⁴⁰ por la Autoridad Administrativa del Agua. Más bien, CH Mamacocha tenía la autorización para iniciar las obras de construcción mientras su pedido de rectificación estaba pendiente, pero no las inició porque no había obtenido financiamiento —por motivos ajenos a los supuestos defectos en la Autorización para la Ejecución de Obras. Según las propias Demandantes, no habrían llegado al Cierre Financiero hasta al menos el 8 de marzo de 2018¹³⁴¹, pero meses antes de esa fecha CH Mamacocha ya tenía la Autorización para la Ejecución

¹³³⁹ Ver **RL-0022**, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final, 23 de diciembre de 2019 (Wolfrum, Reisman, Lévy), ¶ 221; **RL-0035**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (Grigera Naon, Fernández, Bernal), ¶ 116.

¹³⁴⁰ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflich, Bernardini, Stern), ¶ 270 (original en inglés).

¹³⁴¹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 99-100, 131; Declaración Testimonial de Michael Jacobson, ¶ 58.

de Obras rectificada (la cual fue emitida el 24 de enero de 2018). Por ende, aun aceptando la historia sesgada de las Demandantes, ningún supuesto atraso en el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras pudo haber afectado el Proyecto Mamacocha. Las Demandantes sencillamente no han demostrado la existencia de un nexo causal.

810. Además, no se puede establecer el nexo causal si la destrucción de la inversión fue el resultado de acciones u omisiones del propio demandante o de terceros, y no de acciones u omisiones atribuibles al Estado demandado¹³⁴². Conforme a lo explicado anteriormente, la demora en el trámite del pedido de rectificación de CH Mamacocha no se debió a las acciones de la Autoridad Administrativa del Agua, sino al pedido de nulidad presentado por terceros. Por consiguiente, el nexo causal no se establece.
811. Por último, con base en los argumentos detallados en la **Sección V.A**, el Perú reitera que la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua no violó ninguna expectativa inequívoca y razonable de las Demandantes, ni constituyó una medida arbitraria o discriminatoria.
812. Iniciación del Arbitraje de Lima. Las Demandantes afirman que el inicio del Arbitraje de Lima “*confirmed the indirect expropriation of Latam Hydro’s investments because [it] made it clear that Peru would not be restoring the time that the RGA Lawsuit and other related measures had taken away from the Project*”¹³⁴³. Es tan confusa la manera en que las Demandantes presentan su caso que el Perú no sabe si con esa afirmación (“*confirmed the indirect expropriation*”) las Demandantes están alegando que el inicio del Arbitraje de Lima fue una medida expropiatoria.
813. En todo caso, el Arbitraje de Lima no puede constituir una expropiación, por varias razones. Una de ellas es que el MINEM lo inició en su capacidad de parte

¹³⁴² Ver **RL-0027**, Caso sobre Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), CIJ, Laudo, 20 de julio de 1989, ¶ 101.

¹³⁴³ Memorial de Demanda, ¶ 375.

contractual. Como el Perú explicó más arriba, una medida solo podrá constituir una expropiación si el Estado actuó en ejercicio de prerrogativas soberanas (*ius imperii*), y no como una parte contractual (*ius gestionis*)¹³⁴⁴. Iniciar un arbitraje bajo un contrato es un acto inherentemente contractual que no involucra ejercicio de poder exorbitante o prerrogativas soberanas. Por consiguiente, el acto de iniciar el Arbitraje de Lima no puede ser fundamento de una reclamación de expropiación.

814. Además, no existe ningún nexo causal entre el Arbitraje de Lima y las otras medidas que según las Demandantes constituyeron en su conjunto una expropiación progresiva. Según los hechos contados por las propias Demandantes, los motivos por los cuales el MINEM inició el Arbitraje de Lima no tenían ninguna relación con las medidas impugnada adoptadas por el Gobierno Regional de Arequipa, la Fiscalía Ambiental de Arequipa, o la Autoridad Administrativa del Agua.
815. Las Demandantes tampoco pueden acreditar que el Arbitraje de Lima afectó el valor del Proyecto Mamacocha¹³⁴⁵. Dicho arbitraje se resolvió por temas jurisdiccionales el 24 de diciembre de 2020, sin haber jamás impactado el valor de la inversión de las Demandantes¹³⁴⁶. Conforme a lo explicado en la **Sección III.F**, la iniciación del Arbitraje de Lima fue inconsecuente para CH Mamacocha, toda vez que no suspendió la ejecución del Contrato RER ni le impidió a CH Mamacocha llegar a la POC. De hecho, a la fecha en la que el MINEM inició el

¹³⁴⁴ Ver, e.g., **CL-0065**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón), ¶¶ 174-175. Ver también **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 4, ¶ 6 (“The breach by a State of a contract does not as such entail a breach of international law. Something further is required before international law becomes relevant, such as a denial of justice by the courts of the State in proceedings brought by the other contracting party”).

¹³⁴⁵ Ver, e.g., **RL-0022**, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final, 23 de diciembre de 2019 (Wolfrum, Reisman, Lévy), ¶ 221.

¹³⁴⁶ Ver **Sección III.F**.

Arbitraje de Lima, le habría resultado imposible a CH Mamacocha construir el Proyecto Mamacocha en el plazo fijado.

816. Rechazo de Tercera Solicitud de Extensión de la POC. Las Demandantes alegan que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC significó que “*time had officially run out on the Mamacocha Project . . . and, as a result, Latam Hydro’s investments under th[at] Project[] had been substantially deprived of the[ir] economic value*”¹³⁴⁷. En primer lugar, el argumento de las Demandantes sobre la supuesta destrucción o afectación del valor económico es contradictorio. Alegan las Demandantes que una medida anterior al rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, a saber, la Demanda del Gobierno Regional, “*was so devastating and, on its own, substantially deprived the Mamacocha Project of its economic value*”¹³⁴⁸. Si, según la tesis de las Demandantes, la Demanda del Gobierno Regional ya había destruido el valor de su inversión, entonces el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC lógicamente no pudo haber tenido un impacto económico sobre el valor una inversión que ya no tenía valor.
817. En todo caso, las Demandantes no han demostrado que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC haya afectado económicamente el valor de su inversión. En cambio, se limitan a afirmar (sin mayor explicación) que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC resultó en una privación sustancial del valor de su inversión. Tal afirmación es incorrecta. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC sencillamente reafirmó los términos del Contrato RER que CH Mamacocha suscribió y los límites impuestos por el Reglamento RER y las Bases Consolidadas. Esa medida no causó “[a] *virtual annihilation, effective neutralisation or factual destruction of its investment, its value or enjoyment*”¹³⁴⁹.

¹³⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 375.

¹³⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 372.

¹³⁴⁹ **RL-0013**, *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 (Veeder, Kaufmann-Kohler, Stern), ¶ 6.62.

818. Las Demandantes equivocadamente identifican el Contrato RER como la única fuente de valor de su inversión¹³⁵⁰. Esa posición es incorrecta, porque ignora que CH Mamacocha obtuvo la Concesión Definitiva, que la habilitaba a generar electricidad y venderla en el mercado spot o en el mercado mayorista. Como se explica en la **Sección VII**, los propios cálculos de BRG, peritos en daños de las Demandantes, demuestran que la pérdida del Contrato RER no afectó de manera radical y severa el valor de su inversión; según la información aportada por BRG, la operación del Proyecto Mamacocha en el mercado spot hubiese resultado únicamente en una reducción de menos de USD 7 millones¹³⁵¹. En consecuencia, la inversión de CH Mamacocha pudo haber sido rentable, pero las Demandantes optaron por abandonar el Proyecto Mamacocha.
819. Aunado a todo lo anterior, la decisión del MINEM de rechazar la Tercera Solicitud de Extensión de la POC fue adoptada en calidad de parte contratante (*ius gestionis*) y no en ejercicio de poderes exorbitantes o potestades soberanas (*ius imperio*). En consecuencia, la reclamación de las Demandantes sobre la Tercera Solicitud de Extensión de la POC debe ser rechazado. No han demostrado las Demandantes – porque sencillamente no pueden – que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC constituye una medida que (en palabras del tribunal en el caso *Ríos c. Chile*) “sólo el Estado podría haber tomado y no podría[] haber sido replicada[] por cualquier contraparte contractual ordinaria”¹³⁵². Al contrario, un rechazo de una propuesta de modificación de un contrato, que pretende extender ciertos hitos contractual para la construcción de un proyecto, es un acto comúnmente adoptado en un contexto comercial entre partes privadas. La

¹³⁵⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶ 370.

¹³⁵¹ Informe Pericial de Versant, Appendix E.1.

¹³⁵² **RL-0046**, *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo, 11 de enero de 2021, (Kaufmann-Kohler, Garibaldi, Stern), ¶ 259.

decisión de rechazar una propuesta de modificación contractual simplemente manifiesta “*the act of an ordinary contracting party*”¹³⁵³.

820. El reclamo de las Demandantes también carece de fundamento legal toda vez que CH Mamacocha *no tenía derecho* a las modificaciones contractuales que solicitó a través de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC. El propósito principal de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC era modificar la Fecha de Término del Contrato para asegurar un Plazo de Vigencia de 20 años, y extender la POC al 28 de febrero de 2021. Las Demandantes no han probado que tenían derecho a que se aceptaran esas modificaciones al Contrato RER. Como el Perú ha demostrado a lo largo de este escrito (incluyendo en las **Secciones III.E y VI.B**), los cambios propuestos al Contrato RER en la Tercera Solicitud de Extensión de la POC eran contrarios al Reglamento RER, las Bases Consolidadas, el propio Contrato RER, y la Declaración Jurada de CH Mamacocha¹³⁵⁴.
821. Las Demandantes tampoco han demostrado que como “consecuencia automática”¹³⁵⁵ del rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, “*Latam Hydro’s investments . . . had been substantially deprived of the[ir] economic value*”¹³⁵⁶. De hecho, la causa principal por la que CH Mamacocha no pudo construir el Proyecto Mamacocha se debe a la estructura de financiamiento que las Demandantes eligieron. En la **Sección III.A** el Perú demostró que el financiamiento para la construcción del Proyecto Mamacocha dependía de la entrada de un inversionista adicional que estuviese dispuesto a adquirir una participación mayoritaria en el Proyecto Mamacocha. Sin la entrada de ese inversionista mayoritario, DEG, la entidad bancaria alemana con la que CH Mamacocha había negociado un posible

¹³⁵³ **RL-0033**, *Vigotop Ltd c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/11/22, Laudo, 1 de octubre de 2014 (Sachs, Bishop, Heiskanen), ¶ 280.

¹³⁵⁴ Sección III.E.

¹³⁵⁵ **CL-0028**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (Caflisch, Bernardini, Stern), ¶ 270 (original en inglés).

¹³⁵⁶ Memorial de Demanda, ¶ 375.

préstamo, no estaba dispuesta a otorgar el préstamo necesario para financiar una porción de los costos de construcción del Proyecto Mamacocha.

822. Los hechos del presente arbitraje son similares a los del caso *Plama c. Bulgaria*¹³⁵⁷. En ese caso, el tribunal determinó que la demandante “*undertook a high risk project, without having the financial assets of their own to carry it out. [The investment] was based on an ambitious plan to borrow enough money to get the Refinery into operation*”¹³⁵⁸. Consideró ese tribunal que el fracaso de la inversión de la demandante se debió a “*reasons which, in the Tribunal’s opinion, were no attributable to any unlawful actions of Bulgaria*”¹³⁵⁹ sino a la estrategia comercial adoptada por la demandante.
823. Por su parte, el tribunal en *STEAG c. España* señaló que la estructura de financiamiento adoptada por la demandantes “jugó un papel en la causación del daño”¹³⁶⁰. Según ese tribunal, “el perjuicio que alega haber sufrido la Demandante se debe parcialmente a la manera como Steag condujo las sucesivas negociaciones del *project finance*”¹³⁶¹. En este caso, CH Mamacocha voluntariamente adoptó una estructura de financiamiento riesgosa que impidió que pudiesen llegar a la POC.
824. En resumen, el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no es una medida que constituye una expropiación bajo el Tratado.

¹³⁵⁷ **RL-0155**, *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 (Salans, van den Berg, Veeder).

¹³⁵⁸ **RL-0155**, *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 (Salans, van den Berg, Veeder), ¶ 305.

¹³⁵⁹ **RL-0155**, *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 (Salans, van den Berg, Veeder), ¶ 305.

¹³⁶⁰ **RL-0167**, *STEAG GmbH c. Reino de España*, Caso CIADI ARB/15/4, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 8 de septiembre de 2020 (Zuleta, Tawil, Dupuy), ¶ 794.

¹³⁶¹ **RL-0167**, *STEAG GmbH c. Reino de España*, Caso CIADI ARB/15/4, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 8 de septiembre de 2020 (Zuleta, Tawil, Dupuy), ¶ 794.

b. Las medidas impugnadas no constituyen una expropiación progresiva

825. Debido a la confusa y contradictoria manera en la que las Demandantes han presentado su reclamación de expropiación, el Perú, haciendo reserva expresa de todos sus derechos, demuestra a continuación que el conjunto de medidas impugnadas no constituye una expropiación progresiva a la luz del estándar legal anteriormente establecido.
826. Las Demandantes identifican la Demanda del Gobierno Regional¹³⁶², la Investigación Penal¹³⁶³, el atraso en el otorgamiento de la Autorización para la Ejecución de Obras¹³⁶⁴, la iniciación del Arbitraje de Lima¹³⁶⁵ y el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC¹³⁶⁶ como el conjunto de medidas que supuestamente constituyen una expropiación progresiva. Para que un reclamo por expropiación progresiva prospere, la demandante debe probar, entre otras cosas, que cada medida impugnada debe tener un efecto adverso en la inversión. Las Demandantes no han probado que cada una de las medidas impugnadas tuviera un efecto adverso. Por ejemplo, no hay prueba que demuestre que la Investigación Penal tuvo un efecto adverso sobre el Contrato RER o la inversión de las Demandantes. La mera iniciación del Arbitraje de Lima tampoco tuvo un efecto adverso, dado que no suspendió la validez de las Adendas Nos. 1 y 2.
827. Las Demandantes identifican el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC como la última medida que supuestamente configuró la expropiación progresiva. Sin embargo, el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión no fue

¹³⁶² Memorial de Demanda, ¶ 356.

¹³⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 356.

¹³⁶⁴ Memorial de Demanda, ¶ 356.

¹³⁶⁵ Memorial de Demanda, ¶ 357.

¹³⁶⁶ Memorial de Demanda, ¶ 357.

*“the last straw that breaks the camel’s back.”*¹³⁶⁷. Como se explicó anteriormente, al momento que se rechazó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, CH Mamacocha tenía todos los permisos necesarios para construir el Proyecto Mamacocha y pudo operar rentablemente en el mercado spot o en el mercado mayorista. En consecuencia, esa medida no culminó en la privación de la inversión de las Demandantes. En todo caso, como se explicó anteriormente, el Perú no solo no tenía obligación de aprobar la Tercera Solicitud de Extensión de la POC sino que no podía hacerlo porque lo que solicitaba CH Mamacocha era absolutamente contrario al Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y disposiciones esenciales del Contrato RER.

828. La reclamación por expropiación progresiva también debe ser rechazada porque las Demandantes no han demostrado que las medidas impugnadas constituyen un hecho compuesto (*composite breach*). Para ello, las Demandantes tendrían que haber demostrado que el conjunto de medidas impugnadas son *“sufficiently numerous and inter-connected to amount not merely to isolated incidents or exceptions but to a pattern or system”*¹³⁶⁸. En el presente caso, las Demandantes simplemente han agrupado ciertas medidas en un período temporal, sin probar que existe una interconexión entre ellas. El conjunto de medidas identificado por las Demandantes no demuestra *“steps under a common denominator in a pattern”*¹³⁶⁹ que buscaban destruir el valor de su inversión. De hecho, el MINEM de buena fe evaluó la emisión del Proyecto de Decreto Supremo en aras de ayudar a que los proyectos RER de la Tercera y Cuarta Subasta pudieran concretarse a tiempo.

¹³⁶⁷ **CL-0057**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (Sureda, Brower, Janeiro), ¶ 263.

¹³⁶⁸ **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 15, ¶ 5 (citando **RL-0135**, *Irlanda c. Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 5310/71, Laudo, 18 de enero de 1978, ¶ 159).

¹³⁶⁹ **RL-0047**, *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa*, Caso CCS No. V(079/2005), Laudo Final, 12 de septiembre de 2010 (Böckstiegel, Steyn, Berman), ¶ 621.

829. En conclusión, las Demandantes no ha cumplido con su carga de la prueba de demostrar que existió una expropiación progresiva. Referirse a un conjunto de medidas y decir que cada una de ellas individualmente no es una expropiación indirecta, pero vistas de manera conjunta sí lo son, no es suficiente. Sin embargo, a eso se reduce la reclamaciones de las Demandantes: meras alegaciones, sin sustento.

C. El Perú no violó la cláusula Nación Más Favorecida

830. Las Demandantes alegan que el Perú violó la cláusula Nación Más Favorecida del artículo 10.4 del Tratado (“**Cláusula NMF**”). Específicamente, las Demandantes argumentan que el Perú le ha acordado a Latam Hydro y sus inversiones un trato menos favorable que el trato acordado a otros inversores e inversiones.

831. Primero, las Demandantes argumentan que la supuesta denegación de los permisos a las Demandantes constituye una violación de una obligación derivada del Tratado Bilateral de Inversiones entre el Perú y Paraguay (“**TBI Perú-Paraguay**”). La disposición que las Demandantes intentan importar es el artículo 3(2) del TBI Perú-Paraguay, la cual prevé lo siguiente:

La Parte Contratante que haya admitido una inversión en su territorio, otorgará los permisos necesarios en relación a dicha inversión, incluyendo la ejecución de contratos de licencia y contratos de asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante facilitará cuando así se requiera, los permisos necesarios para las actividades de consultores o de otras personas calificadas de nacionalidad extranjera¹³⁷⁰.

832. Segundo, las Demandantes argumentan, con base en ciertas cláusulas paraguas contenidas en tres otros tratados de inversión, que el Perú es responsable bajo derecho internacional por las supuestas violaciones del Contrato RER.¹³⁷¹ Las

¹³⁷⁰ **CL-0068**, Convenio Entre la República del Perú y la República del Paraguay Sobre Promoción Y Protección Recíproca De Inversiones, 31 de enero de 1994 (“**TBI Perú-Paraguay**”), art. 3(2).

¹³⁷¹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 387.

Demandantes no se basan en una cláusula paraguas específica, sino que identifican tres cláusulas (similares entre sí) de los siguientes tratados: TBI entre el Perú y Tailandia de 1991, TBI entre el Perú y los Países Bajos de 1994, y TBI entre el Perú y el Reino Unido de 1993.¹³⁷² Las Demandantes indican que estas cláusulas obligan al Perú a “*observe any obligation . . . into which it has entered concerning investments of nationals from those countries*”¹³⁷³.

833. Por las razones que el Perú expone en esta sección, ambos argumentos de las Demandantes carecen de fundamento legal y fáctico y deben ser rechazados.
834. En primer lugar, las Demandantes no han cumplido con su carga de probar que la Cláusula NMF permite que se importen las protecciones de los tratados que citan. La importación de esas protecciones, ausentes del Tratado, implicaría modificar el consentimiento del Perú por vía de interpretación, lo cual no es permitido bajo derecho internacional público (*ver Sección IV.A*).
835. En segundo lugar, aún si se pudieran importar las protecciones de esos otros tratados (*quod non*), las Demandantes no han demostrado que las medidas impugnadas serían contrarias a esas protecciones. Las Demandantes no han explicado la naturaleza y ámbito de aplicación de ninguna de las disposiciones, ni han establecido que las supuestas acciones y decisiones del Perú las infringieron. Por lo tanto, el Perú no violó la cláusula de NMF.

1. *Estándar Legal de la Cláusula NMF*

836. El artículo 10.4 del Tratado estipula lo siguiente:
 1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración,

¹³⁷² Ver Memorial de Demanda, ¶ 396 y nota al pie 711, pág. 175 (citando los tratados pertinentes).

¹³⁷³ Memorial de Demanda, ¶ 396.

conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones¹³⁷⁴.

837. Las Demandantes argumentan, sin razón y sin haber realizado un análisis interpretativo, que el ámbito de esta cláusula es “*exceedingly broad*”¹³⁷⁵. Las Demandantes ni siquiera han identificado el análisis legal aplicable. De haberlo hecho, habrían constatado que otros tribunales internacionales que han considerado reclamaciones bajo cláusulas similares a las de la Cláusula NMF del Tratado¹³⁷⁶ coinciden en que esas cláusulas exigen que los demandantes que las invocan demuestren que: (i) se acordó el *tratamiento* por parte del Estado, (ii) que

¹³⁷⁴ **RL-0051**, Tratado, art. 10.4. Una nota al pie de página dice lo siguiente: “Para mayor certeza, el trato ‘con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones’, a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.”

¹³⁷⁵ Memorial de Demanda, ¶ 388.

¹³⁷⁶ **CL-0095**, TLCAN, art. 1103. Por ejemplo, el artículo 1103 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA según sus siglas en inglés) contiene un texto muy similar a la cláusula de NMF del Tratado en el presente caso:

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.
2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

dicho tratamiento fue *menos favorable* que (iii) el tratamiento acordado con respecto a inversores *en circunstancias similares*¹³⁷⁷. Las Demandantes no han cumplido con su carga de probar ninguno de esos tres elementos.

838. El Memorial de Demanda sobre este aspecto es notorio por la falta de interpretación y análisis de la Cláusula NMF de conformidad con la Convención de Viena y la jurisprudencia arbitral. Por ejemplo, en su Memorial de Demanda, las Demandantes no explican cómo la Cláusula NMF en el Tratado permite la invocación de protecciones sustantivas de otros tratados que no tienen par en el Tratado. En vez de intentar demostrar que han establecido los tres requisitos descritos anteriormente, las Demandantes simplemente asumen que pueden invocar disposiciones de otros tratados firmados por el Perú¹³⁷⁸. Y en lugar de interpretar el texto específico de la Cláusula NMF en el Tratado de conformidad con la Convención de Viena, para intentar demostrar que esa cláusula permite la importación de cualquier protección de otro tratado, las Demandantes se refieren simplemente a supuestos principios generales de las cláusulas NMF¹³⁷⁹. El “análisis” de las Demandantes efectivamente ignora el lenguaje del Tratado.
839. La jurisprudencia arbitral reconoce que un reclamante no puede importar a través de una cláusula de NMF una protección que no existe en el tratado primario (i.e., el tratado que contiene la cláusula de NMF; en este caso, el Tratado). Por ejemplo, el tribunal en *Sirketi c. Turkmenistán* sostuvo que el demandante solo tenía derecho a

¹³⁷⁷ Ver, e.g., **RL-0124**, *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1 (Veeder, Rowley, Crook), Laudo, 25 de agosto de 2014, ¶ 8.4 (“Aunque las Partes abordaron el asunto de manera ligeramente distinta, era algo acordado que la concreción de una violación del artículo 1102 del TLCAN implica un análisis inherentemente específico de los hechos de si los Demandantes, o sus supuestas inversiones: (i) acordaron *tratamiento* por el Demandado con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducta, operación y venta u otra disposición de inversiones; (ii) fue *en circunstancias similares* a la de inversores o inversiones *locales*; y (iii) recibieron tratamiento *menos favorable* que el acordado a los inversores nacionales o inversiones identificados.”).

¹³⁷⁸ Ver, e.g., Memorial de Demanda, ¶¶ 389–390, 395–396.

¹³⁷⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 386.

invocar, a través de la cláusula de NMF, normas de protección de las inversiones de otros tratados que se incluyeran específicamente en el tratado primario. En ese caso, el demandante argumentó que la cláusula de NMF podía utilizarse para importar una norma sustantiva de protección que no estaba específicamente incluida en el tratado primario. El tribunal interpretó la cláusula de NMF del tratado primario – que es similar a la del artículo 10.4 del Tratado en el presente caso – de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, y concluyó lo siguiente:

Debe rechazarse el argumento de la Demandante de que tiene derecho a importar normas sustantivas de protección no incluidas en el Tratado de otros tratados de inversión celebrados por Turkmenistán, y a basarse en dichas normas de protección en el presente arbitraje. Al incluir los términos “situaciones similares” en el párrafo 2 del artículo II del TBI, debe considerarse que los Estados Parte han acordado restringir el alcance de la cláusula NMF a fin de abarcar el trato discriminatorio entre las inversiones de inversores de uno de los Estados Parte y las de los inversores de terceros Estados, en la medida en que se pueda decir que tales inversiones se encuentran en una situación objetivamente similar. Ni el artículo II, apartado 4, ni el artículo VI del TBI crean tal derecho. Por lo tanto, **el Demandante solo tiene derecho a invocar las normas de protección de las inversiones específicamente incluidas en el TBI**. Estas normas incluyen el derecho del tratamiento de la NMF “en situaciones similares”¹³⁸⁰. (Énfasis añadido)

840. Otros tribunales han llegado a la misma conclusión¹³⁸¹. Por ejemplo, el tribunal en *Hochtief AG c. Argentina* explicó que “la cláusula NMF estipula la manera en que debe tratarse a los inversionistas cuando éstos ejercen los derechos que les han sido conferidos por el TBI, pero **no pretende otorgarles ningún derecho adicional**

¹³⁸⁰ **RL-0125**, *İçkale İnşaat Ltd. Şirketi c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (Heiskanen, Lamm, Sands), ¶ 332 (original en inglés).

¹³⁸¹ Ver, e.g., **CL-0082**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/01 (Buergenthal, Alvarez, Hossain), Laudo, 21 de julio de 2017, ¶¶ 884–885.

además de los que les confiere el TBI”¹³⁸² (énfasis añadido). En conclusión, la jurisprudencia arbitral demuestra que una cláusula de NMF no puede utilizarse para crear un nuevo derecho jurídico mediante la importación de una protección sustantiva de otro tratado que no existe en el tratado primario¹³⁸³.

841. Las Demandantes citan un solo laudo, del caso *EDF International c. Argentina*, para argumentar que pueden importar al Tratado una cláusula paraguas de otro tratado, por medio de la Cláusula NMF¹³⁸⁴. Sin embargo, *EDF* es inaplicable al presente caso. La cláusula de NMF en ese caso era fundamentalmente distinta a la Cláusula NMF en el Tratado. Por ejemplo, la cláusula de NMF que invocó *EDF* no contenía el requisito de circunstancias similares (“*in like circumstances*”)¹³⁸⁵. En el presente caso, la Cláusula NMF si contiene ese requisito. Por lo tanto, las Demandantes deben identificar a un inversor en circunstancias similares, y

¹³⁸² **RL-0126**, *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011 (Lowe, Brower, Thomas), ¶ 79; *ver también id.*, ¶ 77 (“Se entiende claramente que las cláusulas NMF están sujetas a limitaciones implícitas. Un ejemplo fue dado por la Comisión de Derecho Internacional en sus Comentarios al Proyecto de Artículos sobre cláusulas de la nación más favorecida. La Comisión sostuvo que una cláusula de ese género contenida en un tratado comercial entre el Estado A y el Estado B no permitiría al Estado A reclamar la extradición de un delincuente del Estado B por el hecho de que este último haya accedido a extraditar, o extradite voluntariamente, a delincuentes al Estado C, pues ‘esa cláusula sólo puede aplicarse en relación con la materia que tenían presente ambos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado’”).

¹³⁸³ *Ver CL-0082*, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017 (Buergethal, Álvarez, Hossain), ¶¶ 866–896 (permitiendo importación solamente de una cláusula de protección y seguridad porque ya existía una cláusula de protección en el Tratado primario mientras que rechazó la importación de una cláusula paraguas porque sería un derecho nuevo).

¹³⁸⁴ *Ver Memorial de Demanda*, ¶ 397; *ver también CL-0027*, *EDF International S.A. et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (Kaufmann-Kohler, Remón, Park), ¶¶ 932–937.

¹³⁸⁵ *Ver CL-0027*, *EDF International S.A. et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (Kaufmann-Kohler, Remón, Park), ¶ 207 (“Article 4 of the Argentina-France BIT, namely the so-called MFN Clause, provides in pertinent part: Cada Parte Contratante aplicará, en su territorio y en su zona marítima, a los inversores de la otra Parte, en aquello que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores, o el tratamiento acordado a los inversores de la Nación más favorecida si este último fuese más ventajoso”).

demostrar que su trato ha sido injustificadamente menos favorable que el trato que ha recibido Latam Hydro y su inversión. Las Demandantes no han hecho tal cosa.

842. En resumen, la Cláusula NMF del Tratado no permite la importación de protecciones que no están contenidas en el Tratado¹³⁸⁶. Las Demandantes no han cumplido con su carga de prueba para establecer que la invocación de esas protecciones es permitida y no excede el consentimiento expresado por el Perú a través de la Cláusula NMF¹³⁸⁷.

2. *El Perú no violó la cláusula del TBI Perú-Paraguay que las Demandantes intentan (pero no pueden) importar*

843. Además de no poder demostrar que la Cláusula NMF permite la importación de protecciones sustantivas no contenidas en el Tratado, las Demandantes no han demostrado que las medidas impugnadas son contrarias a esas protecciones sustantivas que tratan de importar.
844. Como se explicó más arriba, las Demandantes intentan a importar el artículo 3(2) del TBI Perú-Paraguay de 1994, el cual estipula lo siguiente (en su parte relevante):

La Parte Contratante que haya admitido una inversión en su territorio, otorgará los permisos necesarios en relación a dicha inversión, incluyendo la ejecución de contratos de licencia y contratos de asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante facilitará cuando así se requiera, los permisos

¹³⁸⁶ Ver, e.g., **RL-0125**, *İçkale İnşaat Ltd. Şirketi c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (Heiskanen, Lamm, Sands), ¶ 332.

¹³⁸⁷ Ver, e.g., **RL-0124**, *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1 (Veeder, Rowley, Crook), Laudo, 25 de agosto de 2014, ¶ 8.4 (“[L]a concreción de una violación de[la cláusula de NMF] implica un análisis inherentemente específico de los hechos”); **RL-0125**, *İçkale İnşaat Ltd. Şirketi c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (Heiskanen, Lamm, Sands), ¶ 332 (“Al incluir los términos “situaciones similares” en el párrafo 2 del artículo II del TBI, debe considerarse que los Estados Parte han acordado restringir el alcance de la cláusula NMF a fin de abarcar el trato discriminatorio entre las inversiones de inversores de uno de los Estados Parte y las de los inversores de terceros Estados, en la medida en que se pueda decir que tales inversiones se encuentran en una situación objetivamente similar.”) (original en inglés).

necesarios para las actividades de consultores o de otras personas calificadas de nacionalidad extranjera¹³⁸⁸.

845. Aun asumiendo *arguyendo* que esa disposición se puede importar al Tratado (*quod non*), las Demandantes no explican cómo las medidas atribuibles al Perú son supuestamente contrarias a esa protección. La Demandantes alegan, sin fundamento, que el Perú violó esa disposición¹³⁸⁹, pero ni siquiera hacen un intento por interpretar y explicar el contenido de esa protección. Por ejemplo, las Demandantes no explican el contenido y alcances de la disposición del TBI Perú-Paraguay. Esa disposición no significa que el Perú está obligado a otorgar cualquier permiso que solicite un inversor extranjero, sin considerar su legalidad, procedencia, limitaciones, condiciones, o cualquier otro factor pertinente a la decisión del ente competente¹³⁹⁰. Tampoco puede implicar que el Estado ha renunciado a su derecho de hacer cumplir sus leyes o de acudir a los tribunales para cuestionar la validez de un permiso que sospecha que fueron mal otorgados. Una interpretación en sentido contrario —como las Demandantes parecen postular— no es razonable.
846. En todo caso, las medidas impugnadas por las Demandantes son (i) las supuestas demoras en el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras; (ii) la presentación de la Demanda del Gobierno Regional; y (iii) la Investigación Penal

¹³⁸⁸ CL-0068, TBI Perú-Paraguay, art. 3(2).

¹³⁸⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 390–394.

¹³⁹⁰ CL-0026, *Crystallex International Corp. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (Lévy, Gotanda, Boisson de Chazournes), ¶ 581 (original en inglés). Aunque analizaba el ámbito de la obligación del trato justo y equitativo, el siguiente pasaje del tribunal en *Crystallex c. Venezuela* es instructivo en este tema: (“En primero lugar, el Tribunal desearía subrayar *que otorgar o denegar un permiso, en particular, uno que afecta recursos naturales* respecto de los cuales el Estado posee derechos soberanos, es una prerrogativa soberana del Estado. Por ende, el Tribunal no comparte la presentación de las cuestiones por parte de la Demandante en términos de estar “facultada” para obtener un Permiso o tener “derecho” a ello. Desde la perspectiva del derecho internacional, no podría decirse que un Estado tiene la obligación de otorgar un permiso para afectar recursos naturales, y siempre conservaría la libertad de denegar un permiso si lo considera adecuado.” (énfasis añadido)).

y la Acusación Fiscal no violan el artículo 3(2) del TBI Perú-Paraguay. Ninguna de esas medidas constituye una violación de la obligación de otorgar permisos bajo el TBI Perú-Paraguay.

847. Por ejemplo, ningún aspecto del trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras violó la supuesta obligación del Perú de otorgar permisos. El argumento de las Demandantes al respecto se limita a una sola oración: *“Peru breached its obligation to grant the necessary permits for the Mamacocha Project when it denied the Project’s civil works authorization”*¹³⁹¹. Pero la Autoridad Administrativa del Agua sí otorgó la Autorización para la Ejecución de Obras a CH Mamacocha¹³⁹². Ya que la única premisa que fundamenta el argumento de las Demandantes es falsa, su reclamación debe ser desestimada.
848. En la medida en que las Demandantes pretenden argumentar que el permiso debió ser otorgado lo antes posible y sin deficiencias en el trámite (lo que sería un estándar extraordinariamente alto y sin precedentes), la Autoridad Administrativa del Agua otorgó a CH Mamacocha el permiso solicitado *dos días* después de recibir toda la información requerida de CH Mamacocha¹³⁹³. Es más, la Autoridad Administrativa del Agua apoyó CH Mamacocha a lo largo del trámite de su solicitud, advirtiéndole sobre los defectos y omisiones en su solicitud¹³⁹⁴, otorgándole una prórroga para resolver dichas carencias¹³⁹⁵, aceptando un nuevo informe técnico después de vencida dicha prórroga¹³⁹⁶, y otorgándole tres

¹³⁹¹ Memorial de Demanda, ¶ 393.

¹³⁹² Ver Secciones II.B y III.B.

¹³⁹³ Ver Sección III.B. Ver también **Anexo R-0054**, Carta de HLA (C. Diez) al Director de la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 3 de julio de 2017.

¹³⁹⁴ **Anexo R-0044**, Carta No. 089-2017-ANA/AAA de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 31 de enero de 2017.

¹³⁹⁵ **Anexo R-0046**, Carta No. 103-2017-ANA-AAA de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 14 de febrero de 2017.

¹³⁹⁶ **Anexo R-0051**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (I. Martínez), 24 de abril de 2017.

reuniones con el director y otros representantes de la Autoridad Administrativa del Agua¹³⁹⁷.

849. En la medida en que las Demandantes pretenden impugnar los supuestos defectos en la Autorización para la Ejecución de Obras otorgada el 5 de julio de 2017, dichos defectos fueron remediados dentro del marco regulatorio peruano. Las Demandantes no pueden insistir que el estándar es uno de perfección.
850. Las Demandantes también argumentan que el Perú “breached its obligation to grant the necessary permits for the Mamacocha Project when it imposed the meritless RGA Lawsuit [Demanda del Gobierno Regional], which sought to revoke the Project’s environmental permits”¹³⁹⁸.
851. En primer lugar, como el Perú ha explicado en la **Sección III.C**, la Demanda del Gobierno Regional no era frívola y no afectó la validez de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha¹³⁹⁹. Además, en cualquier caso, el Proceso Contencioso Administrativo fue materia de desistimiento, por lo que las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha en ningún momento de vieron afectadas.
852. Además, la disposición del TBI Perú-Paraguay invocada por los Demandantes no puede interpretarse en el sentido que el Gobierno Regional de Arequipa renunció a su derecho (y deber) de hacer cumplir la ley y proteger los intereses públicos involucrados. Sería irrazonable pretender que esa disposición limite las facultades que la ley peruana expresamente le otorga a las entidades públicas¹⁴⁰⁰. Ellos menos

¹³⁹⁷ **Anexo R-0091**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 25 de mayo de 2017; **Anexo R-0054**, Carta de HLA (C. Diez) al Director de la Autoridad Administrativa del Agua (C. Ocoña), 3 de julio de 2017. pág. 1.

¹³⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 391.

¹³⁹⁹ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 126-128.

¹⁴⁰⁰ **RL-0042**, LPAG, art. 211.1; ver también Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.59; Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 126-128.

aún en materia de protección del ambiente que, como se explicará, el Tratado expresamente reconoce¹⁴⁰¹.

853. Adicionalmente, las Demandantes alegan que el Perú violó la obligación de otorgar permisos del TBI Perú-Paraguay cuando la Fiscalía Ambiental de Arequipa inició un proceso penal que puso en entredicho la validez de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha¹⁴⁰².
854. En primer lugar, la Investigación Penal y la posterior Acusación Fiscal no afectaron la validez de ningún título habilitante del Proyecto Mamacocha. La Autoridad Regional Ambiental incluso renovó las Certificaciones Ambientales correspondientes a la Planta de Generación y la Línea de Transmisión en el año 2017, no obstante la Investigación Penal estaba en curso.
855. En segundo lugar, sería inconcebible que esta disposición del TBI Perú-Paraguay deba interpretarse que el Estado ha renunciado a su poder sobreaño de hacer cumplir su ley.
856. Adicionalmente, en su “análisis” de esa disposición del TBI Perú-Paraguay, las Demandantes ignoran totalmente al artículo 10.11 (“Inversión y el Medio Ambiente”) del Tratado, el cual reserva el derecho del Perú de adoptar y hacer valer medidas que sean apropiadas para asegurar que la inversión no daña el medio ambiente; dice el artículo 10.11:

Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.¹⁴⁰³

¹⁴⁰¹ **RL-0051**, Tratado, art. 10.11.

¹⁴⁰² *Ver* Memorial de Demanda, ¶ 392.

¹⁴⁰³ **RL-0051**, Tratado, art. 10.11.

Es evidente que el Tratado expresamente protege el poder soberano y regulatorio de los Estados Parte de otorgar o denegar permisos, según corresponda, en aras de proteger el medioambiente.

857. Por lo tanto, aún si el artículo 3(2) del TBI Perú-Paraguay fuera aplicable al presente caso (hecho negado), esa disposición no le exige al Perú otorgar cualquier permiso que haya solicitado CH Mamacocha, sin reparar en las circunstancias específicas. En todo caso, como el Perú demuestra en este escrito¹⁴⁰⁴, las decisiones del Perú sobre los permisos fueron válidas y legales.

3. *El ámbito de las cláusula paraguas invocadas por las Demandantes*

858. Aun asumiendo *arguendo* que las Demandantes pueden invocar una cláusula paraguas por lo medio de la Cláusula NMF (*quod non*), el Perú no violó esa cláusula porque no violó al Contrato RER.
859. Tal como con la cláusula en relación a los permisos, las Demandantes no hacen un análisis en apoyo de su invocación de la cláusula paraguas. Las Demandantes simplemente asumen que dicha invocación está permitida por el Tratado (lo cual, como se demostró anteriormente, no es cierto), y además asumen que la cláusula paraguas importada provee protección a Latam Hydro por las reclamaciones que presentaron por incumplimiento del Contrato RER. Las Demandante se equivocan, por al menos tres razones.
860. Primero, las Demandantes manifiestan en su Memorial de Demanda que formulan sus reclamaciones con base en la cláusula paraguas *en nombre de Latam Hydro* (no en nombre de CH Mamacocha)¹⁴⁰⁵. Sin embargo, Latam Hydro no es parte del

¹⁴⁰⁴ Ver Secciones II.B, II.D, y III.B-D.

¹⁴⁰⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶ 188 (“As a preliminary matter, Latam Hydro brings claims (a) on its own behalf under Article 10.16(1)(a)(i)(A) of the Treaty for Peru’s breaches of its obligations under Section A of the Treaty”).

Contrato RER. Consecuentemente, el Perú no le debe ninguna obligación contractual a Latam Hydro.

861. Permitirle a Latam Hydro invocar protecciones de la cláusula paraguas para responsabilizar al Perú bajo el derecho internacional por incumplimientos del Contrato RER (del cual Latam Hydro no es parte) sería contrario al requisito de *privity*. Varios tribunales han reconocido y aplicado este requisito de *privity*, según el cual, en palabras del tribunal en *Oxus Gold c. Uzbekistán*, permite las reclamaciones únicamente cuando la “*obligation at stake [was] entered into by the State or one of its organs towards the claimant specifically, and not just an affiliate[] or a subsidiary of the claimant*”¹⁴⁰⁶. Esta formulación del alcance de una cláusula paraguas, incluyendo el requisito de *privity*, representa “*the dominant view*” en el arbitraje inversionista-estado¹⁴⁰⁷. El fracaso de satisfacer el requisito de *privity* por si solo es suficiente para desestimar las reclamaciones las Demandantes con base en cláusula paraguas (que ni siquiera tiene derecho a importar).
862. Segundo, en la medida en que las reclamaciones de cláusulas paraguas de las Demandantes se basan en violaciones de la ley peruana, en lugar de en obligaciones específicas debidas bajo el Contrato RER, esas reclamaciones deben ser rechazadas. La enorme mayoría de los tribunales que han analizado cláusulas paraguas han declarado que las protecciones otorgadas por esas cláusulas se limitan a los “compromisos específicos” contraídos en el contrato (y no abarca

¹⁴⁰⁶ **RL-0127**, *Oxus Gold c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Final, 17 de diciembre de 2015 (Tercier, Lalonde, Stern), ¶ 368 (citando **CL-0080**, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012 (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), ¶ 208); **CL-0014**, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 (Sureda, Lalonde, Martins), ¶ 384; **CL-0057**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (Sureda, Brower, Janeiro), ¶ 204; **RL-0128**, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007 (Guillaume, Elaraby, Crawford), ¶ 95.

¹⁴⁰⁷ **RL-0129**, *WNC Factoring Ltd c. República Checa*, Caso CPA No. 2014-34, Laudo, 22 de febrero de 2017 (Griffith, Volterra, Crawford), ¶ 325.

obligaciones bajo legislación erga omnes)¹⁴⁰⁸. De nuevo, en las palabras del tribunal en *Oxus*:

*If the violation of any legal obligation contained in the national legal order would be transformed by an umbrella clause into a violation of the Treaty, whatever the internal source of the obligation or the seriousness of the breach, it would be sufficient to include an umbrella clause in the Treaty and no other standard of protection. This would result in the fact that the whole national legal order would be automatically internationalized through an umbrella clause, which cannot be*¹⁴⁰⁹.

Por lo tanto, las Demandantes no pueden reclamar la protección de la cláusula paraguas en lo que respecta a sus reclamaciones por violaciones del derecho nacional.

863. Tercero y último, como se explicará a continuación en la **Sección VI** (sobre las supuestas violaciones contractuales), ni el Perú ni el MINEM han violado ninguna obligación específica contenida en el Contrato RER.
864. Por cada una de las tres razones expuestas anteriormente, y aun suponiendo que las Demandantes pudieran importar una cláusula paraguas al Tratado vía la Cláusula NMF (*quod non*), las Demandantes no han demostrado que el Perú ha violado ninguna de las cláusulas paraguas que las Demandantes invocan.

¹⁴⁰⁸ **RL-0127**, *Oxus Gold c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Final, 17 de diciembre de 2015 (Tercier, Lalonde, Stern), ¶ 369; ver también **RL-0130**, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámico de Pakistán*, Caso CIADI ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Objeciones de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003 (Feliciano, Faurès, Thomas), ¶ 168.

¹⁴⁰⁹ **RL-0127**, *Oxus Gold c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Final, 17 de diciembre de 2015 (Tercier, Lalonde, Stern), ¶ 371.

VI. EL MINEM NO INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES BAJO EL CONTRATO RER NI LA LEY PERUANA

A. Precisiones sobre el Contrato RER y el régimen legal que se le aplica

1. Régimen legal aplicable al Contrato RER

865. Las Demandantes tergiversan las normas aplicables al Contrato RER, o simplemente se equivocan en su análisis legal. Por ejemplo, en su intento de imputar responsabilidad al Estado peruano, las Demandantes invocan normas que no son aplicables —por ser normas que aplican únicamente a procedimientos y actos administrativos. Las Demandantes también recurren a normas del Código Civil que solo aplican al Contrato RER de manera residual. Como se explica a continuación, por ser un contrato administrativo, el Contrato RER se rige por sus propios términos, por la Ley RER, y por el Reglamento RER. Cualquier otra norma —por ejemplo, principios fundamentales del derecho público— se aplicaría únicamente de manera supletoria, siempre y cuando tal norma fuera compatible con el Contrato RER, la Ley RER, y el Reglamento RER.
866. Como se explicó en la sección de hechos del presente escrito, el Estado peruano emitió la Ley RER para promover la inversión en el sector de generación de electricidad con recursos de energía renovables¹⁴¹⁰. La Ley RER y su reglamento, por tanto, son las normas que regulan los proyectos RER, y constituyen el marco legal en virtud del cual se celebran los contratos RER. En ese marco normativo, el MINEM convoca a las subastas RER, en las cuales los diversos postores compiten por la obtención de una cuota de energía que será suministrada al SEIN a un precio o tarifa garantizada (i.e., la Tarifa de Adjudicación). Esos adjudicatarios suscriben un contrato RER con el MINEM, el cual establece las principales obligaciones asumidas por cada una de las partes.

¹⁴¹⁰ Anexo C-0007, Ley RER.

867. El Contrato RER, en su cláusula 1.1, señala que el mismo es resultado de las subastas realizadas al amparo de la Ley RER y el Reglamento RER:

El Contrato resulta del proceso de Subasta Pública que OSINERGMIN condujo en el marco de los Decretos Supremos No. 012-2011-EM y No. 024-2013-EM, Reglamento del Decreto Legislativo No. 1002, de Promoción de la Inversión para la Generación de Electricidad con el Uso de Energías Renovables¹⁴¹¹.

868. El Contrato RER señala expresamente que las Bases Consolidadas de la Tercera Subasta y las “Leyes Aplicables” son parte del contrato¹⁴¹². Las leyes aplicables a la relación contractual naturalmente deben ser acordes con su naturaleza. En el caso del Contrato RER, las leyes aplicables incluyen Ley RER y el Reglamento RER, que son normas especiales aplicables a la promoción de la generación con RER¹⁴¹³. Al respecto, el experto Carlos Monteza señala en su informe pericial que ese régimen se establece porque

cuando la Administración contrata, lo hace porque la ley se lo permite y sujeta, por tanto, a un régimen jurídico administrativo, que determina que el contrato se forme, suscriba y ejecute conforme a reglas diferentes a aquellas que regulan la contratación entre sujetos privados¹⁴¹⁴.

869. El experto Monteza señala que también serán de aplicación los principios del derecho público y del derecho civil, de manera suplementaria y residual; explica que la relación contractual entre el MINEM y CH Mamacocha:

Se rige **directamente** por las siguientes reglas jurídico-administrativas del régimen RER:

1. El Contrato RER y por las bases y demás documentos de la subasta.

¹⁴¹¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.1.

¹⁴¹² **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.1.

¹⁴¹³ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 234.

¹⁴¹⁴ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 221.

2. La Ley RER y su Reglamento.

Supletoriamente, por las siguientes fuentes de Derecho Administrativo, sin desnaturalizar o transgredir la finalidad propia del régimen RER.

1. La Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.

2. Otras fuentes de Derecho Administrativo (como la doctrina y la jurisprudencia) referidas a la contratación administrativa.

3. Otras fuentes de Derecho Administrativo no referidas a contratación administrativa, pero de las que se puedan derivar principios que no resulten contrarios a la naturaleza y fines de la actividad contractual de la Administración (como algunos principios fundamentales codificados en la LPAG [Ley del Procedimiento Administrativo General]).

Por analogía y ante persistencia de deficiencia de fuentes (forma residual):

1. Por normas de derecho común, como el Código Civil peruano¹⁴¹⁵.

870. En resumen, el Contrato RER se rige por: (i) los términos y acuerdos recogidos en el propio Contratos RER; (ii) lo dispuesto en las Bases Consolidadas de la respectiva Subasta RER; (iii) la Ley RER; (iv) el Reglamento RER; (v) *de manera suplementaria*, ciertos principios fundamentales del derecho público; y (vi) *de manera residual*, ciertos principios del Código Civil peruano¹⁴¹⁶.
871. Ese régimen no implica que sea posible aplicar cualquier norma del derecho público o privado peruano para regular las actuaciones en el marco de la ejecución del Contrato RER. Por ejemplo, el experto Monteza señala que la aplicación de la LPAG es limitada, porque “tal norma está configurada para regular la emisión de actos administrativos unilaterales y no contractuales” y, por esa razón, “solo

¹⁴¹⁵ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 235 (gráfico).

¹⁴¹⁶ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 235 (gráfico).

dispone de reglas y principios supletorios y puntuales susceptibles de aplicarse” a contratos administrativos¹⁴¹⁷. Asimismo, la aplicación supletoria de las normas del derecho público, así como la aplicación residual del Código Civil, se deberá realizar “ante deficiencia de fuentes” y siempre dentro de los límites contenidos en el Contrato RER, las Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, la Ley RER, y el Reglamento RER¹⁴¹⁸.

872. Los argumentos de las Demandantes no respetan esas fuentes y jerarquía normativa. El experto Monteza señala que las reclamaciones contractuales de CH Mamacocha se sustentan

en una aplicación casi aleatoria e indistinta del Derecho Administrativo y del Derecho Civil, según lo que quiera sostener [CH Mamacocha] en cada momento dado. Por ello, considero que su posición no solo no tiene sustento, sino que resulta carente de coherencia y es contraria a la seguridad jurídica¹⁴¹⁹.

873. Por ejemplo, como parte de sus reclamos, las Demandantes alegan que cuando el Perú (supuestamente) “*abandoned its commitment to ensure a 20-year Guaranteed Revenue Concession*”¹⁴²⁰, tal supuesta acción constituyó “*un material breach under Article 1361 of the Civil Code, which provides that contract parties are in breach when they fail to comply with their obligations under the contract*”¹⁴²¹ Pero en el mismo Memorial de Demanda, las Demandantes alegan que el Perú, a través de la Autoridad Administrativa del Agua, violó su obligación de otorgar la Autorización para la Ejecución de Obras dentro del plazo de 20 días hábiles establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (“TUPA”)¹⁴²². En

¹⁴¹⁷ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 240.

¹⁴¹⁸ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 328–329.

¹⁴¹⁹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 224.

¹⁴²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 439.

¹⁴²¹ Memorial de Demanda, ¶ 439.

¹⁴²² Memorial de Demanda, ¶ 498.

su indistinta aplicación de normas de naturaleza jurídica distinta, las Demandantes parecen no distinguir entre por un lado, una actuación contractual, y por el otro, una actuación *en su función administrativa*, de diversas entidades estatales.

2. *El Contrato RER no establece ni una asociación público-privada ni un contrato asociativo*

874. En su intento de imputar responsabilidad al Estado peruano, las Demandantes también invocan normas aplicables a asociaciones público-privadas y contratos asociativos. Esas normas, no obstante, no aplican al Contrato RER porque este no establece ni una asociación público-privada ni un contrato de colaboración.
875. A diferencia de una asociación público-privada o un contrato asociativo, los proyectos RER no son de riesgo compartido entre el inversionista y el Estado. En los proyectos RER, el inversionista privado asume el riesgo del diseño, financiación, y ejecución del proyecto. Como se explicó en secciones anteriores, el único riesgo que es mitigado a través del Contrato RER es el de ingresos por la generación y venta de electricidad, hasta la capacidad establecida en el contrato, con base en la Tarifa de Adjudicación. “De hecho, el MINEM solo obtiene información detallada sobre el proyecto una vez que se abren los sobres que presentan los postores en las Subastas RER”¹⁴²³.
876. El Contrato RER se rige por un régimen legal distinto a aquel que aplica a las asociaciones público-privadas. Como explica el experto legal Claudio Lava, las asociaciones público-privadas en el Perú

tienen un marco legal propio muy definido que establece sus características y alcances. Lo importante es recalcar que **los Contratos RER tienen también un régimen legal propio (descrito anteriormente) que es distinto y ajeno al de las asociaciones público – privadas.**

¹⁴²³ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 16.

Como hemos visto anteriormente, por disposición expresa de la ley, los Contratos RER se rigen por la Ley RER, por el Reglamento de la Ley RER, supletoriamente por la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento, y finalmente, por el Código Civil únicamente en tanto sea compatible con su naturaleza. En cambio, las asociaciones público-privadas se rigen en la actualidad por su norma especial, que es el Decreto Legislativo N° 1362. No es posible extender a un contrato administrativo específicamente normado las reglas y disposiciones que son aplicables a otro tipo de contrato también específicamente normado, cuando esto no viene expresamente permitido por la propia ley.¹⁴²⁴ (Énfasis añadido)

877. El Contrato RER tampoco constituye un contrato asociativo. Los contratos asociativos se encuentran regulados en los artículos 438 a 448 de la Ley General de Sociedades¹⁴²⁵. El artículo 438 define al contrato asociativo como “aquel que crea y regula **relaciones de participación e integración** en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes”¹⁴²⁶ (énfasis añadido). La participación e integración, características distintivas de los contratos asociativos,¹⁴²⁷ no están presentes en el Contrato RER¹⁴²⁸.

878. Por su parte, el artículo 439 de la Ley General de Sociedades establece que en los contratos asociativos

[l]as partes están **obligadas** a efectuar, las **contribuciones en dinero, bienes o servicios** establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, **en proporción a su participación en las utilidades**¹⁴²⁹. (Énfasis añadido)

¹⁴²⁴ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 2.30–2.31.

¹⁴²⁵ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 2.33.

¹⁴²⁶ **RL-0160**, Ley General de Sociedades, art. 438.

¹⁴²⁷ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 2.38.

¹⁴²⁸ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 2.38.

¹⁴²⁹ **RL-0160**, Ley General de Sociedades, art. 439

879. Sobre esa disposición, el experto Claudio Lava señala que:

otro rango definitorio de los contratos asociativos es la obligación de las partes de efectuar contribuciones al negocio conjunto, ya sea en dinero, bienes o servicios, típicamente en función de sus participaciones en los resultados del negocio¹⁴³⁰.

Ese elemento de contrato asociativo tampoco está presente en el Contrato RER¹⁴³¹. Así, el Contrato RER establece una relación contractual muy distinta a aquella prevista en los artículos 438 y 439 de la Ley General de Sociedades, y, por lo tanto, este no se puede considerar un contrato asociativo.

3. *El MINEM, como Parte en el Contrato RER, no vincula a otras entidades estatales*

880. El Contrato RER fue firmado, en calidad de Parte concedente, por el MINEM en representación del Perú. El preámbulo del Contrato RER dispone lo siguiente:

Conste por el presente documento, el Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable (en adelante, Contrato), que celebran el Estado de la República del Perú, que actúa a través del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, el Concedente), y la Sociedad Concesionaria¹⁴³².

881. Según las Demandantes, esta cláusula establece que “el Estado la República del Perú” es el “Concedente”¹⁴³³. Sin embargo, la cláusula 2.2.1 dispone que “[e]l **Ministerio** está debidamente autorizado conforme a las Leyes Aplicables para actuar como **Concedente** en el presente Contrato”¹⁴³⁴ (énfasis añadido). Por su parte, entre las definiciones contenidas en el Contrato RER, encontramos las siguientes:

¹⁴³⁰ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 2.37.

¹⁴³¹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 2.37.

¹⁴³² **Anexo C-0002**, Contrato RER, preámbulo.

¹⁴³³ Memorial de Demanda, ¶ 399.

¹⁴³⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 2.2.1.

Cláusula	Término	Definición
1.4.19	Estado	Es el Estado de la Republica del Perú.
1.4.31	Ministerio	Es el Ministerio de Energía y Minas, que en representación del Estado firma el presente Contrato.
1.4.34	Parte	Según sea el caso, el Ministerio o la Sociedad Concesionaria.
1.4.35	Partes	Son, conjuntamente, el Ministerio y la Sociedad Concesionaria.
1.4.44	Sociedad Concesionaria	Es la persona jurídica de naturaleza mercantil constituida de conformidad con la Ley General de Sociedades, y con lo prescrito en el numeral 6.1.1 de las Bases, con la cual el Concedente suscribe el Contrato.

882. Las citadas disposiciones confirman que la parte concedente del Contrato RER es el MINEM, el que cuenta con autorización legal para actuar en nombre del Estado peruano para efectos de las obligaciones contractuales que asume el MINEM bajo ese contrato¹⁴³⁵.
883. Las Demandantes se equivocan cuando argumentan que el MINEM, como parte contratante, actúa en nombre y representación de todo el Estado peruano, incluso asumiendo obligaciones en nombre de otras autoridades competentes —lo cual no sucedió —y no pudo haber sucedido, porque ello es legalmente imposible bajo derecho peruano. Las Demandantes pretenden aplicar una teoría de Estado

¹⁴³⁵ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 179.

unitario bajo derecho internacional al ámbito contractual. Es decir, confunden el derecho aplicable. El experto legal Carlos Monteza explica que:

el Contrato RER es un contrato celebrado bajo el derecho interno peruano. Por tanto, el Estado peruano no actúa en él como un todo porque **carece de personalidad jurídica para esos efectos**, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho Internacional¹⁴³⁶. (Énfasis añadido)

884. Continúa explicando el experto Carlos Monteza que “[e]s común que los ministerios, **en el ámbito de su competencia**, ‘representen’ al Estado en el otorgamiento de derechos y la suscripción de contratos administrativos cuando se trata de proyectos de alcance nacional.”¹⁴³⁷ (énfasis añadido). En el mismo sentido, “cuando el alcance del proyecto es regional o local, el contrato es suscrito por la autoridad descentralizada pertinente”¹⁴³⁸. En ambos casos, la entidad estatal competente firma el contrato en representación del Estado¹⁴³⁹, pero el acto de representar al Estado no significa que dicha entidad asume responsabilidad civil por las actuaciones de las demás entidades que conforman el Estado¹⁴⁴⁰. Explica el experto Monteza:

[E]l otorgamiento de una licencia municipal, la expedición de una sentencia judicial y la suscripción de un contrato administrativo son, todos ellos, actos realizados por entes del Estado en nombre del Estado (es decir, por el Estado), pero no puede por ello equipararse la situación jurídica de una municipalidad, de un juzgado y de un ministerio ni pretender confundir o fundir a tales entes en un solo sujeto bajo el epígrafe de ‘Estado peruano’¹⁴⁴¹.

885. Con respecto al Contrato RER, el experto Monteza señala que es:

¹⁴³⁶ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 172.

¹⁴³⁷ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 175.

¹⁴³⁸ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 176.

¹⁴³⁹ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 177.

¹⁴⁴⁰ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 177-178.

¹⁴⁴¹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 179.

el MINEM a quién le ha sido atribuida la competencia exclusiva de actuar en el Contrato RER, asumiendo obligaciones y reconociendo derechos en el ámbito de su competencia, esto es, de la actividad de generación eléctrica; y al ser este el límite de su competencia, no puede invadir las competencias ni autonomías de otros órganos y entidades¹⁴⁴².

El principio de la competencia y autonomía administrativa de las entidades del Estado peruano está reflejada en varias fuentes normativas y en la Constitución Política del Perú¹⁴⁴³. Por ejemplo, la Ley de Bases de la Descentralización, Ley No. 27783 (**“Ley de Descentralización”**), establece autonomía administrativa y regula las competencias para los tres niveles de gobierno (gobierno nacional, gobiernos regionales, y gobiernos locales)¹⁴⁴⁴. Esa ley tiene como objeto establecer la *descentralización* de las competencias administrativas¹⁴⁴⁵. Su artículo 10.1 estipula que “[los] **Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales**”¹⁴⁴⁶ (énfasis añadido).

886. Por su parte, la Constitución Política del Perú establece que “la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”¹⁴⁴⁷. El Tribunal Constitucional ha reconocido que la “Constitución no solo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y

¹⁴⁴² Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 180.

¹⁴⁴³ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 183–198.

¹⁴⁴⁴ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 192–193.

¹⁴⁴⁵ Ver **RL-0161**, Ley de Descentralización, art. 1 (“La presente Ley orgánica desarrolla el Capítulo de la Constitución Política sobre Descentralización, que regula la estructura y organización del Estado en forma democrática, descentralizada y desconcentrada, correspondiente al Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales. Asimismo define las normas que regulan la descentralización administrativa, económica, productiva, financiera, tributaria y fiscal.”).

¹⁴⁴⁶ Ver **RL-0161**, Ley de Descentralización, art. 10.2.

¹⁴⁴⁷ **RL-0055**, Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993 (**“Constitución Política”**), art. 188. Ver también Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 187; Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 3.8-3.9.

municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política”¹⁴⁴⁸.

887. Las normas citadas establecen de manera explícita la *autonomía de los gobiernos* en sus tres niveles (nacional, regional, y local), sin que eso suponga afectar el principio de unicidad del Estado. Asimismo, las normas citadas *prohíben expresamente* que el poder ejecutivo o el poder legislativo afecten o restrinjan la autonomía de los gobiernos regionales y locales¹⁴⁴⁹.
888. La independencia y autonomía de las autoridades que conforman el Estado peruano está también reconocida a nivel del Poder Ejecutivo del gobierno nacional¹⁴⁵⁰. La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley No. 29158) establece que los ministerios tienen competencias propias, y que solo pueden actuar en función de esas competencias¹⁴⁵¹:

Artículo I.- Principio de legalidad

Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. **Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas. . . .**

“Artículo VI.- Principio de competencia

1. El Poder Ejecutivo ejerce sus competencias **sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno**¹⁴⁵². (Énfasis añadido).

¹⁴⁴⁸ **Anexo CM-0039**, Expediente No. 00020-2005-PI/TC, Tribunal Constitucional del Perú, ¶ 38. *Ver también* Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 188; Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.10.

¹⁴⁴⁹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 190.

¹⁴⁵⁰ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 193, 195-196.

¹⁴⁵¹ *Ver* Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 195-196.

¹⁴⁵² *Ver* **RL-0162**, Ley No. 29158, 19 de diciembre de 2007, arts. 1, 6. *Ver también*, art. 23 (“23.1. Son funciones de los Ministerios: (a) Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial **bajo su competencia**, aplicable a todos los niveles de

889. Las funciones del MINEM se establecen en el artículo 4 de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, Ley No. 30705 (“**Ley del MINEM**”)¹⁴⁵³. La Ley del MINEM establece que el “Ministerio de Energía y Minas ejerce competencias en materia de energía, que comprende electricidad e hidrocarburos, y de minería”¹⁴⁵⁴. Ninguna disposición contenida en la Ley del MINEM establece que el MINEM puede otorgar concesiones o suscribir contratos que vinculen a otros ministerios u otras autoridades autónomas e independientes del Estado.

890. En consecuencia, y tal como concluye el experto Sr. Carlos Monteza:

[las] normas legales citadas confirman que el principio de legalidad rige a las entidades del Estado peruano para **delimitar sus distintas competencias y responsabilidades**. De esta manera, si bien en el Contrato RER comparece el Estado peruano, lo hace a través del MINEM y **únicamente en el marco de sus competencias**¹⁴⁵⁵. (Énfasis añadido)

891. En virtud del principio de legalidad, el MINEM está legalmente impedido para asumir contractualmente responsabilidad con respecto a atribuciones de otros órganos del Estado o de las autoridades regionales y descentralizadas. Explica el experto Monteza que:

vulneraría la estructura del Estado consagrada en la Constitución que, vía contrato, el Poder Ejecutivo o Gobierno Central desconozca la distribución de competencias y la descentralización. No puede derivarse del principio de unidad del Estado que los contratos que un determinado nivel de gobierno celebre impliquen la invasión de los espacios de autonomía que la misma Constitución y las leyes

gobierno. [...] 23.2 Para el ejercicio de las **competencias exclusivas**, corresponde a los Ministerios: [...] (b) Otorgar y reconocer derechos a través de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones de acuerdo a las normas de la materia”) (énfasis añadido).

¹⁴⁵³ Ver **RL-0163**, Ley No. 30705, 13 de diciembre de 2017 (“**Ley del MINEM**”), art. 4.

¹⁴⁵⁴ Ver **RL-0163**, Ley del MINEM, art. 4.

¹⁴⁵⁵ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 197 (refiriéndose a la (i) Ley de Descentralización, (ii) Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y (iii) Ley del MINEM.).

de desarrollo constitucional consagran a favor de los otros niveles de gobierno. Tal obligación sería manifiestamente inconstitucional conforme al derecho peruano, que es el que rige el Contrato RER¹⁴⁵⁶.

892. Por las razones expuestas, la tesis de las Demandantes, que es premisa de sus reclamaciones en este arbitraje, es jurídicamente imposible bajo el derecho peruano. Mediante el Contrato RER el MINEM asumió obligaciones contractuales exclusivamente dentro de las facultades que le han sido conferidas en materia de energía. Por el contrario, el MINEM no asumió funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno, incluyendo el Gobierno Regional de Arequipa, la Fiscalía Ambiental de Arequipa, la Autoridad Administrativa del Agua de la región Caplina Ocoña, o cualquier otra autoridad autónoma e independiente del Estado¹⁴⁵⁷. En consecuencia, resulta fantasioso argumentar – como lo hacen las Demandantes – que con la suscripción del Contrato RER, el Estado peruano por medio del MINEM asumió obligaciones en nombre y representación de todos los órganos autónomos a nivel nacional, regional, o local.

B. El MINEM no violó sus obligaciones bajo el Contrato RER al no otorgar las extensiones solicitadas por CH Mamacocha (y en consecuencia tampoco violó el artículo 1361 del Código Civil)

893. El reclamo contractual de las Demandantes se basa en la premisa que la Fecha de Término del Contrato RER (viz., 31 de diciembre de 2036) y la POC Real (viz., 31 de diciembre de 2018) podían, y debían, ser modificadas. Según la teoría de las Demandantes, las cláusulas 1.4.22 (Fecha de Término del Contrato)¹⁴⁵⁸ y 8.4

¹⁴⁵⁶ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 198.

¹⁴⁵⁷ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶199-201.

¹⁴⁵⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22 (“**Fecha de Término del Contrato**: Es el 31 de diciembre de 2036, fecha no modificable por ninguna causa, hasta la cual se le garantiza al Concesionario la Tarifa de Adjudicación.”).

(resolución de pleno derecho del Contrato RER si no se concreta la POC Real)¹⁴⁵⁹ no dicen lo que dicen. En cambio, según las Demandantes, cuando hay atrasos atribuibles al Perú, debe ser simplemente ignorado el texto de las cláusulas 1.4.22 (“31 de diciembre de 2036, fecha no modificable **por ninguna causa**” (énfasis añadido)) y 8.4 (“Si al 31 de diciembre de 2018, **por cualquier motivo**, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial” (énfasis añadido) el Contrato RER “quedará resuelto de pleno derecho”)¹⁴⁶⁰. Pero no hay texto alguno, contractual o normativo, que apoye el argumento de las Demandantes.

894. No obstante, las Demandantes alegan que su interpretación es consistente con los principios de interpretación contractual previstos en los artículos 168 (interpretación objetiva y literal)¹⁴⁶¹; 169 (interpretación sistemática)¹⁴⁶²; y 170 (interpretación integral)¹⁴⁶³ del Código Civil peruano. En la **Sección VI.B.1**, el Perú demuestra que ninguno de esos principios de interpretación contractual respalda la posición de las Demandantes; más bien apoyan la posición del Perú: que la Fecha de Término del Contrato y la POC Real eran no modificables, *por ninguna causa*.
895. En la **Sección VI.B.2**, el Perú también demuestra que no incumplió sus obligaciones bajo el Contrato RER ni el 1361 del Código Civil peruano. Bajo el Contrato RER, el MINEM se comprometió a pagar la Tarifa de Adjudicación del Contrato RER, pero únicamente si CH Mamacocha concretaba la POC del Proyecto Mamacocha a más tardar el 31 de diciembre de 2018. Pero en los hechos CH Mamacocha *no* concretó la POC a esa fecha, y consecuentemente (i) perdió el

¹⁴⁵⁹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4 (“Si al 31 de diciembre de 2018, por cualquier motivo, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento.”)

¹⁴⁶⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶ 421.

¹⁴⁶¹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 422.

¹⁴⁶² Ver Memorial de Demanda, ¶ 424.

¹⁴⁶³ Ver Memorial de Demanda, ¶ 429.

derecho a obtener los Ingresos Garantizados, (ii) el Contrato RER quedó “resuelto de pleno derecho”, y (iii) la Garantía de Fiel Cumplimiento de USD 5 millones debió ejecutarse.

1. *La Fecha de Término del Contrato y la POC Real eran inamovibles*

896. El Contrato RER define “Fecha de Término del Contrato” en la cláusula 1.4.22:

Es el 31 de diciembre de 2036, **fecha no modificable por ninguna causa**, hasta la cual se le garantiza al Concesionario la Tarifa de Adjudicación¹⁴⁶⁴. (Énfasis añadido)

La cláusula 8.4 del Contrato RER establece que:

Si al 31 de diciembre de 2018, **por cualquier motivo**, no se ha concretado la Puesta en Operación Comercial del Proyecto de Generación RER materia del presente Contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento¹⁴⁶⁵. (Énfasis añadido)

897. Alegan las Demandantes que una interpretación de esas cláusulas de acuerdo al artículo 168 del Código Civil (interpretación objetiva y literal) no ampara que la Fecha de Término del Contrato y la POC Real sean inamovibles cuando los atrasos que impidieron a CH Mamacocha cumplir con dichas fechas hayan sido atribuibles al Estado.

898. Explica en su informe pericial Claudio Lava, experto legal independiente, que la interpretación objetiva y literal según la doctrina peruana requiere precisar la voluntad manifestada en el contrato¹⁴⁶⁶. A su vez, existe una presunción que la voluntad plasmada en el contrato corresponde a la voluntad de las partes del contrato¹⁴⁶⁷. En ese sentido, una interpretación objetiva y literal de ambas cláusulas

¹⁴⁶⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

¹⁴⁶⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

¹⁴⁶⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 5.3.

¹⁴⁶⁷ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 5.3.

lleva a la conclusión que la Fecha de Término del Contrato no podía modificarse por ninguna causa —*incluyendo causas atribuibles a órganos del Estado Peruano*.

899. Esa cláusula también refleja la voluntad de CH Mamacocha. Esa empresa realizó una declaración jurada en la cual declaró que **“reconocemos el carácter no modificable de la Fecha de Término del Contrato”**¹⁴⁶⁸ (énfasis añadido). El sentido de la frase “no modificable” es inequívoco, y no contempla excepciones de ningún tipo. Claudio Lava concluye que, de su interpretación de la cláusula 8.4 del Contrato RER, “[n]o queda lugar a dudas de que la resolución del Contrato se origina con la verificación de que no se cumplió la Fecha Real de la POC, sin necesidad de que dicho incumplimiento sea siquiera atribuible a CH Mamacocha”¹⁴⁶⁹.
900. El canon de interpretación contenido en el artículo 169 del Código Civil¹⁴⁷⁰ tampoco respalda la tesis de las Demandantes. Según el Sr. Benavides, las cláusulas 1.4.22 y 8.4 del Contrato RER deben interpretarse de manera consistente con *“other provisions and legal principles embodied under the contract”*¹⁴⁷¹. Es decir, el análisis parte necesariamente del propio Contrato RER. Sin embargo, las Demandantes alegan que la interpretación de esas cláusulas también debe ser consistente con *“the legal principles from the Civil Code”*¹⁴⁷². No obstante, el experto Claudio Lava explica que no es necesario recurrir al Código Civil, puesto que este solamente aplica de manera supletoria:

¹⁴⁶⁸ Ver **Anexo R-0138**, Declaración Jurada sobre reconocimiento de carácter no modificable de la fecha de término del contrato, aun cuando se presenten eventos de fuerza mayor, CH Mamacocha, 30 de octubre de 2013; **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 2.5.10.

¹⁴⁶⁹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 5.13.

¹⁴⁷⁰ **RL-0048**, Decreto Legislativo No. 295, Código Civil, 24 de julio de 1984 (“**Código Civil**”), art. 169.

¹⁴⁷¹ Memorial de Demanda, ¶ 424.

¹⁴⁷² Memorial de Demanda, ¶ 424.

[L]os Contratos RER se rigen por la Ley RER, por el Reglamento de la Ley RER, supletoriamente por la Ley de Concesiones Eléctricas, su Reglamento, y finalmente, por el Código Civil únicamente en tanto sea compatible con su naturaleza¹⁴⁷³.

901. Carlos Monteza, experto independiente en derecho administrativo peruano, considera que el Código Civil “es aplicable solo como *ultima ratio* en los contratos administrativos” tales como el Contrato RER¹⁴⁷⁴.
902. El método de interpretación sistemática, como explica Claudio Lava en su informe pericial, tiene como objetivo evitar contradicciones y antinomias en un contrato¹⁴⁷⁵. Señala Claudio Lava que la interpretación sistemática:

indica que las cláusulas de un contrato no pueden ser interpretadas de manera individual y desvinculada de las demás del contrato, sino que se debe realizar un análisis conjunto de las mismas de modo tal que no se restrinja el sentido de dichas cláusulas, las cuales, conjuntamente forman y dan significado al contrato¹⁴⁷⁶.

Aplicando una interpretación sistemática a las cláusulas 1.4.22 y 8.4 del Contrato RER, resulta evidente que la inamovilidad de la Fecha de Término del Contrato y la POC Real se mantenía aun en el evento que se produjeran atrasos de cualquier tipo en la obtención de títulos habilitantes y permisos — sin importar si los atrasos eran atribuibles a CH Mamacocha, o a órganos del Estado, o a terceros. Eso es evidente de la cláusula 1.4.22, la cual establece que el término de vigencia es el 31 de diciembre de 2036, “fecha no modificable **por ninguna causa**”¹⁴⁷⁷ (énfasis añadido); lo confirma la cláusula 8.4, la cual establece que “[s]i al 31 de diciembre de 2018, **por cualquier motivo**, no se ha concretado la Puesta en Operación

¹⁴⁷³ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 2.31; *ver también* **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 9.

¹⁴⁷⁴ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 215.

¹⁴⁷⁵ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 5.6.

¹⁴⁷⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 5.7.

¹⁴⁷⁷ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.22.

Comercial” el Contrato RER “quedará resuelto de pleno derecho, ejecutándose la Garantía de Fiel Cumplimiento”¹⁴⁷⁸ (énfasis añadido).

903. Esa inamovilidad del Término del Contrato y de la fecha de POC Real es consistente con el hecho que el Contrato RER le asigna a CH Mamacocha todo el riesgo relacionado a la obtención de permisos, diseño, financiamiento, operación y mantenimiento del Proyecto Mamacocha¹⁴⁷⁹. Para gestionar ese riesgo, la estructura del Contrato RER otorgaba a CH Mamacocha dos años de “holgura” (i.e., el período entre la POC Referencial y la POC Real), precisamente para tolerar atrasos de cualquier tipo, incluyendo aquellos no imputables a esa empresa¹⁴⁸⁰. Así lo reconoció expresamente el tribunal arbitral en el caso *Zaña*:

Por tanto, los plazos del Régimen RER son inmodificables pero contemplan un plazo de dos años de holgura que el Concesionario puede utilizar libremente, sin necesidad de dar explicaciones o justificar las razones de sus atrasos¹⁴⁸¹.

904. Adicionalmente, y como el Perú demostró en la **Sección III.E**, las tres fechas críticas del Contrato RER —a saber, la Fecha de Término del Contrato, la POC Referencial y POC Real— están interconectadas. Esa interconexión imposibilita la ampliación o modificación de ninguna de esas fechas. Por lo tanto, una interpretación sistemática del Contrato RER refuerza la posición del Perú, en el sentido que la Fecha de Término del Contrato y POC Real eran inamovibles. Concluye el experto Claudio Lava que “desde el punto de vista del método de interpretación sistemático, . . . la Fecha de la POC y la Fecha de Término del Contrato no son susceptibles de postergación”¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

¹⁴⁷⁹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

¹⁴⁸⁰ Ver **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶¶ 286, 289, 292.

¹⁴⁸¹ **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 286.

¹⁴⁸² Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 5.15.

905. El principio de interpretación integral previsto en el artículo 170 del Código Civil peruano tampoco apoya la tesis de las Demandantes sobre la extensión de la Fecha de Término del Contrato y POC Real. Explica Claudio Lava que:

desde la óptica del método de interpretación integral, debe tenerse presente —como se ha mencionado con anterioridad— que nos encontramos frente a un contrato normado que se encuentra delimitado y demarcado por el contenido establecido en la ley. En efecto, las Bases y el Contrato recogen y replican (no podría ser de otra manera) las disposiciones ya previstas en el Reglamento de la Ley RER. En consecuencia, la voluntad de las partes contratantes en este caso se ve dirigida y limitada por el contenido normativo¹⁴⁸³.

906. En conclusión, ninguno de los principios de interpretación contractual que invocan las Demandantes respalda su posición en este arbitraje.
907. En marcado contraste, la posición del Perú ha sido avalada por el tribunal en el caso *Zaña*, el cual analizó la inamovilidad de las fechas críticas del Contrato RER, concluyendo al respecto que:

los plazos del Régimen RER son inmodificables, por cuanto la circunstancia de no poder modificar los plazos impediría que se autoricen prórrogas o ampliaciones de plazo durante la ejecución de las obras, por más justificados que se encuentren los pedidos—a menos que se quiebren los parámetros del Sistema—, lo que a su turno podría generar situaciones muy injustas¹⁴⁸⁴. (Énfasis añadido)

908. En el mismo sentido, el tribunal en el caso *Santa Lorenza* determinó que la cláusula 8.4 del Contrato RER, analizada bajo los principios de interpretación objetiva y literal, sistemática, e integral previstas en el Código Civil peruano, llevan a la conclusión que:

la declaración de voluntad contenida en el texto de las Cláusulas 1.4.23 y 8.4 del Contrato de Concesión RER, se

¹⁴⁸³ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 5.16.

¹⁴⁸⁴ **RL-0095**, *Electro Zaña S.A.C. c. República del Perú*, Caso Arbitral No. 0677-2018-CLL, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (Gamarra, Cauca, Velaochaga), ¶ 286.

constata que la asignación del **riesgo de terminación del contrato** como consecuencia de incumplimiento por imposibilidad de concretar al 31 de diciembre de 2018 con una Central RER con su Puesta en Operación Comercial certificada por el COES, **por cualquier causa, sea esta una fuerza mayor, fue conscientemente asumido por el Concesionario**¹⁴⁸⁵. (Énfasis añadido)

909. Además, de lo anterior, CH Mamacocha admitió en su Primera Solicitud de Trato Directo que si no cumplía con los hitos del Cronograma de Ejecución, no podría llegar a la POC, “deviniendo en causal de resolución del Contrato de Concesión por incumplimiento imputable a [CH] Mamacocha”¹⁴⁸⁶. Es decir, CH Mamacocha reconoció expresamente que la consecuencia de no concretar la POC del Proyecto Mamacocha en los límites previstos en el Cronograma de Ejecución sería un incumplimiento del Contrato RER imputable a CH Mamacocha¹⁴⁸⁷.

2. *CH Mamacocha solo tenía derecho a percibir los Ingresos Garantizados si cumplía con los términos del Contrato RER*

910. Las Demandantes alegan que el Perú “*abandoned its commitment to ensure a 20-year Guaranteed Revenue Concession for diligent concessionaires*”¹⁴⁸⁸. Ese supuesto abandono según las Demandantes constituye una violación del artículo 1361 del Código Civil, el cual establece que “[l]os contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”¹⁴⁸⁹. Sin embargo, como el Perú explicó en las **Secciones II.A y III.E**, CH Mamacocha solo adquiriría el derecho a percibir los Ingresos Garantizados si cumplía con los términos del Contrato RER. Para ello, CH

¹⁴⁸⁵ **RL-0098**, *Empresa de Generación Eléctrica Santa Lorenza S.A.C. c. Ministerio de Energía y Minas*, Caso Arbitral No. 0672-2018-CCL, Laudo, 28 de octubre de 2019 (Maccan, Pazos, Velaochaga), ¶ 138.

¹⁴⁸⁶ **Anexo R-0007**, Notificación de Intención de someter una reclamación a consultas y negociación bajo el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, Latam Hydro LLC y CH Mamacocha, 19 de junio de 2017 (“**Primer Aviso de Intención**”), ¶ 67.

¹⁴⁸⁷ **Anexo R-0007**, Primer Aviso de Intención, ¶ 67.

¹⁴⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶ 439.

¹⁴⁸⁹ Memorial de Demanda, ¶ 439; **RL-0048**, Código Civil, art. 1361.

Mamacocha debía obtener financiamiento, construir, y certificar la POC del Proyecto Mamacocha. Sin embargo, CH Mamacocha no logró nada de lo anterior. No pueden entonces alegar las Demandantes, como incorrectamente lo hacen, que el MINEM violó el artículo 1361 del Código Civil, toda vez que CH Mamacocha nunca cumplió con los requerimientos necesarios para gatillar la obligación del MINEM de pagarle a CH Mamacocha los Ingresos Garantizados. En consecuencia, no es cierto que el Perú “abandonó” su compromiso de garantizar la Tarifa de Adjudicación bajo el Contrato RER.

C. El MINEM no violó la obligación de coadyuvar con la obtención de los permisos

911. Las Demandantes alegan que el Perú violó la cláusula 4.3 del Contrato RER, la cual obligaba al MINEM a “coadyuvar” en la obtención de permisos, de ser requerido por CH Mamacocha¹⁴⁹⁰:

[D]e ser requerido por la Sociedad Concesionaria, el [MINEM] . . . coadyuvará en la obtención de permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y similares, en caso éstos no fueran otorgados por la Autoridad Gubernamental competente en el tiempo debido, a pesar de haberse cumplido los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables¹⁴⁹¹. (Énfasis añadido)

912. Según las Demandantes, la obligación de coadyuvar no se limitaba meramente a un deber de prestar asistencia a CH Mamacocha, sino que establecía una garantía de que CH Mamacocha no solo recibiría todo permiso necesario para la construcción del Proyecto, sino que además lo haría sin demoras. Lo que dicen las Demandantes no es cierto. Su alegato está basado en una manifiestamente incorrecta interpretación de la obligación del MINEM bajo la cláusula 4.3 del Contrato RER.

¹⁴⁹⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 441–454.

¹⁴⁹¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3.

913. En esta Sección, el Perú demuestra: que la obligación de coadyuvar bajo la cláusula 4.3 es una obligación de medios y no de resultados **Sección VI.C.1.a**; que bajo el Contrato RER, fue CH Mamacocha la que asumió la obligación de obtener los permisos necesarios, así como el riesgo de no obtenerlos **Sección VI.C.1.b**; y que el MINEM no violó su obligación de coadyuvar **Sección VI.C.2**.

1. *Alcance de la obligación de coadyuvar establecida en la cláusula 4.3 del Contrato RER*

a. La obligación de coadyuvar es una obligación de medios y no de resultados

914. Las Demandantes intentan convertir la obligación de “coadyuvar” bajo la cláusula 4.3 en una obligación de garantizar que los “permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y similares” serán otorgados por la autoridad gubernamental competente en el tiempo debido. Pero eso no es lo que dice la cláusula 4.3 del Contrato RER.

915. Lo que sí dice es que el MINEM, de ser requerido por CH Mamacocha, “coadyuvará en la obtención de permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y similares, en caso éstos no fueran otorgados por la Autoridad Gubernamental competente en el tiempo debido, a pesar de haberse cumplido los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables”¹⁴⁹².

916. Las propias Demandantes señalan¹⁴⁹³ que la cláusula 4.3 establece que la obligación de coadyuvar solo surge si se satisfacen dos condiciones: (i) si una entidad gubernamental no ha actuado “en el tiempo debido”; y (ii) si la sociedad concesionaria ha “cumplido los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables” al permiso en cuestión¹⁴⁹⁴. Pero las Demandantes omiten otra

¹⁴⁹² **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3.

¹⁴⁹³ Memorial de Demanda, ¶ 448.

¹⁴⁹⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3; *ver también* Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.57.

condición bajo la cláusula 4.3: aquella contenida en la frase “de ser requerido por la Sociedad Concesionaria”¹⁴⁹⁵. Esto significa que para que la obligación de coadyuvar fuese exigible al MINEM, CH Mamacocha debía expresamente solicitar la intervención de aquél¹⁴⁹⁶. El experto legal independiente Carlos Monteza explica que esa condición imponía a CH Mamacocha:

un deber de información previo, prudente y diligente, en el que además acredite haber cumplido con los requisitos exigidos, a fin de que el Estado, en el marco de sus competencias, colabore con la obtención de los permisos¹⁴⁹⁷.

917. Del texto la cláusula 4.3 se desprenden dos conclusiones adicionales. La primera es que la obligación del MINEM se limitaba a una obligación de *coadyuvar*, mas no de *garantizar*¹⁴⁹⁸. La segunda es que el hecho de que la cláusula dispusiese que “el Ministerio hará sus mejores esfuerzos” confirma que la obligación de coadyuvar era meramente una obligación de medios y no de resultados¹⁴⁹⁹. Al respecto, el experto Lava Cavassa explica que la cláusula 4.3 *no* le imponía ninguna obligación al MINEM “de obtener los títulos habilitantes o causar la obtención de los títulos habilitantes”, sino que solo imponía una obligación mucho más limitada:

[S]i bien se establece una obligación del MINEM de contribuir y colaborar con la obtención de los mismos, esta **se limita al agotamiento de todo aquello que se encuentre dentro de su esfera de control dentro del marco legal**¹⁵⁰⁰. (Énfasis añadido)

918. Las Demandantes presentan una interpretación de la obligación de “coadyuvar” que excede cualquier lectura razonable de la cláusula 4.3. Según las Demandantes,

¹⁴⁹⁵ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3.

¹⁴⁹⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.65; Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 293.

¹⁴⁹⁷ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 287.

¹⁴⁹⁸ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 3.59-3.75.

¹⁴⁹⁹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.57 (citando **Anexo CLC-0019**, Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, 18 de febrero de 2014.)

¹⁵⁰⁰ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.68.

*“more than mere assistance, the coadyuvará obligation means that MINEM must contribute to, and, in fact, ensure, that CHM will obtain the permits if the appropriate public authority has failed to act in due time”*¹⁵⁰¹ (énfasis añadido) (citas internas omitidas). Esa interpretación de la cláusula 4.3 es manifiestamente incorrecta pues es contraria al texto literal de la cláusula, toda vez que el mismo utiliza la palabra “coadyuvar”, que bajo ninguna definición significa “ensure”. La Real Academia Española (“RAE”), define “coadyuvar” como “contribuir o ayudar a que algo se realice o tenga lugar”. La RAE define “contribuir” a su vez como “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin”; y “ayudar” como “prestar cooperación, auxiliar, socorrer, hacer un esfuerzo, poner los medios para el logro de algo, valerse de la cooperación o ayuda de alguien”¹⁵⁰².

919. Sabiendo que el texto de la cláusula 4.3 no dice, ni por asomo, lo que pretenden las Demandantes, estas recurren a malabarismos interpretativos y explicaciones intrincadas. Por ejemplo, según las Demandantes

*when the subject matter concerns a property right issued by a government authority, which Peru does control, the “coadyuvará” obligation takes on a new meaning and must be interpreted to mean that MINEM must actually help CHM obtain those rights, rather than just offer assistance. As Dr. Benavides puts it, “[t]his obligation is not an obligation of means, but of results, because the relevant point is that the State is a party to the Contract and the State is responsible for granting the necessary permits”*¹⁵⁰³. (Énfasis añadido).

920. Como se puede apreciar, las Demandantes basan su argumento en varias premisas falsas: (i) que la obligación de coadyuvar se extiende a *todo* Estado peruano; (ii)

¹⁵⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 447 (citando Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶ 145).

¹⁵⁰² **Anexo CLC-0055**, Real Academia Española. “Diccionario de la Lengua Española”, 23 Edición 2014); **Anexo R-0144**, “Contribuir”, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2021; **Anexo R-0145**, “Ayudar”, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2021.

¹⁵⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 445.

que el MINEM ejerce el control sobre otras entidades gubernamentales; y (iii) que el MINEM debe garantizar el *resultado* de su coadyuvancia.

921. Sobre la primera premisa, el texto de la cláusula 4.3 es clara que la obligación de coadyuvar se extiende únicamente al MINEM: “**el Ministerio** hará sus mejores esfuerzos para que aquella acceda a instalaciones de terceros, y coadyuvará en la obtención de permisos”¹⁵⁰⁴ (énfasis añadido). Las Demandantes no pueden esquivar el significado inequívoco de la frase resaltada.
922. Respecto de la segunda premisa falsa (viz., que el MINEM ejerce el control sobre otras entidades gubernamentales), por ley el MINEM no ejerce ningún control sobre otras entidades estatales, y por lo tanto no puede garantizar la obtención de permisos para parte de tales entidades¹⁵⁰⁵. Conforme a lo explicado en la **Sección VI.A**, las entidades del Estado peruano son autónomas, y el MINEM no puede legalmente vincular a otros órganos estatales¹⁵⁰⁶. Según el experto Carlos Monteza, “[p]actar o interpretar lo contrario sería manifiestamente inconstitucional, pues implicaría una injerencia sobre ámbitos de autonomía propios de la distribución de competencias y de la descentralización que forman parte de la estructura compleja del Estado peruano”¹⁵⁰⁷. Esa distribución de competencias entre los órganos del Estado y la descentralización se refleja en el mismo texto de la cláusula 4.3, cuando hace referencia “a la Autoridad Gubernamental competente” que tiene la facultad de otorgar permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, etc.
923. Las Demandantes afirman que su interpretación de la obligación de coadyuvar

*is consistent with the public-private nature of the RER Contract.
CHM's obligation is to comply with all the necessary permitting*

¹⁵⁰⁴ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 4.3; *ver también* Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.64 (“Nótese por lo demás que esta obligación se ha pactado específicamente en cabeza del MINEM y no del Estado peruano en su conjunto”).

¹⁵⁰⁵ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 3.66-3.67.

¹⁵⁰⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 3.66-3.67.

¹⁵⁰⁷ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 306.

*requirements and Peru, as the “Grantor” under the RER Contract, is responsible for granting the permits*¹⁵⁰⁸.

924. Nuevamente las Demandantes fundamentan su argumento en varias premisas falsas. Primero, el Contrato RER no establece una asociación pública-privada ni un contrato de colaboración, sino un acuerdo de venta de energía¹⁵⁰⁹. Y aun si se pudiera decir que el Contrato RER estableció una asociación pública-privada (quod non), transferir al concesionario el riesgo de obtener permisos no contradice de forma alguna la supuesta “*public-private nature of the RER Contract*”. Tal como explica el experto Carlos Monteza, “la colaboración diligente no puede ni debe entenderse como una obligación de interferir en las competencias y funciones de otras entidades públicas”¹⁵¹⁰. De hecho, el MINEM tiene una política consistente de transferir a los concesionarios el riesgo de obtener permisos, política que ya existía cuando CH Mamacocha se presentó en la Tercera Subasta¹⁵¹¹.
925. Segundo, el Perú no es “*responsible for granting the permits*” bajo ninguna cláusula del Contrato RER. La única responsabilidad que un órgano estatal peruano asumió bajo el Contrato RER en relación con los permisos fue la obligación del MINEM de *coadyuvar*.
926. Tercero, las Demandantes afirman que el Perú es el Concedente, pero el Contrato RER establece de manera definitiva que el Concedente es el MINEM¹⁵¹². Como explicó el experto Claudio Lava Cavassa:

¹⁵⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶ 446.

¹⁵⁰⁹ Ver Sección VI.A; ver también Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 2.29-2.40.

¹⁵¹⁰ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 300.

¹⁵¹¹ Ver Sección II.A; ver también, **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 27 (Citando los Lineamientos para la Asignación de riesgos en los contratos de Asociaciones Público Privadas aprobados mediante Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15).

¹⁵¹² Ver Sección VI.A; ver también **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 2.2 (“El Ministerio está debidamente autorizado conforme a las Leyes Aplicables para actuar como Concedente en el presente Contrato.”).

[S]i se hubiese considerado como Parte del Contrato al Estado peruano en su totalidad, entonces no se entendería la inclusión de una mera obligación de “coadyuvar”, sino que se hubiera pactado directamente la obligación del Estado peruano de “otorgar” los respectivos títulos habilitantes. La redacción de esta cláusula pone en evidencia la voluntad expresa de las Partes de que la contraparte de CH Mamacocha es nada menos que el MINEM y que su única obligación (la única posible) en relación a los títulos habilitantes consiste en “coadyuvar”¹⁵¹³.

927. El tercer argumento falaz de las Demandantes es que el MINEM, cuando se obligó a “coadyuvar”, en realidad se obligó a garantizar el *resultado* de sus esfuerzos en el otorgamiento de todos los permisos, autorizaciones, concesiones, etc. Pero el MINEM no se obligó a tal cosa. Las Demandantes intentan utilizar el Contrato RER como un instrumento mediante el cual *todo el Estado peruano*, como “Concedente”, se obligó a otorgar *todos* los permisos, autorizaciones, concesiones, etc.¹⁵¹⁴. Pero el Estado peruano, como un todo, no es parte del Contrato RER, ni asumió la obligación de otorgar permiso alguno —y mucho menos a hacerlo en un tiempo determinado.
928. Por otro lado, las Demandantes intentan ampliar el alcance de la obligación de coadyuvar de otras maneras. Por ejemplo, a pesar que la cláusula 4.3 del Contrato RER dispone que el MINEM “coadyuvará en la **obtención** de permisos” (énfasis añadido), las Demandantes aseveran que el MINEM tenía la obligación de defenderlas contra cualquier medida que amenazara la vigencia de permisos ya obtenidos¹⁵¹⁵. Esa interpretación es textualmente insostenible, tal como lo explica el experto Claudio Lava Cavassa:

[N]o puede asumirse tampoco que el deber de “coadyuvar” lleva intrínseco un deber de asegurar que los títulos

¹⁵¹³ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.20.

¹⁵¹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 446 (“Peru, as the “Grantor” under the RER Contract, is responsible for granting the permits”).

¹⁵¹⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 451–453.

habilitantes se mantengan vigentes, por ejemplo repeliendo cualquier cuestionamiento contra los mismos, o colaborando para que se obtenga el pronto desistimiento de la demanda contencioso-administrativa del GRA o de la investigación penal de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Arequipa. Como veremos más adelante, no puede pretenderse que en virtud del deber de “coadyuvar” asumido por el MINEM, esta entidad adquiere el compromiso de colaborar en la defensa de la validez y vigencia de los títulos habilitantes, incluso cuando pudiera haber elementos de eventual irregularidad en su otorgamiento, o en general elementos de una eventual infracción a la ley.¹⁵¹⁶

929. En síntesis, por los motivos expuestos, la aseveración de las Demandantes de que el “MINEM must contribute to, and, in fact, ensure, that CHM will obtain the permits”¹⁵¹⁷ no tiene ningún asidero en el Contrato RER ni fundamento en el ordenamiento jurídico peruano. La obligación de coadyuvar es meramente una obligación de medios, y solo “consiste en **contribuir o ayudar** a que CH Mamacocha logre **la obtención** de los títulos habilitantes”¹⁵¹⁸ (énfasis añadido).

b. Las Demandantes asumieron el riesgo de no obtener los permisos ambientales

930. El Perú ha demostrado que el MINEM no se obligó —ni podía obligarse— a *garantizar* que las entidades regionales otorgarían los permisos, autorizaciones, o concesiones requeridos. A cambio de la posibilidad de recibir una tarifa atractiva, las Demandantes asumieron la responsabilidad de obtener los permisos, autorizaciones, y concesiones requeridos para construir el Proyecto Mamacocha, y asumieron asimismo el riesgo de no obtenerlos¹⁵¹⁹. Eso se desprende claramente del texto del Contrato RER.

¹⁵¹⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.75.

¹⁵¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 447.

¹⁵¹⁸ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.64.

¹⁵¹⁹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶¶ 17, 48.

931. Una de las obligaciones principales que contrajo CH Mamacocha al suscribir el Contrato RER fue la de obtener la Concesión Definitiva y los respectivos permisos necesarios para la construcción y puesta en operación de sus proyectos de generación de energía¹⁵²⁰. Así, de conformidad con la cláusula 1.3 del Contrato,

[l]a suscripción del Contrato no elimina ni afecta la obligación de la Sociedad Concesionaria, de solicitar, suscribir y cumplir los requisitos para obtener la Concesión Definitiva de la Central de Generación que la Sociedad Concesionaria deberá tramitar en el Ministerio¹⁵²¹.

932. La cláusula 3.2 del Contrato RER prevé expresamente lo siguiente:

La Sociedad Concesionaria se obliga a gestionar y cumplir con todos los requisitos para la obtención de la Concesión Definitiva y para la construcción de una planta de generación eléctrica especificada en el Anexo N° 1¹⁵²².

933. Las cláusulas citadas se deben interpretar en conjunto con las Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, las cuales forman parte integrante del Contrato RER¹⁵²³. Desde el momento mismo en que CH Mamacocha presentó su oferta en el marco de la Tercera Subasta, la misma ya había asumido el riesgo y la exclusiva responsabilidad de obtener los títulos habilitantes requeridos para la instalación y puesta en operación de la central de generación RER¹⁵²⁴. Ello porque las Bases Consolidadas establecían lo siguiente:

Cada Adjudicatario debe obtener la Concesión Definitiva cumpliendo las disposiciones establecidas en la LCE [Ley de Concesiones Eléctricas] y el RLCE [Reglamento de la Ley de

¹⁵²⁰ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.63.

¹⁵²¹ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.3.

¹⁵²² Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.2.

¹⁵²³ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.6 (“Bases Consolidadas: Son las Bases definitivas que serán publicadas en el Data Room de acuerdo con el Cronograma. Forman parte integrante del Contrato”).

¹⁵²⁴ Ver Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 17; **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MINEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 30.

Concesiones Eléctricas], en caso que no tuviera dicha Concesión Definitiva. . . .

En ese sentido, **es de su exclusiva responsabilidad el contar con los títulos que los habiliten legalmente para la instalación de la central de generación RER en el área del terreno que señalen para tal fin**¹⁵²⁵. (Énfasis añadido).

934. Como explica el experto Claudio Lava Cavassa:

de una lectura de las Bases, del Reglamento de la Ley RER y del Contrato [RER], ha quedado suficientemente acreditado que es obligación de CH Mamacocha no solo gestionar y cumplir con todos los requisitos legales, sino específicamente obtener los títulos habilitantes (licencias, permisos y autorizaciones administrativas) para la ejecución del Proyecto y el cumplimiento del Contrato [RER]¹⁵²⁶.

935. Explica la jurista peruana Romina Stucchi que asumir la obligación de gestionar y cumplir con todos los requisitos legales, y de obtener los títulos habilitantes, implica *a fortiori* asumir el riesgo de no cumplir con la misma:

Los riesgos asociados a la obtención de permisos, licencias, autorizaciones o concesiones (ambientales, incluidas) son asumidas por la Generadora RER, la cual se encargará de gestionar todas aquellas licencias y/o permisos necesarios desde la etapa de la construcción hasta la fecha real de la POC. Asimismo, la única responsable de cumplir con todos los requisitos legales aplicables para contar con un proyecto en debido cumplimiento regulatorio es la Generadora RER¹⁵²⁷.

936. Al leer las cláusulas 1.3, 3.2, y 4.3 en conjunto con las Bases Consolidadas, es evidente que (i) fue CH Mamacocha la que asumió expresamente cualquier riesgo relacionado con un eventual incumplimiento de la obligación de obtener a tiempo los títulos habilitantes pertinentes, y (ii) bajo ninguna circunstancia estaba

¹⁵²⁵ Ver **Anexo R-0001**, Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, cláusula 1.4.1.

¹⁵²⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.63.

¹⁵²⁷ **Anexo CLC-0092**, STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Romina. Apuntes Generales sobre Inversión Privada en la Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables. En: RDA 16 – Derecho Administrativo e Inversión Privada. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, pág. 259.

asumiendo el MINEM (o el Estado en general) en el Contrato RER ninguna obligación o riesgo relacionado con la obtención de los citados documentos¹⁵²⁸. Carecería de sentido sostener que, pese a que CH Mamacocha era la única parte responsable por la obtención de permisos, el riesgo de que estos no fueran expedidos recaía de alguna manera sobre el MINEM.

937. En conclusión, las disposiciones del Contrato RER, así como las de las Bases Consolidadas de la Tercera Subasta, establecen inequívocamente que el MINEM no asumió en ningún momento la responsabilidad de otorgar o garantizar que los entes competentes otorgarían los permisos, autorizaciones, concesiones necesarios para la ejecución del Proyecto Mamacocha. La obtención de dichos permisos era responsabilidad y riesgo exclusivamente de CH Mamacocha, lo que esta aceptó cuando presentó su oferta de conformidad con las citadas Bases Consolidadas, así como cuando suscribió el Contrato RER¹⁵²⁹.

2. *El MINEM no violó la Cláusula 4.3 del Contrato RER*

a. El MINEM no incumplió su obligación de coadyuvar con respecto a la Demanda del Gobierno Regional

938. Las Demandantes argumentan que el Perú incumplió la obligación de coadyuvar establecida en la cláusula 4.3 del Contrato RER, a través de la siguiente acción y supuesta omisión: (i) la presentación de la Demanda del Gobierno Regional¹⁵³⁰; y (ii) supuesta no asistencia del MINEM inmediatamente a las Demandantes para lograr el retiro de la Demanda del Gobierno Regional¹⁵³¹. Ni esa acción ni la

¹⁵²⁸ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.64; ver también Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 294 (“la asunción de esta obligación [de coadyuvar] no elimina ni atempera la obligación del MAMACocha de obtener los permisos y, por ende, **no debe entenderse de la obligación de coadyuvar asumida por el Estado peruano que entonces MAMACocha comparte o traslada parcialmente el riesgo de la obtención de los permisos al Concedente**”). (énfasis añadido).

¹⁵²⁹ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.63; ver también Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶¶ 17, 48.

¹⁵³⁰ Memorial de Demanda, ¶ 451.

¹⁵³¹ Memorial de Demanda, ¶ 452.

supuesta omisión constituyen incumplimiento de la cláusula 4.3 del Contrato RER.

939. En primer lugar, como se ha explicado, el Contrato RER únicamente vincula al MINEM y no a otras agencias del Estado. Por lo tanto, las acciones del Gobierno Regional de Arequipa no pueden ser consideradas como incumplimientos contractuales.
940. En cualquier caso, la obligación bajo la cláusula 4.3 del Contrato RER de coadyuvar en la obtención de permisos, licencias, autorizaciones, etc., no puede interpretarse como una renuncia del Estado a interponer acciones judiciales destinadas a que se respete el ordenamiento jurídico peruano y se proteja el interés público.
941. En segundo lugar, no es cierto que el MINEM haya incumplido con su obligación de coadyuvar en la obtención de permisos, sino que las Demandantes pretenden otorgarle a esa obligación alcances que sencillamente no tiene. Las Demandantes señalan por ejemplo que enviaron cartas al MINEM requiriéndole que, en aplicación de la cláusula 4.3 del Contrato RER, adoptara acciones para proteger las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha¹⁵³². Pero en sus comunicaciones al respecto, las propias Demandantes reconocieron que no se estaban refiriendo a la falta de obtención de permisos¹⁵³³.
942. No obstante, alegan las Demandantes que “MINEM refused to give CHM any assistance with respect to the RGA Lawsuit”¹⁵³⁴. Las Demandantes deliberadamente omiten referencia al hecho que, en respuesta a los pedidos de CH Mamacocha, el MINEM había señalado expresamente que la obligación de coadyuvar bajo la cláusula 4.3 no comprendía el tipo de acciones solicitadas por las Demandantes. El

¹⁵³² Memorial de Demanda, ¶ 452.

¹⁵³³ Ver e.g., **Anexo C-0142**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (A. Vásquez), 17 de julio de 2017, pág. 4.

¹⁵³⁴ Memorial de Demanda, ¶ 452.

MINEM, en el informe No. 122-2017-MEM/DGE del 28 de junio de 2017, enviado en respuesta a las solicitudes de CH Mamacocha, indicó lo siguiente:

[E]l Ministerio de Energía y Minas, se limita a coadyuvar; no existiendo renuncia u obligación de no ejercer el derecho de acción en el marco de un proceso contencioso administrativo, que tenga por objeto solicitar al Poder Judicial la nulidad de una actuación administrativa (agotado el plazo para poder declarar la nulidad en sede administrativa, a través de la autotutela declarativa)¹⁵³⁵.

943. En su informe, el MINEM precisó que “carece de competencias para evaluar la legalidad y oportunidad (en los términos de la solicitud) de la actuación del Gobierno Regional de Arequipa (autónomo respecto al Gobierno Nacional, según la legislación vigente), ni del Poder Judicial (constitucionalmente autónomo)”¹⁵³⁶.
944. Al respecto, el experto Claudio Lava explica que “[n]o resulta posible sostener que el deber de coadyuvar del MINEM supone una suerte de garantía implícita de la obtención o defensa de dichos títulos habilitantes”¹⁵³⁷. En ese sentido, precisa en su informe pericial que:

no puede asumirse tampoco que el deber de “coadyuvar” lleva intrínseco un deber de asegurar que los títulos habilitantes se mantengan vigentes, por ejemplo, repeliendo cualquier cuestionamiento contra los mismos, o colaborando para que se obtenga el pronto desistimiento de la demanda contencioso-administrativa del GRA o de la investigación penal de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Arequipa¹⁵³⁸.

945. Por lo tanto, no es cierto que el MINEM simplemente se haya negado a brindar asistencia a las Demandantes. Se trata simplemente de que las Demandantes

¹⁵³⁵ **Anexo MQ-0019**, Oficio 121-2017-MEM/VME del MINEM (A. Vásquez) a HLA (C. Diez), 13 de julio de 2017 *adjuntado* Informe No. 122-2017-MEM/DGE, 28 de junio de 2017, pág. 7.

¹⁵³⁶ **Anexo MQ-0019**, Oficio 121-2017-MEM/VME del MINEM (A. Vásquez) a HLA (C. Diez), 13 de julio de 2017 *adjuntado* Informe No. 122-2017-MEM/DGE, 28 de junio de 2017, pág. 8.

¹⁵³⁷ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 1.13.

¹⁵³⁸ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.75.

pretendían, al amparo de la cláusula 4.3, que el MINEM excediera sus competencias y obstaculizase o frenase acciones adoptadas por otras entidades del estado en respuesta a posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico peruano. Esa pretensión era claramente irrazonable.

b. El MINEM no incumplió su obligación de coadyuvar con respecto a la Investigación Penal

946. Las Demandantes alegan además que Perú violó la obligación de coadyuvar bajo el Contrato RER al no brindar asistencia a CH Mamacocha respecto de la Investigación Penal seguida por la Fiscalía Ambiental de Arequipa¹⁵³⁹. Nuevamente, ese argumento de las Demandantes carece de mérito, pues está basado en una manifiestamente incorrecta interpretación de la cláusula 4.3 del Contrato RER y de los límites de las facultades legales y competencia del MINEM.
947. En primer lugar, como se ha explicado, la contraparte de CH Mamacocha en el Contrato RER es el MINEM, no el Estado como un todo. En consecuencia no es parte del Contrato RER la Fiscalía Ambiental de Arequipa, por ejemplo.
948. En segundo lugar, las Demandantes no identifican en qué forma la obligación de coadyuvar establecida en la cláusula 4.3 del Contrato RER habría obligado al MINEM a intervenir en la Investigación Penal. Según las Demandantes, *“per the plain language of Clause 4.3, this obligation can arise if the following two conditions are present: (i) the relevant governmental authorities have not acted in a ‘timely’ manner; and (iii) the concessionaire has met ‘all requirements and procedures required under the Applicable Laws[.]’”*¹⁵⁴⁰. Sin embargo, ninguna de esas dos condiciones se cumple respecto de la Investigación Penal. La obligación de coadyuvar establecida por el artículo 4.3 del Contrato RER no puede interpretarse como una obligación de interferir con investigaciones penales.

¹⁵³⁹ Memorial de Demanda, ¶ 453.

¹⁵⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶ 448.

949. En tercer lugar, las Demandantes no han demostrado que hayan solicitado la asistencia del MINEM en dicho asunto. La responsabilidad del MINEM no podría verse comprometida por no haber actuado de una forma no prevista por el Contrato RER, especialmente cuando las Demandantes ni siquiera solicitaron la intervención del MINEM.

c. El MINEM no incumplió su obligación de coadyuvar con respecto a la Autorización para la Ejecución de Obras

950. Las Demandantes afirman adicionalmente que el Perú violó la cláusula 4.3 del Contrato RER cuando el “MINEM failed to provide assistance on CHM’s efforts to obtain the Project’s civil works authorization [la Autorización para la Ejecución de Obras]”¹⁵⁴¹. Las Demandantes fundamentan esa reclamación en un solo párrafo, basándose en una serie de premisas falsas que el Perú ya ha desmentido, en la **Sección III.B.**

951. La reclamación de las Demandantes no tiene sustento jurídico. El MINEM solo habría tenido la obligación de coadyuvar en la obtención de la Autorización de Ejecución de Obras si se hubieran cumplido tres condiciones: (i) si la Autoridad Administrativa del Agua no hubiese actuado “en el tiempo debido”; (ii) si CH Mamacocha hubiese cumplido “los requisitos y trámites exigidos por las Leyes Aplicables” a la autorización; y (iii) si CH Mamacocha hubiese solicitado la intervención del MINEM¹⁵⁴².

952. Ninguna de las citadas condiciones se cumplieron con relación al trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras. Primero, la Autoridad Administrativa del Agua no actuó fuera del tiempo debido, sino que fue retrasado por las demoras

¹⁵⁴¹ Memorial de Demanda, ¶ 454.

¹⁵⁴² **Anexo C-0002**, Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, 18 de febrero de 2014 (“**Contrato RER**”), cláusula 4.3; *ver también* Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 3.65.

de las propias Demandantes y por las actuaciones de terceros (viz., los ciudadanos que presentaron el recurso de nulidad)¹⁵⁴³.

953. Segundo, CH Mamacocha no cumplió con todas las leyes aplicables durante el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras. Cuando la Autoridad Administrativa del Agua informó a CH Mamacocha que su solicitud tenía inconsistencias y otros defectos¹⁵⁴⁴, CH Mamacocha demoró casi tres meses para resolver las deficiencias en su propia solicitud, por lo que excedió por un período de 72 días el plazo requerido por el reglamento aplicable¹⁵⁴⁵.
954. Tercero, las Demandantes no han demostrado que CH Mamacocha haya solicitado que el MINEM coadyuvase en la obtención de la Autorización para la Ejecución de Obras. A falta de tal solicitud, el MINEM no tenía ninguna obligación de coadyuvar en la obtención de dicha autorización.

D. El MINEM no violó el Contrato RER al iniciar el Arbitraje de Lima

955. Las Demandantes alegan que el MINEM violó las cláusulas 2.2.1 y 11.3 del Contrato RER al iniciar el Arbitraje de Lima¹⁵⁴⁶. Según las Demandantes, la pretensión principal presentada por el MINEM en el Arbitraje de Lima (viz., la solicitud de nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2) es violatoria de la cláusula 2.2.1 porque la pretensión “*breached Peru’s guarantee that the MINEM officials who executed the two contract modifications were duly authorized and the contract modifications were fully ‘in accordance with the Applicable Laws’*”¹⁵⁴⁷. Adicionalmente, alegan que la nulidad de ambas Adendas resultaría en que la cuantía de la controversia sea

¹⁵⁴³ Ver Sección III.B.

¹⁵⁴⁴ **Anexo R-0044**, Carta No. 089-2017-ANA/AAA de la Autoridad Nacional del Agua (A. Osorio) a HLA (C. Diez), 31 de enero de 2017.

¹⁵⁴⁵ **Anexo R-0051**, Carta de HLA (C. Diez) a la Autoridad Administrativa del Agua (I. Martínez), 24 de abril de 2017; **Anexo R-0039**, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua, septiembre de 2010, art. 12(c).

¹⁵⁴⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 455–463, 468–469.

¹⁵⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 469.

superior a USD 20 millones y, por lo tanto, esa controversia debía ser dirimida bajo un arbitraje CIADI, de conformidad con la cláusula 11.3 a) del Contrato RER¹⁵⁴⁸.

956. El 24 de diciembre de 2020 el tribunal arbitral emitió un laudo sobre jurisdicción en el cual declaró que carece de jurisdicción para resolver las pretensiones planteadas por el MINEM¹⁵⁴⁹. Consecuentemente, el tribunal en el Arbitraje de Lima no se pronunció sobre el mérito de las pretensiones del MINEM (a saber, la petición de nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2). En consecuencia, esas Adendas no han sido anuladas.
957. No obstante que el Arbitraje de Lima ha concluido, el Perú explica en la **Sección IV.D.1** por qué la presentación del Arbitraje de Lima no constituye una violación de la cláusula 2.2.1 del Contrato RER, y en la **Sección IV.D.2** el Perú demuestra por qué tampoco violó la cláusula 11.3 a) del Contrato RER.

1. *El MINEM no violó la cláusula 2.2.1 del Contrato RER*

958. Según las Demandantes, la presentación de la demanda de nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2 en el Arbitraje de Lima *ipso facto* constituye una violación de la cláusula 2.2.1 del Contrato RER¹⁵⁵⁰. Esa cláusula establece lo siguiente:

- 2.2 El Ministerio garantiza a la Sociedad Concesionaria, en la fecha de Cierre, la veracidad y exactitud de las siguientes declaraciones:
- 2.2.1 El Ministerio está debidamente autorizado conforme a las Leyes Aplicables para actuar como Concedente en el presente Contrato. La firma, entrega y cumplimiento por parte del Ministerio del Contrato, están comprendidos dentro de sus facultades, son conformes

¹⁵⁴⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 463–464.

¹⁵⁴⁹ **Anexo R-0008**, MINEM c. CH Mamacocha S.R.L., Caso Arbitral No. 0669-2018-CCL, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de diciembre de 2020.

¹⁵⁵⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶ 469.

a las Leyes Aplicables, y han sido debidamente autorizados por la Autoridad Gubernamental.¹⁵⁵¹

959. Las Demandantes intentan reescribir esa cláusula y extrapolan el texto de la cláusula 2.2.1 del Contrato RER a supuestas *modificaciones* contractuales. Argumenta las Demandantes que “*Clause 2.2.1 of the RER Contract provides a sovereign guarantee that its ‘execution, delivery, and performance’ of the RER Contract, and its modifications, ‘fall within its powers, are consistent with the Applicable Laws and have been duly authorized by the Government Authority’*” (énfasis añadido)¹⁵⁵². Esa interpretación no tiene fundamento en el texto de la cláusula citada, la cual expresamente limita la declaración del MINEM a tres acciones concretas: “firma, entrega y cumplimiento” del Contrato RER¹⁵⁵³. Claudio Lava señala que “[l]a garantía efectuada por el MINEM en el numeral 2.2.1 del Contrato es una declaración que se refiere específicamente a la celebración del Contrato, y no a posteriores adendas al mismo”¹⁵⁵⁴. Concluye Claudio Lava que no encuentra “un motivo válido para sostener que el inicio del Arbitraje Local para cuestionar la Primera y Segunda Adendas pudiera suponer una transgresión del numeral 2.2.1”¹⁵⁵⁵.
960. Lo que las Demandantes pretenden con su argumento infundado bajo la cláusula 2.2.1 es coartar el derecho del Perú de someter a arbitraje controversias bajo el Contrato RER. La pretensión del MINEM al iniciar el Arbitraje de Lima era rectificar su actuación a través de una declaratoria de nulidad de las Adendas Nos. 1 y 2, por ser contrarias a la normativa aplicable (*ver Sección III.E*). En ese sentido, explica Claudio Lava, experto legal independiente, que:

¹⁵⁵¹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 2.2.1.

¹⁵⁵² Memorial de Demanda, ¶ 468.

¹⁵⁵³ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 2.2.1.

¹⁵⁵⁴ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.101.

¹⁵⁵⁵ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.101.

la eventual contravención de normas de orden público o la existencia de cualquier causal de nulidad insubsanable constituyen un límite infranqueable para la aplicación de la teoría de los actos propios. En este contexto el otorgamiento de un título habilitante no puede significar ni interpretarse como una conducta primigenia vinculante que impida a un Gobierno Regional buscar que las autoridades judiciales rectifiquen esta situación, en caso encuentren mérito para ello¹⁵⁵⁶.

961. En ese sentido, la actuación del MINEM fue razonable puesto que “habiendo advertido el MINEM posibles violaciones a normas imperativas a raíz de la suscripción de la Primera y Segunda Adendas, optó por acudir al Arbitraje local para que sea un tribunal compuesto por árbitros independientes e imparciales los que resuelvan la controversia jurídica suscitada”¹⁵⁵⁷.

2. *El MINEM no violó la cláusula 11.3 a) del Contrato RER*

962. Argumentan las Demandantes que el Arbitraje de Lima fue “*merely an abusive forum shopping exercise as a means of avoiding having this dispute be heard before an ICSID tribunal*”¹⁵⁵⁸. Ese argumento es infundado por al menos dos razones. En primer lugar, como el Perú demostró en la **Sección III.F**, la demanda presentada por el MINEM ante la Cámara de Comercio de Lima y el presente arbitraje versan sobre controversias de naturaleza fundamentalmente distinta, se basan en hechos diferentes, y tienen pretensiones disímiles. Así, no pueden las Demandantes argumentar que el MINEM intentó evadir la jurisdicción del CIADI puesto que se tratan de dos controversias distintas.
963. En segundo lugar, el propio Contrato RER que CH Mamacocha suscribió prevé que algunas controversias podían ser presentadas ante la Cámara de Comercio de Lima. Esa posibilidad, que el MINEM legítimamente ejerció, no puede ser

¹⁵⁵⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.66.

¹⁵⁵⁷ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.103.

¹⁵⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶ 462.

catalogada —como lo hacen las Demandantes— “*a fundamental breach of the protections offered to investors (including foreign investors) under the RER Contract*”¹⁵⁵⁹, ni tampoco “*an abusive forum shopping exercise*”¹⁵⁶⁰. Como explica Claudio Lava, “la determinación efectuada por el MINEM al momento de apersonarse [a la Cámara de Comercio de Lima] e invocar la cláusula arbitral contra CH Mamacocha era una determinación razonable”¹⁵⁶¹. Eso se debe a que:

las pretensiones planteadas por el MINEM (la invalidez de unos actos jurídicos) no es susceptible de cuantificación por tratarse de una cuestión de puro derecho, o que el MINEM, como cualquier accionante, debe tener plena libertad de plantear sus pretensiones como estime conveniente¹⁵⁶².

964. Además, la posición de las Demandantes llevaría a la situación absurda de que sea una parte del contrato, y no un tribunal arbitral, quien determine si un tribunal tiene jurisdicción para dimitir una controversia. Es el tribunal arbitral quien tiene el poder (y deber) de ejercer el control de su competencia y determinar si tiene o no jurisdicción para adjudicar una controversia. La elección de la parte demandante de someter una controversia a un foro previsto en el Contrato RER no puede constituir un incumplimiento contractual. Claudio Lava concluye que la decisión del MINEM de presentar una demanda arbitral “constituye el ejercicio legítimo de una atribución constitucional, legal y contractual”¹⁵⁶³.
965. La posición de las Demandantes en este caso parece ser que ellas sí pueden iniciar un arbitraje contractual invocando la cláusula 11.3 a) del Contrato RER, pero si el MINEM ejerce su derecho de iniciar un arbitraje contractual invocando la cláusula 11.3 b) del Contrato RER, eso constituye no solo una violación

¹⁵⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶ 462.

¹⁵⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 462.

¹⁵⁶¹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.94.

¹⁵⁶² Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.94

¹⁵⁶³ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.98.

contractual sino además una violación de derecho internacional público. La posición de las Demandantes no es seria y debe ser rechazada.

E. El MINEM no violó el principio de buena fe bajo derecho peruano

1. El alcance del principio de buena fe bajo derecho peruano

966. Las Demandantes alegan que el Perú violó el principio de buena fe bajo derecho peruano, incorporado en el Contrato RER. Señalan que ese principio se encuentra recogido en el artículo 1362 del Código Civil, el cual establece lo siguiente: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”¹⁵⁶⁴. Las Demandantes también señalan que ese principio se encuentra recogido en la LPAG. Sin embargo, por los motivos previamente expuestos, esa norma no resulte aplicable en este caso. Sin perjuicio de ello, las Demandantes sostienen que el contenido del principio de buena fe bajo el Código Civil y la LPAG es el mismo¹⁵⁶⁵.

967. Respecto al contenido del principio de buena fe, el experto legal independiente Claudio Lava explica que:

la regla de la buena fe constituye una regla de conducta que impone a las partes (deudor y acreedor) el deber de comportarse de manera congruente con el modelo sinalagmático establecido en su acuerdo de voluntades, es decir, **en consonancia con la asignación de riegos y cargas establecida en dicho acuerdo**¹⁵⁶⁶. (Énfasis añadido)

968. Claudio Lava precisa además, en su informe pericial, que:

[u]na manifestación clara del principio de buena fe es la de **evitar interpretaciones que nos lleven a resultados contrarios al ordenamiento jurídico**, como sucede cuando un

¹⁵⁶⁴ **RL-0048**, Código Civil, art. 1362.

¹⁵⁶⁵ Memorial de Demanda, ¶ 472.

¹⁵⁶⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.22.

derecho subjetivo se emplea para una finalidad distinta a la prevista en la ley¹⁵⁶⁷. (Énfasis añadido)

969. Explica también el experto legal Claudio Lava que “[s]e requiere una apreciación concreta en un caso concreto para analizar el alcance de esta regla de conducta”¹⁵⁶⁸. Es decir, el análisis sobre el cumplimiento del principio de buena fe debe realizarse caso por caso.
970. Como se demuestra a continuación, ninguna de las medidas impugnadas por las Demandantes constituyen una violación del principio de buena fe.

2. *Aplicación del principio de buena fe a las medidas impugnadas*

a. La presentación de la Demanda del Gobierno Regional no violó el principio de buena fe

971. Las Demandantes alegan que “*Peru’s commencement of the RGA Lawsuit* [Demanda del Gobierno Regional] *was entirely unreasonable and lacking good faith*”¹⁵⁶⁹. Lo señalado por las Demandantes no es cierto.
972. En primer lugar, las acciones del Gobierno Regional de Arequipa no pueden generar responsabilidad bajo el Contrato RER, pues la parte vinculada por dicho contrato es exclusivamente el MINEM. La buena o mala fe en este caso, debe corresponder al MINEM y no a terceros al Contrato RER. Por otra parte, el principio de buena fe no puede impedir a la autoridad regional acudir a los tribunales locales a solicitar la nulidad de actos administrativos irregulares.
973. Adicionalmente, como se demostró en las **Secciones III.C y V.A.2**, no es cierto que la Demanda del Gobierno Regional no tuviera mérito alguno, como alegan las Demandantes¹⁵⁷⁰. Tampoco es cierto que la Comisión Especial amenazó al Gobierno Regional de Arequipa y le solicitó desistirse del Proceso Contencioso

¹⁵⁶⁷ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.22.

¹⁵⁶⁸ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.22.

¹⁵⁶⁹ Memorial de Demanda, ¶ 474.

¹⁵⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶ 474.

Administrativo¹⁵⁷¹. Como el Perú ha explicado, el abogado externo contratado por la Comisión Especial consideró que existían aspectos meramente formales, relacionados con el plazo de prescripción de la acción, que constituían parte de los motivos por los cuales consideró que las probabilidades de éxito eran remotas. Sin embargo, en ningún momento señaló que la demanda fuera arbitraria o injustificada, ni de mala fe.

974. Lo indicado por la Procuradora Pública Regional en el Informe No. 278-2017-GRA/PPR del 21 de diciembre de 2017, respecto al hecho de que compartía la opinión del abogado externo, no puede ser considerado como prueba de mala fe. Como señala el experto legal independiente Claudio Lava:

la recomendación de desistimiento se formula por encontrar remotas probabilidades de éxito en la obtención de un resultado favorable. En mi opinión, **contrariamente a lo que señalan las Demandadas, este argumento abona en la tesis de la buena fe con la que obró el GRA (que no es parte en el Contrato) al formalizar el desistimiento pocos meses después de iniciado el proceso.** La sola interposición de la demanda no genera en sí misma una actuación contraria a la buena fe, y su posterior desistimiento indica simplemente que, contando con asesoría externa, el GRA encontró que era razonable no continuar con el proceso, procediendo en consecuencia a desistirse¹⁵⁷². (Énfasis añadido)

975. Por lo tanto, la Demanda del Gobierno Regional no puede considerarse un acto que violó el principio de buena fe.

b. Ningún acto de la Fiscalía Ambiental de Arequipa violó el principio de buena fe

976. Las Demandantes alegan que el Perú violó su obligación de ejecutar el Contrato RER de buena fe cuando la Fiscalía Ambiental de Arequipa abrió la investigación respecto de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha, y cuando

¹⁵⁷¹ Declaración Testimonial de Ricardo Ampuero, ¶¶ 29-33.

¹⁵⁷² Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.68.

decidió “formalizar y continuar” la Investigación Penal e incluir [REDACTED] [REDACTED] luego de que la Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo¹⁵⁷³.

977. Como cuestión preliminar, las acciones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa —un organismo con autonomía funcional¹⁵⁷⁴ e independiente en el ejercicio de sus atribuciones¹⁵⁷⁵— no podría comprometer la responsabilidad civil contractual del MINEM bajo el Contrato RER, ni ser tomadas en cuenta para configurar la buena o mala fe del MINEM, que es una entidad diferente. Por otra parte, el principio de buena fe no puede impedirle al Estado ejercer sus poder regulatorio y de policía y atender a cuestiones de orden público, investigando la posible comisión de delitos.
978. En cualquier caso, los presupuestos fácticos de esa supuesta violación al deber de buena fe que alegan las Demandantes son erróneos. El fundamento del inicio de la Investigación Penal fue la denuncia presentado por ciudadanos privados y la prueba documental que acompañaron a dicha denuncia¹⁵⁷⁶. El desistimiento de la Procuraduría Pública Regional resultaba irrelevante para la Investigación Penal en tanto existieran suficientes indicios de la comisión de un delito¹⁵⁷⁷. Y, contrario a lo alegado por las Demandantes, el desistimiento del Proceso Contencioso Administrativo no tuvo su origen en la regularidad de los permisos o la usencia de méritos de su impugnación¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 471–478.

¹⁵⁷⁴ **RL-0053**, Resolución de Junta de Fiscales Supremos No. 038-2008-MP-FN-JFS, Ministerio Público Fiscalía de la Nación, 12 de agosto de 2008, art. 5.1; **RL-0088**, Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, 13 de junio de 2020, art. 6; **RL-0054**, Resolución de Fiscalía de la Nación No. 435-2020-MP-FN, 24 de febrero de 2020.

¹⁵⁷⁵ Ver **RL-0052**, Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo No. 52, sin fecha art. 5.

¹⁵⁷⁶ Ver Sección II.D

¹⁵⁷⁷ Ver Sección III.D

¹⁵⁷⁸ Ver Sección III.D

c. Ningún acto de la Autoridad Administrativa del Agua violó el principio de buena fe

979. Las Demandantes afirman que la Autoridad Administrativa del Agua violó el principio de buena fe contractual durante el trámite del pedido de CH Mamacocha para la Autorización para la Ejecución de Obras. Su reclamación, que se limita a un solo párrafo¹⁵⁷⁹, es jurídica y factualmente incorrecta.
980. Bajo el Contrato RER, no se puede responsabilizar al MINEM (parte contratante) por los actos de entidades autónomas como la Autoridad Administrativa del Agua¹⁵⁸⁰. De hecho, el MINEM está *legalmente impedido* para asumir contractualmente responsabilidad con respecto a atribuciones de otros órganos del Estado o de las autoridades regionales y descentralizadas¹⁵⁸¹. Basta con ese motivo para desestimar la reclamación de las Demandantes que el Perú violó el principio de buena fe contractual a través de la Autoridad Administrativa del Agua.
981. Aun si los actos de la Autoridad Administrativa del Agua pudieran generar responsabilidad contractual por parte del Perú (*quod non*), las Demandantes basan su reclamación en afirmaciones falsas. Como el Perú ha demostrado a lo largo de su Memorial de Contestación, y de manera detallada en la **Sección III.B**, el comportamiento de la Autoridad Administrativa del Agua no fue ni improcedente ni motivado por consideraciones políticas, como alegan las Demandantes (sin prueba alguna). Tampoco es cierto, como se explicó anteriormente, que el Tribunal Hídrico intervino para rectificar la Autorización para la Ejecución de Obras de CH Mamacocha. En resumen, la reclamación de las Demandantes carece de fundamento fáctico.

¹⁵⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶ 476.

¹⁵⁸⁰ Ver Sección VI.A.

¹⁵⁸¹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 197-198.

d. La iniciación del Arbitraje de Lima no violó el principio de buena fe

982. Alegan las Demandantes que la iniciación del Arbitraje de Lima fue un “*preemptive strike . . . for the bad faith purpose of having a domestic tribunal – rather than ICSID – resolve many of the legal and factual issues that Claimants had identified as under dispute as far back as June 2017*”¹⁵⁸². El Perú ya demostró en la **Sección III.F** que la demanda presentada por el MINEM ante la Cámara de Comercio de Lima, por un lado, y el presente arbitraje, por otro lado, versan sobre controversias de naturaleza fundamentalmente distinta, se basan en hechos diferentes, y tienen pretensiones disímiles. Pretenden las Demandantes argumentar que el ejercicio del derecho contractual del MINEM de activar el mecanismo de solución de diferencias establecido en la cláusula 11 del Contrato RER constituye una acción de mala fe. Eso es absurdo. Además, el experto legal Claudio Lava sostiene que es “ilógico pretender que todo demandante que sea derivado a un foro distinto por cuestiones de competencia, deba ser tachado por haber actuado de mala fe”¹⁵⁸³.

e. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no violó el principio de buena fe

983. Las Demandantes alegan que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC exhibe una conducta de “*regulatory opportunism*” porque, según las Demandantes, “*it was less costly and a lot easier to let the RER projects fail than pick a fight with the much more substantial natural gas industry players*”¹⁵⁸⁴. Los argumentos de las Demandantes carecen mérito. El Perú explicó en la **Sección III.E** que la normativa aplicable no permitía una extensión de la POC, o una modificación de la Fecha de Término del Contrato. En consecuencia, el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no se basó en un supuesto “*regulatory*

¹⁵⁸² Memorial de Demanda, ¶ 477.

¹⁵⁸³ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.95.

¹⁵⁸⁴ Memorial de Demanda, ¶ 478.

opportunism”, sino en los límites impuestos expresamente por el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, el Contrato RER, y los factores de igualdad de competencia entre postores de la Tercera Subasta¹⁵⁸⁵. La posición de las Demandantes es que el MINEM debió adoptar una interpretación del Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER que fuese contrario al ordenamiento jurídico. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no puede violar el principio de buena fe.

F. El MINEM no violó el principio de los actos propios

984. Las Demandantes alegan que el Perú violó la ley peruana, incorporada en el Contrato RER. Específicamente, las Demandantes argumentan que el Perú violó el principio de actos propios a través de las siguientes medidas: (i) la Demanda del Gobierno Regional; (ii) la iniciación del Arbitraje de Lima; (iii) el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC¹⁵⁸⁶. Sin embargo, como el Perú explicará en esta sección, los argumentos de las Demandantes carecen de fundamento.
985. En primer lugar, el Perú reitera que, como explicó en la **Sección VI.A** del presente escrito, las obligaciones bajo el Contrato RER no pueden extenderse a entidades del Estado peruano distintas al MINEM, como equivocadamente pretenden las Demandantes. En segundo lugar, las Demandantes presentan una descripción incorrecta de los elementos que configuran el principio de los actos propios. En tercer lugar, como se demostrará a continuación, ninguna de las medidas invocadas por las Demandantes constituyen una violación de ese principio.

1. El alcance del principio de los actos propios bajo derecho peruano

986. Las Demandantes argumentan que el principio de actos propios “*is rooted in the concept of good faith and prevents a party from taking inconsistent positions*”¹⁵⁸⁷. Esa es,

¹⁵⁸⁵ Secciones II.F, III.E; *ver* Declaración Testimonial de Francisco Ísmodes, ¶¶ 31–32.

¹⁵⁸⁶ *Ver* Memorial de Demanda, ¶¶ 482–485.

¹⁵⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶ 479.

sin embargo, una descripción incompleta y simplista de ese principio. Incluso el experto legal de las propias Demandantes, Eduardo Benavides, señala que para que aplique el principio de actos propio “deben presentarte necesariamente cuatro elementos: i) una conducta vinculante, ii) una pretensión contradictoria, iii) la contradicción posterior, y iv) la identidad de los sujetos”¹⁵⁸⁸. Además de esos elementos, el experto independiente en derecho civil peruano Claudio Lava explica que “existen importantes limitaciones a la aplicación de la teoría de los actos propios, siendo una de las más prominentes la **existencia de una razón legalmente válida que legitime la conducta contradictoria**”¹⁵⁸⁹ (énfasis añadido). Citando doctrina especializada, el experto Claudio Lava explica que “[l]a existencia de un acto viciado de nulidad constituye un límite infranqueable para la aplicación de la teoría de los actos propios, ya que se considera como la justificación válida por excelencia para permitir una actuación contradictoria”¹⁵⁹⁰. Concluye el experto Claudio Lava que:

[n]o es suficiente con encontrar identidad de sujetos, una conducta vinculante y una pretensión contradictoria. Además, es necesario que la pretensión contradictoria no encuentre justificación que la legitime, siendo una de estas justificaciones la existencia de un acto contrario al orden público, contrario al sistema legal vigente o en general un acto viciado con nulidad insubsanable¹⁵⁹¹. (Énfasis añadido)

987. Las Demandantes también invocan el párrafo 1.8 del artículo IV de la LPAG como supuesto fundamento para la aplicación del principio de actos propios¹⁵⁹². Sin embargo, como explica el experto independiente en derecho administrativo Carlos Monteza, el principio de buena fe procedimental, que comprende la doctrina de los actos propios, no puede trasladarse a las relaciones contractuales en las cuales

¹⁵⁸⁸ Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶ 252.

¹⁵⁸⁹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.29.

¹⁵⁹⁰ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.30.

¹⁵⁹¹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.34.

¹⁵⁹² Memorial de Demanda, ¶ 480.

la Administración pública es parte, en la medida que las relaciones contractuales no son de naturaleza procedimental¹⁵⁹³. Por lo tanto, ese principio “no puede[] traerse a colación para explicar la relación contractual que se genera de la celebración de un Contrato RER”¹⁵⁹⁴.

988. Por lo tanto, el párrafo 1.8 del artículo IV de la LPAG no se encuentra incorporado como parte de la legislación aplicable a los contratos RER. En cualquier caso, incluso asumiendo que el principio de actos propios derivado del artículo IV de la LPAG es aplicable a la conducta contractual del MINEM bajo el Contrato RER (quod non), lo cierto es que el MINEM no ha violado el principio de los actos propios.

2. *Aplicación de la teoría de los actos propios a las medidas impugnadas*

a. La Demanda del Gobierno Regional no es contraria al principio de los actos propios

989. Las Demandantes argumentan que el Perú violó el principio de los actos propios, y por extensión el Contrato RER, debido a que la Demanda del Gobierno Regional “*marked an abrupt reversal in legal position, as Peru attempted to annul its prior approval of the environmental permits*”¹⁵⁹⁵. Sin embargo, no es cierto que el hecho de solicitar la nulidad de permisos ambientales previamente otorgados constituya una violación del principio de los actos propios.
990. En primer lugar, esa medida no puede constituir una violación del Contrato RER porque se trató de una acción adoptada por el Gobierno Regional de Arequipa y no por el MINEM (parte del Contrato RER). Como se ha indicado en distintas oportunidades, no es posible sostener que, bajo derecho peruano, el Contrato RER vincula y obliga a todas las agencias del Estado peruano.

¹⁵⁹³ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 258.

¹⁵⁹⁴ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 258.

¹⁵⁹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 482.

991. En segundo lugar, incluso si el mencionado principio aplicara a las actuaciones del Gobierno Regional de Arequipa (hecho negado), la presentación de una demanda de nulidad es un claro ejemplo de una acción que constituye *una razón legalmente válida* que legitima la conducta contradictoria¹⁵⁹⁶. La propia ley peruana prevé la posibilidad de que las entidades públicas presenten demandas contencioso administrativas en contra de los actos administrativos emitidas por ellas mismas¹⁵⁹⁷. En palabras del experto Claudio Lava, “las entidades públicas están expresamente autorizadas por ley para buscar proteger la legalidad administrativa y el interés público que pudieran haberse visto afectados con la actuación administrativa cuestionada”¹⁵⁹⁸.
992. La ley peruana no solo autoriza el inicio de un proceso judicial, sino que la propia LPAG invocada por las Demandantes autoriza a las entidades públicas a declarar, dentro de un determinado plazo, la nulidad de oficio de sus propios actos si estos son contrarios a la ley. Al respecto, el artículo 202 de la LPAG señala que “puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales”¹⁵⁹⁹. En este caso, no fueron las propias autoridades las que anularon de oficio sus actos, sino que la Procuraduría Pública Regional, al advertir la posibilidad de que las Certificaciones Ambientales fueron emitidas en violación de la ley y afectando el interés público, acudió al juez para que este, en el marco de un proceso judicial y otorgando el derecho de defensa a la parte afectada, decidiera si procede la nulidad.

¹⁵⁹⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.29.

¹⁵⁹⁷ Ver **RL-0159**, Decreto Supremo No. 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, 3 de mayo de 2019, art. 13.

¹⁵⁹⁸ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.59.

¹⁵⁹⁹ **RL-0042**, LPAG, art. 211.1.

993. Al respecto, el experto Claudio Lava concluye acertadamente que no es posible pretender, invocando el principio de los actos propios, que no se pueda demandar la nulidad de los actos contrarios a la ley:

No puede considerarse que una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, incurre en una violación al principio de buena fe o a la teoría de los actos propios, por el hecho de recurrir a las autoridades competentes –ajenas a sí misma– para que sean estas las que resuelvan una controversia o incertidumbre jurídica. Dicho razonamiento sería tanto como pretender que, en aras del principio de buena fe, toda autoridad que otorga un permiso renuncia automáticamente a la posibilidad de investigar posibles irregularidades en su otorgamiento o asume un compromiso tácito de no demandar la nulidad del acto. . . [L]a teoría de los actos propios no aplica en modo alguno, cuando la conducta contradictoria tiene una justificación¹⁶⁰⁰.

994. Por lo tanto, por los motivos expuestos, la presentación de la Demanda del Gobierno Regional no puede considerarse violatoria del principio de actos propios bajo el derecho peruano.

b. La iniciación del Arbitraje de Lima no violó el principio de actos propios

995. En una sola oración las Demandantes alegan que la iniciación del Arbitraje de Lima constituyó una violación del principio de actos propios: “*Peru’s commencement of the Lima Arbitration also violated this principle because this proceeding seeks to annul the extensions that Peru had previously granted CHM under Addenda 1–2.*”¹⁶⁰¹. La brevedad y ausencia de análisis legal demuestra la frivolidad de tal reclamo. Como el Perú explicó en la **Sección II.C**, el MINEM aprobó la Adenda No. 1 con base en la Primera Solicitud de Extensión de la POC de CH Mamacocha, documento que era engañoso y erróneo. Con respecto a la Adenda No. 2, el Perú

¹⁶⁰⁰ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.65.

¹⁶⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 483.

demonstró en la **Sección III.C** que el MINEM no debió otorgar la extensión de la POC a una fecha posterior al 31 de diciembre de 2018 porque el Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER lo prohibían¹⁶⁰². El MINEM inició el Arbitraje de Lima, como parte contratante y en ejercicio de sus derechos bajo el Contrato RER, para corregir un acto (Adenda No. 2) que adolece de nulidad. Existe entonces una *razón legalmente válida* que legitima el inicio del Arbitraje de Lima. En consecuencia, esa acción del MINEM no violó el principio de actos propios.

c. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no violó el principio de actos propios

996. Según las Demandantes, el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC *“amounted to a complete reversal by Peru of the standard for granting extensions to the COS under the RER Contract.”*¹⁶⁰³. Contrario al argumento de las Demandantes, el rechazo de la Tercera Solicitud de la Extensión de la POC no constituye una violación del principio de actos propios. Como explicó el Perú en la **Sección III.E**, el MINEM no solo no tenía ninguna obligación de aceptar esa Tercera Solicitud de la Extensión de la POC, sino que el MINEM no debía aceptar tal solicitud, por ser contraria al Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. La Adenda No. 2 no cambia lo anterior. El Perú ya explicó que la solicitud el MINEM no debió haber otorgado la extensión prevista en la Adenda No. 2. La extensión otorgada en esa adenda fijó la POC en una fecha posterior al 31 de diciembre de 2018, lo cual transgredía el Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER. En consecuencia, existe una *razón legalmente válida* que legitima el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC. Por ello, el reclamo de las Demandantes debe ser rechazado.
997. Las Demandantes también alegan que *“Peru reversed its prior acts when it agreed to suspend the RER Contract for seventeen (17) months, but later denied CH[Mamacocha]*

¹⁶⁰² Ver Sección III.E.

¹⁶⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 484.

*an extension of the contract milestone schedule to accommodate the suspension period”*¹⁶⁰⁴.

Sin embargo, como el Perú ha explicado, no existe conducta vinculante del MINEM respecto a la extensión de las fechas previstas en el Contrato RER como consecuencia de la suspensión acordada en las Adendas 3 a 6. Tanto la legislación aplicable como el texto de las propias Adendas 3 a 6 contradicen expresamente cualquier entendimiento en el sentido alegado por las Demandantes. En su informe pericial el experto Claudio Lava explica que:

las Adendas Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta reflejan la voluntad de las Partes de ratificar la cláusula octava del Contrato y de no asumir mayores compromisos que los expresamente pactados en ellas. En mi opinión, la regla de la buena fe no puede ser empleada para forzar a una Parte a actuar contra el marco legal ni para asumir la existencia de compromisos tácitos allí donde las Partes los han descartado expresamente¹⁶⁰⁵.

998. Por lo tanto, el MINEM tampoco ha violado el principio de los actos propios al haber celebrado las Adendas 3 a 6 y haber rechazado la modificación de los hitos bajo el Contrato RER que CH Mamacocha solicitó.

G. El MINEM no violó el principio de confianza legítima

999. Las Demandantes le dedican tres párrafos en su Memorial de Demanda a desarrollar su reclamo de un supuesto incumplimiento del principio de confianza legítima¹⁶⁰⁶. Se limitan a alegar que el principio de confianza legítima es análogo al concepto de expectativas legítimas (componente de la obligación de trato justo y equitativo, según las Demandantes); argumentan que las medidas del Perú que supuestamente incumplieron las expectativas legítimas bajo la obligación de trato justo y equitativo también incumplen el principio de confianza legítima¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 485.

¹⁶⁰⁵ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 6.49.

¹⁶⁰⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 486–488.

¹⁶⁰⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 486, 488.

1000. En esta Sección, el Perú demuestra que el principio de confianza legítima previsto en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG no aplica en el presente caso **Sección VI.G.1**. Seguidamente, el Perú explica el contenido y alcance del principio de confianza legítima **Sección VI.G.2**, y demuestra que ninguna de las medidas invocadas por las Demandantes constituye una violación de ese principio **Sección VI.G.3**.

1. *El principio de confianza legítima no aplica en relaciones contractuales entre privados y la administración pública*

1001. Las Demandantes parten de la premisa que el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, que consagra el principio de confianza legítima, debe aplicar en el presente caso¹⁶⁰⁸. Esa premisa es errada. El experto Carlos Monteza explica que el Contrato RER es un contrato administrativo y, en consecuencia, “solo es posible aplicar supletoriamente reglas y principios puntuales de la LPAG en etapa de ejecución contractual”¹⁶⁰⁹. Señala el experto Carlos Monteza que:

no resulta necesario emplear [la LPAG], pues [los] aspectos concretos de la controversia encuentra solución en las fuentes primarias aplicables: el Contrato RER y el régimen jurídico RER compuesto por la Ley RER y su Reglamento, interpretados y aplicados siempre a la luz del Derecho Administrativo¹⁶¹⁰.

Precisa Carlos Monteza que el principio de confianza legítima “no puede[] transponerse a nivel de las relaciones contractuales en las cuales la Administración pública es parte, en la medida que estas no son de naturaleza procedimental”¹⁶¹¹.

¹⁶⁰⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶ 486.

¹⁶⁰⁹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 220.

¹⁶¹⁰ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 220; *ver también* ¶ 240 (“En mi opinión, para efectos de interpretación y ejecución de contratos administrativos, la LPAG, dada su naturaleza y estructura, solo dispone de reglas y principios supletorios y puntuales susceptibles de aplicarse, pues tal norma está configurada para regular la emisión [de] actos administrativos unilaterales y no contractuales.”).

¹⁶¹¹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 258.

1002. La LPAG regula el principio de confianza legítima como un parámetro básico que está orientado a “encausar, controlar y limitar la actuación de la Administración dentro del procedimiento administrativo que tiene[] como finalidad emitir actos administrativos (unilaterales)”¹⁶¹². En el presente caso, sin embargo, nos encontramos ante una relación contractual entre el MINEM y CH Mamacocha y no un procedimiento administrativo. En ese sentido, Carlos Monteza señala que los Contratos RER:

se rigen por sus propias estipulaciones y, solo se podrá recurrir ulteriormente a la LPAG (en defecto de las normas especiales), como norma común del procedimiento administrativo, para dotar de contenido o interpretar situaciones que se presenten, fundamentalmente, en la etapa pre-contractual (en la cual sí resultan aplicables las reglas procedimentales) y no para la ejecución contractual en donde su aplicación resultaría muy supletoria y puntual atendiendo a cada caso concreto¹⁶¹³.

1003. En conclusión, el principio de confianza legítima invocado por las Demandantes no es de aplicación al Contrato RER, ni a las relaciones entre CH Mamacocha y el MINEM en la etapa de ejecución contractual.

2. *El alcance del principio de confianza legítima bajo derecho peruano*

1004. Sin olvidar que el principio de confianza legítima consagrado en la LPAG no aplica en la relación contractual entre CH Mamacocha y MINEM, Carlos Monteza explica el contenido y alcance del principio de confianza legítima bajo derecho peruano. En primer lugar, la expectativa del administrado debe ser legítima y razonable¹⁶¹⁴. Eso implica que el administrado debe haberse formado una expectativa razonablemente fundada. El principio de confianza legítima se viola si la expectativa razonablemente fundada del administrado se vio vulnerada por

¹⁶¹² Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 258 (i).

¹⁶¹³ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 258 (ii).

¹⁶¹⁴ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 259.

cambios de actitud intolerables en la administración pública¹⁶¹⁵. Por lo tanto, la confianza legítima no se limita a reconocer que “*administrative precedents in similar cases create reasonable expectations in private parties*”, como incorrectamente afirman las Demandantes y su experta, la Sra. Quiñones¹⁶¹⁶.

1005. Precisa Carlos Monteza que en el caso particular de CH Mamacocha, se debe considerar que:

la confianza legítima debe ser consistente con: (i) el marco legal emitido por el Estado y su prerrogativa de determinar el interés público en el marco legal interno y en el Contrato RER; (ii) los usos y costumbres del mercado eléctrico peruano y su regulación que MAMACocha declaró conocer en el Contrato RER; y (iii) la debida diligencia de MAMACocha en la realización de los riesgos asumidos en el Contrato RER y en gestión de sus permisos¹⁶¹⁷.

1006. Para determinar si la conducta de la administración pública pudo generar confianza legítima en las Demandantes se debe realizar un análisis que considere el interés público, el marco normativo y contractual, los usos y costumbres del mercado eléctrico peruano, y los riesgos que CH Mamacocha asumió al suscribir el Contrato RER.
1007. Lo anterior demuestra que no es correcto equiparar —como hacen las Demandantes— (a) las expectativas legítimas bajo un estándar autónomo de trato justo y equitativo con (b) el principio de confianza legítima bajo derecho peruano.
1008. Sin perjuicio de lo anterior, Perú demuestra a continuación (haciendo reserva expresa de sus derechos) que ninguna de las medidas impugnadas por las Demandantes constituye una violación del principio de confianza legítima, debidamente entendido.

¹⁶¹⁵ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 259.

¹⁶¹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 487.

¹⁶¹⁷ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 259.

3. *Aplicación del principio de confianza legítima a las medidas impugnadas*

a. La Demanda del Gobierno Regional no violó el principio de confianza legítima

1009. Las Demandantes no explican cómo la presentación de la Demanda del Gobierno Regional violó el principio de confianza legítima bajo derecho peruano. No obstante que las Demandantes se limitan a referirse a sus argumentos sobre expectativas legítimas en el contexto de la obligación de trato justo y equitativo¹⁶¹⁸ —que, como se explicó anteriormente, no es parte del nivel mínimo de trato bajo derecho internacional consuetudinario. En la sección de su Memorial de Demanda correspondiente a las expectativas legítimas —que según las Demandantes están protegidas bajo el Tratado, lo cual no es el caso—, las Demandantes alegan que:

by bringing the RGA Lawsuit, Peru breached Latam Hydro's legitimate expectations that: (i) the Mamacocha Project was a Category I project and, consequently, CHM required only a DIA to secure its plant environmental permit; (ii) ARMA had authority to grant the environmental permits for the Mamacocha Project; (iii) ARMA's resolutions granting the Project's environmental permits had been vetted, tested, and approved by ARMA and were not subject to change; (iv) the RGA would not commence or continue for nearly a year [sic] a baseless lawsuit that brought the Project to a halt; and (v) MINEM would partner with CHM to protect and ensure the validity of the Project's permits¹⁶¹⁹.

1010. En primer lugar, el Perú reitera que, a diferencia de las obligaciones internacionales bajo el Tratado, únicamente las actuaciones del MINEM pueden constituir incumplimientos bajo el Contrato RER. Por lo tanto, no es posible invocar las acciones del Gobierno Regional de Arequipa para imputar incumplimientos contractuales al MINEM o al Estado peruano en general.

1011. En segundo lugar, al describir sus expectativas (supuestamente legítimas) las Demandantes parecen sugerir que el hecho de que la autoridad gubernamental

¹⁶¹⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶ 487.

¹⁶¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 288.

competente haya otorgado Certificaciones Ambientales le impediría iniciar luego acciones para solicitar la nulidad de las mismas. Sin embargo, el experto legal independiente Carlos Monteza explica que la aplicación del principio de la confianza legítima (no aplicable al Contrato RER) debe ser consistente con el ordenamiento jurídico y con el interés público¹⁶²⁰.

1012. La ley peruana faculta a que las entidades públicas presenten demandas contencioso administrativas en contra de los actos administrativos emitidas por ellas mismas, en una forma de control de legalidad de sus propias actuaciones¹⁶²¹. En palabras del experto Carlos Monteza, “es una facultad de todo órgano administrativo, que goza de protección constitucional pues estos deben velar por el interés público y por la protección de los administrados ante actuaciones que estén afectas a vicios de legalidad”¹⁶²². Por lo tanto, si se advirtieron irregularidades en los procedimientos para la emisión de las Certificaciones Ambientales, la autoridad tiene el deber de solicitar al Poder Judicial que esos actos sean declarados nulos.
1013. Bajo la teoría de las Demandantes del principio de confianza legítima, toda autoridad que otorga un permiso renunciaría automáticamente a la posibilidad de investigar posibles irregularidades en el otorgamiento de esos permisos, lo cual es absurdo. Por lo tanto, la mera presentación de la Demanda del Gobierno Regional no puede constituir una violación del principio de confianza legítima.

b. Ningún acto de la Fiscalía Ambiental de Arequipa violó el principio de confianza legítima

1014. Las Demandantes alegan que la Investigación Penal llevada a cabo por la Fiscalía Ambiental de Arequipa respecto de las circunstancias en que fueron emitidas las

¹⁶²⁰ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 259.

¹⁶²¹ Ver **RL-0159**, Decreto Supremo No. 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, 3 de mayo de 2019, art. 13.

¹⁶²² Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 128.

certificaciones ambientales del Proyecto Mamacocha viola el principio de confianza legítima¹⁶²³.

1015. En la sección de su Memorial de Demanda correspondiente a sus supuestas expectativas legítimas, las Demandantes alegan que la iniciación de la Investigación Penal violó las siguientes expectativas de Latam Hydro: (i) que el Proyecto Mamacocha era un proyecto Categoría I, cuyos impactos eran leves y que solo requería la presentación de Declaraciones de Impacto Ambiental para ser aprobado; (ii) que la Autoridad Regional Ambiental tenía la autoridad de otorgar las certificaciones ambientales requeridas por el Proyecto Mamacocha; y (iii) que la resoluciones mediante las cuales la Autoridad Regional Ambiental otorgó las Certificaciones Ambientales al Proyecto Mamacocha habían sido revisadas y aprobadas, y que no estarían sujetas a cambio¹⁶²⁴.
1016. Las Demandantes también alegan que sus expectativas fueron violadas cuando la Fiscalía Ambiental de Arequipa: (i) no cerró la Investigación Penal cuando la Procuradora Pública Regional desistió del Proceso Contencioso Administrativo; (ii) [REDACTED]; y (iii) presentó la Acusación Fiscal con base en un artículo del Código Penal que no se encontraba vigente al momento de los hechos que subyacen la Acusación Fiscal¹⁶²⁵.
1017. Como el Perú explicó anteriormente, la contraparte de CH Mamacocha en el Contrato RER es el MINEM, no el Estado peruano como un todo. Es evidente que las acciones de la Fiscalía Ambiental de Arequipa, un organismo autónomo¹⁶²⁶ y

¹⁶²³ Ver Memorial de Demanda, ¶ 488.

¹⁶²⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 311.

¹⁶²⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 310, 312.

¹⁶²⁶ Ver **RL-0052**, Decreto Legislativo No. 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, 16 de marzo de 1981, art. 1.

con independencia en el ejercicio de sus funciones¹⁶²⁷, no podrían comprometer la responsabilidad del contractual del MINEM.

1018. Respecto de los hechos que subyacen la reclamación de las Demandantes en lo que concierne a la iniciación de la investigación Penal, las Demandantes no han identificado la fuente de su supuesta expectativa razonablemente fundada. Las Demandantes no pueden seriamente argumentar que la mera emisión de las Certificaciones Ambientales de alguna manera exime dichas certificaciones del control de legalidad. Tampoco pueden argumentar que posibles delitos cometidos en la emisión de esas Certificaciones Ambientales no pueden ser investigados por las autoridades competentes. Las Demandantes no pudieron haberse formado una expectativa razonablemente fundada de que el Perú renunciaría a su deber de hacer cumplir las leyes ambientales y penales ante la sospecha de la comisión de un delito contra el medio ambiente. Como se mencionó anteriormente, la confianza legítima no puede ser contraria al marco normativo y al interés público¹⁶²⁸.

1019. En lo que concierne a la decisión de la Fiscalía Ambiental de Arequipa de formalizar y continuar con la Investigación Penal, las Demandantes no especifican de dónde surgió su supuesta expectativa legítima (o en este caso su confianza legítima), ni el alcance de la misma. En cualquier caso, como el Perú explicó en la **Sección III.D:**

- a. La Fiscalía Ambiental de Arequipa y la Procuraduría Pública de Arequipa son entidades independientes, por lo cual la decisión de la Procuradora Pública no vinculaba a la Fiscal Ambiental.
- b. No es cierto que la Gobierno Regional de Arequipa admitió que la Demanda del Gobierno Regional carecía de méritos. Si la Fiscalía Ambiental

¹⁶²⁷ Ver **RL-0052**, Decreto Legislativo No. 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, 16 de marzo de 1981, art. 5.

¹⁶²⁸ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 259.

de Arequipa tenía suficientes indicios de la comisión de un delito, no debía cerrar la investigación por el simple hecho que la Procuraduría Pública de Arequipa desistió del Proceso Contencioso Administrativo.

- c. Las Demandantes tergiversan el fundamento de la acusación contra [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] está siendo acusado de haber colaborado dolosamente con ciertos oficiales de la Autoridad Regional Ambiental en el otorgamiento ilegal de derechos.
- d. No es cierto que la acusación contra [REDACTED] se basa en una aplicación retroactiva de la ley penal.

- c. Ningún acto de la Autoridad Administrativa del Agua violó el principio de confianza legítima

1020. Las Demandantes no particularizan sus reclamaciones basadas en el principio de confianza legítima en relación con la actuación de la Autoridad Administrativa del Agua. Las Demandantes dicen simplemente que dichas reclamaciones son idénticas a aquellas que presentan bajo el nivel mínimo de trato¹⁶²⁹. En la sección del Memorial de Demanda que aborda el estándar de nivel mínimo de trato, las Demandantes alegan que:

Latam Hydro reasonably expected that the AAA would adhere to its TUPA review periods, as such periods are fixed and binding as discussed further in Section V below. . . . Moreover, AAA's issuance of a defective permit deprived Latam Hydro of its legitimate expectation from the applicable TUPA regulations that the permitting authorities would issue permits that were valid and free from defects¹⁶³⁰.

¹⁶²⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 488.

¹⁶³⁰ Memorial de Demanda, ¶ 324.

1021. En primer lugar, la Autoridad Administrativa del Agua no es parte del Contrato RER, y sus acciones no pueden constituir violaciones del mismo. No obstante, aun en el supuesto que los actos de la Autoridad Administrativa del Agua pudieran enmarcarse bajo el Contrato RER (*quod non*), las medidas impugnadas por las Demandantes no habrían violado el principio de confianza legítima.
1022. Como se explica en la **Sección V.A.2**, las Demandantes no podían tener ninguna expectativa legítima de que la Autoridad Administrativa del Agua otorgaría la Autorización para la Ejecución de Obras en 20 días hábiles. CH Mamacocha sabía que podían suscitarse demoras en el trámite administrativo correspondiente, sea por causa de la Autoridad Administrativa del Agua, de un eventual error en la solicitud de CH Mamacocha, o de oposición por parte de terceros. De hecho, al momento de firmar el Contrato RER, CH Mamacocha ya había pasado por períodos de atraso prolongados en la obtención de tres permisos¹⁶³¹. Además, las demoras en el trámite de la Autorización para la Ejecución de Obras se debían en gran parte a los defectos en la solicitud de CH Mamacocha¹⁶³².
1023. Con respecto a los supuestos defectos en la Autorización para la Ejecución de Obras, CH Mamacocha no puede exigir perfección o infalibilidad por parte de la Autoridad Administrativa del Agua. De hecho, la existencia de un procedimiento establecido para rectificar errores implica necesariamente que CH Mamacocha no podía esperar un estándar de perfección. En todo caso, la Autoridad Administrativa del Agua rectificó sus errores de manera oportuna. Por lo tanto, bajo cualquier definición de confianza legítima —incluso aquella articulada por las Demandantes— la Autoridad Administrativa del Agua no violó ese principio.

¹⁶³¹ Ver Secciones II.B y II.C.

¹⁶³² Ver Sección III.B.

d. La iniciación del Arbitraje de Lima no violó el principio de confianza legítima

1024. Las Demandantes alegan que la iniciación del Arbitraje de Lima “*deprived Latam Hydro of its legitimate expectation that the extensions under Addenda 1–2 were properly executed in accordance with Peruvian Law*”¹⁶³³ y “*that disputes valued at more than US \$20 million would be arbitrated at ICSID Washington, D.C., as required under Clause 11.3(a) of the RER Contract*”¹⁶³⁴.
1025. La Adenda No. 1 fue producto de una artimaña de CH Mamacocha y no debió ser otorgada. Como el Perú explicó en la **Sección II.C.1**, para que la Primera Solicitud de Extensión de la POC fuera procedente, CH Mamacocha debía acreditar que la prórroga era necesaria y que los atrasos no se debían a sus propios actos u omisiones¹⁶³⁵. No obstante, CH Mamacocha basó su solicitud en la falsa afirmación de que era “inimputable por el inminente retraso de los hitos contractivos y de puesta en operación comercial”¹⁶³⁶, y omitió información crítica para la evaluación de su solicitud. Asimismo, no existía ninguna causalidad entre los atrasos reclamados y “el inminente retraso de los hitos” del Cronograma de Ejecución; CH Mamacocha tenía conocimiento de dichos atrasos en el momento en que presentó el Cronograma de Ejecución. Por lo tanto, no es correcto afirmar que la Adenda No. 1 fue “*properly executed in accordance with Peruvian law*”¹⁶³⁷.
1026. En relación a la supuesta confianza legítima de las Demandantes sobre la validez de la extensión otorgada por la Adenda No. 2, CH Mamacocha manifestó, en la carta enviada al MINEM solicitando la Segunda Extensión de la POC, que “los adjudicatarios de la Tercera Subasta tenían el límite de tiempo [entre la suscripción del contrato RER y la POC Real] para poner en operación comercial [el Proyecto

¹⁶³³ Memorial de Demanda, ¶ 337.

¹⁶³⁴ Memorial de Demanda, ¶ 338.

¹⁶³⁵ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, ¶ 2.10.

¹⁶³⁶ **Anexo C-0149**, Carta de HLA (C. Diez) al MINEM (L. Nicho), 24 de noviembre de 2014, ¶ 2.10.

¹⁶³⁷ Memorial de Demanda, ¶ 337.

RER], es decir que estos bebían [sic] realizar sus mejores esfuerzos para operar sus proyectos hasta el 31 de diciembre de 2018”¹⁶³⁸. Es decir, CH Mamacocha tenía pleno conocimiento de la fecha límite (POC Real) estipulada en el Contrato RER, y sabía que la extensión de la POC que solicitaba excedía la POC Real. El Perú ya explicó en la **Sección III.E** que era bien sabido por las Demandantes que no podía modificarse a Fecha de Término del Contrato, ni ampliarse el plazo para concretar la POC Real del Proyecto Mamacocha. En consecuencia, la extensión de la POC otorgada en la Adenda No. 2 no podía crear confianza legítima en CH Mamacocha toda vez que la propia empresa reconoció que su solicitud era contraria a los límites impuestos bajo el Contrato RER.

1027. Para que una actuación del Estado genere confianza legítima, esta debe ser consistente con el marco normativo, que en este caso incluye el Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER. La supuesta confianza de las Demandantes sobre la validez de la extensiones de la POC otorgadas por el MINEM a través de las Adendas Nos. 1 y 2 no puede ser legítima porque dichas extensiones de la POC eran contrarias al Reglamento RER, las Bases Consolidadas y el Contrato RER, como el Perú demostró en la **Sección III.E**. En ese sentido, la decisión del MINEM de suscribir la Adenda No. 2, a solicitud de CH Mamacocha, no puede generar derechos o confianza legítima.
1028. Tampoco puede constituir una violación del principio de confianza legítima la decisión del MINEM de iniciar el Arbitraje de Lima para anular las Adendas No. 1 y No. 2. Esa decisión no es más que el legítimo ejercicio del MINEM de su derecho de acudir al proceso de solución de controversias previsto en el Contrato RER para corregir una de sus actuaciones (viz., la emisión de las Adendas No. 1 y No. 2). El ejercicio de ese derecho contractual no puede constituir una violación del principio de confianza legítima bajo el derecho peruano.

¹⁶³⁸ **Anexo C-0157**, Segunda Solicitud de Extensión de la POC, ¶ 4.27.

e. El rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC no violó el principio de confianza legítima

1029. Argumentan las Demandantes que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC por el MINEM violó las expectativas legítimas de CH Mamacocha porque “MINEM had already established a clear precedent that extensions to the COS would be approved when the government itself was at fault for the delays”¹⁶³⁹. Según las Demandantes, otros documentos emitidos por el MINEM “established an expectation and practice that Peru would hold the concessionaire harmless for interferences of its counter-party, Peru. Addenda 3–6 reaffirmed this expectation.”¹⁶⁴⁰.
1030. Las Demandantes no han explicado cómo es que la modificación de la POC Real (a través de la Adenda No. 2) o cualquier otra actuación del MINEM generó en las Demandantes la confianza legítima de que el MINEM otorgaría la Tercera Solicitud de Extensión de la POC.
1031. En todo caso, como explica Carlos Monteza, la confianza del administrado debe ser legítima¹⁶⁴¹. La pretensión de las Demandantes (viz., la modificación de la POC Real) no puede ser legítima porque la extensión solicitada era contraria al Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el propio Contrato RER. Carlos Monteza explica que “el principio de confianza legítima no puede ser considerado como una ‘póliza de seguro’ del administrado frente a cualquier cambio en la actuación del Estado”¹⁶⁴².
1032. Así mismo, la extensión de la POC otorgada mediante la Adenda No. 2 no constituye un precedente para la modificación contractual contenida en la Tercera Solicitud de Extensión de la POC¹⁶⁴³. Eso se debe, en parte, a que “la aprobación de

¹⁶³⁹ Memorial de Demanda, ¶ 347.

¹⁶⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶ 347.

¹⁶⁴¹ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 259.

¹⁶⁴² Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 260.

¹⁶⁴³ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 262.

la Adenda 2 está[] relacionado[] con supuestos retrasos en el otorgamiento de títulos habilitantes bajo competencia exclusiva del MINEM, contraparte en el Contrato RER”, mientras que la Tercera Solicitud de Extensión de la POC se basó en otros hechos no relacionados al MINEM¹⁶⁴⁴. Carlos Montenza concluye que:

la denegatoria de la Tercera Solicitud de Modificación no contraviene el principio de confianza legítima puesto que, en estricto, nunca se configuraron los supuestos de confianza que MAMCOCHA alega. Para la aprobación de la Adenda 2, el MINEM evaluó la trascendencia jurídica [de] su actuación, de su competencia; en cambio para la Tercera Solicitud de Modificación, lo que tuvo en consideración fue la actuación [de] otras entidades, en cuya esfera de autonomía no podría interferir¹⁶⁴⁵.

1033. Adicionalmente, las Demandantes argumentan que el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC “*deprived Latam Hydro of its legitimate expectation that it would benefit from the full 20-year Guaranteed Revenue Concession as long as it performed diligently in compliance with applicable laws.*”¹⁶⁴⁶. Afirman las Demandantes que esa expectativa se basa en la premisa que “*the public-private nature of the RER Contract, under which CHM and MINEM were supposed to work together to ensure the Project advanced as quickly as possible.*”¹⁶⁴⁷. Sin embargo, es premisa de las Demandantes es errada; define de forma incorrecta la naturaleza del Contrato RER. Como se explicó en la **Sección II.A** y en el informe del experto legal Claudio Lava, el Contrato RER no es un contrato de asociación público-privada, ni un *joint venture* en la que el Estado y CH Mamacocha comparten riesgos¹⁶⁴⁸. Como explica el Ing. Mendoza en su declaración testimonial, el Contrato RER es un contrato de compraventa de energía¹⁶⁴⁹. El contrato RER se diferencia de esquemas utilizados

¹⁶⁴⁴ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 262.

¹⁶⁴⁵ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 263.

¹⁶⁴⁶ Memorial de Demanda, ¶ 348.

¹⁶⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 348.

¹⁶⁴⁸ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 2.32-2.44.

¹⁶⁴⁹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 10.

en otros proyectos de inversión¹⁶⁵⁰. El Proyecto RER es de titularidad privada, incluso después de la Fecha de Término del Contrato, y nunca revierte al Estado peruano¹⁶⁵¹.

1034. En todo caso, las Demandantes jamás podrían haber tenido una expectativa o confianza legítima en que el MINEM aprobaría la solicitud de modificación de la Definición de Fecha de Término del Contrato para garantizar que el Plazo de Vigencia sería 20 años. En primer lugar, CH Mamacocha ya había presentado una solicitud de modificación de la Fecha de Término del Contrato con su Segunda Solicitud de Extensión de la POC¹⁶⁵². Como se explicó en la **Sección III.E**, el MINEM rechazó esa solicitud porque era contraria al Reglamento RER, a las Bases Consolidadas, y al Contrato RER¹⁶⁵³. Las Demandantes no podrían haber tenido ninguna confianza en que el Estado realizaría un acto contrario a esas normas e instrumentos jurídicos. De hecho, CH Mamacocha reconoce que su solicitud de modificar la Fecha de Término del Contrato era contraria al Reglamento RER, las Bases Consolidadas, y el Contrato RER¹⁶⁵⁴. No obstante, CH Mamacocha argumentó que la Ley RER le otorgaba el beneficio de obtener Ingresos Garantizados por un período de 20 años, y en consecuencia solicitó al MINEM que ejerciera un control de legalidad y modificara el Contrato RER a pesar de los límites que imponían el Reglamento RER y las Bases Consolidadas¹⁶⁵⁵.
1035. En segundo lugar, la actuación del MINEM con respecto a la inamovilidad de la Fecha de Término del Contrato ha sido consistente. Esa solicitud fue rechazada en

¹⁶⁵⁰ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 18.

¹⁶⁵¹ Declaración Testimonial de Jaime Mendoza, ¶ 18.

¹⁶⁵² **Anexo C-0127**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 30.

¹⁶⁵³ **Anexo C-0012**, Informe No. 166-2016-EM-DGE, MINEM, 6 de octubre de 2016, págs. 13-15.

¹⁶⁵⁴ **Anexo C-0127**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 9.

¹⁶⁵⁵ **Anexo C-0127**, Carta de CH Mamacocha (C. Diez) al MINEM (A. Grossheim), 1 de febrero de 2018, pág. 9.

dos oportunidades. No existe un cambio de actitud intolerable en la administración pública.

1036. En conclusión, la supuesta expectativa de las Demandantes sobre la modificación de la Fecha de Término del Contrato no era ni legítima ni razonable.

H. El Perú no violó sus obligaciones bajo derecho administrativo por supuestos retrasos en responder a solicitudes de CH Mamacocha

1037. Las Demandantes alegan que el MINEM incumplió el plazo de 30 días previsto en la LPAG para contestar a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC¹⁶⁵⁶ y que la Autoridad Administrativa del Agua incumplió el plazo de 20 días hábiles previsto bajo el TUPA para aprobar la Autorización para la Ejecución de Obras. Según las Demandantes, esos supuestos incumplimientos generan responsabilidad civil. Las Demandantes se equivocan. En la **Sección VI.H.1**, el Perú demuestra que la LPAG no es de aplicación en relación con la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, y por lo tanto no puede generar responsabilidad civil para el MINEM. En la **Sección VI.H.2** el Perú demuestra que (i) la norma del TUPA citada por las Demandantes no aplica al Contrato RER; y (ii) los actos de la Autoridad Administrativa del Agua no generan responsabilidad civil para el Estado peruano bajo el Contrato RER.

1. *La Tercera Solicitud de Extensión de la POC no era un procedimiento administrativo y por lo tanto no le aplican los plazos previstos en la LPAG*

1038. Argumentan las Demandantes que “[u]nder the GLAP [LPAG], MINEM had to issue a ruling on this application [Tercera Solicitud de Extensión de la POC] within thirty (30) business days. But MINEM unjustifiably failed to issue a ruling during this period.”¹⁶⁵⁷. Esa afirmación es errada y carece de sustento legal. Las propias Demandantes admiten que “[t]he RER Contract is silent on the review periods within which Peru must issue a determination on such requests”¹⁶⁵⁸, pero argumentan que

¹⁶⁵⁶ Memorial de Demanda, ¶ 495.

¹⁶⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶ 142.

¹⁶⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶ 489.

*“[w]ithout clear contractual guidance, the review periods set forth under the GLAP and TUPA are dispositive.”*¹⁶⁵⁹. Es decir, las Demandantes importan obligaciones extra contractuales y pretenden aplicarlas al Contrato RER, argumentando que *“the default maximum review period of thirty (30) days provided under Articles 106 and 142 of the GLAP applies”*¹⁶⁶⁰.

1039. Las Demandantes nuevamente se equivocan. Carlos Monteza, experto en derecho administrativo peruano, explica que la LPAG es de aplicación residual y limitada en la interpretación de contratos administrativos (como el Contrato RER)¹⁶⁶¹. Señala Carlos Monteza que “la LPAG, dada su naturaleza y estructura, solo dispone de reglas y principios supletorios y puntuales susceptibles de aplicarse, pues tal norma está configurada para regular la emisión actos administrativos unilaterales y no contractuales”¹⁶⁶².

1040. Carlos Monteza explica que la relación entre el MINEM y CH Mamacocha:

se rige, en primer lugar, por el Contrato RER (como manifestación del principio de legalidad administrativa), de la Ley RER y el Reglamento RER, y, de forma supletoria, tanto en la fase de formación como en la de ejecución, de las normas de Derecho Público más afines a la actividad contractual de la Administración, como, por ejemplo, la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, así como otras fuentes de Derecho Administrativo referidas a la actividad contractual de la Administración (como los principios generales, la jurisprudencia y la doctrina). Así, solo se llegaría a fuentes del Derecho Administrativo no referidas a la actividad contractual de la Administración (como la LPAG) en tanto

¹⁶⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶ 489.

¹⁶⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 495.

¹⁶⁶¹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 240, *ver id.* ¶ 323.

¹⁶⁶² Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 240; *ver también* **Anexo R-0104**, Informe No. 505-2018-MEM/DGE, MEM, 27 de diciembre de 2018, pág. 9 (“[S]olo se pueden aplicar . . . la LPAG cuando exista una norma de cobertura que faculte a ello, o cuando la naturaleza del acto o hecho calce con el supuesto normativo preestablecido; por consiguiente, en tanto se está ante un contrato, son los principios generales aplicables a la celebración y ejecución de los contratos los que se deberán aplicar”).

exista deficiencia en las fuentes previas y siempre que las fuentes a emplearse no sean incompatibles con la finalidad y naturaleza propias del Contrato RER. Eso es algo que no ocurre en el presente caso¹⁶⁶³.

Por lo tanto, no todas las normas de la LPAG pueden importarse y aplicarse al Contrato RER.

1041. La Tercera Solicitud de Extensión de la POC no era un procedimiento administrativo, sino una petición contractual. Carlos Monteza concluye que “así como no existe una obligación predicable de ninguna de las partes de modificar o aclarar el Contrato RER, tampoco existía una obligación del MINEM de atender las solicitudes de MAMACocha en un determinado plazo”¹⁶⁶⁴. Debido a que el MINEM no tenía obligación de responder a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC —la cual el Perú demostró en la **Sección II.F** que era manifiestamente deficiente— tampoco puede imputarse responsabilidad civil bajo el artículo 143 de la LPAG.

2. *Las supuestas violaciones del TUPA por la Autoridad Administrativa del Agua no generan responsabilidad contractual*

1042. Las Demandantes alegan que el Perú, a través de la Autoridad Administrativa del Agua de la región Caplina-Ocoña, violó su obligación de otorgar la Autorización para la Ejecución de Obras dentro del plazo de 20 días hábiles establecido en el TUPA¹⁶⁶⁵.
1043. Como se explicó en la **Sección VI.C**, ni el MINEM ni ningún otro órgano del Estado peruano asumieron la obligación contractual de garantizar que todos los permisos se otorgasen de manera oportuna¹⁶⁶⁶. El Contrato RER fue firmado por el

¹⁶⁶³ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 324.

¹⁶⁶⁴ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 331.

¹⁶⁶⁵ Memorial de Demanda, ¶ 498.

¹⁶⁶⁶ Ver Sección VI.C.

MINEM en el ámbito de su competencia¹⁶⁶⁷. El acto de representar al Estado no significa que el MINEM asumió responsabilidad civil por cualquier eventual transgresión cometida por alguna de las demás entidades que conforman el Estado¹⁶⁶⁸. De hecho, en virtud del principio de legalidad, el MINEM estaba legalmente impedido de asumir responsabilidad contractual con respecto a atribuciones de la Autoridad Administrativa del Agua de Caplina Ocoña¹⁶⁶⁹.

1044. Como explica Carlos Monteza, según el argumento errado de las Demandantes:

no sólo el MINEM tenía que estar al tanto de los pormenores de los procedimientos que se llevaban a cabo en otras entidades para la ejecución del proyecto (lo que impondría a este ministerio **una carga imposible e irrazonable de sobrellevar**), sino que pretende imputarle el incumplimiento de una supuesta obligación de entregar los permisos, **obligación que el MINEM nunca asumió y que le correspondía exclusivamente a MAMACOCHA**, asumiendo ella el riesgo integral de su tramitación y obtención¹⁶⁷⁰.
(Énfasis añadido)

1045. Lo anterior expone una vez más la desesperación de las Demandantes, quienes buscan imponer “una carga imposible e irrazonable de sobrellevar” al MINEM en su intento de evitar las consecuencias de haber asumido el riesgo de no obtener todos los permisos de manera oportuna.

1046. Aun en el supuesto negado que la Autoridad Administrativa del Agua de Caplina Ocoña esté de alguna manera cubierta por el Contrato RER, la norma de la TUPA que invocan las Demandantes no sería aplicable en este caso. Las normas que regulan los actos administrativos unilaterales no aplican a la ejecución de contratos administrativos como el Contrato RER. Como explica el experto Carlos Monteza, el TUPA, al igual que la LPAG, es de aplicación residual y limitada en la

¹⁶⁶⁷ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 175.

¹⁶⁶⁸ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶¶ 177-178.

¹⁶⁶⁹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 198.

¹⁶⁷⁰ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 296.

interpretación de contratos administrativos; a esos contratos solo les aplican las normas del TUPA que reflejan principios fundamentales del derecho público¹⁶⁷¹. Una norma que establece un plazo determinado de 20 días para realizar un acto administrativo evidentemente no califica como un principio fundamental del derecho público. Más bien, constituye una norma destinada a regular los actos unilaterales de las entidades estatales, o sea, precisamente el tipo de norma que no aplica a los contratos administrativos.

1047. En todo caso, si CH Mamacocha realmente consideró que la Autoridad Administrativa del Agua violó el TUPA, pudo y debió haber cuestionado esa actuación en la vía administrativa y judicial, prevista en el ordenamiento jurídico peruano, para las controversias relativas a actos administrativos del Estado¹⁶⁷², cosa que no hizo.

I. El Perú no hizo imposible que CH Mamacocha cumpliera con sus obligaciones bajo el Contrato RER

1048. Las Demandantes alegan que las medidas adoptadas por el Perú tuvieron como consecuencia la resolución de pleno derecho del Contrato RER porque imposibilitaron que CH Mamacocha cumpliera con sus obligaciones bajo dicho contrato¹⁶⁷³. Según las Demandantes, el Contrato RER quedó resuelto de pleno derecho en virtud del artículo 1432 del Código Civil, el cual establece que un contrato queda resuelto de pleno derecho cuando las acciones u omisiones de una de las partes del contrato imposibilitan que la contraparte cumpla con sus obligaciones¹⁶⁷⁴.
1049. El artículo 1432 del Código Civil establece lo siguiente:

¹⁶⁷¹ Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 234.

¹⁶⁷² Ver Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 292.

¹⁶⁷³ Memorial de Demanda, ¶ 499.

¹⁶⁷⁴ Memorial de Demanda, ¶ 499.

Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y este no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación¹⁶⁷⁵.

1050. Las Demandantes, apoyándose en el informe pericial de Eduardo Benavides, sostienen que, en relación con el Contrato RER, y a efectos del artículo 1432, el Perú es el “acreedor” y CH Mamacocha es el “deudor”¹⁶⁷⁶. En consecuencia, razonan las Demandantes, si el Perú imposibilitó que CH Mamacocha cumpliera con sus obligaciones, CH Mamacocha “*would be immediately and permanently freed from its contractual obligations to develop, construct, and operate the Mamacocha Project*”¹⁶⁷⁷ y el Perú estaría obligado a pagarle a CH Mamacocha “*all compensation that it was promised under the RER Contract upon full performance, including the ‘Guaranteed Revenue.’*”¹⁶⁷⁸
1051. Las Demandantes alegan que el Perú imposibilitó el cumplimiento del Contrato RER por parte de CH Mamacocha mediante una “doble ofensiva” (“*two-pronged attack*”) en diciembre de 2018¹⁶⁷⁹. Los dos elementos del llamado “*two-pronged attack*” según la teoría de las Demandantes son la denegación de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, y el comienzo del Arbitraje de Lima para restablecer la fecha original de la POC Real de 31 de diciembre de 2018¹⁶⁸⁰. Las Demandantes, sin embargo, no han demostrado que se generó una imposibilidad,

¹⁶⁷⁵ **RL-0048**, Código Civil, art. 1432.

¹⁶⁷⁶ Memorial de Demanda, ¶ 500; Informe Pericial de Eduardo Benavides Torres, ¶¶ 210, 213.

¹⁶⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶ 500.

¹⁶⁷⁸ Memorial de Demanda, ¶ 501; Informe Pericial de Eduardo Benavides Torres, ¶ 213.

¹⁶⁷⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 502.

¹⁶⁸⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶ 502.

en el sentido del artículo 1432, ni mucho menos que cualquier supuesta imposibilidad fuera atribuible a los actos del Perú.

1052. El experto en derecho civil Claudio Lava explica que para que sea aplicable el artículo 1432 “[l]a imposibilidad alegada tiene que ser absoluta, es decir, que no exista ninguna posibilidad de superarla”¹⁶⁸¹; el impedimento al cumplimiento debe ser “de modo tal que no puede ser vencido de ningún modo por las fuerzas humanas . . . cualquiera que sea el esfuerzo aplicado”¹⁶⁸². Es decir, la imposibilidad a la que se refiere el artículo 1432 se da solo cuando “el sujeto no puede hacer nada para evitar que se produzca ni superar sus consecuencias, o sea lo irresistible es lo inevitable, lo invencible, que hace imposible la ejecución de la prestación”¹⁶⁸³. Se debe distinguir entre “imposibilidad” y una mera “dificultad” de cumplimiento. La dificultad “no exonera al autor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto”¹⁶⁸⁴. La situación personal del deudor (incluyendo, por ejemplo, su situación financiera) no es relevante; “la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria”¹⁶⁸⁵.
1053. Claudio Lava explica que para que la imposibilidad de una prestación libere válidamente al deudor, la imposibilidad debe ser (i) sobrevenida y no originaria; (ii) causada por el acreedor; (iii) actual (es decir, en el momento de cumplirse la

¹⁶⁸¹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.8.

¹⁶⁸² **Anexo CLC-0087**, F. Osterling y A. Rebaza, *La Equidad y su Función Cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza, a Propósito del Artículo 1332° del Código Civil Peruano*, en INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. ACCIONES DEL ACREEDOR CONTRA EL DEUDOR, Primera Edición, YE - Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, pág. 333 (2010). Ver también Informe Pericial de Claudio Lava, nota al pie 11, pág. 8.

¹⁶⁸³ **Anexo CLC-0097**, A. Torres Vásquez, RESCISIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONTRATO, pág. 65 (2007).

¹⁶⁸⁴ **Anexo CLC-0085**, OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Octava Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima (2007), pág. 234. Las Obligaciones, 8ª Edición, Grijley, Lima, pág. 234 (2007).

¹⁶⁸⁵ **Anexo CLC-0085**, OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Octava Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima (2007), pág. 234. Las Obligaciones, 8ª Edición, Grijley, Lima, pág. 234 (2007).

prestación); y (iv) objetiva (es decir, que afecte la prestación misma, haciéndola inejecutable para *cualquier* deudor)¹⁶⁸⁶. En este caso no existió tal imposibilidad.

1054. Las Demandantes alegan que la denegación de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC significaba que CH Mamacocha solo dispondría de aproximadamente 15 meses para lograr la POC Real dentro del plazo estipulado en la Adenda No. 2, lo que según las Demandantes y su experto era completamente inalcanzable (“*unachievable*”), dado el tiempo que CH Mamacocha necesitaba para completar el Cronograma de Obras bajo el Contrato RER¹⁶⁸⁷. Pero el Perú no es responsable de que para CH Mamacocha fuera inalcanzable cumplir con la POC Real conforme la Adenda No. 2. Cuando el MINEM rechazó la Tercera Solicitud de Extensión de la POC (el 31 de diciembre de 2018), CH Mamacocha no había cumplido con *ninguno* de los hitos del Cronograma de Ejecución de Obras, y ni siquiera había iniciado la construcción del Proyecto Mamacocha. Si 15 meses no eran suficientes para que CH Mamacocha cumpliera con la POC Real era por la situación nula de avance en que se encontraba la construcción del Proyecto Mamacocha, no por el rechazo de la Tercera Solicitud de Extensión de la POC. Por lo que es evidente que la imposibilidad que enfrentaba CH Mamacocha no era *objetiva* y que el rechazo de la solicitud por parte del MINEM no *causó* la imposibilidad de cumplimiento del Contrato RER, requisitos imprescindibles para que se configuren los presupuestos de aplicación del artículo 1432 del Código Civil.

1055. Según las Demandantes, el retraso ocurrido en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución desde la fecha de la Adenda No. 2 es atribuible a las interferencias del Perú con el Proyecto Mamacocha¹⁶⁸⁸. Las Demandantes se amparan en esos supuestos retrasos para justificar el estado de avance del Cronograma de Ejecución del Proyecto Mamacocha al 31 de diciembre de 2018. En particular, las

¹⁶⁸⁶ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.11.

¹⁶⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶ 503; Informe Pericial de John McTyre, ¶ 185.

¹⁶⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶ 503.

Demandantes mencionan (i) la Demanda del Gobierno Regional, (ii) la Investigación Penal, (iii) las medidas supuestamente arbitrarias de la Autoridad Administrativa del Agua, y (iv) la respuesta supuestamente tardía del MINEM a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC¹⁶⁸⁹.

1056. Como cuestión preliminar, la Procuraduría Pública Regional, la Fiscalía Ambiental de Arequipa, y la Autoridad Administrativa del Agua no son parte del Contrato RER, y sus acciones no pueden constituir violaciones del mismo bajo el artículo 1432 del Código Civil¹⁶⁹⁰. No obstante, aun en el supuesto que los actos de esas entidades pudieran enmarcarse bajo el Contrato RER (quod non), las medidas impugnadas por las Demandantes no hicieron imposible que CH Mamacocha cumpliera con el Contrato RER.
1057. En la **Sección III** el Perú demostró que (i) la Demanda del Gobierno Regional, (ii) la Investigación Penal, y (iii) las medidas de la Autoridad Administrativa del Agua no impidieron –y mucho menos hicieron imposible– que CH Mamacocha cumpliera con el Contrato RER.
1058. Ni la Demanda del Gobierno Regional ni la Investigación Penal afectaron la validez de los títulos habilitantes del Proyecto Mamacocha, o impidieron que CH Mamacocha avanzara con el Proyecto. El experto independiente en derecho administrativo Carlos Monteza explica que la interposición de la Demanda del Gobierno Regional no implicaba la invalidez o suspensión de los efectos de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha¹⁶⁹¹. La Investigación Penal tampoco tuvo efectos directos sobre la validez de esos permisos. La Autoridad Regional Ambiental incluso renovó las Certificaciones Ambientales del Proyecto

¹⁶⁸⁹ Memorial de Demanda, ¶ 503.

¹⁶⁹⁰ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.11. *Ver también*, Sección VI.A.

¹⁶⁹¹ Informe Pericial de Carlos Monteza, ¶ 127.

Mamacocha cuando la Demanda del Gobierno Regional y la Investigación Penal estaban en curso.

1059. Ni en el Proceso Contencioso Administrativo ni con ocasión de la Investigación Penal se emitieron medidas cautelares que impidieran el cumplimiento con el Cronograma de Ejecución del Proyecto Mamacocha. En ese sentido, ni la Demanda del Gobierno Regional ni la Investigación Penal impidieron que CH Mamacocha cumpliera con el Cronograma de Ejecución del Proyecto Mamacocha¹⁶⁹². Es decir, no existió imposibilidad alguna de cumplir con el Contrato RER, mucho menos imposibilidad “objetiva” y “causada por el acreedor”¹⁶⁹³.

1060. Ningún atraso imputable a la Autoridad Administrativa del Agua podía haber impactado la POC Real y la capacidad de CH Mamacocha de cumplir con el Contrato RER. En síntesis:

- La Autoridad Administrativa del Agua otorgó a CH Mamacocha una Autorización para la Ejecución de Obras antes de la fecha prevista para el inicio de obras¹⁶⁹⁴.
- El atraso en la rectificación de la Autorización para la Ejecución de Obras no es atribuible a la Autoridad Administrativa del Agua, sino a la demanda de nulidad presentada por ciudadanos particulares.
- Aun si el atraso en la evaluación del pedido de rectificación fuese imputable a la Autoridad Administrativa del Agua (quod non), CH Mamacocha no tenía ningún impedimento para iniciar las obras de construcción mientras que esperaba que se rectificara el permiso.

1061. Así, las Demandantes no pueden acreditar que la conducta de la Autoridad Administrativa del Agua afectó el desarrollo del Proyecto, “de modo tal que no

¹⁶⁹² El informe sometido por las Demandantes respecto de las supuestas demoras que afectaron el Cronograma de Ejecución de Obras del Proyecto Mamacocha (Informe HKA) no atribuye ninguna demora a la Investigación Penal.

¹⁶⁹³ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.11.

¹⁶⁹⁴ **Anexo C-0122**, Resolución Directoral No. 1928-2017-ANA/AAA I C-O, 5 de julio de 2017.

[pudo] ser vencido de ningún modo por las fuerzas humanas . . . cualquiera que sea el esfuerzo aplicado”¹⁶⁹⁵.

1062. Las Demandantes no explican cómo la respuesta supuestamente tardía del MINEM a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC impidió o hizo “imposible” que CH Mamacocha cumpliera con la POC Real. Las Demandantes presentaron la Tercera Solicitud de Extensión de la POC el 1 de febrero de 2018, faltando más de dos años para la fecha de la POC Real contemplada en la Adenda No. 2. En esa fecha, CH Mamacocha contaba con todos los títulos habilitantes que requería para iniciar la construcción de obras. Según las Demandantes el último de los títulos que CH Mamacocha necesitaba era la Autorización de Ejecución de Obras¹⁶⁹⁶. La Autoridad Administrativa del Agua emitió la versión rectificada de dicha autorización el 25 de enero de 2018¹⁶⁹⁷. Si CH Mamacocha eligió no avanzar con el Proyecto Mamacocha hasta que su solicitud fuera respondida, esto fue una decisión de negocios o estratégica tomada por CH Mamacocha. Cualquier atraso o imposibilidad resultante de esa decisión no puede ser imputada al MINEM.
1063. En la medida en que las Demandantes aleguen que esos actos de la Procuraduría Pública Regional, la Fiscalía Ambiental de Arequipa, la Autoridad Administrativa del Agua, y el MINEM impidieron que CH Mamacocha obtuviera el financiamiento que necesitaba para iniciar la construcción de las obras¹⁶⁹⁸, la ausencia de tal financiamiento no constituye imposibilidad. En la **Sección II.A** el

¹⁶⁹⁵ **Anexo CLC-0087**, F. Osterling y A. Rebaza, *La Equidad y su Función Cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza, a Propósito del Artículo 1332° del Código Civil Peruano*, en INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. ACCIONES DEL ACREEDOR CONTRA EL DEUDOR, Primera Edición, YE - Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, pág. 333 (2010). Ver también Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.9.

¹⁶⁹⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶ 89.

¹⁶⁹⁷ **Anexo HKA-0035**, Resolución Directorial No. 51-2018-ANA/AAA I C-O.

¹⁶⁹⁸ Que es lo que las Demandantes alegan en varias secciones de su escrito, pero curiosamente no en la sección sobre supuesta imposibilidad. Ver e.g. Memorial de Demanda, ¶¶ 4, 15, 17, 78, 139, 145, 284, 306, 321, 324, 372, 387, 498, 524.

Perú explicó que el Contrato RER asignó el riesgo financiero a CH Mamacocha¹⁶⁹⁹; y, como el Perú explicó anteriormente, “la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria”¹⁷⁰⁰.

1064. Finalmente, las Demandantes alegan que en el supuesto de que CH Mamacocha hubiera tenido suficiente tiempo para lograr la POC Real dentro del plazo, el comienzo del Arbitraje de Lima aseguró que el cumplimiento por parte de CH Mamacocha fuera imposible¹⁷⁰¹. La iniciación del Arbitraje de Lima ni impidió que CH Mamacocha lograra la POC Real, ni hizo que el cumplimiento por parte de CH Mamacocha de sus obligaciones bajo el Contrato RER fuera imposible. En primer lugar, la fecha de la POC Real establecida en la Adenda No. 2 no se vio afectada por el Arbitraje de Lima. Hasta tanto no mediara un laudo pronunciado la nulidad de la Adenda No. 2 —laudo hasta la fecha inexistente—, la misma se consideraba válida. En segundo lugar, si CH Mamacocha decidió no avanzar con la construcción del Proyecto Mamacocha mientras durara el Arbitraje de Lima, esto fue una decisión de negocios o estratégica tomada por CH Mamacocha voluntariamente. En tercer lugar, cuando el MINEM presentó su solicitud de arbitraje, CH Mamacocha aún no había iniciado la construcción de obra. Y, en cuarto lugar, desde antes de que se presentara el Arbitraje de Lima, CH Mamacocha alegaba que le sería imposible cumplir con la POC Real establecida en la Adenda No. 2 sin una extensión adicional¹⁷⁰², lo cual demuestra (con base en el propio dicho de las Demandantes) que el Arbitraje de Lima no generó imposibilidad para que CH Mamacocha cumpliera con el Contrato RER.
1065. En conclusión, contrario a lo que alegan las Demandantes, en este caso no se reúnen los elementos para que exista imposibilidad de cumplimiento por causas

¹⁶⁹⁹ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3; *ver* Secciones II.A y III.A.

¹⁷⁰⁰ **Anexo CLC-0085**, OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Octava Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima (2007), pág. 234. Las Obligaciones, 8ª Edición, Grijley, Lima, pág. 234 (2007).

¹⁷⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 504.

¹⁷⁰² *Ver* Memorial de Demanda, ¶ 141.

imputables al acreedor. Dado que no aplica el artículo 1432 del Código Civil, CH Mamacocha no puede evadir las consecuencias jurídicas del incumplimiento de su obligación bajo el Contrato RER de lograr la POC Real en el plazo requerido, incluyendo las previstas en la cláusula 8.4 del Contrato RER (i.e., resolución de pleno derecho y ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento).

1066. El Proyecto Mamacocha no se puso en operación comercial ni el 31 de diciembre de 2018 (POC Real), ni el 14 de marzo de 2020 (POC Real bajo la (inválida) Adenda No. 2). En consecuencia, es CH Mamacocha quien ha comprometido su responsabilidad civil objetiva frente al Estado, de conformidad con lo establecido en las cláusulas 1.4.25 y 8.4 del Contrato RER. En aplicación de dichas cláusulas, el MINEM ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato RER otorgada por CH Mamacocha cuando este procedimiento arbitral concluya.

VII. DAÑOS: LAS DEMANDANTES NO TIENEN DERECHO AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE PRETENDEN

1067. Incluso en los supuestos negados de que existiese jurisdicción y que el Perú fuese declarado responsable por alguna violación del Tratado o por el incumplimiento del Contrato RER, las Demandantes no tendrían derecho a la indemnización que piden en su Memorial de Demanda.
1068. Las Demandantes alegan que las acciones y omisiones del Perú relacionadas con (i) la Demanda del Gobierno Regional, (ii) la Investigación Penal, (iii) la Autorización para la Ejecución de Obras, (iv) el rechazo a la Tercera Solicitud de Extensión de la POC, y (v) el Arbitraje de Lima, de manera individual y colectiva, violaron las obligaciones del Perú bajo el Tratado, el derecho internacional público, el derecho peruano, y el Contrato RER¹⁷⁰³. Según las Demandantes, tienen derecho al *valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha*¹⁷⁰⁴, independientemente de la violación o violaciones que el Tribunal determine que el Perú cometió, e independientemente del régimen legal aplicable (i.e., el Tratado, el derecho internacional público, el derecho peruano, o el Contrato RER).
1069. Las Demandantes y sus expertos en cuantificación de daños, BRG, utilizan dos métodos para estimar el valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha: uno basado en el modelo de flujo de efectivo descontado (“**Teoría Principal**”)¹⁷⁰⁵, y el

¹⁷⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 506 (“Claimants demonstrate in the Sections above that Peru’s actions and omissions, singularly and cumulatively, breached its obligations under the TPA, international law, Peruvian Law, and the RER Contract.”).

¹⁷⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 509 (“FMV is the established standard of compensation to wipe out the effects of a material breach and frustration of a large-scale investment like the Mamacocha Project, whether reviewed under the TPA, international law, Peruvian law, or the RER Contract”); *id.*, ¶ 513 (“Notably, in the unlikely event that the Tribunal determines that Peru is not liable for all breaches of the TPA enumerated above, the Tribunal need only find one breach of the TPA in order for Claimants to be awarded their full amount of alleged damages”); *id.*, ¶¶ 521–522 (“Peru’s multiple breaches of the RER Contract and its duty of good faith prevented CHM from completing development and construction of the Mamacocha Project. As set forth earlier, these breaches singularly and cumulatively rendered the project impossible to be completed. . . . Accordingly, the Tribunal should award CHM damages for Peru’s breaches of the RER Agreement in an amount equal to the FMV of the Mamacocha Project”).

¹⁷⁰⁵ Memorial de Demanda, ¶ 522.

segundo basado en los importes invertidos en el Proyecto Mamacocha (“**Teoría Alternativa**”)¹⁷⁰⁶. Además, tanto bajo la Teoría Principal como bajo la Teoría Alternativa, las Demandantes reclaman el reembolso de ciertos gastos adicionales en los que alegan haber incurrido (“**Gastos Adicionales**”)¹⁷⁰⁷, y el pago de las sumas invertidas en los Proyectos Río Arriba¹⁷⁰⁸. En total, las Demandantes reclaman una indemnización de USD 47.191 millones bajo su Teoría Principal¹⁷⁰⁹ o USD 35.777 millones bajo su Teoría Alternativa¹⁷¹⁰. Como se verá a continuación, las pretensiones de indemnización de las Demandantes son improcedentes.

1070. En las siguientes secciones, el Perú: (i) describe los principios legales sobre reparación de daños que son aplicables en este caso (**Sección VII.A**); (ii) explica que no existe nexo causal entre la conducta del Estado peruano que invocan las Demandantes y los daños supuestamente sufridos por estas (**Sección VII.B**); y (iii) demuestra, con el apoyo de los expertos en materia de cuantificación Matthew Shopp y Kiran Sequeira de la firma Versant, que aun asumiendo la existencia de un nexo causal las Demandantes no tendrían derecho al nivel de indemnizaciones que pretenden (**Secciones VII.C-E**).

A. Estándares aplicables a la indemnización

1071. Los estándares legales aplicables a una eventual indemnización a cargo del Perú dependerán de la decisión del Tribunal respecto del fondo de las reclamaciones de las Demandantes. Las Demandantes reconocen que si el Tribunal determina que el Perú incumplió con sus obligaciones bajo el Tratado, aplicarían las disposiciones

¹⁷⁰⁶ Memorial de Demanda, ¶ 539.

¹⁷⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 537, 542.

¹⁷⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 542-543; *ver también* Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 34 (describiendo los Proyectos Río Arriba como: “*a cascade of four to five separate hydroelectric plants, each with capacities between 12-20 megawatts, located upstream from the Mamacocha Project.*”).

¹⁷⁰⁹ Memorial de Demanda, nota al pie 977, pág. 240; *ver también id.*, ¶¶ 508, 543; Informe Pericial de BRG, ¶ 15, nota al pie 37, pág. 13.

¹⁷¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 542, Tabla 4; *ver también id.*, nota al pie 940, pág. 231; Informe Pericial de BRG, ¶ 20.

del Tratado y el derecho internacional público¹⁷¹¹. Las Demandantes también admiten que si el Tribunal determina que el Perú incumplió con sus obligaciones bajo el Contrato RER, aplicarían las disposiciones del Contrato RER y el régimen de responsabilidad civil contractual bajo derecho peruano¹⁷¹².

1072. Tanto el régimen de responsabilidad del Estado bajo el derecho internacional por incumplimiento del Tratado¹⁷¹³ como el régimen de responsabilidad contractual bajo el derecho peruano¹⁷¹⁴ buscan poner al deudor incumplido en la misma situación patrimonial en la que se hubiera encontrado en ausencia del incumplimiento. No obstante, en estricto rigor, no es correcto afirmar — como lo hacen las Demandantes — que las Demandantes tendrían derecho a la misma indemnización independientemente del régimen legal aplicable.
1073. Tampoco es cierto que bastaría que el Tribunal determine que *cualquiera* de las reclamaciones de las Demandantes se encuentra fundada para que las Demandantes tengan derecho a las indemnizaciones que reclaman¹⁷¹⁵. Los daños que pueden resultar de medidas expropiatorias, por un lado, y medidas no-expropiatorias bajo el derecho internacional, por otro lado, pueden diferir, dependiendo de la naturaleza y grado de la afectación de la inversión¹⁷¹⁶. Por otra

¹⁷¹¹ Ver Memorial de Demanda, § VI.A.1.

¹⁷¹² Ver Memorial de Demanda, § VI.A.2.

¹⁷¹³ El cual se basa en el principio de reparación íntegra. Ver **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, International Law Commission, 2001, art. 31(1).

¹⁷¹⁴ El cual establece el resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante en los casos de inejecución de obligación, pero solo en la medida en que sean *consecuencia inmediata y directa de tal inejecución, y también* — salvo en casos excepcionales — *previsibles al tiempo en que se contrajo la obligación*. Ver **RL-0048**, Código Civil, art. 1321.

¹⁷¹⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 513, 521, 522.

¹⁷¹⁶ **CL-0064**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (Kaufmann-Kohler, Bernal, Rowley), § 8.2.8 (“[T]he level of damages necessary to compensate for a breach of the fair and equitable treatment standard could be different from a case where the same government expropriates the foreign investment. The difference will generally turn on whether the investment has merely been impaired or destroyed.”).

parte, las consecuencias de la responsabilidad contractual bajo derecho peruano varían en función de la conducta de quien incumple¹⁷¹⁷.

1074. A pesar de lo anterior, las Demandantes formularon una única teoría de daños: que el Perú causó la frustración del Proyecto Mamacocha y debe compensar a las Demandantes por el valor justo de mercado de dicho proyecto¹⁷¹⁸. El Perú, en ejercicio de su derecho de defensa, responde a esa única teoría de daños de las Demandantes.

1. *Estándares aplicables a la indemnización bajo el derecho internacional público*

1075. De conformidad con lo establecido en el artículo 10.22 del Tratado, las reclamaciones relativas a las violaciones de las obligaciones establecidas en la Sección A del Tratado (incluyendo aquellas invocadas por las Demandantes en este arbitraje: artículos 10.4 (Cláusula Nación Más Favorecida), 10.5 (Nivel Mínimo de Trato) y 10.7 (Expropiación)), serán decididas de conformidad con lo establecido en el Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional¹⁷¹⁹.

1076. La jurisprudencia arbitral internacional reconoce que una reclamación de daños solo puede prosperar si la parte demandante demuestra fehacientemente: (i) que sufrió una pérdida, (ii) la cuantía de la pérdida, y (iii) que esa pérdida emanó de un incumplimiento del tratado atribuible al Estado receptor, y no de otras

¹⁷¹⁷ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶¶ 8.1–8.9.

¹⁷¹⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 509, 513, 521, 522.

¹⁷¹⁹ Ver **RL-0051**, Tratado, art. 10.22.1 (“Derecho Aplicable. . . cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) [referente a reclamaciones por violación a las obligaciones establecidas en la Sección A del Tratado], el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las normas aplicables del Derecho Internacional”).

causas¹⁷²⁰. El tribunal en *Rompetrol c. Rumania* resumió esos principios básicos de la siguiente manera:

*[I]t must, as a matter of basic principle, be for the claimant to prove, in addition to the fact of its loss or damage, its quantification in monetary terms and the necessary causal link between the loss or damage and the treaty breach*¹⁷²¹.

1077. Además del nexo causal entre el incumplimiento del tratado alegado y el daño supuestamente sufrido, la jurisprudencia arbitral exige que los daños alegados por la parte demandante sean probados con un grado razonable de certeza. No pueden ser objeto de indemnización los daños de naturaleza especulativa, contingentes, indirectos, remotos, carentes de certeza, o meramente posibles¹⁷²².

¹⁷²⁰ Ver **RL-0010**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 316 (“[L]as pérdidas económicas que plantea [la demandante] deben probarse y deben haber surgido de un incumplimiento del [tratado], no de otras causas”) (original en inglés); ver **RL-0140**, *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/13/2, Laudo, 7 de marzo de 2017 (Mourre, Ramírez, Jana), ¶ 699 (“[P]ara poder solicitar daños, las Demandantes tienen la carga de probar, no solamente la existencia de una violación, sino también el nexo de causalidad existente entre la violación y el daño alegado y su cuantía.”); ver **RL-0168**, *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, 13 de septiembre de 2016 (Berman, Veeder, Mourre), ¶ 217 (“[E]l cálculo de la reparación adeudada en virtud del derecho internacional por el incumplimiento de una obligación internacional está compuesto de tres pasos – el establecimiento de la violación, seguido de la determinación del perjuicio causado por el incumplimiento, seguida de la estimación de la compensación adecuada en virtud de ese perjuicio. El proceso de tres etapas puede verse con particular claridad cuando las reclamaciones solicitan una indemnización en efectivo, tal como ocurre en el presente caso.”).

¹⁷²¹ **RL-0169**, *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013 (Berman, Donovan, Lalonde), ¶ 190.

¹⁷²² Ver **CL-0031**, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 (Dupuy, Williams, Bernardini), ¶ 685 (“the appropriate standard of proof is the balance of probabilities. This, of course, means that damages cannot be speculative or merely ‘possible’”); **RL-0030**, *BG Group Plc c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007 (Aguilar Alvarez, van den Berg, Garro), ¶ 428 (“The damage, nonetheless, must be the consequence or proximate cause of the wrongful act. Damages that are ‘too indirect, remote, and uncertain to be appraised’ are to be excluded.”); **RL-0168**, *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, 13 de septiembre de 2016 (Berman, Veeder, Mourre), ¶ 205 (“the duty to make reparation is ‘for the injury

a. Estándar de compensación en caso de expropiación

1078. El Tratado establece que la indemnización que el estado deberá pagar en los casos de expropiación será el “valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo”¹⁷²³.
1079. Las Demandantes alegan que, dado que su reclamación se basa en expropiación ilegítima, deben ser compensadas no con base en el estándar establecido en el Tratado sino más bien con base en el principio de reparación íntegra reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów*¹⁷²⁴. Sin embargo, la compensación que solicitan las Demandantes por la supuesta expropiación ilegítima es precisamente el valor justo de mercado que el Proyecto Mamacocha tenía el 14 de marzo de 2017 (la fecha en que según las Demandantes ocurrió la expropiación). En ese sentido no hay distinción real entre la indemnización que establece el Tratado para la expropiación y lo que las Demandantes solicitan.

b. Estándar de compensación por violaciones del Tratado distintas a la expropiación

1080. El Tratado no establece un estándar para la compensación de los daños resultantes de violaciones a las obligaciones bajo los artículos 10.4 (Cláusula Nación Más Favorecida) y 10.5 (Nivel Mínimo de Trato) del Tratado. En circunstancias similares, otros tribunales han determinado que tienen discreción para determinar

caused by' the internationally wrongful act; and 'injury' for these purposes is damage 'caused by' the internationally wrongful act. The International Law Commission explains that this definition is deliberately limitative, excluding merely abstract concerns or general interests, and further that material damage has to be understood as damage which is assessable in financial terms.”); **RL-0132**, *Caso Rudloff*, Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, UNRIAA, 17 de febrero de 1903, págs. 258–259 (“*Damages to be recoverable must be shown with a reasonable degree of certainty and can not be recovered for an uncertain loss . . . The damages claimed in this item are speculative and contingent, and can not form the basis of an award*”).

¹⁷²³ **RL-0051**, Tratado, art. 10.7.2(b) (original en inglés).

¹⁷²⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 510, 517.

el nivel de compensación apropiado¹⁷²⁵ y se han enfocado en el daño preciso causado por la conducta del Estado en relación con la inversión del demandante.

En el caso *PSEG c. Turquía* el tribunal señaló que:

*the BIT, like most treaties of its kind, provides for the fair market value as the measure for compensation only in connection with expropriation. Since the Tribunal has found above that there is no expropriation in this case, either direct or indirect, the fair market value does not appear to be justified as a measure for compensation in these circumstances.*¹⁷²⁶

1081. No todas las violaciones tienen un efecto equivalente a una expropiación. Es por esto que, en ausencia de un mandato expreso, los tribunales típicamente evalúan el efecto específico de una violación particular para determinar qué daños (si algunos) serían apropiados. En las palabras del tribunal en *S.D. Myers c. Canadá*:

By not identifying any particular methodology for the assessment of compensation in cases not involving expropriation, the Tribunal considers that the drafters of the NAFTA intended to leave it open to tribunals to determine a measure of compensation appropriate to the specific circumstances of the case, taking into account the principles of both international law and the provisions of the NAFTA. In some non-expropriation cases a tribunal might think it appropriate to adopt the “fair market value” standard; in other cases it might not. In this case the Tribunal considers that the application of the fair market value standard is

¹⁷²⁵ Ver **CL-0023**, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 (Orrego Vicuña, Lalonde, Rezek), ¶ 409 (“the Tribunal is faced with a situation where, absent expropriation . . . , the Treaty offers no guidance as to the appropriate measure of damages or compensation related to fair and equitable treatment and other breaches of the standards This is a problem common to most bilateral investment treaties The tribunal must accordingly exercise its discretion to identify the standard best attending to the nature of the breaches found.”); **CL-0079**, *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05, Laudo, 21 de noviembre de 2007 (Cremades, Rovine, Siqueiros), ¶ 279.

¹⁷²⁶ **CL-0047**, *PSEG Global, Inc. & Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 (Orrego Vicuña, Fortier, Kaufmann-Kohler), ¶ 305.

*not a logical, appropriate or practicable measure of the compensation to be awarded.*¹⁷²⁷ (Énfasis añadido)

El mismo razonamiento debe aplicar en este caso.

1082. Como el Perú demostró anteriormente, las medidas que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes no pueden considerarse (de manera individual o colectiva) como expropiatorias¹⁷²⁸. Pero si el Tribunal determina que el Perú es responsable de haber cometido alguna violación de sus obligaciones bajo los artículos 10.4 (Clausula Nación Más Favorecida) y 10.5 (Nivel Mínimo de Trato) del Tratado, no habría base alguna para aplicar un estándar de compensación aplicable a expropiaciones (viz., el estándar de valor justo de mercado).
1083. La Corte Permanente de Justicia Internacional, al explicar la clase de daños que corresponde resarcir como consecuencia de un “acto ilegítimo” en el *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów*, indicó que en tal circunstancia “*reparation must, as far as posible wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed*”¹⁷²⁹. Para ello deberán evaluarse en concreto los hechos y las circunstancias particulares de cada caso, utilizando toda la información disponible hasta la fecha de la indemnización (i.e., la información *ex post*)¹⁷³⁰.

¹⁷²⁷ **RL-0010**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 309.

¹⁷²⁸ Ver Sección V.B.2.

¹⁷²⁹ **CL-0086**, *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów*, PCIJ, Sentencia No. 13, 13 de septiembre de 1928, pág. 47.

¹⁷³⁰ **RL-0170**, Irmgard Marboe, *CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 2017, ¶ 3.342 (“[T]he concrete valuation inherent in the principle of full reparation requires also considering developments after the unlawful act. This is necessary in order to come as closely as possible to restitutio in integrum”).

c. Compensación por daños indirectos (*consequential damages*)

1084. Las Demandantes también alegan que tienen derecho a ser compensadas por los daños indirectos (*consequential damages*) que las acciones y omisiones del Perú supuestamente les habría ocasionado¹⁷³¹.
1085. A pesar de que a nivel teórico algunos tribunales han reconocido el derecho a obtener indemnización por daños indirectos bajo el estándar de reparación íntegra¹⁷³², dichos daños solo proceden cuando los mismos han sido “‘adequately caused’, ‘established’ and/or ‘reasonable’”¹⁷³³. Las Demandantes tienen la carga de la prueba de establecer que sus reclamaciones por daños indirectos cumplen con ese estándar.

2. *Estándares aplicables a la indemnización por violación de un acuerdo de inversión bajo el Tratado*

1086. De conformidad con lo establecido en el artículo 10.22 del Tratado, si el Tribunal determina que el Contrato RER califica como un “acuerdo de inversión” de conformidad con el artículo 10.28 del Tratado y, además, determina que la conducta del Perú violó dicho acuerdo de inversión, el Tribunal deberá aplicar el derecho peruano para determinar las consecuencias de dicha violación¹⁷³⁴.

¹⁷³¹ Memorial de Demanda, ¶ 516.

¹⁷³² Ver e.g., **CL-0042**, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, ¶ 792; **CL-0014**, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 (Sureda, Lalonde, Martins), ¶ 432.

¹⁷³³ **RL-0170**, Irmgard Marboe, *CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT*, 2017, ¶ 5.316.

¹⁷³⁴ Ver **RL-0051**, Tratado, art. 10.22.2 (“Derecho Aplicable. . . cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo [10.16.1(b)(i)(C) referente a reclamaciones por violación de acuerdos de inversión], el Tribunal deberá aplicar: (a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o (b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera: (i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes; y (ii) las normas del Derecho Internacional, según sean aplicables”).

1087. El derecho aplicable en este caso no es objeto de debate. En su Memorial de Demanda, las Demandantes admiten que el régimen legal aplicable a la indemnización por violaciones del Contrato RER es el derecho peruano¹⁷³⁵. En la próxima sección se describirán los principios legales que serían aplicables en este caso bajo derecho peruano con respecto a la reparación de daños.
1088. Independientemente de lo que establezca el derecho aplicable, el artículo 10.16.1 del Tratado precisa que los daños que pueden ser reclamados por la violación de un acuerdo de inversión se limitan a aquellos que “se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante”¹⁷³⁶.
1089. Las Demandantes reclaman indemnizaciones que no se relacionan directamente con el Proyecto Mamacocha (e.g., las reclamaciones relacionadas a los Proyectos Río Arriba, [REDACTED] [REDACTED] En atención a lo anterior, e independientemente de lo que establezca el derecho internacional y el derecho peruano al respecto, si el Tribunal determina que la responsabilidad del Perú se limita a la violación de un acuerdo de inversión, las Demandantes no tendrían derecho a ser indemnizadas por supuestos daños que no se relacionen directamente al Proyecto Mamacocha.

¹⁷³⁵ Memorial de Demanda, ¶ 255 (“CHM has the right to claim damages under Peruvian law for breaches of the RER Contract.”).

¹⁷³⁶ **RL-0051**, Tratado, art. 10.16.1 (“Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación . . . (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue (i) que el demandado ha violado . . . (C) una acuerdo de inversión . . . y (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta, a condición de que el demandante pueda someter una reclamación bajo el subpárrafo . . . (b)(i)(C) por la violación de un acuerdo de inversión solamente si la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante.”).

3. *Estándares legales aplicables a la indemnización bajo el derecho peruano*

1090. En su Memorial de Demanda, las Demandantes reconocen de manera expresa que el régimen aplicable al supuesto incumplimiento del Contrato RER por parte del Perú es el de la responsabilidad contractual¹⁷³⁷, y hacen referencia a los artículos 1432, 1322, y 1321 del Código Civil como la fuente de su derecho a ser indemnizadas¹⁷³⁸.
1091. El artículo 1432 del Código Civil regula el supuesto de “imposibilidad sobrevenida de la prestación”. Según las Demandantes, CH Mamacocha estuvo imposibilitada de cumplir con el Contrato RER como consecuencia de las acciones del Estado¹⁷³⁹, e invoca el segundo párrafo del artículo 1432:

Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho, sin embargo dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación¹⁷⁴⁰.

1092. Según Eduardo Benavides, experto en derecho civil de las Demandantes, la prestación del Contrato RER a cargo del concesionario devino imposible de cumplir “por causa imputable al acreedor, esto es, el Estado”¹⁷⁴¹. El Sr. Benavides deduce las siguientes consecuencias del artículo 1432 del Código Civil: (i) el Contrato RER queda resuelto de pleno derecho, sin necesidad de notificación previa; (ii) el Estado deberá pagar a [CH Mamacocha] la contraprestación, que es

¹⁷³⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 518-520.

¹⁷³⁸ Memorial de Demanda, ¶ 520.

¹⁷³⁹ Memorial de Demanda, ¶ 521.

¹⁷⁴⁰ **RL-0048**, Código Civil, art. 1321.

¹⁷⁴¹ Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶ 213.

el Ingreso Garantizado; y (iii) el Estado podrá conservar los derechos y acciones sobre el Proyecto Mamacocha¹⁷⁴².

1093. Para que el segundo párrafo del artículo 1432 del Código Civil resulte aplicable, las Demandantes deben probar que el cumplimiento de CH Mamacocha con sus obligaciones bajo el Contrato RER devino *imposible* como consecuencia directa de la conducta del MINEM (como contraparte contractual de CH Mamacocha)¹⁷⁴³. Como se explicó en la **Sección VI.I**, la imposibilidad de cumplimiento consiste en no poder desplegar la conducta en que la obligación consiste. La imposibilidad tiene que ser absoluta¹⁷⁴⁴:

El requisito de la irresistibilidad [se refiere al artículo 1315 del Código], por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria¹⁷⁴⁵.

1094. Las Demandantes alegan además que tienen derecho a ser indemnizadas de conformidad con los principios establecidos en los artículos 1322 y 1321 del Código Civil. El artículo 1322 se refiere a la indemnización por daños morales¹⁷⁴⁶. Pero las Demandantes no reclaman daños morales en este arbitraje, por lo que dicho artículo no es relevante.
1095. Por su parte, el artículo 1321 del Código Civil establece el derecho de una parte a recibir indemnización cuando la inejecución de la prestación correspondiente es imputable al deudor de la obligación. En tal caso, la indemnización podrá

¹⁷⁴² Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶ 213.

¹⁷⁴³ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.11.

¹⁷⁴⁴ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.8.

¹⁷⁴⁵ **RL-0049**, Felipe Osterling Parodi, LAS OBLIGACIONES (8ª ed., 2007), pág. 234.

¹⁷⁴⁶ **RL-0048**, Código Civil, art. 1322 (“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”).

comprender no solo el daño emergente sino también el lucro cesante. Dice ese artículo lo siguiente:

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída¹⁷⁴⁷.

1096. Bajo el artículo 1321 del Código Civil, el incumplimiento por causa imputable al deudor de la obligación genera la obligación de resarcir los daños *directos e inmediatos*. Salvo que se pruebe *dolo o culpa grave*, los daños se limitan a aquellos que eran *previsibles* al momento de la celebración del contrato.
1097. El Código Civil establece una presunción de *culpa leve* en los casos de incumplimiento contractual¹⁷⁴⁸. El artículo 1320 del Código Civil define el término “culpa leve” en los siguientes términos: “Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”¹⁷⁴⁹. En consecuencia, existe “culpa leve” si se procede sin el cuidado ordinario o usual que las personas en general ponen en sus asuntos.

¹⁷⁴⁷ **RL-0048**, Código Civil, art 1321.

¹⁷⁴⁸ **RL-0048**, Código Civil, art. 1329 (“Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a la culpa leve del deudor”).

¹⁷⁴⁹ **RL-0048**, Código Civil, art. 1320.

1098. La prueba de la *culpa inexcusable* y el *dolo* en el Estado corresponde a las Demandantes¹⁷⁵⁰. El artículo 1319 del Código Civil define “culpa inexcusable” en los siguientes términos: “Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”¹⁷⁵¹. Por su parte, el artículo 1318 del Código Civil establece que “[p]rocede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación”¹⁷⁵².
1099. El Sr. Benavides alega que el Estado actuó con culpa inexcusable y dolo y que, en consecuencia, las Demandantes tienen derecho a una indemnización incluso por los “daños que no fuesen previsibles al celebrarse el Contrato RER”¹⁷⁵³. Para llegar a esa conclusión, el Sr. Benavides se basa en las siguientes dos premisas: (i) el Estado incumplió de manera *deliberada* sus obligaciones bajo el Contrato¹⁷⁵⁴; y (ii) el retraso en el otorgamiento de los permisos demuestra falta de diligencia por parte del Estado¹⁷⁵⁵. Como ya se explicó en secciones anteriores, el Estado no incumplió obligación contractual alguna —y mucho menos de manera deliberada, como incorrectamente afirman las Demandantes y el Sr. Benavides. Eso es cierto tanto en relación con el MINEM (como parte contractual) como en relación a otros órganos del Estado (los cuales, en todo caso, no están sujetos a responsabilidad contractual bajo el Contrato RER)¹⁷⁵⁶.
1100. En cualquier caso, ni las Demandantes ni sus expertos demuestran que los supuestos incumplimientos que le imputan al Estado fueron deliberados. Incluso asumiendo que los supuestos retrasos en el otorgamiento de los permisos generan responsabilidad contractual bajo el Contrato RER (hecho negado), las

¹⁷⁵⁰ Ver **RL-0048**, Código Civil, art. 1330 (“La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”).

¹⁷⁵¹ **RL-0048**, Código Civil, art. 1319.

¹⁷⁵² **RL-0048**, Código Civil, art. 1318.

¹⁷⁵³ Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶ 18.

¹⁷⁵⁴ Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶¶ 224-227.

¹⁷⁵⁵ Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶ 228.

¹⁷⁵⁶ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, pág. 104

Demandantes no presentan evidencia de que la conducta que le atribuyen al Estado asciende al nivel de “cupla inexcusable” o “negligencia grave”, exigido bajo derecho peruano para el tipo de resarcimiento que reclaman las Demandantes¹⁷⁵⁷.

1101. El Sr. Benavides alega que, por aplicación combinada de los artículos 1432, 1321, y 1322 del Código Civil, el Estado debe indemnizar a CH Mamacocha por los daños y perjuicios causados; daños y perjuicios que, según el Sr. Benavides, se extienden “al valor de la contraprestación (el “Ingreso Garantizado” del Contrato [RER]), así como al daño emergente, al lucro cesante y al daño moral, e inclusive a aquellos daños que no fuesen previsibles al celebrarse el Contrato RER”¹⁷⁵⁸. Como cuestión preliminar, el Sr. Benavides no sustenta que el régimen establecido en el segundo párrafo del artículo 1432 del Código Civil (que mantiene obligado al acreedor causante de la imposibilidad sobrevenida a pagar la contraprestación), y el establecido en el artículo 1321 del Código Civil (que obliga al deudor que incumple a pagar daños y perjuicios, incluyendo daño emergente), pueden aplicarse de manera conjunta. Como explica el Claudio Lava, experto independiente en derecho civil peruano, la pretensión de aplicar acumulativamente el artículo 1321 y el segundo párrafo del artículo 1432 es del todo inconsistente porque son normas incompatibles¹⁷⁵⁹:

La aplicación conjunta de ambas disposiciones generaría una situación en la cual uno de los contratantes recibiría el doble de lo que le correspondía, esto es, la prestación originalmente debida, y además una indemnización que incluye el valor de esa prestación¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵⁷ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, págs. 104-105.

¹⁷⁵⁸ Informe Pericial de Eduardo Benavides, ¶ 18.

¹⁷⁵⁹ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.14.

¹⁷⁶⁰ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 7.14.

1102. Por otro lado, la indemnización que reclaman las Demandantes (i.e., el valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha y los daños indirectos (*consequential damages*) que alegan haber sufrido por la frustración del Proyecto Mamacocha) no se corresponde con las categorías de daños indemnizables bajo los artículos 1432 (la contraprestación) y 1321 (daños directos e inmediatos) del Código Civil.
1103. Además de las precisiones realizadas anteriormente respecto de los artículos del Código Civil que las Demandantes invocan como la fuente de su supuesto (pero inexistente) derecho a ser indemnizadas (viz., 1432, 1322, y 1321) y respecto de la indemnización que reclaman, es necesario realizar las siguientes precisiones adicionales sobre los estándares legales aplicables a la indemnización en el Perú. El derecho a recibir indemnización no contempla daños hipotéticos. En consecuencia, para ser compensables, los daños y perjuicios deben ser reales:

El resarcimiento de los daños y perjuicios solo procede cuando el acreedor *realmente los ha sufrido*. El incumplimiento de una obligación que no origina daños y perjuicios, tampoco confiere título al acreedor para exigir el resarcimiento¹⁷⁶¹. (Énfasis añadido)

1104. De conformidad con el artículo 1331 del Código Civil, la carga de probar los daños y perjuicios realmente sufridos le corresponde a quien los reclama:

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso¹⁷⁶².

1105. Para determinar cualquier indemnización a la que tendrían derecho las Demandantes, deben considerarse los principios de culpa compartida y mitigación. El artículo 1326 del Código Civil establece el principio de culpa

¹⁷⁶¹ **RL-0049**, Felipe Osterling Parodi, LAS OBLIGACIONES (8ª ed., 2007), pág. 70.

¹⁷⁶² **RL-0048**, Decreto Legislativo No. 295, Código Civil, 24 de julio de 1984, art. 1331.

compartida, según el cual cada sujeto responde en proporción al grado de su propia culpa¹⁷⁶³:

Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

1106. Sobre la mitigación de daños, el artículo 1327 del Código Civil establece la obligación del acreedor de no agravar, con su propio comportamiento, la situación del deudor (es decir, la obligación de mitigar daños)¹⁷⁶⁴:

El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

1107. En materia indemnizatoria, el Código Civil no contempla reglas de actualización del valor del monto de la pretensión en función de la inflación u otros criterios, salvo por los intereses moratorios¹⁷⁶⁵. Mientras que los interés compensatorios requieren de pacto previo para su existencia¹⁷⁶⁶, los intereses moratorios pueden ser convencionales o legales¹⁷⁶⁷. El Contrato RER no contempla intereses compensatorios ni intereses moratorios.

¹⁷⁶³ **RL-0049**, Felipe Osterling Parodi, LAS OBLIGACIONES (8ª ed., 2007), pág. 249.

¹⁷⁶⁴ **RL-0049**, Felipe Osterling Parodi, LAS OBLIGACIONES (8ª ed., 2007), pág. 249.

¹⁷⁶⁵ **RL-0048**, Código Civil, art. 1242 (“El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago”).

¹⁷⁶⁶ Con la única excepción del contrato de mutuo establecido en el Código Civil peruano.

¹⁷⁶⁷ **RL-0050**, Carlos Enrique Polanco Gutiérrez, *¡No estaba muerta, andaba descansando! Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo*, REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL, 2016, pág. 312-313 (“Para la existencia del interés compensatorio, a excepción del contrato de mutuo, se requiere la existencia previa de un pacto. El cálculo de su monto, se determina convencionalmente, teniendo en cuenta las tasas máximas que señala el Art. 1423 del Código Civil. El interés moratorio no necesita pacto previo para su existencia, es suficiente para el acreedor, constituir en mora al deudor, por lo que cuando se pacta convencionalmente, se hace con la finalidad de establecer la tasa de interés aplicable (monto), pues de lo contrario se aplica la tasa de interés legal. Mientras

1108. En el caso de los intereses moratorios, al tratarse de supuesto incumplimiento de obligaciones de hacer por parte del Estado, resultaría aplicable el artículo 1334 del Código Civil:

En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de citación con la demanda¹⁷⁶⁸

1109. Dado que no se han pactado intereses moratorios, el artículo 1246 del Código Civil establece que aplicará el interés legal conforme la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú¹⁷⁶⁹.

B. No existe nexo causal entre los daños reclamados y las violaciones alegadas

1110. Aun si se asume que el Perú violó sus obligaciones bajo el Tratado o el Contrato RER (lo cual no sucedió), el Estado solamente estaría obligado a indemnizar a las Demandantes si la pérdida que alegan haber sufrido hubiese sido consecuencia del incumplimiento específico que alegan las Demandantes. Eso es así porque tanto el derecho internacional¹⁷⁷⁰ como el derecho peruano¹⁷⁷¹ exigen que exista un

el interés compensatorio es consensual (excepto en el contrato de mutuo en el que el principio es que sean automáticos), el interés moratorio se devenga aun cuando las partes no los hayan pactado”).).

¹⁷⁶⁸ **RL-0048**, Código Civil, art. 1334.

¹⁷⁶⁹ **RL-0048**, Código Civil, art. 1246 (“Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”); *id.* art. 1244 (“La tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”).

¹⁷⁷⁰ Ver **RL-0010**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 316 (“[C]ompensation is payable only in respect of harm that is proved to have a sufficient causal link with the specific [treaty] provision that has been breached”); **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, International Law Commission, 2001, art. 31(1).

¹⁷⁷¹ Ver Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 8.13 iii (“La relación de causalidad es la relación de causa-efecto entre la conducta antijurídica del demandado y el daño producido, cuya importancia pasa por determinar ‘(i) cuál de los hechos determinantes del daño es aquel que los ocasionó

vínculo causal entre el incumplimiento del deudor de la obligación y los daños reclamados.

1111. El requisito de nexo causal está bien establecido en la jurisprudencia arbitral internacional. Por ejemplo, el tribunal del caso *LG&E* explicó que para determinar si correspondía una orden de compensación, tenía que abordar la cuestión de “la identificación de los ‘daños efectivamente’ sufridos por el inversionista ‘como resultado’ de la conducta de [la demandada]” y aclaró que la pregunta giraba en torno a la “‘causalidad’: ¿qué perdió el inversionista a causa de los actos ilícitos?”¹⁷⁷². El tribunal explicó que “[e]l punto de partida de [l] análisis [era] recordar cuáles fueron los actos ilícitos”, y señaló que el siguiente paso era determinar “[c]uál fue la pérdida sufrida por [la demandante] como consecuencia de [esas] medidas”¹⁷⁷³.
1112. Los tribunales arbitrales han reconocido el estándar de *proximate cause* como el estándar de causalidad que una demandante debe satisfacer para establecer que la medida estatal impugnada fue el motivo de las pérdidas alegadas.¹⁷⁷⁴ El tribunal en *Lemire c. Ucrania* expresó ese estándar (“*causal relationship is sufficiently close (i.e. not “too remote”)*”) en los siguientes términos:

The Tribunal agrees with Respondent that it is a general principle of international law that injured claimants bear the burden of demonstrating that the claimed quantum of compensation flows from the host State’s conduct, and that the causal relationship is sufficiently close (i.e. not “too remote”). The duty to make

(causa) y (ii) cuál de los daños que sean susceptibles de indemnización merecen ser redistribuidos’”); **Anexo CLC-0060**, BELTRÁN PACHECO, Jorge. Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil. Revista Derecho & Sociedad N° 23. Lima (2004), pág. 260.

¹⁷⁷² **RL-0175**, *LG&E Energy Corp., et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007 (Maekelt, Rezek, van den Berg), ¶ 45.

¹⁷⁷³ **RL-0175**, *LG&E Energy Corp., et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007 (Maekelt, Rezek, van den Berg), ¶¶ 46-47.

¹⁷⁷⁴ **RL-0028**, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 (Fernández-Armesto, Paulsson, Voss), ¶ 155.

*reparation extends only to those damages which are legally regarded as the consequence of an unlawful act*¹⁷⁷⁵.

1113. El tribunal señaló que ese principio general de derecho internacional está reflejado en el artículo 36.1 de los Artículos de Responsabilidad Estatal, los cuales reflejan el derecho internacional consuetudinario:

*Article 36.1 of the ILC Articles reflects this general principle: “The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby”*¹⁷⁷⁶.

1114. El tribunal en *Lemire c. Ucrania* también consideró que para demostrar la existencia de un nexo causal entre la medida estatal impugnada y el daño compensable, la demandante debía probar “(A) cause, (B) effect, and (C) a logical link between the two ...”¹⁷⁷⁷. El tribunal precisó que el nexo causal está compuesto de dos aspectos, uno positivo y otro negativo:

*The causal link can be viewed from two angles: the positive aspect requires that the aggrieved party prove that an uninterrupted and proximate logical chain leads from the initial cause (in our case the wrongful acts of [the State]) to the final effect (the loss in value of [the investment]); while the negative aspect permits the offender to break the chain by showing that the effect was caused – either partially or totally – not by the wrongful acts, but rather by intervening causes, such as factors attributable to the victim, to a third party or for which no one can be made responsible (like force majeure).*¹⁷⁷⁸

¹⁷⁷⁵ **RL-0028**, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 (Fernández-Armesto, Paulsson, Voss), ¶ 155.

¹⁷⁷⁶ **RL-0028**, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 (Fernández-Armesto, Paulsson, Voss), ¶ 155.

¹⁷⁷⁷ **RL-0028**, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 (Fernández-Armesto, Paulsson, Voss), ¶ 157.

¹⁷⁷⁸ **RL-0028**, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 (Fernández-Armesto, Paulsson, Voss), ¶ 163.

1115. La doctrina explica que “*the key issue is whether the wrongful conduct was a **sufficient, proximate, adequate, foreseeable or direct** cause of the harm or injury*”¹⁷⁷⁹.
1116. Ciertas limitaciones, tales como “*the duty of mitigation and contributory negligence*”¹⁷⁸⁰, deben también ser consideradas al analizar la causalidad. “*The concept of contributory fault is also linked with the concepts of inadequate assessment of risk, or voluntary assumption thereof, ‘where a victim evidenced an understanding of a dangerous situation and voluntarily encountered it’*”¹⁷⁸¹.
1117. En resumen, las pérdidas económicas reclamadas deben ser aquellas que surjan directamente de la violación alegada, y no de otras causas (incluyendo el riesgo que consciente y voluntariamente asumió el inversionista).¹⁷⁸²
1118. La teoría del caso de las Demandantes se puede resumir de la siguiente manera:
- Las medidas del Estado que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes interfirieron con la capacidad de las Demandantes de obtener financiamiento para el Proyecto Mamacocha;¹⁷⁸³
 - La ausencia de tal financiamiento hizo imposible iniciar la construcción del Proyecto Mamacocha y cumplir con la POC Real;¹⁷⁸⁴ y

¹⁷⁷⁹ **RL-0176**, Sergei Ripinsky y Kevin Williams, *DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (2008), pág. 135.

¹⁷⁸⁰ **RL-0177**, Herfried Wöss y Adriana San Román, *Full Compensation, Full Reparation and the But-For Premise*, *THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (4 ed. 2021).

¹⁷⁸¹ **RL-0176**, Sergei Ripinsky y Kevin Williams, *DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (2008) págs. 314-315.

¹⁷⁸² Ver e.g. **RL-0010**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (Hunter, Schwartz, Chiasson), ¶ 316.

¹⁷⁸³ Ver e.g. Memorial de Demanda, ¶¶ 4, 15, 17, 78, 139, 145, 284, 306, 321, 324, 372, 387, 498, 524; Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 63 (“*In short, we could not close on our financing obligations if we did not have all permits in place.*”).

¹⁷⁸⁴ Ver e.g. Memorial de Demanda, ¶ 17.

- Ante la pérdida inminente del Contrato RER por la supuesta imposibilidad de cumplir con la POC Real, el Proyecto Mamacocha perdió todo su valor.¹⁷⁸⁵
1119. A continuación, el Perú demostrará que la teoría de las Demandantes no tiene mérito y debe ser rechazada. En resumen, la supuesta destrucción del valor y la frustración del Proyecto Mamacocha no puede ser atribuida al Estado.
1. *La ausencia de financiamiento del Proyecto Mamacocha no es atribuible al Estado*
1120. Como el Perú demostró en las **Sección III.A**, las medidas estatales impugnadas por las Demandantes en este arbitraje no impidieron, de forma alguna, el Cierre Financiero del Proyecto Mamacocha. Las Demandantes eran exclusivamente responsables, bajo el Contrato RER y la normativa pertinente, de obtener el financiamiento necesario para acreditar el Cierre Financiero (uno de los cinco hitos bajo el Cronograma de Ejecución), y construir el Proyecto Mamacocha.¹⁷⁸⁶ La estructura de financiamiento libremente elegida por las Demandantes fue lo que ocasionó que las Demandantes no logaran el Cierre Financiero en el tiempo requerido. En cualquier caso, las Demandantes no han probado que, en ausencia de las medidas del Estado (i.e., escenario contrafáctico o “*but-for*”), hubiesen logrado financiar el Proyecto Mamacocha.
- a. La estructura de financiamiento elegida por las Demandantes las expuso a riesgos innecesarios
1121. En lugar de concentrarse en financiar ellas mismas el Proyecto Mamacocha, que era su exclusiva responsabilidad bajo el Contrato RER, los esfuerzos de financiamiento de las Demandantes estuvieron orientados a encontrar un socio estratégico que invirtiera el capital requerido para viabilizar el financiamiento de

¹⁷⁸⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 370–371.

¹⁷⁸⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 3.3.

CH Mamacocha.¹⁷⁸⁷ Las Demandantes pretendían que ese nuevo socio invirtiera cerca de USD 20 millones en contribuciones de capital a CH Mamacocha.¹⁷⁸⁸ El plan era que, luego del ingreso de ese inversionista o socio estratégico, el resto de la construcción se financiaría mediante un préstamo bancario por hasta USD 60 millones.¹⁷⁸⁹

1122. Como el Perú explicó en la **Sección III.A**, tal estrategia de financiamiento de CH Mamacocha era riesgosa. Entre otras cosas, requeriría la negociación satisfactoria con varios actores en paralelo (viz., las entidades financieras y el socio estratégico), y hacía que el financiamiento dependiera de las condiciones que dichos terceros pudiesen imponer. CH Mamacocha no estaba obligada a financiar el proyecto de esa forma, por lo que el perjuicio que alegan haber sufrido por no lograr el Cierre Financiero se debe a sus propias acciones.

b. Las Demandantes no han probado que en ausencia de las medidas del Estado hubiesen logrado el Cierre Financiero

1123. En el escenario contrafáctico, las Demandantes y BRG asumen que el Proyecto Mamacocha se habría financiado mediante un préstamo de USD 47.611 millones y aportes realizados directamente por Latam Hydro.¹⁷⁹⁰ Latam Hydro habría hecho un primer aporte de USD 15.090 millones antes del financiamiento de un tercero, y un segundo aporte de USD 3.197 millones después del financiamiento.¹⁷⁹¹ BRG

¹⁷⁸⁷ Ver Memorial de Demanda, ¶ 91 (“Latam Hydro also held out the possibility of finding a respected majority equity partner with deep experience in the renewable energy sector to join the ownership group and supervise construction and operation of the Mamacocha Project. . . . Latam Hydro believed that having Innergex as part of its ownership team would give the Project even more leverage in its negotiations with their lender DEG, result in more favorable financial terms, and expedite the financial closing process”); **Anexo C-0060**, Carta CH Mamacocha (C. Diez) a Latam Hydro, 12 de abril de 2018, pág. 1 (“we have engaged several potential equity investors to raise the funds required for the construction of the project. . . . we cannot close debt financing with DEG until we have a firm commitment from an investor”).

¹⁷⁸⁸ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 76.

¹⁷⁸⁹ Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 121.

¹⁷⁹⁰ Informe Pericial de BRG, ¶ 147.

¹⁷⁹¹ Informe Pericial de BRG, ¶ 147.

aclara que estos aportes habrían sido adicionales a los aportes al capital de CH Mamacocha que habían sido realizados por Latam Hydro antes del 14 de marzo de 2017.¹⁷⁹²

1124. En primer lugar, el escenario contrafáctico de las Demandantes y su teoría de causación son incompatibles. El escenario contrafáctico se construye considerando únicamente “*what would have happened in the absence of the breach*”¹⁷⁹³ (énfasis añadido). Es decir, en ese escenario contrafáctico se asume una conducta distinta del Estado, pero no se puede asumir una conducta distinta por parte de las Demandantes — porque hacerlo sugiere que fue la conducta de las Demandantes la que causó o contribuyó al daño que reclaman. En este caso, las medidas del Estado que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes no le impidieron de manera alguna a Latam Hydro invertir capital adicional en CH Mamacocha. No sería apropiado asumir una conducta distinta en el escenario contrafáctico. Por ejemplo, no es apropiado considerar que las Demandantes habrían realizado aportes de capital en CH Mamacocha en el el escenario contrafáctico cuando nada les impidió hacerlo en el escenario actual o fáctico.
1125. En segundo lugar, las Demandantes no han probado que disponían del capital que según ellas habrían aportado en el escenario contrafáctico.
1126. En tercer lugar, las Demandantes tampoco han probado que el posible prestamista, DEG, no procedió con el préstamo en razón de las medidas del Estado que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes. No sería apropiado incluir el préstamo de DEG (de USD 47.611 millones) en el escenario contrafáctico si las Demandantes no demuestran primero que DEG no procedió con el financiamiento en el escenario fáctico por razones atribuibles al Estado. El Perú demostró en la

¹⁷⁹² Ver Informe Pericial de BRG, nota al pie 309, pág. 64.

¹⁷⁹³ Ver **RL-0177**, Herfried Wöss y Adriana San Román, *Full Compensation, Full Reparation and the But-For Premise*, THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION (4 ed. 2021), pág. 2.

Sección III.A que las Demandantes no han aportado evidencia que pruebe que las medidas que forman la base de la reclamaciones de las Demandantes causaron que DEG no procediera con el financiamiento. Sin embargo, sí existe documentación que confirma que DEG no estaba dispuesta a proceder con el financiamiento hasta que CH Mamacocha cumpliera con niveles de capitalización adecuados.¹⁷⁹⁴ En pocas palabras, Latam Hydro no quiso o no pudo capitalizar a CH Mamacocha en el escenario fáctico, por lo cual si el financiamiento fracasó, fue como consecuencia de las acciones o limitaciones de las propias Demandantes, y no del Estado peruano.

* * *

1127. En definitiva, las Demandantes no han cumplido con su carga probatoria de demostrar que las medidas impugnadas fueron la causa real del fracaso de su proyecto.¹⁷⁹⁵ En este caso, las Demandantes no han demostrado que las acciones del Perú —en lugar de la estrategia de financiamiento de las Demandantes— fueron la causa de que no logaran acreditar el Cierre Financiero a tiempo.

2. *Las Demandantes no han probado que hubiesen podido cumplir con la POC Real en ausencia de las supuestas medidas del Perú*

1128. Como el Perú explicó en la Sección II.A, el Contrato RER disponía que, si para la fecha de la POC Real no se hubiere concretado la POC, el Contrato RER quedaría resuelto de pleno derecho y el concesionario perdería el derecho a recibir la Tarifa de Adjudicación.¹⁷⁹⁶

¹⁷⁹⁴ **Anexo C-0060**, Carta CH Mamacocha (C. Diez) a Latam Hydro, 12 de abril de 2018, pág. 1 (“[W]e have engaged several potential equity investors to raise the funds required for the construction of the project. . . . [W]e cannot close debt financing with DEG until we have a firm commitment from an investor.”) (Énfasis añadido).

¹⁷⁹⁵ Ver **RL-0178**, *Blusun S.A., et al c. Italia*, Caso CIADI No. ARB/14/3, Laudo, 27 de diciembre de 2016 (Crawford, Alexandrov, Dupuy), ¶ 394.

¹⁷⁹⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

- a. Las Demandantes no han probado que hubiesen podido obtener el financiamiento para poder iniciar la construcción del Proyecto Mamacocha el 1 de junio de 2017

1129. A la fecha de 14 de marzo de 2017 (que fue la fecha de la Demanda del Gobierno Regional que según las Demandantes “*definitively destroyed the economic value of the Mamacocha Project*”¹⁷⁹⁷, así como también la fecha a partir de la cual las Demandantes construyen su escenario contrafáctico), las Demandantes todavía no tenían financiamiento para el Proyecto. No obstante ello, las Demandantes alegan que estimaban que entre marzo y junio de 2017 podrían “*finalize the terms for credit approval*” y “*draft, negotiate, and close the loan documentation*”¹⁷⁹⁸. Sin embargo, al 28 de abril de 2017 ni siquiera se había definido cuales serían los demás bancos que participarían con DEG en el préstamo relacionado al Proyecto Mamacocha.¹⁷⁹⁹ Las Demandantes no han aportado prueba alguna que demuestre que era probable -- o tan siquiera razonable suponer-- que el financiamiento se obtendría a más tardar en junio de 2017, de tal forma que la construcción del proyecto pudiera iniciarse el 1 de julio de 2017 (como pretendían las Demandantes).

- b. Las Demandantes no han demostrado que hubiesen podido finalizar la construcción y cumplir con la POC Real establecida en la Adenda No. 2

1130. Con base en un informe de Norconsult Risk, las Demandantes y BRG estiman que, en el escenario contra-fáctico, el Proyecto Mamacocha se habría construido en un plazo de aproximadamente 30 meses.¹⁸⁰⁰ La Adenda No. 2 le otorgaba a CH Mamacocha un plazo de hasta el 14 de marzo de 2020 para lograr la POC Real. Pero al 14 de marzo de 2017, la construcción de las obras del Proyecto Mamacocha

¹⁷⁹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 523.

¹⁷⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 97; Declaración Testimonial de Stefan Sillen, ¶ 122.

¹⁷⁹⁹ **Anexo C-0167**, Correo Electrónico de P. Gyergyay (DEG) a S.Sillen (Latam Hydro), 28 de abril de 2017.

¹⁸⁰⁰ Informe Pericial de BRG, ¶ 83.

todavía no se había iniciado. De hecho, el escenario contrafáctico de las Demandantes y BRG asume que las obras habrían comenzado el 1 de julio de 2017, y que la POC del Proyecto Mamacocha se habría logrado el 1 de enero de 2020.¹⁸⁰¹ Eso significa que las Demandantes, incluso bajo su propio cronograma, tan solo habrían tenido un plazo de holgura de 73 días para cumplir con la POC Real si iniciaban la construcción del Proyecto Mamacocha el 1 de julio de 2017 como pretendían. Esto significa que cualquier contratiempo en el proceso de construcción hubiese impedido que las Demandantes concretaran la POC Real para el Proyecto Mamacocha antes del plazo original (31 de diciembre de 2018) o bajo el plazo modificado establecido (inválidamente) en la Adenda No. 2 (14 de marzo de 2020).

1131. En su informe, BRG analiza cinco calendarios de construcción preparados para el Proyecto Mamacocha.¹⁸⁰² Los dos calendarios más recientes, ambos preparados por entidades no afiliadas a las Demandantes, estimaron que la construcción tomaría aproximadamente 33 meses.¹⁸⁰³ En particular, el Informe de Hatch (la evaluación independiente de Hatch Engineering, empresa contratada por los financistas del Proyecto Mamacocha) señaló que “[t]he construction schedule can easily extend to 33 months or more due to access road slope stability issues and headrace tunnel construction.”¹⁸⁰⁴ Hatch estimó que incluso era posible que la construcción se extendiera hasta los 36 meses¹⁸⁰⁵. Por lo tanto, aun asumiendo que la construcción del Proyecto Mamacocha hubiera iniciado el 1 de julio de 2017, como pretendían las Demandantes, CH Mamacocha no hubiese podido cumplir con la POC Real (ya

¹⁸⁰¹ Informe Pericial de BRG, ¶ 11.

¹⁸⁰² Informe Pericial de BRG, ¶ 67, tabla 4.

¹⁸⁰³ Informe Pericial de BRG, ¶ 36, tabla 4; **BRG-0011**, Independent Engineering Review of the Mamacocha Project, HATCH, 13 de marzo de 2017, págs. 84-88.

¹⁸⁰⁴ **Anexo C-0187**, Independent Engineering Review of the Mamacocha Project, HATCH, 13 de marzo de 2017, pág. viii.

¹⁸⁰⁵ **Anexo C-0187**, Independent Engineering Review of the Mamacocha Project, HATCH, 13 de marzo de 2017, ¶ 8.2.4.

sea la original o la modificada). En consecuencia, aún en ausencia de las medidas del Estado, CH Mamacocha no hubiese podido cumplir con los términos del Contrato RER, y este se habría resuelto de pleno derecho, de conformidad con su cláusula 8.4 —como efectivamente sucedió.

c. Las Demandantes no han tomado en cuenta los efectos de la oposición de la comunidad de Ayo en el cumplimiento de la POC Real

1132. Las Demandantes alegan que los cuestionamientos de las Certificaciones Ambientales por parte de la Procuraduría Pública Regional y la Fiscalía Ambiental de Arequipa impidieron que el Proyecto Mamacocha lograra el Cierre Financiero.¹⁸⁰⁶ Sin embargo, en su escenario contrafáctico las Demandantes y BRG ignoran que existían acciones de ciudadanos privados que cuestionaban las Certificaciones Ambientales.

1133. Específicamente, al 14 de marzo de 2017 estaban en curso dos procesos judiciales iniciados por ciudadanos privados en contra de las Certificaciones Ambientales del Proyecto Mamacocha, las cuales (bajo la teoría de las Demandantes) podrían afectar el Cierre Financiero y el logro de la POC Real. Esos dos procesos judiciales son los siguientes:

- La acción constitucional de amparo presentada por el ciudadano P.J. Begazo López, el 13 de septiembre de 2016, ante el Juez Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, solicitando la declaración de la nulidad e ineficacia de: (i) las Certificaciones Ambientales otorgadas para la Planta de Generación y la Línea de Transmisión del Proyecto Mamacocha, (ii) los demás autos y resoluciones de la Autoridad Regional Ambiental que condujeron a la emisión de las Certificaciones Ambientales, y (iii) la Concesión Definitiva otorgada para la Planta de Generación¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 16-17.

¹⁸⁰⁷ **Anexo R-0071**, Demanda de Acción de Amparo de Pablo Julián Begazo López, Corte Superior de Justicia de Arequipa, 22 de agosto de 2016.

- La demanda de nulidad de resolución administrativa presentada por el ciudadano David Miranda Soto, el 17 de febrero de 2017, ante el Juez del Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Arequipa, cuestionando las Certificaciones Ambientales de la Planta de Generación y de Línea de Transmisión¹⁸⁰⁸.
1134. No es razonable asumir, como hace las Demandantes, que solo algunos de los procesos judiciales incidirían en el Cierre Financiero y el cumplimiento con la POC Real, pero no otros.
1135. El escenario contrafáctico no puede simplemente considerar el mejor escenario que pudiera haber existido en ausencia de las supuestas violaciones, sino que debe considerar el escenario que en toda probabilidad hubiera existido de no ser por las supuestas violaciones, y únicamente eliminando éstas últimas. Aquellos daños que son especulativos, contingentes, o meramente posibles no pueden ser el fundamento de una orden de indemnización¹⁸⁰⁹. En ese sentido, aunque “[t]he but-for scenario always refers to a hypothetical situation, and thus cannot be established with certainty, [it] needs to comply with the principle of reasonable certainty and avoid undue speculation”¹⁸¹⁰.
1136. En este sentido, el escenario contrafáctico de las Demandantes y BRG es extremadamente optimista respecto del grado de probabilidad de que CH Mamacocha hubiese logrado cumplir con la POC Real. Debido a la poca holgura con la que las Demandantes hubiesen contado a partir del 1 de julio de 2017 para cumplir con la POC Real (73 días), y la multiplicidad de posibles fuentes de retraso a las que se hubiesen visto expuestas (aun en la ausencia de las medidas del Estado

¹⁸⁰⁸ **Anexo R-0065**, Demanda Contencioso Administrativa de David Gerónimo Miranda Soto, 14 de febrero de 2017.

¹⁸⁰⁹ **CL-0031**, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 (Dupuy, Williams, Bernardini), ¶ 685 (“the appropriate standard of proof is the balance of probabilities. This, of course, means that damages cannot be speculative or merely ‘possible’”).

¹⁸¹⁰ **RL-0179**, John Trenor, *THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (4 ed. 2021), pág. 212.

que forman la base de sus reclamaciones), no es razonable asumir que CH Mamacocha hubiese llegado a la POC Real de no ser por las medidas impugnadas.

3. *La Terminación del Contrato RER no frustró el Proyecto Mamacocha*

1137. La terminación del Contrato RER no significa, *ipso facto*, que el Proyecto Mamacocha perdió todo valor. Como explica el experto en derecho civil Claudio Lava en su informe pericial, “la terminación del Contrato [RER] no representa la restricción y/o terminación de la concesión definitiva de generación con la que cuenta la sociedad concesionaria”¹⁸¹¹. Fuera del régimen de los Contratos RER, en el Perú las generadoras pueden vender su energía en el mercado de corto plazo (es decir, en el mercado *spot*) y a clientes libres mediante la celebración de contratos de suministro de energía a largo plazo. Siendo eso así, la terminación del Contrato RER no implicaba necesariamente la frustración del Proyecto Mamacocha.
1138. Conforme los cálculos de los expertos de las Demandantes, BRG, el impacto adverso para el Proyecto Mamacocha de operar sin el Contrato RER hubiese sido de tan solo de USD 7 millones¹⁸¹². Al comparar (i) el valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha según el escenario contrafáctico de BRG, con (ii) el valor hipotético del Proyecto Mamacocha según el escenario contrafáctico de BRG pero aplicando solo los precios del mercado *spot* (en lugar de la Tarifa de Adjudicación bajo el Contrato RER), se advierte una reducción de USD 35.310 millones a USD 28.489 millones (i.e., diferencia de solamente USD 6.821 millones) en el valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha según BRG¹⁸¹³. Esa reducción de aproximadamente 20% del valor del proyecto según los números de BRG, no es suficiente para que se considere que el valor del Proyecto Mamacocha fue destruido o radicalmente disminuido. Si las Demandantes decidieron no continuar con el desarrollo del Proyecto Mamacocha con base en sus Contratos de Concesión

¹⁸¹¹ Informe Pericial de Claudio Lava, ¶ 1.19.

¹⁸¹² Informe Pericial de Versant, Appendix E.1.

¹⁸¹³ Informe Pericial de Versant, Appendix E.1.

Definitiva, ello fue producto de una decisión de negocios de las propias Demandantes, no atribuible al Estado.

* * *

1139. Ante la ausencia de prueba que demuestre la existencia de un nexo causal entre (i) la conducta del Estado que las Demandantes alegan violó el Tratado y el Contrato RER; y (ii) el perjuicio reclamado (en este caso la supuesta destrucción del valor del Proyecto Mamacocha por no haber podido las Demandantes acreditar la POC Real), el Estado no puede ser condenado a pagar compensación alguna. Lo anterior lo confirma además el hecho que las Demandantes no han establecido con certeza razonable que, de no haber sido por la conducta del Estado, CH Mamacocha hubiese logrado la POC Real. En conclusión, las Demandantes no tienen derecho a recibir compensación alguna por parte del Estado peruano.

C. Los cálculos de supuestos daños presentados por las Demandantes son infundados y erróneos

1140. En la Sección anterior, el Perú demostró que las Demandantes no tienen derecho a compensación alguna (ni con base en el método de flujo de caja descontado ni con base en valor invertido), porque no es “*virtually certain*” que el Proyecto Mamacocha hubiese podido cumplir con la POC Contractual aún en ausencia de las supuestas violaciones que las Demandantes le imputan al Perú. Contrario a lo que argumenta las Demandantes, sencillamente no existe “*sufficient evidence that the project would more likely than not have become operational had it not been prevented from doing so by the illegal act*”¹⁸¹⁴.
1141. Las Demandantes y sus expertos en cuantificación, BRG, presentan modelos de daños que pretenden calcular la indemnización a la que supuestamente tendrían derecho. Esos modelos se basan en la teoría de que el Perú causó la frustración del Proyecto Mamacocha y por lo tanto debe compensar a las Demandantes por el

¹⁸¹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 529.

valor justo de mercado de dicho proyecto¹⁸¹⁵. Tanto bajo su Teoría Principal (basada en el método de flujo de caja descontado), como bajo su Teoría Alternativa (basada en importes invertidos), los modelos de daños de las Demandantes se basan en premisas exageradas, especulativas e infundadas. En su informe pericial, los expertos de cuantificación del Perú, Versant, analizan los modelos de daños de las Demandantes y BRG, y exponen en detalle los numerosos errores y premisas incorrectas en los cuales se basan dichos modelos.

1. *La Teoría Principal de las Demandantes respecto del valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha es exagerada*

1142. Las Demandantes alegan que el método de flujo de caja descontado (“DCF”) es un método apropiado para determinar el valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha¹⁸¹⁶. Existe consenso entre las Partes, BRG, y Versant que DCF es un método apropiado para determinar el valor justo de mercado¹⁸¹⁷. No obstante, Versant explica que el modelo DCF de BRG sobreestima el valor del Proyecto Mamacocha. Luego de analizar los cálculos realizados por BRG, Versant concluye que

*BRG’s DCF valuation contains several errors that cause it to significantly overvalue the Project. When these errors are corrected, the DCF value decreases to approximately US\$ 3.381 million as of 14 March 2017*¹⁸¹⁸. (Énfasis añadido)

¹⁸¹⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 509, 513, 521, 522.

¹⁸¹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 530.

¹⁸¹⁷ Ver Informe Pericial de Versant, ¶ 16; Informe Pericial de BRG, ¶ 9.

¹⁸¹⁸ Informe Pericial de Versant, ¶ 35.

1143. La siguiente figura, preparada por Versant, muestra el impacto acumulado de las correcciones al modelo DCF de BRG.

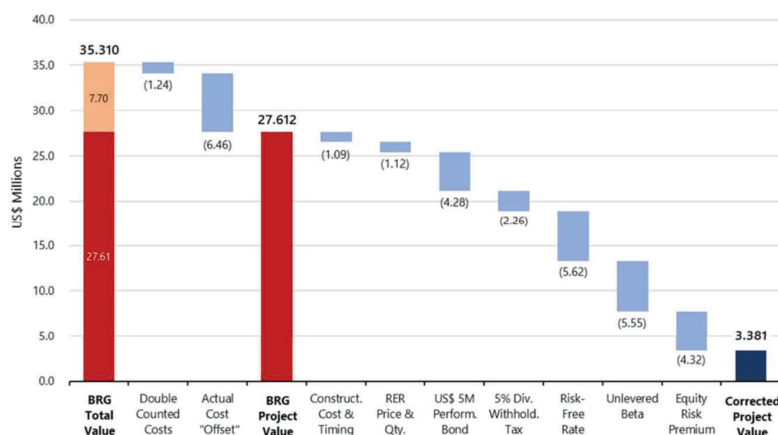


Figura 4 - Valoración DCF Corregida del Proyecto Mamacocha¹⁸¹⁹

Los principales errores identificados por Versant en el modelo de BRG se describen a continuación.

1144. Primera Corrección. BRG subestimó algunos componentes de los costos de construcción del Proyecto Mamacocha y distribuyó los costos de construcción en el tiempo de manera inconsistente con la documentación contemporánea¹⁸²⁰. Por ejemplo, Versant explica que BRG estimó los costos asociados con la construcción del camino de acceso a la Planta de Generación “based on a generic “civil & additional works” contingency percentage from the 2014 Pöyry study”¹⁸²¹. Versant consideró que era más apropiado basar los costos de construcción relacionados con el camino de acceso en el Informe Hatch¹⁸²². Dicho informe, aportado por las Demandantes,

¹⁸¹⁹ Informe Pericial de Versant, Figura 8, pág. 51; ver también **Apéndice D**, Ajustes de Versant a Anexo BRG-003, pestaña “Panel de Control”.

¹⁸²⁰ Informe Pericial de Versant, ¶¶ 42–45.

¹⁸²¹ Informe Pericial de Versant, ¶ 44.

¹⁸²² Informe Pericial de Versant, ¶ 44.

incluye un estimado específico de la contingencia relacionada con el camino de acceso¹⁸²³.

1145. En lo que concierne a la distribución en el tiempo de los costos de construcción, BRG asumió que los costos de construcción se distribuirían de manera equitativa, pero Versant señala que BRG no explicó el fundamento de la distribución que utilizó¹⁸²⁴. Versant consideró más apropiado basarse en el Informe Hatch, el cual describe la distribución en el tiempo de los costos de construcción con base en el Contrato con GCZ (la empresa de ingeniería contratada por las Demandantes para el Proyecto Mamacocha)¹⁸²⁵.
1146. Estas correcciones, por si solas, implican una reducción de **USD 1.118 millones** (-3%) al modelo DCF de BRG¹⁸²⁶.
1147. Segunda Corrección. Versant realiza tres correcciones al modelo DCF de BRG relacionadas con las ventas de energía bajo el Contrato RER.
1148. Primero, Versant corrigió un error en la fórmula del modelo DCF de BRG que estaba aplicando la Tarifa de Adjudicación a toda la energía que BRG estima que el Proyecto Mamacocha produciría en el escenario contrafáctico (134,720 MWh), en lugar de solo a los 130,000 Mwh previstos en el Contrato RER¹⁸²⁷.
1149. Segundo, Versant ajustó la cantidad de energía entregada bajo el Contrato RER en el escenario contrafáctico, para reflejar la probabilidad de producción esperada del Proyecto Mamacocha conforme el reporte más reciente de Pöyry (la firma de consultoría de ingeniería que preparó los estudios de factibilidad del Proyecto Mamacocha). Las cláusulas 1.4.20 y 6.2 del Contrato RER establecen que la Tarifa Adjudicada será reducida proporcionalmente en los años en que la producción

¹⁸²³ Informe Pericial de Versant, ¶ 44.

¹⁸²⁴ Informe Pericial de Versant, ¶ 45.

¹⁸²⁵ Informe Pericial de Versant, ¶ 45.

¹⁸²⁶ Informe Pericial de Versant, ¶ 46.

¹⁸²⁷ Informe Pericial de Versant, ¶ 52.

entregada es menor a la producción contratada¹⁸²⁸. Una vez ajustada la cantidad de energía entrega con base en el reporte de Pöyry, Versant aplicó el factor de corrección contemplado en el Contrato RER para los casos en que la energía entregada es menor a la energía contratada¹⁸²⁹. Versant explica que:

*Based on the expected production probabilities set out in the most recent Pöyry report, the Project would fail to reach 130,000 MWh of production in at least two years during the life of the RER Contract. According to Pöyry's estimates, in those two years the expected production would average approximately 105,000 MWh per year. That would lead to an RER Contract price discount of 19% in each of those two years. Even if production met or exceeded the 130,000 MWh threshold in every other year, this translates to an average price and quantity reduction of 1.9% over the life of the RER Contract.*¹⁸³⁰

1150. El ajuste realizado por Versant es apropiado toda vez que el escenario contrafáctico no debe considerar el mejor escenario que pudiera haber existido en ausencia de las supuestas violaciones, sino *el escenario que en toda probabilidad hubiera existido* de no ser por las supuestas violaciones.
1151. La tercera corrección al modelo DCF de BRG relacionada con las ventas de energía bajo el Contrato RER se basa a la fecha de terminación del Contrato RER. Con base en la instrucción del equipo de defensa del Perú, Versant corrigió la fecha de terminación del Contrato RER en el modelo de BRG, de modo que la Tarifa de Adjudicación solo aplique hasta el 31 de diciembre de 2036, por ser esa la fecha bajo el Contrato RER¹⁸³¹. BRG asume de manera incorrecta en su escenario

¹⁸²⁸ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 1.4.20 (“Factor de Corrección: Es la proporción entre las inyecciones netas de energía más la Energía Dejada de Inyectar por Causas Ajenas al Generador RER respecto de la Energía Adjudicada. Este Factor se aplica a la Tarifa de Adjudicación cuando su valor es menor a uno (1,2)”); cláusula 6.2.4 (“Cuando las Inyecciones Netas de Energía en un Periodo Tarifario más la Energía Dejada de Inyectar por Causas Ajenas al Generador RER sean menores a la Energía Adjudicada, la Tarifa de Adjudicación será reducida aplicando el Factor de Corrección.”).

¹⁸²⁹ Informe Pericial de Versant, ¶ 55.

¹⁸³⁰ Informe Pericial de Versant, ¶ 56.

¹⁸³¹ Informe Pericial de Versant, ¶ 58.

contrafáctico que la Tarifa de Adjudicación contemplada en el Contrato RER estaría vigente por veinte años a partir de la POC del Proyecto Mamacocha¹⁸³². Pero en la fecha de valuación elegida por las Demandantes (i.e., 14 de marzo de 2017) ya se había suscrito la Adenda No. 2, y dicha adenda no modificó la fecha de terminación del Contrato RER (i.e., 31 de diciembre de 2036).

1152. Como el Perú explicó anteriormente, el escenario contrafáctico se construye considerando únicamente “*what would have happened in the absence of the breach*”¹⁸³³. La Adenda No. 2, que mantuvo la fecha de terminación original del Contrato RER, no es una de las medidas que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes. El escenario contrafáctico de BRG no puede reflejar una fecha de terminación distinta a la del Contrato RER que se encontraba vigente en la fecha de valuación (i.e., 14 de marzo de 2017)¹⁸³⁴.
1153. Estas correcciones y ajustes, por si solas, implican una reducción **de USD 1.013 millones** (-3%) al modelo DCF de BRG¹⁸³⁵.
1154. Tercera Corrección. Versant corrige un error de cálculo en el modelo DCF de BRG relacionado con la retención de impuestos¹⁸³⁶. Versant explica que “*there is a formula error in BRG’s calculation of the 5% withholding tax on dividend distributions. Although BRG correctly calculates the amount of withholding taxes, it does not actually deduct them in the FCFE calculation.*”¹⁸³⁷ Esta corrección, por si sola, reduce el valor del Proyecto Mamacocha con base en el modelo DCF de BRG por **USD 2.330 millones** (-7%)¹⁸³⁸.

¹⁸³² Informe Pericial de Versant, ¶ 52.

¹⁸³³ Ver **RL-0177**, Herfried Wöss y Adriana San Román, *Full Compensation, Full Reparation and the But-For Premise*, THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION (4 ed. 2021).

¹⁸³⁴ Para la fecha de valuación, CH Mamacocha no había presentado la Tercera Solicitud de Extensión de la POC.

¹⁸³⁵ Informe Pericial de Versant, ¶ 59.

¹⁸³⁶ Informe Pericial de Versant, ¶ 71.

¹⁸³⁷ Informe Pericial de Versant, ¶ 70.

¹⁸³⁸ Informe Pericial de Versant, ¶ 71.

1155. Cuarta Corrección. Versant excluye del modelo DCF de BRG flujos de caja correspondientes a la Garantía de Fiel Cumplimiento¹⁸³⁹. Versant explica que “BRG assumes that the US\$ 5.0 million in cash used to secure the performance bond would flow to Claimants when the performance bond was released.”¹⁸⁴⁰ Incluir los flujos de caja correspondientes a la liberación de la Garantía de Fiel Cumplimiento en el modelo DCF es erróneo por el menos dos motivos. Primero, Versant explica que “based on our review of the available documents, it appears that the US\$ 5.0 million in cash collateral deposited at Wells Fargo did not come from Claimants (i.e., Latam Hydro and CH Mamacocha). Instead, the US\$ 5.0 million was provided by Mr. Jacobson and Mr. Bengier in their personal capacities.”¹⁸⁴¹ En ese sentido, aun en el escenario contrafáctico, cuando la Garantía de Fiel Cumplimiento sea liberada el “cash collateral” sería devuelto a los Sres. Jacobson y Bengier, no a Latam Hydro o CH Mamacocha¹⁸⁴².
1156. El segundo error referente a la inclusión de la Garantías de Fiel Cumplimiento en el modelo DCF es que dicha garantía no ha sido ejecutada. En razón del arbitraje, y conforme lo establecido en la cláusula 11.6 del Contrato RER, la Garantía de Fiel Cumplimiento no se podrá ejecutar hasta la emisión del laudo. Si el Tribunal determina que el Perú *no tiene* derecho a cobrar la Garantía de Fiel Cumplimiento, la garantía se liberará y las Demandantes no habrán sufrido una pérdida¹⁸⁴³. De lo contrario, el Perú podrá válidamente cobrar la Garantía de Fiel Cumplimiento sin que ello comprometa la responsabilidad del Perú¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁹ Informe Pericial de Versant, ¶ 77.

¹⁸⁴⁰ Informe Pericial de Versant, ¶ 72.

¹⁸⁴¹ Informe Pericial de Versant, ¶ 74.

¹⁸⁴² Informe Pericial de Versant, ¶ 75.

¹⁸⁴³ Informe Pericial de Versant, ¶ 76.

¹⁸⁴⁴ Informe Pericial de Versant, ¶ 76.

1157. La corrección sobre la Garantía de Fiel Cumplimiento, por si sola, reduce el valor del Proyecto Mamacocha con base en el modelo DCF de BRG en **USD 4.282 millones** (-12%)¹⁸⁴⁵.

1158. Quinta Corrección. Versant excluye del modelo DCF de BRG ciertas compensaciones (“offsets”) que BRG aplica a los costos de construcción del Proyecto Mamacocha, por gastos de CH Mamacocha, Latam Hydro, y Greingest America entre 2017 y 2019¹⁸⁴⁶. Versant explica que “[i]n total, BRG reduces the remaining construction costs by US\$ 8.222 million based on this “offset” methodology.”¹⁸⁴⁷ Versant identifica numerosos problemas con la compensación que pretende hacer BRG:

- *these costs could not impact the FMV of Claimants’ investments as of March 2017, as they had not yet occurred;*¹⁸⁴⁸
- *[t]hese costs were incurred during a period when construction was not taking place;*¹⁸⁴⁹
- *it does not appear they would have significantly reduced the remaining construction costs;*¹⁸⁵⁰
- *many of the underlying costs included in the “offset” – including US\$ 2.04 million in U.S. executive salaries and US\$ 1.19 million in legal costs – clearly did not advance construction of the Project and/or were far in excess of the amounts provided in the construction budget;*¹⁸⁵¹
- *BRG double-counts US\$ 1.390 million in “offset” costs. In essence, BRG includes all 2019 costs, Lima arbitration costs, and criminal defense costs in its damages calculation via the*

¹⁸⁴⁵ Informe Pericial de Versant, ¶ 77.

¹⁸⁴⁶ Informe Pericial de Versant, ¶ 78.

¹⁸⁴⁷ Informe Pericial de Versant, ¶ 78.

¹⁸⁴⁸ Informe Pericial de Versant, ¶ 79.

¹⁸⁴⁹ Informe Pericial de Versant, ¶ 79.

¹⁸⁵⁰ Informe Pericial de Versant, ¶ 79.

¹⁸⁵¹ Informe Pericial de Versant, ¶ 79.

*“offset” and then claims the same costs separately via the “Additional Costs and Expenses” claim.*¹⁸⁵²

1159. Sexta Corrección. BRG subestima la tasa de descuento (“*discount rate*”) que aplica al valor futuro de los flujos de caja, para reducirlos a su valor presente en la fecha de valuación¹⁸⁵³. Versant observa que “*it is plainly obvious that BRG’s cost of equity is understated*”, y explica que

*it is a basic financial rule that the cost of equity can never be lower than the pre-tax cost of debt for a given company or project. In this case, however, BRG’s baseline (unlevered) cost of equity (5.79%) is significantly lower than the observed cost of debt from the DEG loan (7.06% - 7.36%). This leads BRG to drastically overstate the FMV of Claimants’ investments*¹⁸⁵⁴.

1160. Luego de analizar cada componente de la tasa de descuento (“*discount rate*”) utilizada por BRG, y de identificar los componentes correctos que deberían ser utilizados, Versant explica que “*Based on our adjustment to the risk-free rate, beta, and ERP described above, we calculate an unlevered cost of equity of 7.48%, as shown in Table 13 below. As discussed above, this aligns with the fundamental financial principle that the unlevered cost of equity must be greater than the cost of debt (7.06% - 7.36%).*”¹⁸⁵⁵

1161. Esta corrección, por si sola, reduce el valor del Proyecto Mamacocha con base en el modelo DCF de BRG por **USD 16.893 millones** (-48%)¹⁸⁵⁶.

1162. Todas las correcciones en agregado implican una reducción de **USD 31.929 millones** (- 90%) en el valor del Proyecto Mamacocha con base en el modelo DCF de BRG. Esto reduce la valoración del Proyecto Mamacocha de USD 35.310 millones, según BRG, a USD 3.381 millones¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵² Informe Pericial de Versant, ¶ 80.

¹⁸⁵³ Informe Pericial de Versant, ¶ 86.

¹⁸⁵⁴ Informe Pericial de Versant, ¶ 86.

¹⁸⁵⁵ Informe Pericial de Versant, ¶ 110.

¹⁸⁵⁶ Informe Pericial de Versant, ¶ 110.

¹⁸⁵⁷ Informe Pericial de Versant, ¶ 111.

1163. Versant también explica que la valoración corregida del Proyecto Mamacocha se alinea con el valor que se deriva de la oferta de Innergex de febrero de 2017, para la adquisición del 70% de las CH Mamacocha¹⁸⁵⁸, y del modelo financiero preparado por Innergex para evaluar dicha transacción¹⁸⁵⁹.

2. *La Teoría Alternativa de las Demandantes respecto del importe invertido en el Proyecto Mamacocha adolece de deficiencias fundamentales*

1164. Las Demandantes presentan una metodología de daños alternativa al DCF, con base en el supuesto valor de su inversión¹⁸⁶⁰ (*investment value approach* o *sunk costs*). Alegan las Demandantes que el valor de su inversión es igual al:

*aggregate investment amount, i.e., the total amount expended by Claimants over the course of the development of the Mamacocha Project and the Upstream Projects, plus an appropriate return based on the cost of equity capital of a project with similar risks to the Mamacocha Project (i.e., 8.63%) plus the value of the performance bonds*¹⁸⁶¹.

1165. Existe consenso entre las Partes, BRG, y Versant que la metodología de valor de la inversión no es un sustituto del valor justo de mercado de una inversión¹⁸⁶².

1166. Las Demandantes explican que BRG calculó el valor de la inversión que reclaman de la siguiente manera:

BRG first determined the total amount of investment expended by Claimants through the date of the BRG Report, then updated the expenses incurred by Claimants in the investment value approach from the date they were incurred to the date of the BRG Report using an update rate equal to the cost of equity capital of a project with similar risks to the Mamacocha Project (i.e., 8.63%) for a total value

¹⁸⁵⁸ Informe Pericial de Versant, ¶¶ 116-126.

¹⁸⁵⁹ Informe Pericial de Versant, ¶¶ 127-128.

¹⁸⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 539.

¹⁸⁶¹ Memorial de Demanda, ¶ 540.

¹⁸⁶² Ver Memorial de Demanda, ¶ 541; Informe Pericial de BRG, ¶ 160; Informe Pericial de Versant, ¶ 144.

*of US \$28.209 million. . . In addition, BRG includes the value of the performance bonds*¹⁸⁶³.

1167. Luego de analizar el cálculo realizado por BRG, Versant concluye que este adolece de al menos tres deficiencias fundamentales. En primer lugar, Versant explica que la información en la cual BRG se basó para realizar el cálculo de valor de la inversión carece de “*underlying support*”¹⁸⁶⁴ y en consecuencia no es fiable. Eso se debe a que la información que BRG utilizó

*relies on Accounting summary spreadsheets to calculate the amount of costs that Claimants allegedly incurred in relation to the project. However, there is no underlying support for the accounting summaries. For instance, BRG does not provide audited financial statements, bank records, or other types of documents that would support the sunk costs amount.*¹⁸⁶⁵

1168. En segundo lugar, BRG incluyó incorrectamente el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento en su cálculo de valor de la inversión. Versant explica que, conceptualmente, “*it is not appropriate to include the performance bonds because they have not been executed by MINEM. As such, this is not an expense that has been incurred*”¹⁸⁶⁶. Lo anterior, además de ser un problema conceptual, también es incorrecto porque, como se explicó anteriormente, la Garantía de Fiel Cumplimiento “*appears to have been provided by Mr. Bengier and Mr. Jacobson in their personal capacity and the underlying funds are deposited in their personal bank accounts*”¹⁸⁶⁷.

1169. Por último, Versant considera que aplicar una tasa de interés pre laudo con referencia a “*the opportunity cost or project-specific rates*” (en este caso,

¹⁸⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 542.

¹⁸⁶⁴ Informe Pericial de Versant, ¶ 148.

¹⁸⁶⁵ Informe Pericial de Versant, ¶ 148.

¹⁸⁶⁶ Informe Pericial de Versant, ¶ 149.

¹⁸⁶⁷ Informe Pericial de Versant, ¶ 150.

supuestamente 8.63%) es “economically irrational because it would provide Claimants with an undue windfall by compensating them for risks they did not bear.”¹⁸⁶⁸.

1170. Luego de realizar los ajustes pertinentes para corregir las últimas tres deficiencias, el valor de la inversión que las Demandantes presentan se reduce a un valor entre USD 20.570 millones y USD 22.302 millones (dependiendo de la tasa de interés aplicada)¹⁸⁶⁹. No obstante, Versant considera que incluso ese rango de valor no es fiable porque los cálculos de BRG carecen de “underlying support”¹⁸⁷⁰.

3. *Las Demandantes no tienen derecho las indemnizaciones adicionales que reclaman*

1171. Las Demandantes piden además, en adición a las indemnizaciones que piden bajo la Teoría Principal o bajo la Teoría Alternativa, (i) el reembolso de ciertos gastos adicionales en los que alegan haber incurrido (“**Gastos Adicionales**”), y (ii) el pago de las sumas supuestamente invertidas en los Proyectos Río Arriba.

1172. Las Demandantes reclaman USD 2.019 millones por los Gastos Adicionales (USD 1.887 millones como gastos y USD 0.132 millones como intereses a una tasa del 7.06%) y USD 0.142 millones por las sumas supuestamente invertidas en los Proyectos Río Arriba (USD 101,000 como gastos y USD 41,000 como costo de oportunidad, a una tasa del 8.63%).

a. Las Demandantes no tienen derecho a indemnización por sus supuestos Gastos Adicionales

1173. Las Demandantes reclaman el reembolso de gastos adicionales no relacionados a la inversión que, según las Demandantes, fueron incurridos como resultado de los actos y omisiones del Perú que forman la base de las reclamaciones de las Demandantes.

¹⁸⁶⁸ Informe Pericial de Versant, ¶ 154.

¹⁸⁶⁹ Ver Informe Pericial de Versant, Apéndice F, pestaña Panel de Control.

¹⁸⁷⁰ Informe Pericial de Versant, ¶ 148.

1174. Los gastos reclamados se dividen en tres: (i) gastos, costos, y tasas asociados con el Arbitraje de Lima; (ii) gastos, costos, y tasas asociadas con la Demanda del Gobierno Regional y la Investigación Penal; y (iii) gastos no atribuibles específicamente a actividades de desarrollo, construcción, u operaciones del Proyecto Mamacocha¹⁸⁷¹.
1175. Versant explica que de los USD 1.887 millones en Gastos Adicionales totales, USD 0.689 millones se refieren a salarios e impuestos salariales relacionados con ejecutivos en los Estados Unidos, USD 0.627 millones se relacionan con gastos legales, y USD 0.571 millones con otros costos¹⁸⁷².
1176. En primer lugar, las Demandantes no pueden reclamar por los gastos, costos y tasas asociados con el Arbitraje de Lima en este arbitraje. El tribunal arbitral en dicho proceso se encargará de decidir ese tema.
1177. En segundo lugar, las Demandantes no tienen derecho a los gastos asociados con la Demanda del Gobierno Regional y la Investigación Penal. Las Demandadas solo podrían solicitar algún tipo de reparación respecto de la Demanda del Gobierno Regional y la Investigación Penal si el Tribunal determina que el Perú violó sus obligaciones frente a las Demandantes específicamente en relación con esos procesos. En cualquier caso, en la medida en que parte de los gastos se refieran a [REDACTED], o con otros terceros distintos a las Demandantes, dichos gastos deben ser excluidos. En la medida en que las Demandantes asumieron dichos gastos de manera voluntaria, no puede interpretarse que se trata de un gasto que el Perú causó y por el que deba indemnizar a las Demandantes.

¹⁸⁷¹ Memorial de Demanda, ¶ 537.

¹⁸⁷² Informe Pericial Versant, nota al pie 176, pág. 61.

1178. En tercer lugar, los gastos asociados al pago de ejecutivos no son compensables¹⁸⁷³. Las Demandantes no han probado que deban ser compensables en este caso.

b. Las Demandantes no tienen derecho a indemnización por el supuesto fracaso de los Proyectos Río Arriba

1179. BRG incluyó en sus cálculos costos relacionados a los Proyectos Río Arriba. Como el Perú explicó en la **Sección IV.E**, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre ese reclamo porque los Proyectos Río Arriba no constituyen una inversión protegida bajo el Tratado. En cualquier caso, las Demandantes no han probado que su inhabilidad de desarrollar esos proyectos se debió a las acciones del Estado y no a su propia situación financiera y decisiones de negocios. Esta reclamación es especulativa, o ha sido sustentada, y carece de todo fundamento.

4. *Las Demandantes no tienen derecho al interés pre-laudo que reclaman*

1180. Las Demandantes pretenden que el Tribunal le ordene al Perú pagar intereses pre-laudo calculados a una tasa compuesta semi-anual de 7.06%¹⁸⁷⁴ sobre: (i) el valor justo de mercado del Proyecto Mamacocha calculado con base en el método DCF¹⁸⁷⁵; (ii) los supuestos Gastos Adicionales incurridos por las Demandantes como consecuencia de la conducta del Perú¹⁸⁷⁶; y (iii) el valor de las Garantías de Fiel Cumplimiento¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷³ **CL-0046**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 31 de mayo de 2002 (Dervaird, Greenberg, Belman), ¶ 82 (“The Tribunal considers management time to be a fixed cost. The evidence revealed that the management who were involved in matters covered by the present claim were paid annual salaries that did not vary in respect of the issues or matters to which each of them devoted their working time.”)

¹⁸⁷⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 536.

¹⁸⁷⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶ 538; Informe Pericial de BRG, ¶ 157.

¹⁸⁷⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶ 537; Informe Pericial de BRG, ¶¶ 168-169.

¹⁸⁷⁷ Ver Memorial de Demanda, nota al pie 975, pág. 240; Informe Pericial de BRG, nota al pie 45, pág. 15 y ¶ 166.

1181. Según BRG, los intereses pre-laudo son necesarios “*in order to return Claimants to the economic position they would have been in but for the actions of Peru*”¹⁸⁷⁸. BRG mantiene que la tasa de interés que propuso (viz., 7.06%) es una tasa comercialmente razonable ya que habría sido el costo de financiamiento del Proyecto Mamacocha conforme las negociaciones con DEG¹⁸⁷⁹.
1182. Para el Perú, la discusión de los intereses pre-laudo es académica. El Perú ha demostrado mediante este escrito y las pruebas que lo sustentan que las Demandantes no tienen derecho a indemnización alguna, y por ende tampoco a los intereses que están reclamando. Sin perjuicio de lo anterior, las Demandantes no han probado que corresponda otorgarles el interés pre-laudo que reclaman.
1183. El artículo 10.26 del Tratado reconoce que “[c]uando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal *puede* otorgar . . . daños pecuniarios y los intereses que procedan”¹⁸⁸⁰ (énfasis añadido). La redacción del artículo 10.26 deja claro que las partes del Tratado no consideraron apropiado que se otorguen intereses en todos los casos, sino únicamente en circunstancias que lo ameriten.
1184. En una nota al pie de su escrito, las Demandantes señalan que el fundamento para que el Tribunal otorgue intereses pre-laudo se encuentra en el artículo 38 de los Artículos sobre Responsabilidad¹⁸⁸¹. No obstante, los comentarios a dicho artículo confirman que no existe un derecho absoluto a obtener intereses, ya que “*interest is not an autonomous form of reparation, nor is it a necessary part of compensation in*

¹⁸⁷⁸ Informe Pericial de BRG, ¶ 152.

¹⁸⁷⁹ Informe Pericial de BRG, ¶¶ 14, 19, 155.

¹⁸⁸⁰ **RL-0051**, Tratado, art. 10.26(1) (“Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal puede otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; y (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado puede pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución”).

¹⁸⁸¹ Ver Memorial de Demanda, nota al pie 962, pág. 236 (“*ILC Articles on State Responsibility, Art. 38, which establish a basis for both pre- and post- award interest*”).

*every case*¹⁸⁸², y que la procedencia de la aplicación de intereses dependerá de las circunstancias particulares de cada caso:

*[A]n injured [party] has no automatic entitlement to the payment of interest. The awarding of interest depends on the circumstances of each case; in particular, on whether an award of interest is necessary in order to ensure full reparation*¹⁸⁸³.

1185. En la medida en que las Demandantes estén alegando que el pago de intereses pre-laudo es requerido para que sean indemnizadas de manera íntegra, les corresponde probarlo. En este caso, las Demandantes no han acreditado que los intereses sean necesarios, y por ello no deben ser concedidos.
1186. Incluso si el Tribunal considerara que es procedente otorgar intereses pre-laudo en este caso, la tasa de interés propuesta por las Demandantes no es apropiada. Como se ha mencionado, la tasa de interés pre-laudo que propone BRG (viz., 7.06%) se basa en el costo de financiamiento del Proyecto Mamacocha conforme las negociaciones con DEG¹⁸⁸⁴. Las Demandantes y BRG ofrecen dos teorías para alegar que la tasa del interés pre-laudo debe ser 7.06%¹⁸⁸⁵, pero como se verá a continuación ni la teoría de las Demandantes ni la de BRG es acertada.
1187. Las Demandantes sostienen que la tasa propuesta por DEG es una tasa apropiada para el interés pre-laudo porque *“it provides a reasonable proxy for CHM’s [CH Mamacocha’s] borrowing costs”*¹⁸⁸⁶. Las Demandantes señalan que *“[i]t is well-established that pre-award interest is properly determined in accordance with Claimants’ cost of borrowing”*¹⁸⁸⁷. Sin embargo, la tasa propuesta por DEG **no** refleja el costo de

¹⁸⁸² **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, International Law Commission, 2001, art. 38(1), comentario 1.

¹⁸⁸³ **CL-0072**, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary*, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 38(1), comentario 7.

¹⁸⁸⁴ Informe Pericial de BRG, ¶ 155.

¹⁸⁸⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶ 536 (que se refiere al costo de financiamiento de CH Mamacocha); Informe Pericial de BRG, ¶ 154 (que se refiere al costo de oportunidad).

¹⁸⁸⁶ Ver Memorial de Demanda, ¶ 536.

¹⁸⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶ 536, nota al pie 962, pág. 236.

financiamiento de CH Mamacocha (o de Latam). Esa tasa refleja más bien el costo de financiamiento *del Proyecto Mamacocha* (específicamente, y considerando los riesgos inherentes exclusivamente a ese proyecto). Versant explica en su informe pericial que la tasa promedio de los bonos corporativos emitidos por compañías americanas en el mismo período fue aproximadamente 2.7% durante el período relevante, es decir “*approximately 62% lower than the Project’s cost debt of 7.06%*”¹⁸⁸⁸. Esto significa que el costo de financiamiento del Proyecto Mamacocha “*is nearly three times greater than the ‘commercially reasonable rate,’ as measured by the yield on investment-grade corporate bonds*”¹⁸⁸⁹ y por ello no es un buen parámetro para estimar el costo de financiamiento de las Demandantes.

1188. BRG alega además que la tasa propuesta por DEG para la financiación del Proyecto Mamacocha en el período operativo es “*a proxy for Claimants’ opportunity cost of funding*”¹⁸⁹⁰. Según BRG el costo de oportunidad es un método apropiado para determinar los intereses pre-laudo¹⁸⁹¹. No obstante, los autores que BRG cita para apoyar su pretensión precisan que, en circunstancias como las de las Demandantes, no propondrían el método de costo de oportunidad para derivar los intereses aplicables:

*We do not propose to use the cost of capital approach to derive the interest rate for privately-held firms. . . . For privately-held corporations . . . we advocate using a risk-free rate (for example, government bonds) plus a market-risk premium (as measured by an historical average of the excess of the market return over the risk-free rate)."*¹⁸⁹²

1189. En cualquier caso, como explican los peritos en cuantificación del Perú, numerosos autores han rechazado el uso del costo de oportunidad del inversionista o la tasa

¹⁸⁸⁸ Informe Pericial de Versant, ¶ 136.

¹⁸⁸⁹ Informe Pericial de Versant, ¶ 136.

¹⁸⁹⁰ Informe Pericial de BRG, ¶ 154.

¹⁸⁹¹ Ver Informe Pericial de BRG, ¶¶ 153, 154.

¹⁸⁹² **BRG-0051**, T. Sénéchal y J. Gotanda, INTERESTS AS DAMAGES, julio de 2009, págs. 528-529.

de rentabilidad de un proyecto específico (e.g., el costo de financiamiento del Proyecto Mamacocha) como una base económicamente racional para determinar los intereses pre-laudos¹⁸⁹³. Versant explica que *“if pre-award interests were calculated using such rates the investor would receive compensation for risks it did not bear”*¹⁸⁹⁴.

1190. BRG admite que “[i]n this case, interest should reflect both the passage of time and a risk premium”¹⁸⁹⁵. Según BRG, el concepto de “time value of money” implica que que “the promise of a dollar tomorrow carries a measure of risk depending on the uncertainty of collection”¹⁸⁹⁶. Bajo esa lógica, la tasa que compensaría a las Demandantes por riesgo de recuperación en lo que concierne al Estado sería la tasa de endeudamiento del Perú, que es de aproximadamente 3.5% durante el período relevante¹⁸⁹⁷ mucho menor que 7.06%. Al utilizar la tasa del 7.06%, BRG estaría compensando a las Demandantes por un riesgo que no han asumido. Como explica Versant en su informe pericial, “using. . . [these rates] would result in an undue windfall to Claimants by providing them with above-market interest rates and compensating them for risks they did not bear”¹⁸⁹⁸.
1191. Contrario a lo alegado por las Demandantes y BRG, si el Tribunal llegara a contemplar una compensación por daños y perjuicios, y si además decidiera conceder intereses pre-laudo, tal concesión debe basarse en la hipótesis razonable de que, si la Demandante hubiera recibido el valor total de su inversión en la fecha de valuación, habría invertido los fondos obtenidos en activos seguros. Esto es consistente con el principio de que para que corresponda otorgar compensación,

¹⁸⁹³ Informe Pericial de Versant, ¶¶ 137-140.

¹⁸⁹⁴ Informe Pericial de Versant, ¶ 137.

¹⁸⁹⁵ Informe Pericial de BRG, ¶ 152.

¹⁸⁹⁶ Informe Pericial de BRG, ¶ 152.

¹⁸⁹⁷ Informe Pericial de Versant, Tabla 21, nota al pie 187, pág. 67.

¹⁸⁹⁸ Informe Pericial de Versant, ¶ 135.

debe existir certeza de que se sufrieron daños ¹⁸⁹⁹. En ese sentido la tasa de interés aplicable en este caso debería ser la tasa libre de riesgo denominada en USD (aproximadamente 2.3% durante el período relevante¹⁹⁰⁰). Versant explica que esa tasa libre de riesgo sería “[the] interest rate on US Treasury Bonds”¹⁹⁰¹.

5. *Las Demandantes no tienen derecho a una indemnización neta de impuestos*

1192. Mediante una nota al pie de su escrito, las Demandantes pretenden que se les conceda una compensación neta de impuestos en el Perú¹⁹⁰². Contrario a lo alegado por las Demandantes¹⁹⁰³, el principio de reparación íntegra no exige en absoluto que se ordene que una eventual indemnización sea neta de impuestos en el Perú; todo lo contrario, tal orden no tiene asidero conceptual, y salvo un par de casos aislados no ha tenido ninguna acogida en la jurisprudencia de inversión.
1193. Esto fue confirmado por el tribunal en el caso *Abengoa c. México*, el cual señaló que “el principio de indemnización plena solo implica que el inversor sea colocado en la misma situación que si el hecho ilícito no hubiese sido cometido, lo que no necesariamente implica que el inversor esté amparado contra cualquier imposición sobre la indemnización”¹⁹⁰⁴ y agregó que “[n]o cabe por tanto aumentar la indemnización otorgada a [la Demandante] para tomar en cuenta un hipotético futuro tratamiento fiscal injusto del . . . laudo”¹⁹⁰⁵.

¹⁸⁹⁹ **RL-0132**, *Caso Rudloff*, Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, UNRIAA, 17 de febrero de 1903, pág. 258 (“*Damages to be recoverable must be shown with a reasonable degree of certainty and can not be recovered for an uncertain loss*”).

¹⁹⁰⁰ Informe Pericial de Versant, Tabla 21, nota al pie 187, pág. 67.

¹⁹⁰¹ Informe Pericial de Versant, ¶ 141.

¹⁹⁰² Ver Memorial de Demanda, nota al pie 964, pág. 237 (“*[A]ny Award that seeks to provide full compensation based on this damages assessment should not be subject to further taxes in Peru*”).

¹⁹⁰³ Ver Memorial de Demanda, nota al pie 964, pág. 237.

¹⁹⁰⁴ **RL-0133**, *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 (Mourre, Siqueiros, Fernández Armesto), ¶ 776.

¹⁹⁰⁵ **RL-0133**, *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 (Mourre, Siqueiros, Fernández Armesto), ¶ 775.

1194. La noción de indemnizaciones “netas de impuestos” es conceptualmente improcedente en los laudos de arbitraje internacional, porque las posibles obligaciones tributarias nacionales de las Demandantes no pueden interpretarse razonablemente como “pérdidas” (según la definición dada a este término para fines relacionados con los daños y perjuicios), y probablemente no sean interpretadas de esa manera en ningún sistema legal nacional. Esto es así porque las obligaciones tributarias internas no constituyen “pérdidas” atribuibles a la parte contraria en un contrato o controversia en torno a una inversión. Como señaló el tribunal en *CSOB c. la República Eslovaca*:

*Income taxes are an act of government (“fait du prince”) that are out of the parties' control and are unrelated to the obligation of one party to fully compensate the other party for the harm done. Moreover, they are consequential to the compensation and do not affect its determination. Compensation will not increase or decrease according to whether the amount of income tax rates is increased or decreased*¹⁹⁰⁶.

1195. Los tribunales internacionales han rechazado y criticado rotundamente el concepto de las indemnizaciones “netas de impuestos”. Por ejemplo, en un caso bajo el NAFTA, el tribunal se negó a otorgar a las Partes demandantes una indemnización “neta de impuestos”, explicando que “[it was] not aware of a requirement under international law to gross up compensation as a result of tax considerations,” y que por lo tanto veía “little basis for incorporating the Claimants' request for a 38% ‘gross up’ for tax reasons”¹⁹⁰⁷. El tribunal en *Les Laboratoires Servier*, por su parte, rechazó de manera similar una demanda de esta naturaleza, indicando lo siguiente:

¹⁹⁰⁶ **RL-0106**, *Ceskoslovenska obchodní banka, a.s. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Laudo, 29 de diciembre de 2004 (Van Houtte, Bernardini, Bucher), ¶ 367; **RL-0108**, *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Corp. c. República de Ecuador*, Caso CPA No. AA 277, Laudo, 31 de agosto de 2011 (Bockstiegel, Brower, van den Berg), ¶ 314.

¹⁹⁰⁷ **RL-0109**, *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión Sobre Responsabilidad y Principios de Quantum, 22 de mayo de 2012 (Van Houtte, Janow, Sands), ¶ 485.

Although the Tribunal has considered the possible tax ramifications of this Award, it can find no reason to speculate on the appropriateness, one way or another, of any proposed 'gross-up' to take into account potential tax liability, whether in Poland or in France. The ultimate tax treatment of an award representing the "real value" of an investment must be addressed by the fiscal authorities in the investor's home jurisdiction as well as the host state¹⁹⁰⁸.

1196. El tribunal en *Venezuela Holdings, B.V. c. Venezuela* arribó a la misma conclusión:

The Claimants contend that compensation should be calculated and payable in an amount net of any taxes, domestic or foreign. Accordingly, they request that compensation be calculated on an after-tax basis and that the quantum of the compensation be increased to include the amount of any tax levied by the Respondent and the amount of any tax liability that may be incurred as a result of the Award and as a consequence of the Respondent's wrongful measures . . . The Tribunal considers that this claim is speculative and uncertain. Accordingly, the claim is dismissed¹⁹⁰⁹.

1197. Incluso si fuera conceptualmente apropiado considerar una indemnización “neta de impuestos”, las Demandantes no citan disposición legal alguna actualmente vigente en el Perú para respaldar la posición de que una eventual indemnización en este arbitraje sería objeto de tributación. Por consiguiente, el Tribunal no está en condiciones de evaluar exactamente cuáles serían las implicaciones fiscales de una indemnización por daños y perjuicios para las Demandantes. Esto es así no solo porque las Demandantes no han articulado ninguna teoría sobre la forma en que potencialmente se verían sometidos a tributación en el Perú, sino también porque las circunstancias particulares relacionadas con la tributación de las Demandantes serían relevantes para tal determinación, y el Tribunal no está en posición de evaluar tales circunstancias. Por ejemplo, las circunstancias financieras

¹⁹⁰⁸ **RL-0110**, *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo, 14 de febrero de 2012 (Hanotiau, Lalonde, Park), ¶ 666.

¹⁹⁰⁹ **RL-0111**, *Venezuela Holdings B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014 (Guillaume, Kaufmann-Kohler, El-Kosheri), ¶¶ 386–388.

de las Demandantes, sus ingresos de otras fuentes, posibles cancelaciones de deudas incobrables (“*write-offs*”), y los métodos contables pertinentes, así como el/los ejercicio(s) fiscal(es) en cuestión, entre otros, podrían ser factores relevantes para determinar las implicaciones reales de cualquier tributación sobre una indemnización en este arbitraje. Sin embargo, el Tribunal carece de información sobre tales factores. En consecuencia, cualquier decisión del Tribunal de otorgar una compensación “neta de impuestos” necesariamente sería especulativa, y podría redundar en un *windfall* para las Demandantes.

1198. Las Demandantes no han identificado—mucho menos cuantificado específicamente—los impuestos a los que podrían estar sujetas si se les otorgara una indemnización por daños y perjuicios en este arbitraje. Las Demandantes sostienen simplemente que el cálculo del monto de daños según el criterio DCF ya toma en consideración los impuestos y tasas aplicables a la Fecha de Valoración, con lo cual, según dicen, cualquier indemnización calculada bajo ese criterio de cálculo no debería estar sujeta a ningún impuesto adicional en el Perú¹⁹¹⁰. Pero las Demandantes en ningún momento justifican la equivalencia que proponen entre (i) el monto de impuestos y tasas que han considerado a la hora de calcular los daños según la metodología DCF y (ii) el monto de impuestos que podrían resultar de una eventual indemnización por daños y perjuicios bajo la legislación tributaria aplicable en el Perú en el momento relevante. La equiparación que proponen las Demandantes entre obligaciones tributarias de distinta naturaleza y por distintos conceptos no tiene ningún fundamento legal.
1199. En resumen, la solicitud de las Demandantes de que cualquier indemnización sea neta de impuestos debe rechazarse. Tales indemnizaciones son conceptualmente improcedentes en los arbitrajes de inversión (y de hecho en el derecho

¹⁹¹⁰ Memorial de Demanda, nota al pie 964, pág. 237 (“*BRG’s damages calculations were assessed based on expected future cash flows after all taxes and contributions applicable as of the Valuation Date. Therefore, any Award that seeks to provide full compensation based on this damages assessment should not be subject to further taxes in Peru.*”).

internacional en general). En cualquier caso, las Demandantes no han proporcionado ninguna información sobre la tributación que supuestamente se aplicaría a una eventual indemnización por daños y perjuicios en este caso, o sobre la forma en que dicha tributación afectaría específicamente a las Demandantes (a la luz de sus propias circunstancias tributarias). Las Demandantes tampoco han justificado su posición de que una supuesta indemnización por daños y perjuicios en este arbitraje debe estar exenta de impuestos porque su metodología de cálculo de los daños ya ha considerado todos los impuestos aplicables a la Fecha de Valoración. Todo lo anterior significa que cualquier indemnización “neta de impuestos” que fuese otorgada por el Tribunal sería necesariamente especulativa y arbitraria, y por ende no debe ser otorgada.

D. Las Demandantes no tienen derecho a las costas del proceso

1200. Las Demandantes reclaman además todas las costas del procedimiento arbitral (en particular, las Demandantes mencionan “Latam Hydro’s legal and expert fees, translation costs, Tribunal costs and fees, and other related fees and expenses relating to this proceeding”, cuyo monto será determinado por el Tribunal cuando concluya el procedimiento¹⁹¹¹).
1201. En apoyo de esta pretensión, las Demandantes alegan que han incurrido en dichos gastos simplemente porque, en opinión de las Demandantes, el Perú ha incumplido sus obligaciones bajo el Tratado y ha destruido el valor de las inversiones de las Demandantes en el Proyecto Mamacocha¹⁹¹².
1202. Como se ha demostrado en este Memorial de Contestación, el Perú ha cumplido con sus obligaciones bajo el Tratado y los alegatos de las Demandantes carecen de fundamento. Así pues, el Perú solicita respetuosamente al Tribunal que, en ejercicio de su discreción, no solo no condene al Perú al pago de costas, sino

¹⁹¹¹ Memorial de Demanda, ¶ 527.

¹⁹¹² Memorial de Demanda, ¶ 544.

imponga a las Demandantes la obligación de reembolsar al Perú por todas las costas procesales así como la totalidad de los honorarios profesionales y gastos incurridos por el Perú¹⁹¹³.

E. Las Demandantes no tienen derecho a intereses compuestos post-laudo

1203. Finalmente, las Demandantes pretenden que el Tribunal les conceda intereses post-laudo compuestos desde la fecha del laudo hasta a fecha de pago. Las Demandantes solicitan que dichos intereses sean “*at the highest possible lawful rate*”¹⁹¹⁴. Las Demandantes proponen que la tasa sea la misma que la tasa solicitada arriba (7.06%) para los intereses pre-laudo. Alternativamente, las Demandantes solicitan que la tasa se corresponda como mínimo con “*Peru’s highest external cost of debt financing from private lenders*”¹⁹¹⁵.
1204. Como se ha indicado, no existe un derecho a los intereses, puesto que no forman parte automática de una indemnización¹⁹¹⁶. Otorgarle intereses post-laudo a las Demandantes sería inapropiado en este caso, ya que tales intereses no serían necesarios a los fines de proporcionar una indemnización completa a las Demandantes.
1205. En cualquier caso, incluso si el Tribunal estimara conveniente otorgar algún monto de interés post-laudo, el Perú ya ha explicado arriba que la tasa propuesta por las Demandantes para el interés pre-laudo (7.06%) no tiene fundamento. Por los

¹⁹¹³ Por su parte, los artículos 11.7 y 11.8 del Contrato RER establecen lo siguiente: “Todos los gastos que irroque la resolución de una Controversia Técnica, o No Técnica, incluyendo los honorarios del Experto o de los Árbitros que participen en la resolución de una Controversia, serán cubiertos por la Parte vencida, salvo que el Experto o los Árbitros decidieran otra cosa. . . . Se excluye de lo dispuesto en esta Cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual.” **Anexo C-0002**, Contrato RER, art. 11.7, 11.8.

¹⁹¹⁴ Ver Memorial de Demanda, ¶ 545.

¹⁹¹⁵ Ver Memorial de Demanda, ¶ 545.

¹⁹¹⁶ Ver **CL-0072**, International Law Commission, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentary, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2001, art. 38(1).

mismos motivos ya explicados, dicha tasa no sería tampoco apropiada para el interés post-laudo.

1206. La posición predominante de los tribunales arbitrales ha sido precisamente que no debe existir distinción entre la tasa de interés pre- y post-laudo, en tanto que la finalidad de ambos tipos de interés se limita a la preservación del valor del dinero en el tiempo¹⁹¹⁷. En línea con los anterior, si el Tribunal decidiera conceder intereses post-laudo, la tasa que debería tomar en consideración es la tasa libre de riesgo denominada en USD.

¹⁹¹⁷ Ver **CL-0092**, *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Laudo, 11 de diciembre de 2019 (Pellet, Nikken, Volterra), ¶ 65; **RL-0016**, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/12, Laudo, 2 de agosto de 2019 (Park, Dupuy, Drymer), ¶¶ 602-603; **RL-0104**, *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España*, Caso CIADI Case No. ARB/15/38, Laudo, 31 de julio de 2019 (Donoghue, Sacerdoti, A R Williams), ¶ 559; **CL-0089**, *Ioan Micula, et al. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013 (Lévy, Alexandrov, Abi-Saab), ¶ 1269; **CL-0041**, *National Grid P.L.C. c. República de Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, (Garro, Kessler, Rigo Sureda), nota 122, pág. 130.

VIII. LAS PETICIONES ACCESORIAS DE LAS DEMANDANTES SON INFUNDADAS

1207. En el Petitorio de su Memorial de Demanda, las Demandantes solicitan ciertas reparaciones adicionales, accesorias a sus reclamaciones principales¹⁹¹⁸. Las Demandantes ni siquiera han intentado probar su derecho a esas reparaciones en su Memorial de Demanda, ni han demostrado que el Tribunal tenga autoridad para ordenar varias de esas reparaciones. Las Demandantes no tienen derecho a dichas reparaciones. Al igual que las demás peticiones de reparaciones de las Demandantes, esas peticiones adicionales son infundadas y deben ser rechazadas.

1208. Las Demandantes solicitan lo siguiente:

- Que el Tribunal le ordene al Perú la devolución de las Garantías de Fiel Cumplimiento otorgadas por cualquiera de las Demandantes como parte del Proyecto Mamacocha o los Proyectos Río Arriba¹⁹¹⁹;
- Que ordene que el Perú no pueda ejecutar o cobrar ninguna garantía que cualquier de las Demandantes haya otorgado con relación al Proyecto Mamacocha y los Proyectos Río Arriba, incluyendo la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato RER¹⁹²⁰.
- Que el Tribunal le recomiende al Perú a que cese y desista del proceso penal que lleva la Fiscalía Ambiental de Arequipa en relación con las circunstancias en que fueron otorgadas las Certificaciones Ambientales de CH Mamacocha y que involucra a CH Mamacocha [REDACTED]
[REDACTED]¹⁹²¹;

¹⁹¹⁸ Ver Memorial de Demanda, ¶ 547.

¹⁹¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 547(d) (“*DECLARE that all bonds put up by either Claimant as part of the Mamacocha and Upstream Projects be returned to CHM, including the US \$5 million performance bond under the RER Contract.*”).

¹⁹²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 547(j) (“*ORDER that Peru may not call or collect any bond put up by either Claimant in relation to the Mamacocha and Upstream Projects, including the performance bond under the RER Contract.*”).

¹⁹²¹ Memorial de Demanda, ¶ 547(g) (“*RECOMMEND that Peru cease and desist its harassment of CHM and [REDACTED], by terminating the AEP’s criminal proceeding concerning CHM’s environmental permit for the Mamacocha Project.*”).

- Que ordene que las partes protejan el *status quo* y no agraven la disputa mientras dure el Arbitraje CIADI¹⁹²²; y
 - Que ordene que el Perú cese y desista del Arbitraje de Lima mientras dure el Arbitraje CIADI¹⁹²³.
1209. Las solicitudes referentes a supuestas garantías para los Proyectos Río Arriba deben ser rechazadas. Sencillamente, no existen tales garantías.
1210. Las Demandantes tampoco tienen derecho a una orden que prohíba la ejecución o el cobro de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato RER. Para ser claros, en este momento el Perú considera que el Contrato RER ha terminado de pleno derecho, por no haber CH Mamacocha concretado la POC Real, incumpliendo su obligación contractual. Eso es cierto tanto bajo los términos originales del Contrato RER (que establecían que la POC debía ser en o antes del 31 de diciembre de 2018)¹⁹²⁴ como bajo la Adenda No. 2 (que indebidamente extendió la POC hasta 14 de marzo de 2020)¹⁹²⁵. Dado lo anterior, en aplicación de lo establecido en la cláusula 8.4 del Contrato RER se resuelve el contrato de pleno derecho (i.e., automáticamente) y se puede ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento.
1211. No obstante lo anterior, la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento se encuentra suspendida, en virtud de la cláusula 11.6 del Contrato RER¹⁹²⁶. El Perú se reserva su derecho de ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento de CH

¹⁹²² Memorial de Demanda, ¶ 547(h) (“*ORDER the parties to protect the status quo and not aggravate the dispute pending resolution of the ICSID arbitration.*”).

¹⁹²³ Memorial de Demanda, ¶ 547(i) (“*ORDER Peru to cease its pursuit of the Lima Arbitration pending resolution of the ICSID arbitration.*”).

¹⁹²⁴ Ver **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 8.4.

¹⁹²⁵ Ver **Anexo C-0009**, Adenda No. 2 del Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable del sistema eléctrico interconectado nacional entre MINEM con Hidroeléctrica Laguna Azul S.R.L., 3 de enero de 2017, pág. 9.

¹⁹²⁶ **Anexo C-0002**, Contrato RER, cláusula 11.6 (“Si la materia de arbitraje fuera el cumplimiento de las obligaciones garantizadas con fianza conforme a la Cláusula 8, si fuera aplicable, dicha garantía no podrá ser ejecutada y deberá ser mantenida vigente durante el procedimiento arbitral.”).

Mamacocha una vez concluido el presente arbitraje y de conformidad con la decisión final del Tribunal.

1212. La garantía de fiel cumplimiento relacionada con la Línea de Transmisión se rige por los términos del Contrato de Concesión Definitiva de la Línea de Transmisión. La interpretación de dicho contrato y posibles disputas respecto del mismo están fuera de la jurisdicción del Tribunal¹⁹²⁷.
1213. Las Demandantes le solicitan al Tribunal que le recomiende al Perú poner fin al proceso penal en curso referente a las Certificaciones Ambientales. Como explicamos en las **Secciones II.D y III.D**, recientemente se emitió auto de apertura a juicio, por lo que la solicitud de las Demandantes aplicaría necesariamente a la etapa de juicio de fondo del procedimiento penal que involucra [REDACTED]. Esa solicitud de las Demandantes debe ser rechazada, por varias razones. Primero, un pronunciamiento en ese sentido no es permisible bajo el Tratado, el cual limita expresamente las formas de reparación que puede ordenar un tribunal. Específicamente, el artículo 10.26(1) del Tratado estipula lo siguiente en relación a los laudos definitivos:

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal puede otorgar, por separado o en combinación, únicamente:

- (a) **daños pecuniarios y los intereses** que procedan; y
- (b) **restitución de la propiedad**, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado puede pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.

¹⁹²⁷ **Anexo R-0150**, Contrato de Concesión Definitiva (Línea de Transmisión), 2 de mayo de 2016, firmada el 13 de mayo de 2016, cláusula 15 ("El CONTRATO queda sujeto exclusivamente a la competencia de los Jueces y Tribunales de la Capital de la República del Perú. El CONCESIONARIO renuncia expresamente a cualquier pretensión de someter las controversias que surjan ante tribunales del extranjero, así como a realizar cualquier clase de acción por la vía diplomática.").

Un tribunal puede también conceder **costas y honorarios** de abogado de conformidad con esta Sección y con las reglas de arbitraje aplicables¹⁹²⁸. (Énfasis añadido)

Por lo tanto, por disposición expresa del Tratado, el Tribunal no tiene autoridad para emitir un laudo definitivo que ordene que el Perú haga cualquier cosa que no sea pagar daños compensatorios, restituir propiedad, o pagar costos relacionados con el arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal no puede, en los términos del Tratado, ordenar al Perú tomar cualquier acción relacionada al proceso penal. Quizás en reconocimiento de esa limitación impuesta por el Tratado es que las Demandantes le piden al Tribunal que le “recomiende” al Perú que ponga fin al procedimiento penal. Con ese juego de palabras las Demandantes quieren inducir a este Tribunal a exceder su autoridad.

1214. Segundo, incluso si el Tratado no prohibiera que el Tribunal le orden al Perú poner fin al procedimiento penal en curso, dicha medida —incluso si se presenta como una recomendación en lugar de una orden— iría en contra de un número significativo de precedentes que prohíben, a menos que sea absolutamente necesario, cualquier injerencia en los procedimientos penales internos¹⁹²⁹. Al considerar solicitudes similares en el contexto de medidas provisionales, los tribunales arbitrales han enfatizado “*that a particularly high threshold must be overcome*” para justificar la imposición de incluso una interferencia temporal en las investigaciones penales y los procedimientos de un Estado.¹⁹³⁰ Como el tribunal en *EuroGas c. Slovakia* indicó, “*an arbitral tribunal will not recommend such measures*

¹⁹²⁸ **RL-0051**, Tratado, 10.26(1).

¹⁹²⁹ **RL-0164**, *Hydro S.R.L. et al. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/15/28, Orden sobre Medidas Provisionales, 3 de marzo de 2016, ¶ 3.16 (“*It is trite to say that criminal law and procedure are a most obvious and undisputed part of a State’s sovereignty*”).

¹⁹³⁰ **RL-0117**, *Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/08/12, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, 31 de julio de 2009 (Böckstiegel, Griffith QC, Hossain), ¶ 137.

*unless exceptional circumstances threaten the integrity of the arbitration proceedings and the principle of due process”*¹⁹³¹.

1215. Incluso si el Tribunal tuviera autoridad para emitir tal orden (*quod non*), las Demandantes no han demostrado que existan circunstancias extraordinarias, en torno al proceso penal en curso, que amenacen la integridad de este arbitraje o del debido proceso. Las Demandantes no han alegado que se les haya denegado justicia en el curso del proceso penal, ni alegan una denegación de justicia ante los tribunales penales del Perú. Las Demandantes piden al Tribunal que haga una incursión extraordinaria y limite el poder soberano del Perú en materia penal, sin proporcionar más que una oración para intentar justificar su solicitud. El intento de los Demandantes de restringir injustificadamente la soberanía del Perú debe ser rechazado.
1216. La solicitud de las demandantes sobre el *status quo* y la no agravación de la disputa también es injustificada. La obligación general de no agravar la disputa es aplicable en todos los arbitrajes bajo tratado durante el curso de los procedimientos¹⁹³². El Perú ha cumplido cabalmente con esa obligación y espera que las Demandantes también lo hagan. Sin embargo, la obligación no se extiende después de que se ha publicado el laudo definitivo. En ese sentido, la solicitud de reparación final de las Demandantes en forma de mantenimiento *continuo* del *status quo* no es razonable y debe ser rechazada.
1217. La solicitud adicional de las Demandantes sobre el Arbitraje de Lima se ha vuelto obsoleta. El Arbitraje de Lima concluyó el 24 de diciembre de 2020¹⁹³³.

¹⁹³¹ **RL-0165**, *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Resolución Procesal No. 3, Decisión de la Solicitud para Medidas Provisionales de la Partes, 23 de junio de 2015, ¶ 82.

¹⁹³² Ver **RL-0078**, Convención de Viena, art. 26.

¹⁹³³ Ver **Sección III.F**

1218. Por las razones antes mencionadas, el Perú respetuosamente solicita que el Tribunal rechace las peticiones accesorias de las Demandantes.

IX. CONCLUSIÓN Y PETITORIO

1219. Por todas las razones expuestas en este Memorial de Contestación, la República del Perú respetuosamente le solicita a este Tribunal que emita un laudo que:

- a. declare con lugar las objeciones jurisdiccionales presentadas por el Perú;
- b. desestime todas las reclamaciones de las Demandantes en este arbitraje por falta de mérito;
- c. rechace todas las demás pretensiones accesorias de las Demandantes, incluyendo la relativa a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento;
- d. rechace la solicitud de compensación de las Demandantes; y,
- e. condene a las Demandantes al pago de la totalidad de las costas procesales, así como de la totalidad de los honorarios profesionales y gastos de abogados del Perú, y cualesquiera otros gastos incurridos por el Perú en el presente arbitraje, más un interés compuesto sobre esos montos antes y después de emitido el laudo, hasta la fecha de pago, calculado con base en una tasa de interés razonable.

Respetuosamente,



Vanessa Del Carmen Rivas Plata Saldarriaga
Mónica Guerrero Acevedo
**Comisión Especial en Controversias
Internacionales de Inversión,
República del Perú**



Paolo Di Rosa
Patricio Grané Labat
Cristina Arizmendi
Claudia Taveras
Alexander A. Witt
Michael Modesto Gale
Peter L. Schmidt
Arnold & Porter Kaye Scholer LLP